

LA JEP VISTA POR SUS JUECES

(2018-2019)



JEP | JURISDICCIÓN
ESPECIAL PARA LA PAZ

LA JEP VISTA POR SUS JUECES
(2018-2019)

LA **JEP** VISTA POR SUS JUECES (2018-2019)



ISBN: 978-958-52654-4-8

Primera edición

Bogotá, marzo de 2020

Presidenta de la JEP

PATRICIA LINARES PRIETO

Editor y coordinador académico

DANILO ROJAS BETANCOURTH

© Jurisdicción Especial para la Paz

Carrera 7 # 63 - 44

Bogotá, Colombia

Tel. (57) 1 4846980

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

MARTHA ISABEL GÓMEZ

Diagramación y coordinación de producción

MARTA ROJAS

Revisión de textos

EMMA ARIZA, MARÍA JOSÉ DÍAZ GRANADOS

Impresión

XPRESS estudio gráfico y digital SAS

CONTENIDO

Introducción

«DANILO ROJAS BETANCOURTH» p. 7

Primer año de la JEP

«PATRICIA LINARES PRIETO» p. 19

Siglas

p. 22

PARTE 1. PAZ, JUSTICIA RESTAURATIVA Y RECONCILIACIÓN

Justicia transicional, emociones morales y reconciliación social: un frágil equilibrio

«RODOLFO ARANGO RIVADENEIRA» p. 25

El lugar de la empatía en la justicia transicional: justicia restaurativa y dignidad

«GUSTAVO ADOLFO SALAZAR ARBELÁEZ»

«ÉRIKA CASTIBLANCO ÁVILA» p. 53

Una aproximación a la construcción del régimen de condicionalidad en la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas

«HEYDI BALDOSEA PEREA» p. 103

La justicia transicional, restaurativa y su proyección en el procedimiento dialógico dispuesto para la Jurisdicción Especial para la Paz

«CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA» p. 135

JEP: expectativas y realidad.

Paz imperfecta-Justicia imperfecta

«CATERINA HEYCK PUYANA» p. 157





PARTE 2. EXPERIENCIAS DEL FUNCIONAMIENTO DE LA JEP

La Jurisdicción Especial para la Paz: paz negociada, reconocimiento de las víctimas y rendición de cuentas

«CATALINA DÍAZ GÓMEZ» p. 179

Reflexiones sobre los principales desafíos de la Sala de Reconocimiento de la Jurisdicción Especial para la Paz en sus inicios

«ÓSCAR PARRA VERA» p. 227

La justicia restaurativa y la escucha: un análisis del componente oral de los informes mixtos y de las versiones voluntarias en el Caso 01

«JULIETA LEMAITRE RIPOLL»

«LINA RONDÓN DAZA» p. 267

El compareciente como declarante en el procedimiento de amnistía

«JUAN JOSÉ CANTILLO PUSHAINA» p. 297

Los tratamientos penales especiales a miembros de la fuerza pública en la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas

«PEDRO ELÍAS DÍAZ ROMERO» p. 313

Una aproximación al desarrollo del beneficio de amnistía en la Jurisdicción Especial para la Paz

«MARCELA GIRALDO MUÑOZ» p. 325

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)

«DANILO ROJAS BETANCOURTH» p. 365



**Reflexiones sobre el régimen de condicionalidad
en el marco del Acuerdo de Paz**

«REINERE DE LOS ÁNGELES JARAMILLO CHAVERRA» p. 421

**Estándares internacionales para el diseño y la fijación
de las sanciones propias en la Jurisdicción Especial para la Paz***

«JUAN RAMÓN MARTÍNEZ VARGAS» p. 437

La garantía de no extradición en la justicia transicional colombiana

«RAÚL EDUARDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ» p. 469

**Comentarios sobre la génesis de las reglas de procedimiento
de la Jurisdicción Especial para la Paz**

«ALEJANDRO RAMELLI ARTEAGA» p. 489

**Investigación y pruebas ante la Sala de Reconocimiento
de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación
de los Hechos y Conductas de la Jurisdicción Especial para la Paz***

«MARÍA DEL PILAR VALENCIA GARCÍA»

«GERMÁN RÍOS ARIAS» p. 503

**El enfoque étnico-racial en la Jurisdicción Especial para la Paz: una
mirada desde el estudio de casos de la Sala de Amnistía o Indulto***

«XIOMARA BALANTA MORENO» p. 517

**Los avances y desafíos de la implementación del enfoque
de género en la Jurisdicción Especial para la Paz**

«ALEXANDRA SANDOVAL MANTILLA» p. 547



PARTE 3. INVITADOS ESPECIALES

Legitimidad por vía de jurisdicción: narrativas en disputa sobre la Jurisdicción Especial para la Paz como mecanismo de justicia restaurativa en entornos de impunidad y polarización

«MARÍA DEL PILAR BAHAMÓN FALLA»

«HARVEY DANILO SUÁREZ MORALES» p. 575

Sobre algunos desafíos conceptuales y de legitimidad de la JEP

«IVÁN OROZCO ABAD» p. 611

La renuncia a la acción penal en la Jurisdicción Especial para la Paz

«YESID REYES ALVARADO» p. 637

INTRODUCCIÓN

El primer año de funcionamiento de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) estuvo marcado por varios acontecimientos políticos e institucionales. Quizá el rasgo más importante en lo político fue la tensión que se vivió con ocasión del cambio de Gobierno, pues era previsible que, con la posesión del presidente Iván Duque –el 7 de agosto de 2018–, la política de paz, que durante los ocho años anteriores había defendido el presidente Juan Manuel Santos, tuviera un giro no solo en el nuevo Gobierno, sino en el Congreso, merced al reacomodamiento de las mayorías parlamentarias. El hecho que mejor reflejó esta tensión fue el trasegar del Proyecto de Ley Estatutaria de la JEP que, objetado por el presidente de la República, volvió a las cámaras legislativas con resultados marcadamente diferentes en la Cámara de Representantes y en el Senado. Este actuar político impidió en ese momento que entrara en vigor una ley clave para el completo funcionamiento de la JEP.

La intervención de la Corte Constitucional en este episodio –como también en todo el proceso de control constitucional de las normas que incorporaron al ordenamiento jurídico lo acordado en La Habana sobre la justicia especial de paz y su desarrollo–, es el hecho institucional más sobresaliente. Sin duda alguna, el respaldo dado por el Tribunal Constitucional colombiano al grueso de la normativa constitucional y legal, que convirtió en realidad jurídica el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR), no solo dio un claro mensaje al Gobierno y al Congreso sobre las posibilidades constitucionales para articular paz y justicia, sino que marcó el derrotero jurídico a seguir.

Mal haría la JEP en desconocer la tensión política existente en torno a su creación y puesta en funcionamiento, pero ante la realidad jurídica e institucional que se impuso, el juez del Estado de derecho –incluido el transicional– no puede hacer nada distinto que cumplir con la responsabilidad que se le atribuye. Adicionalmente, como el propósito de la nueva institucionalidad creada es altruista y nacional e internacionalmente reconocido por muchos como la ruta correcta para acabar con la ignominia que deja una guerra de más de 50 años, el deber no es solo jurídico, sino especialmente ético.

La JEP es y seguirá siendo parte del debate jurídico, político, institucional, social y académico en Colombia. Su gran responsabilidad la hace particularmente visible y por ello escrutable de manera permanente. Y está bien que así sea. Un actuar correcto no debe escatimar el escrutinio y, al contrario, debe

agradecerlo, pues el propósito es mejorar cada vez más. La transparencia y la rendición de cuentas se encuentran en el corazón de la agenda de la JEP. En parte esta es la razón por la que decidimos exponer en un libro nuestra percepción, como jueces, de lo acontecido hasta ahora en nuestra novel institución transicional. Es evidente que las decisiones judiciales son el principal vehículo de expresión de los jueces y, tras un año de funcionamiento, el resultado es notorio sin que aún se hayan producido las decisiones finales más esperadas: las relativas a las sanciones propias. Pero junto a lo judicial, se han venido generando en la JEP unas dinámicas institucionales muy *sui generis* que facilitan algunos de los principales propósitos del Sistema, tales como las comisiones creadas –de Género, Territorial y Ambiental, Étnica y Participación– o los espacios dialógicos que fortalecen la toma de decisiones y la centralidad de las víctimas. Los avances realizados en las distintas salas y secciones de la JEP igualmente han generado las primeras reflexiones de los jueces sobre su propio quehacer y con ello se quiere contribuir también al debate académico.

A continuación, se presenta una síntesis del contenido del libro que está constituido por una colección de ensayos escritos, en su mayoría, por jueces que integran la JEP. Ha sido estructurado teniendo en cuenta, inicialmente, las reflexiones más genéricas realizadas en torno al proceso de paz y al desempeño de la Jurisdicción; posteriormente, se abordan los desarrollos específicos del funcionamiento de las distintas salas, secciones y comisiones; por último, se presentan las consideraciones hechas por invitados especiales que se ocuparon, respectivamente, de las cuestiones genéricas y específicas del funcionamiento de la JEP. Así, además del apartado correspondiente a los Invitados especiales, un primer grupo de ensayos se aglutinó bajo el título de Paz, justicia restaurativa y reconciliación, y los restantes trabajos bajo el nombre de Experiencias del funcionamiento de la JEP. No está de más decir que las opiniones de los jueces, que aquí se expresan, no comprometen el parecer institucional de la JEP.

El libro inicia con unas reflexiones de la presidenta Patricia Linares, que sirven de abre bocas al resto de los ensayos. Linares recuerda que la paz como propósito nacional se vio beneficiada con el diálogo realizado entre el Gobierno del presidente Juan Manuel Santos y la guerrilla de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (FARC-EP), que llevó a un acuerdo histórico que dio origen a la JEP. Y añade: “Tenemos la responsabilidad de hacer realidad ese modelo de justicia inédito en el mundo”.

A partir de trabajos previos acerca del papel de las emociones en el derecho, Rodolfo Arango realiza un análisis comparativo y crítico de la constitucionalidad de la Ley de Justicia y Paz (LJP) de 2005 y la legitimidad política del Acuerdo Final de Paz de 2016. Desde una perspectiva internalista (pragmatista) del derecho, Arango evalúa hasta dónde es posible negociar la justicia sin poner en riesgo la construcción de una paz estable y duradera. Su principal

conclusión es que, desde el punto de vista de las emociones morales –dolor, indignación, resentimiento, odio, culpa y vergüenza–, la Ley de Justicia y Paz no pasa el examen por la forma como fueron tratadas las víctimas, y en cambio sí el Acuerdo Final por la misma razón, salvo algunas excepciones relacionadas con el deber de las víctimas de declararse responsables de graves violaciones de los derechos humanos, la regulación de la responsabilidad del mando y el involucramiento de bienes lícitos de los victimarios para indemnizar a las víctimas. La tesis se inspira en la fórmula de Radbruch –“la ley extremadamente injusta no es derecho”–, pero rechaza su fundamentación iusnaturalista, que acude a valores universales reconocibles por toda persona razonable, para determinar lo que es manifiestamente intolerable. En cambio, Arango recurre a las emociones morales que hacen parte del sistema sensorial, perceptivo y cognitivo, y son un parámetro objetivo de valoración de la aceptabilidad de las decisiones racionales. En este orden de ideas, lo “extremadamente injusto” es cognoscible no por remisión a un orden objetivo de valores externo, sino gracias al contenido cognitivo de las emociones morales universalmente compartidas.

El artículo de Gustavo Salazar y Érika Castiblanco explora el lugar de la empatía en la justicia y el de esta en la respuesta a la experiencia sufrida por las víctimas. A partir de situaciones judiciales concretas surgidas en el ámbito de la JEP, Salazar muestra una suerte de “empatía en acción” y recuerda que las formas simbólicas de reconocimiento son una de sus expresiones: “El símbolo, el arte abren nuevas visiones y se convierten en aliados para la misión descrita”. También afirma que, en la práctica judicial, la empatía como sentimiento reconoce la humanidad del otro, su singularidad y su sufrimiento; reivindica la autonomía y fortalece la identidad de las víctimas. Esto cumple con el propósito de generar confianza entre el operador judicial y las víctimas durante el ejercicio empático que produce una reparación restauradora del daño, como eje central de la justicia transicional, con el fin de ofrecerles la verdad plena, el reconocimiento de los hechos, la libertad de expresión y de pensamiento en la búsqueda de la verdad, la preservación de la memoria individual y colectiva y, en conclusión, un proyecto de vida y una posibilidad de futuro con la mitigación del daño.

Para Heydi Baldosea y su equipo de trabajo, la justicia transicional restaurativa tiene la doble misión de garantizar los derechos de las víctimas y brindar seguridad jurídica a los comparecientes, lo que exige tender un puente, encarnado en la aplicación del régimen de condicionalidad, entre ambos extremos procesales. Dicho cometido surge de tres premisas: i) la JEP es justicia transicional, restaurativa y prospectiva. Sobre esto último Baldosea afirma que se trabaja con miras a reconstruir el tejido social y modificar las condiciones materiales que dieron origen al conflicto, en la perspectiva de la no repetición de los hechos dañinos del mismo y de resignificación social tanto de víctimas como de

victimarios; ii) la gobierna un principio dialógico en el que la clave es el régimen de condicionalidad, que comprende la dejación de las armas, la contribución a la reincorporación, los aportes a la verdad, la no repetición de las conductas, la reparación integral y la entrega de menores de edad reclutados y secuestrados; y iii) aplica enfoques diferenciales y análisis particularizado de los casos, pues hay variantes determinadas por circunstancias tales como los territorios en que se cometen las conductas, las situaciones de especial vulnerabilidad de las víctimas y los motivos de la conducta punible. Por último, Baldosea recrea algunas decisiones de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas (SDSJ) en donde se ha materializado parte de las premisas señaladas, como la realización de audiencias con participación de víctimas y comparecientes, los pronunciamientos en los que se ha dado primacía al componente dialógico del sistema, aquellos en los que se ha resaltado el carácter pluridimensional del régimen de condicionalidad y en los que se ha dado un enfoque diferenciado.

El modelo de justicia restaurativa es igualmente analizado por Camilo Suárez, quien lo considera el punto de encuentro del trabajo que debe realizar la JEP. Para tal efecto, ofrece una aproximación teórica a los conceptos de justicia transicional y justicia restaurativa con el fin de contextualizar el carácter dialógico de los procedimientos que se siguen en la JEP y de ilustrar las potencialidades que ofrece esta herramienta para lograr entendimientos entre víctimas y victimarios, comprender y dimensionar el daño causado por el conflicto armado y promover escenarios de reconciliación y reconstrucción del tejido social.

El primer bloque de ensayos lo cierra Caterina Heyck, quien se pregunta acerca del papel de los jueces de la JEP en el contexto político y jurídico actual –inquietud semejante a la planteada más adelante por Iván Orozco–. El interrogante confronta a quienes integran esta jurisdicción especial con el hecho de la estricta temporalidad de su mandato y el cúmulo de expectativas que su puesta en funcionamiento ha generado, pero que serán materialmente imposibles de satisfacer. La respuesta a esta pregunta, sin embargo, no esconde una visión pesimista de esta jurisdicción, sino una dotada de un enorme sentido de la realidad. Heyck entiende que la JEP, pese a sus grandes limitaciones, puede contribuir a la construcción de la paz y a la no repetición de las conductas violentas, siempre y cuando los magistrados y magistradas que la integran sean capaces de aprender de las lecciones del pasado, planear estratégicamente su trabajo y quitarse la venda de los ojos, con la que equivocadamente se suele representar la imagen de la justicia, para ver los hechos del conflicto en toda su complejidad y no como categorías jurídicas abstractas carentes de contenido.

Como es conocido, el punto 5 de lo acordado en La Habana tornó en la institucionalidad representada en el SIVJRN. El artículo de Catalina Díaz –con el que se inicia la segunda parte del libro– da buena cuenta de lo que fue la historia de su creación, con particular énfasis en sus principales características.

Por ejemplo, destaca que cuando se conformó la Comisión de la Verdad, más allá que pretender un conocimiento de la verdad, el propósito fue el reconocimiento de las víctimas, los victimarios y la sociedad; recuerda que la amnistía se pensó como parte integral de la rendición de cuentas; señala que la actual composición de jueces nacionales de la JEP es producto de la renegociación tras el plebiscito y realiza importantes referencias a las nuevas medidas sobre reparación y sanción propia. Adicionalmente, Díaz muestra las distintas variables que permitieron alcanzar el acuerdo sobre la JEP, entre las cuales sobresale su análisis sobre la fortaleza del movimiento social e institucional en derechos humanos en Colombia y la lucha contra la impunidad.

Al interior de la JEP, la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas (SRVRDH) es conocida como la principal “puerta de entrada” al SIVJRN. Quizá por ello, el trabajo inicial más novedoso ha corrido por cuenta de esta Sala, a través de “estrategias con alto valor *experimentalista* en términos judiciales”. Así lo afirma Oscar Parra en su ensayo donde también analiza ocho desafíos que ha enfrentado la SRVRDH durante su primer año de funcionamiento, relacionados con el sistema de presentación de informes, la priorización, las actividades de contrastación de las versiones voluntarias, la participación de las víctimas, el reconocimiento de responsabilidad, el régimen de condicionalidad, las medidas cautelares y la articulación de la Sala con la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición (CEVCNR). La presentación de estos retos está acompañada de una combinación de la literatura existente en cada asunto con los avances realizados hasta ahora por la SRVRDH. Así, Parra hace notar la tensión que suele presentarse entre las soluciones ofrecidas en las experiencias comparadas y las propias dinámicas y necesidades locales.

Julieta Lemaitre y Lina Rondón plantean el desafío que representa la necesidad de integrar el enfoque de justicia restaurativa al trabajo de recolección y contrastación de información que le corresponde realizar a la SRVRDH y, a partir de ahí, presentan la opción metodológica implementada para tratar las intervenciones orales de víctimas y comparecientes en el caso 01 sobre “retenciones ilegales por parte de las FARC-EP” como una forma de lograr dicha integración. En ese sentido, las autoras explican cómo, dentro de dicho caso, las intervenciones orales de víctimas y comparecientes se han conducido no solo para obtener información, sino también como alternativas para representar adecuadamente el daño sufrido y para ampliar la capacidad de reconocerlo por parte de los victimarios, siendo estos últimos propósitos propios de un modelo de justicia restaurativa. Así, Lemaitre y Rondón dilucidan los presupuestos diferenciados para que las intervenciones orales de víctimas y comparecientes sirvan efectivamente a dichos propósitos y las estrategias hasta ahora implementadas lo hagan para garantizar su cumplimiento. Las autoras concluyen señalando, por

un lado, los logros y limitaciones observados en dicho proceso y, por el otro, algunas de las problemáticas que quedan abiertas sobre el particular.

Juan Cantillo afirma que la declaración del compareciente en el procedimiento de amnistía adelantado por la Sala de Amnistía o Indulto (SAI) es un elemento de conocimiento facultativo, pero de vital importancia para la toma de la decisión de fondo sobre la concesión o no del beneficio de amnistía. Por ello centra su análisis en tal diligencia judicial a la luz de los principios de libertad probatoria y permanencia de la prueba, así como de su naturaleza y los requisitos que debe cumplir para su recepción. Cantillo sostiene que, de acuerdo con los principios de la justicia transicional, las declaraciones del compareciente en el procedimiento de amnistía ante la SAI se podrían recibir atendiendo a tres requisitos: i) asistencia de un abogado defensor con independencia del órgano que realice la diligencia (Unidad de Investigación y Acusación [UIA] en cumplimiento de la orden judicial de la SAI, magistrado o magistrada, o cualquier autoridad que ejerza funciones jurisdiccionales); ii) ausencia de juramento, sin perjuicio de que el compareciente deba aportar verdad plena so pena de perder el beneficio de la amnistía; y iii) asistencia obligatoria para el compareciente y su defensor, incluso cuando se trate de una autoridad étnica en aquellos casos en los que el compareciente sea miembro de algún pueblo o comunidad étnica, y potestativa para los demás intervinientes.

Pedro Díaz destaca, como una de las grandes virtudes del proceso de paz, la decisión de designar a los representantes de las fuerzas militares en calidad de negociadores y delegatarios, al igual que la de establecer que sus integrantes eran destinatarios obligatorios del Acuerdo Final de Paz, con el fin de asegurar que se rompiera los ciclos de violencia y se consolidara una paz duradera. Como consecuencia de ello, se establecieron en su favor distintos beneficios transitorios y definitivos, todos ellos condicionados a la satisfacción de los derechos de las víctimas como expresión del tratamiento simétrico en algunos aspectos, diferenciado en otros, pero siempre equitativo, equilibrado y simultáneo. Al pronunciarse sobre la concesión de beneficios, la SDSJ ha impuesto a los comparecientes un régimen de condicionalidad, en línea con la jurisprudencia sentada por la Sección de Apelación. Dado que la situación actual de los comparecientes, que se vieron favorecidos por la justicia ordinaria, podría ser eventualmente considerada como una “autoamnistía”, proscrita por el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), el reto que debe enfrentar la SDSJ pasa por encausar su situación jurídica a través de un proceso de sometimiento en el que se les exija una efectiva contribución a los derechos de las víctimas y que concluya con el pronunciamiento sobre los beneficios definitivos.

El artículo de Marcela Giraldo tiene dos objetivos concretos: describir la competencia de la SAI, principalmente en lo que corresponde a las amnistías, y presentar un balance del trabajo realizado hasta mayo de 2019. Giraldo presenta

de manera detallada el marco normativo aplicable en materia de amnistía, un recuento de los casos que han sido estudiados y unas conclusiones generales respecto a lo que ha implicado el trabajo de la SAI durante este tiempo. Además de la información cuantitativa acerca de los beneficios otorgados y negados, la autora desagrega datos relacionados con los factores de la competencia, los tipos de delitos involucrados y el análisis de la relación con el conflicto armado. También muestra las dificultades prácticas relacionadas con el reconocimiento del beneficio de amnistía, dado que, de un lado, la mayoría de los trámites de amnistía no cumple con alguno de los criterios de aplicación material, personal y temporal y, de otro, la información para adoptar una decisión de fondo es a menudo insuficiente. Con todo, Giraldo resalta la consolidación de líneas de argumentación, análisis y funcionamiento de la SAI que han hecho que, en un corto tiempo, su trabajo sea cada vez más articulado para alcanzar consensos en temas relevantes para el desarrollo de sus funciones y para agilizar los trámites propios de su misión. Además, con el trabajo de la SAI, la labor de protección de los derechos de las víctimas ha estado en el centro de los procesos que se adelantan en el SIVJRNR y ha incidido en la seguridad jurídica de exintegrantes y excolaboradores de las FARC-EP.

Un estudio semejante al anterior es el presentado por Danilo Rojas y su equipo de trabajo, pues da cuenta del estado de la jurisprudencia de la Sección de Apelación a partir de los pronunciamientos en torno a los temas considerados más relevantes de este primer año de funcionamiento de la JEP: el análisis del factor personal de competencia, en donde resulta de particular importancia el concepto de conexidad contributiva y el desarrollo jurisprudencial en torno al ingreso de los paramilitares a la JEP; el estudio del factor material de competencia, cuyo debate ha girado en torno al entendimiento que debe darse a la noción de “relación con el conflicto” y al *quantum/qualitas* probatorio requerido en función de las principales fases del proceso ante la JEP –inicial, intermedia y final–; el régimen de condicionalidad y, finalmente, la participación de las víctimas. La hipótesis que envuelve todo el recorrido jurisprudencial hecho es la conciencia que existe en la Sección de Apelación en torno al reto conceptual que se tiene en un escenario de novedad institucional y normativa en el que, en todo caso, convergen tradiciones conceptuales tanto a nivel local –v. g., lo dicho por la Corte Suprema de Justicia en casos sobre la LJP y por la Corte Constitucional sobre la normativa que desarrolló el Acuerdo Final de Paz–, como internacional –v. g., lo dicho por cortes y tribunales internacionales acerca de casos de graves violaciones de los derechos humanos–.

El régimen de condicionalidad, para Reinere Jaramillo, es el núcleo del SIVJRNR; la herramienta para materializar los compromisos recíprocos adquiridos en virtud de la firma del Acuerdo Final de Paz y, en particular, la medida para asegurar la permanencia de los comparecientes en el SIVJRNR. Por lo

mismo, en la evaluación de su cumplimiento, deben considerarse dos aspectos fundamentales: i) los aportes realizados por el compareciente no solo en el marco de la JEP, sino también a los otros mecanismos y medidas extrajudiciales existentes; y ii) el nivel de satisfacción de las obligaciones estatales relacionadas con el presunto o probado incumplimiento. Como a la JEP le corresponde aplicar siempre la integralidad, gradualidad y proporcionalidad a los comparecientes, que acordaron el sistema de justicia al que se sometieron, previo acuerdo de condicionalidades, debe también impulsar el cumplimiento de los compromisos estatales hasta el momento defraudados o satisfechos parcialmente; para ello, el incidente de verificación de cumplimiento del régimen de condicionalidad es un escenario propicio.

Juan Ramón Martínez se ocupa de delinear el marco jurídico de la imposición de sanciones propias en la JEP. En un primer momento presenta las fuentes de derecho interno que consagran la posibilidad de imponer este tipo de sanciones y los parámetros a los cuales deben sujetarse, dentro de los cuales se destacan la atención especial a la satisfacción de los derechos de las víctimas, su enfoque restaurativo y la determinación de las condiciones precisas en las cuales se cumplirán dichas sanciones. Esta presentación empieza por la Constitución Política y el lugar que le da a la paz como valor, principio y derecho, y luego pasa, obviamente, por el Acuerdo Final de Paz y su implementación normativa al situar todo esto en el contexto de la transición y en el cambio de paradigma que esta supone en materia de justicia penal al pasar de una perspectiva retributiva a una restaurativa. Posteriormente, señala las fuentes de derecho internacional de las cuales se desprenden obligaciones para el Estado colombiano en materia de investigación, juzgamiento y sanción de delitos, así como de protección de los derechos de las víctimas y, a partir de allí, señala las directrices que deben tenerse en cuenta para que la imposición de sanciones propias no se traduzca en el incumplimiento de las obligaciones adquiridas. Concluye que todas estas fuentes de derecho dejan un margen de maniobra para la imposición de sanciones propias, siempre y cuando se garantice la verdad, la participación de las víctimas y las medidas restaurativas adecuadas –sistema universal de protección de los derechos humanos (SUDH)–. Así, la sanción no se convierte en una forma de impunidad sino en proporcional a la conducta cometida –sistema interamericano de derechos humanos (SIDH)– para cumplir con las finalidades de la pena derivadas del Estatuto de Roma –derecho penal internacional–.

Raúl Sánchez señala los principios que de forma universal se predicen de la extradición y recuerda que, tanto en el derecho comparado como en el nacional, esta se adelanta mediante un proceso reglado dotado de garantías procesales y probatorias, y que no es automática, particularmente en lo que atañe a la extradición de nacionales. El Acto Legislativo 01 de 2017 estableció la

garantía de no extradición como una herramienta del SIVJRNR que tiene una regulación especial y diferente, tanto en lo procesal como en lo sustantivo, a la extradición propia del derecho penal ordinario. Tal beneficio se aplica cuando la extradición versa sobre conductas relacionadas con el conflicto armado, que fueron cometidas por integrantes de las FARC-EP, acusados de pertenecer a ese grupo armado o familiares de estos, y acaecieron con anterioridad al 1 de diciembre de 2016 o están vinculadas al proceso de dejación de armas. Precisa que la garantía de no extradición no desconoce los principios ordinarios de la extradición, pero los desarrolla de forma distinta: i) reconoce el axioma *aut dedere aut judicare* al señalar que, incluso si la extradición es improcedente, la JEP adquiere el deber de juzgar y sancionar la conducta referida; ii) garantiza el derecho al debido proceso, al punto que se permite la práctica de pruebas para tener por acreditados los supuestos que dan pie a la aplicación del beneficio, y iii) materializa el principio de no entrega por delitos políticos.

El texto de Alejandro Ramelli ofrece varios elementos para conocer, desde una perspectiva historicista, los principales hechos que precedieron a la aprobación de la Ley 1922 de 2018. Ramelli relata la forma como se integró el Comité Redactor de las reglas de procedimiento de la JEP, la metodología para el desarrollo de su trabajo y para la solución de las controversias que pudieran surgir frente a las distintas propuestas de articulado, al igual que los acuerdos alcanzados en el tiempo concedido. También describe cuáles fueron los principales aportes en materia de género y derechos de los pueblos indígenas, así como los asuntos que revistieron mayor debate al interior del Comité y las razones de las diferentes posturas enfrentadas. Por último, presenta un relato del trámite seguido por el proyecto de ley en el Congreso de la República, con énfasis en las principales modificaciones introducidas al articulado durante el trámite legislativo y en los obstáculos de índole política y jurídica que la iniciativa tuvo que enfrentar antes de convertirse en ley de la República. Al final de su artículo, Ramelli ofrece un balance positivo de lo que fue la construcción y aprobación de la Ley 1922 de 2018 y la muestra como un buen ejemplo de pluralismo ideológico, participación política y construcción colectiva.

María del Pilar Valencia y Germán Ríos indican que, al margen de que los procedimientos de la SRVRDH se conciben como dialógicos, ello no excluye la necesidad de adelantar una actividad probatoria que podría ser requerida tanto en los casos de reconocimiento como de no reconocimiento de responsabilidad. En los primeros, como soporte de acciones dialógicas y en los segundos, como acicate para el reconocimiento tardío. Así, a partir de una identificación de la normativa transicional que tiene que ver con la práctica de pruebas, los autores concluyen que la SRVRDH tendría competencias para adelantarla y que, en consecuencia, lo deseable sería planificar la ejecución de dicha actividad teniendo en cuenta los diferentes momentos procesales. A la luz de estas conclusiones,

Valencia y Ríos señalan los aspectos del recaudo probatorio que deberían esclarecerse en un futuro, como es el caso de las necesarias articulaciones que deben preverse con la UIA.

Xiomara Balanta muestra el proceso de inclusión del enfoque étnico-racial en el Acuerdo Final de Paz y su implementación en la JEP. Recuerda inicialmente que, para lograr un máximo de justicia y rendición de cuentas sobre violaciones de los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario (DIH) ocurridas a lo largo del conflicto, es necesario respetar la libre determinación, la autonomía y el gobierno propio, la participación, la consulta y el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos étnicos. Posteriormente registra la forma como la JEP, al hacer rendir su competencia preferente y prevalente, pero también el principio constitucional de colaboración armónica, ha avanzado en la interacción con las demás jurisdicciones del Estado que de una u otra manera venían conociendo las situaciones relacionadas con el conflicto armado colombiano, en particular, las justicias étnicas –justicia especial indígena, justicia afrocolombiana y justicia rom/gitana–. Tales avances no solo se han hecho palpables a través de los conceptos emitidos por la Comisión Étnica de la JEP y los ejercicios de consulta previa de normas e instrumentos del SIVJRNR, sino también con decisiones de los propios despachos de la SAI que aseguran mantener las coordinaciones y articulaciones necesarias, por ejemplo, con los cabildos indígenas respecto de casos que allí se adelanten a solicitantes en la JEP.

Cierra el conjunto de ensayos escrito por los jueces y las juezas de la JEP, el trabajo de Alexandra Sandoval que resalta el origen, el trabajo y los retos de la Comisión de Género de la Jurisdicción. Sobre lo primero, Sandoval recuerda la importancia y eficacia del movimiento de mujeres durante los diálogos de La Habana, que llevó a que se incluyeran en el Acuerdo Final de Paz no solo la perspectiva de género, sino también un conjunto de instrumentos para hacerla efectiva. Además, muestra el desempeño de la comisión creada en el reglamento de la JEP, en donde sobresale su función consultiva, cuyos conceptos –dos hasta ahora– han orientado el quehacer judicial de las salas que lo han solicitado, y algunos de los retos que tienen no solo la comisión y la JEP, sino todo el SIVJRNR. En este punto, Sandoval realiza algunas distinciones conceptuales claves para los debates judiciales tales como la violencia basada en género, la violencia sexual y la interseccionalidad –diversas visiones de ser mujer o de feminismo que tienen las mujeres, incluidas las étnicas–. Por último, aboga por que estas distinciones sean particularmente tenidas en cuenta a la hora de la selección y priorización de macrocasos en el marco del enfoque de “género, mujer, familia y generación” incluido en el Acuerdo Final.

Inicia el bloque de Invitados especiales el trabajo de María del Pilar Bahamón y Harvey Suárez, para quienes uno de los desafíos de la JEP es lograr legitimidad en un ambiente de polarización política, en el marco del cual se han

construido discursos de deslegitimación de la jurisdicción transicional especial. Con el apoyo teórico de Habermas, Bahamón y Suárez articulan varios de sus conceptos clave al quehacer de la JEP. Así, la Jurisdicción juega un papel de instauración de la legalidad y garantía de la seguridad jurídica, que exige, a su vez, la articulación entre normas de derecho interno y normas de derecho internacional imbricadas por la vía de la noción del bloque de constitucionalidad. Ello implica que solo la “legitimidad por vía de juridicidad” hace viable el éxito del componente judicial del SIVJNR. Igualmente, frente a los “circuitos salvajes” de comunicación sobre la JEP surgidos de la mezcla de debates jurídicos y políticos, debe propiciarse un “proceso democrático de comunicación política”, que implique partir de la “premisa liberal razonable de pluralismo interpretativo” y que tenga en cuenta el establecimiento de reglas de juego relacionadas con la información, así como la existencia de “desacuerdos razonables”.

A partir de la caracterización del modelo de justicia pactado en La Habana, Iván Orozco, reflexiona sobre las propiedades que debe tener una decisión de un juez transicional y los cuidados para tener en cuenta. Como marco conceptual de lo primero –el modelo de justicia– enlaza las categorías de lo ordinario y lo extraordinario con los modelos ideales de justicia legal y justicia política, propuestos por Elster, para concluir que la justicia transicional responde a la traza de lo extraordinario, y por ello es más cercana a la justicia política, que en el caso colombiano se presenta fuertemente restringida por los principios de un Estado de derecho no interrumpido por las conversaciones de paz. Esta mezcla impone el reto al juez transicional de realizar una ponderación entre las exigencias unilaterales de la justicia legal –en un escenario ordinario de actividades– y las establecidas en términos político-dialogales en La Habana –de manera extraordinaria–, en especial la distribución de responsabilidades de las partes del conflicto. En la ponderación debe tenerse claro que la verdad que se busca en la justicia transicional es diferente a la de la justicia ordinaria, pues enfatiza lo histórico y la memoria colectiva y, en todo caso, la regla que resulte de la ponderación hecha debe evitar desnaturalizar la propia norma jurídica que gobierne el caso, deformar los hechos de referencia y resultar asaz ofensiva a los ojos de un público manipulable por los enemigos de la paz.

Yesid Reyes –el otro invitado especial– recuerda que la figura de renuncia a la acción penal no despertó un debate profundo en el Acuerdo Final de Paz, que consagraba su aplicación a casos puntuales, ni tampoco durante la expedición de la Ley 1820 de 2016, en la que se evidenció la necesidad de ampliar su aplicación a agentes del Estado. Sin embargo, al discutir el proyecto de Ley Estatutaria de Administración de Justicia para la Jurisdicción Especial para la Paz (Lejep), se amplió el debate y se evidenció una confusión de tres instrumentos diferentes: la renuncia a la acción penal, la amnistía (en su modalidad de caso a caso) y la renuncia a la persecución penal que, pese a ser diferentes,

tienen dos cosas en común: i) permiten extinguir la acción penal (y la sanción) en algunos casos concretos y ii) su aplicación corresponde a la SDSJ. Reyes se concentra en reseñar el alcance de estos instrumentos, en especial la renuncia a la acción penal, en el Acuerdo Final de Paz, en la Ley de Amnistía o Indulto y en el proyecto de Lejep. En el primero se precisa que, ante la necesidad de definir la situación jurídica de aquellos que no son susceptibles de ser beneficiarios de amnistía o indulto, ni son máximos responsables de los delitos más graves y representativos, es decir que no se encuentran bajo la competencia de la SRVRDH en aplicación del principio de selectividad, se debía crear una tercera sala –la de definición de situaciones jurídicas– y aplicar la renuncia a la acción penal. En la Ley 1820 de 2016 se enfatiza que no todas las conductas delictivas desarrolladas en el conflicto pueden ser investigadas, procesadas y sancionadas y, entonces, la renuncia a la acción penal puede ser aplicable incluso a quienes habiendo participado en delitos graves no lo hicieron de forma determinante. Estos supuestos se cambian en el proyecto de Lejep, el cual indica expresamente que no se puede renunciar al ejercicio de la acción penal de delitos no amnistiables. Al respecto, la Corte Constitucional indicó que esos delitos debían connotar crímenes de lesa humanidad, genocidio o guerra atribuidos a máximos responsables y cometidos de forma sistemática y dejar intacto el diseño inicial de la JEP. Respecto de la renuncia a la persecución penal, este mecanismo se consagró en la Ley 1820 de 2016 para ser aplicado a agentes del Estado que no resultaran seleccionados como máximos responsables de delito, y con consecuencias parecidas a las de la amnistía, cuando existiera la claridad de que no se trataba de delincuentes políticos.

Durante el proceso de edición de los textos se constató la existencia de repeticiones de ciertos aspectos generales referidos al SIVJRN e identificables en una lectura general. Sin embargo, se mantuvieron con la idea de facilitar su entendimiento cuando se haga uso de ellos a partir de una lectura individualizada.

Como se verá, y de alguna manera queda expresado en la breve reseña hecha, algunos textos tienen una profunda carga teórica y otros apuntan a asuntos más normativos, jurisprudenciales, dogmáticos y procedimentales. El conjunto de estos textos, sin duda, conforma una buena panorámica de lo que ha sido la actividad de la JEP durante este primer año de funcionamiento, pero también del pensar de sus principales protagonistas: los jueces que la integran.

Para finalizar, debo agradecer el apoyo dado a este proyecto académico por el Programa de Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer, programa que, en Colombia, bajo la coordinación de Marie Fuchs, se ha erigido como uno de los principales apoyos institucionales a las iniciativas que, en el país, pretenden fortalecer el Estado, el derecho y la democracia.

PRIMER AÑO DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ (JEP)

El Uppsala Conflict Data Program (UCDP) (Programa de Datos sobre Conflictos de la Universidad de Uppsala), en Suecia, es el principal proveedor mundial de información sobre la violencia organizada y los conflictos vigentes, y el proyecto de recopilación de datos con más trayectoria y reconocimiento en el mundo. Es una fuente única de información para responsables de procesos y diseño de políticas de paz. Según ese programa, en 2017 el número de conflictos armados en el mundo ascendió a 49, los cuales ocasionaron casi 69.000 asesinatos, 34 países experimentaron conflictos en sus territorios y solo uno corresponde a una guerra entre dos países: India y Pakistán, sobre el disputado territorio de Cachemira.

Mientras tanto, en esa misma época, Colombia continuaba diseñando un complejo proceso de paz –tan complejo como la propia guerra en la que hemos estado inmersos durante más de medio siglo– orientado a construir unos sólidos cimientos para dar paso a la reparación integral de más de diez millones de víctimas cuyo dolor reclama de nosotros, los colombianos, un digno resarcimiento.

Fueron varios y difíciles años en los que un equipo negociador del Gobierno nacional, bajo la dirección del presidente Juan Manuel Santos, con el apoyo de las víctimas y de amplios sectores de la sociedad, se dedicó a tejer un proceso que garantizara verdad, justicia, reparación y no repetición, condiciones ineludibles para una sociedad hastiada de la guerra y esperanzada en la reconciliación.

Como la mortaja de Amaranta, con la mortaja del conflicto muchas veces parecía que se deshacían en las noches los avances logrados en el día. Sin embargo, la tarea se concluyó gracias a la voluntad de quienes, por qué no decirlo, con reservas y desconfianza se sentaron frente a frente en La Habana a tratar temas respecto de los cuales solo habían existido, durante más de 50 años, irreconciliables posiciones.

Entre ellos solo una coincidencia: aceptar que la única posibilidad de abrir la puerta a una paz estable y duradera estaba en la disposición mutua de desarmar primero los espíritus, para luego negociar en un marco de respeto, tolerancia a las diferencias y acatamiento irrestricto de las bases contenidas en la Constitución de 1991, pues desde ese y solo ese paradigma era posible avanzar en el propósito de la paz si de verdad se querían derrotar los arraigados demonios de la guerra.

En ese escenario surgió el Acuerdo Final de Paz, para algunos demasiado extenso y detallado, demasiado minucioso y exhaustivo; sin embargo, bien leído, no hace otra cosa que reiterar y explicitar el pacto de convivencia democrática al que cansados de tanta guerra arribamos en 1991.

Un Acuerdo que hoy es una realidad constitucional, jurídica y ética, un acuerdo humanitario depositado en el Consejo Federal Suizo y presentado por un Nobel de Paz, en su condición de jefe de Estado y presidente de la República, ante el Secretario General de las Naciones Unidas, como un acuerdo especial de carácter obligatorio, vinculante, concebido y construido con todos los sectores comprometidos con la paz de Colombia: políticos, representantes de las víctimas, del Estado y, desde luego, con los actores armados ilegales que dieron el paso tanto a un proceso de rendición de cuentas que será reparador como a su propia su propia reinserción. Pero también –y vale la pena resaltarlo– con el concurso de una comunidad internacional solidaria, que quiso participar en la construcción de un modelo de justicia transicional que tiene el reto y la responsabilidad de hacer compatibles el logro de la paz y la ineludible necesidad de justicia, honrando los compromisos emanados de los dictados de una conciencia universal que encuentra la razón última de ser de la humanidad en la garantía material de dignidad para todos los hombres y las mujeres del mundo.

Por eso esa comunidad de naciones siente el proceso como propio; por eso están atentos a su desarrollo, lo protegen y lo guardan; por eso durante un recorrido breve en 2018, a lo largo de 25 reuniones en distintos países del mundo, oímos de manera reiterada que seguirán apoyándolo, que observan y acompañan el proceso de implementación con esperanza, pues asumen que será un referente y fuente de solución para esos 49 conflictos internos hoy vigentes en el mundo.

Como se sabe, el punto 5 del Acuerdo Final, el de Víctimas, creó el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR), del que nosotros, la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), somos el componente de justicia, cuya creación, estructura y funciones se elevaron a rango constitucional. En la JEP debemos administrar justicia en sus componentes restaurativo y retributivo, según la disposición de los comparecientes, teniendo siempre como propósito principal contribuir a la verdad plena a partir de la voz de las víctimas –epicentro del proceso–, de los victimarios que comparecen ante la Jurisdicción, del Estado y de la sociedad que aportan sus saberes, experiencias y conocimiento; una verdad que ayude a reconciliar y recuerde para no repetir, que escudriñe en las causas que originaron y sostuvieron una guerra entre hermanos, cuyo rastro pareciera que perdimos en el transcurso del tiempo, silenciando nuestras conciencias sobre las razones que nos confrontan. Una verdad que permitirá que el profesor Otálora, el del cuento de Borges, le cuente a Ulrica que Colombia dejó de ser un acto de fe, para ser un espacio material

y tangible de esperanza, felicidad y prosperidad, cohesionado en torno al propósito de la paz.

Y acá estamos, gracias en mucho a los esfuerzos de múltiples sectores, a la obstinación democrática de millones de colombianos y colombianas de que tenemos una oportunidad como país, que ese elemento cohesionador que tanto necesitamos como nación no es otro que la búsqueda de la paz; acá estamos para ayudar a que todos accedamos a esa verdad que, aunque duela, aliviará; para ayudar a convencer a aquellos que, como diría el poeta Juan Gelman, “vilipendian este esfuerzo de memoria”, a aquellos que dicen que “no hay que remover el pasado, que no hay que tener ojos en la nuca, que hay que mirar hacia adelante y no encarnizarse en reabrir viejas heridas”; ellos, decía el poeta argentino, “están perfectamente equivocados [...] las heridas no están aún cerradas, laten en la sociedad como un cáncer sin sosiego y su único tratamiento es la verdad y luego la justicia, solo así es posible el olvido verdadero”.

Sabemos que la desconfianza y la incertidumbre agobian a muchos colombianos y colombianas, que el dolor sigue presente y se prolonga hoy en la ausencia de tantos líderes sociales, cuyo proyecto de vida fue alcanzar la paz a través de este proceso y que por eso, al parecer, les quitaron la vida. Nuestro trabajo y nuestro llamado a no olvidarlos será nuestro homenaje, su sacrificio no será en vano.

El esfuerzo de muchos, como gestores de una oportunidad única para Colombia, lo reconoce el mundo. Queda como tarea ampliarlo internamente, a fin de reconocernos como artífices de esa oportunidad, a lo cual contribuirá, seguramente, el momento en que la memoria colectiva se remita con tristeza a un pasado que nadie querrá repetir, pero con el optimismo de un futuro despejado de violencia.

Tenemos la responsabilidad de hacer realidad ese modelo de justicia inédito en el mundo. Ya empezamos a hacerlo con rigurosidad y certeza, con independencia y autonomía; sabremos sobreponernos a los obstáculos y a la incomprensión. Los colombianos pueden estar tranquilos pues tenemos la firme convicción de hacerlo administrando una justicia que apacigüe el dolor y abra la puerta a la reconciliación.

PATRICIA LINARES PRIETO
Presidenta de la JEP
Magistrada de la Sección de Apelación

SIGLAS

CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CEVCNR	Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición
CFHBD	Cese al Fuego y de Hostilidades Bilateral y Definitivo
CICR	Comité Internacional de la Cruz Roja
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CODA	Comité Operativo para la Dejeción de las Armas
CORTE IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CPACA	Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo
CPI	Corte Penal Internacional

DAS	Departamento Administrativo de Seguridad
DIDH	derecho internacional de los derechos humanos
DIH	derecho internacional humanitario
Dinac	Dirección Nacional de Análisis y Contexto
DPI	derecho penal internacional
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos

ELN	Ejército de Liberación Nacional
ETCR	espacios territoriales de capacitación y reincorporación

FARC	Fuerza Alternativa Revolucionaria del Común
FARC-EP	Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo
FGN	Fiscalía General de la Nación

GPAZ	Grupo de Trabajo Género en la Paz
GRAI	Grupo de Análisis de la Información
Grance	Grupo de Análisis de Contexto y Estadística

ICTJ	International Center for Transitional Justice
IFIT	Instituto para las Transiciones Integrales
IIDH	Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Inpec	Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario
Interpol	International Criminal Police Organization

JAC	juntas de acción comunal
JEI	Jurisdicción Especial Indígena
JEP	Jurisdicción Especial para la Paz

Lejep	Ley Estatutaria de Administración de Justicia para la Jurisdicción Especial para la Paz
LGBTI	lesbianas, gais, bisexuales, transgéneros e intersexuales
OACP	Oficina del Alto Comisionado para la Paz
OIT	Organización Internacional del Trabajo
ONG	organización no gubernamental
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PACE	Police and Criminal Evidence Act
PEACE	Planning and preparation, engage and explain, account, closure, evaluation
PEDT	planes de desarrollo con enfoque territorial
Pisda	planes integrales comunitarios y municipales de sustitución y desarrollo alternativo
PNIS	Programa Nacional Integral de Sustitución de Cultivos de Uso Ilícito
RPJEP	Reglas de Procedimiento de la Jurisdicción Especial para la Paz
SA	Sección de Apelación
SAAD	Sistema Autónomo de Asesoría y Defensa
SAI	Sala de Amnistía o Indulto
SDSJ	Sala de Definición de Situaciones Jurídicas
SIPDH	Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos
SIVJRN	Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición
SRVRDH	Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas
SIPDH	sistema interamericano de protección de los derechos humanos
SUDH	sistema universal de protección de los derechos humanos
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TOAR	trabajos, obras y acciones con contenido restaurativo y reparador
TPIY	Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia
UBPD	Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto
UIA	Unidad de Investigación y Acusación
UNAC	Unidad Nacional de Análisis y Contexto
Zomac	zonas más afectadas por el conflicto
ZVTN	zonas veredales transitorias de normalización

PARTE 1. PAZ, JUSTICIA RESTAURATIVA Y RECONCILIACIÓN



Justicia transicional, emociones morales y reconciliación social: un frágil equilibrio

«RODOLFO ARANGO RIVADENEIRA» Magistrado de la Sección de Apelación

Resumen: Las negociaciones del Gobierno colombiano con paramilitares y guerrilleros han obedecido a diferentes motivaciones que no siempre han tomado en cuenta a todos los involucrados en el conflicto. El artículo parte de las emociones morales como baremo crítico para analizar la constitucionalidad de la Ley de Justicia y Paz (2005) y la legitimidad política del Acuerdo Final de Paz (2016). Desde una perspectiva internalista del derecho, se evalúa hasta dónde es posible negociar la justicia sin poner en riesgo la construcción de una paz estable y duradera. En particular, el Marco Jurídico para la Paz y su concreción en la reforma constitucional que introduce la Justicia Especial de Paz son examinados a la luz de lo moral y políticamente adecuado para construir una democracia respetuosa de los derechos humanos, en especial los de las víctimas.

Palabras clave: negociación de paz, emociones morales, justicia especial de paz, derechos de las víctimas, educación para la democracia.

Abstract: The Colombian government's negotiations with paramilitaries and guerrillas have had different motivations, which have not always considered all those involved in the conflict. This article begins with a discussion of moral emotions as a critical gauge for analyzing the constitutionality of the Justice and Peace Law (2005) and the political legitimacy of the Final Peace Agreement (2016). From an internalist perspective of law, the article evaluates the extent to which it is possible to negotiate justice without jeopardizing the construction of a stable and lasting peace. In particular, the Legal Framework for Peace and its realization in the constitutional reform that introduces Special Peace Justice are examined in light of what is morally and politically adequate for building a democracy that is respectful of human rights, especially those of the victims.

Key words: Peace negotiation, moral emotions, special peace justice, victims' rights, education for democracy.

Las emociones en la negociación de paz con las FARC-EP

A diferencia de la negociación con los paramilitares, la negociación con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC-EP) no estuvo dominada por una racionalidad instrumental, ajena a la población afectada; por el contrario, pretende haber sido sensible a las víctimas y basarse en fundamentos razonables que le otorgarían legitimidad. Recordemos brevemente que la Ley de Justicia y Paz pretendía, entre otras muchas cosas: 1) elevar a delito de sedición las graves violaciones de los derechos humanos cometidas por los paramilitares; 2) restringir el patrimonio con el cual repararían a las víctimas a los bienes ilícitos, excluyendo el patrimonio lícito de los infractores; 3) contabilizar como parte de la pena los 18 meses de permanencia en las zonas de concentración; 4) permitir la reclusión de los victimarios condenados por graves violaciones de los derechos humanos en colonias especiales fuera del sistema carcelario común. En contraste, los acuerdos de La Habana, en particular su concreción en el Acto Legislativo 01 de 2017 que consagra la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), son fruto de extendidas negociaciones entre partes combatientes con la participación de las víctimas. No solo las ventajas instrumentales para las partes negociadoras sino la razonabilidad de lo decidido en función de los derechos de las víctimas caracterizan la negociación de La Habana. Miremos en detalle dichas diferencias entre la Ley de Justicia y Paz y la JEP.

Negociación de paz: diferencia con la negociación con los paramilitares

Las diferencias entre una y otra negociación tienen que ver con el carácter diverso de los actores y de sus móviles; el lugar que ocupan las víctimas en la JEP, en contraste con la Ley de Justicia y Paz, y la relación entre las sanciones estipuladas en las normas de desarrollo (en especial el Acto Legislativo 01 de 2017) y las emociones que pretende atender el Acuerdo Final de Paz.

La negociación con los paramilitares constituyó un sometimiento a la justicia. La negociación con las FARC-EP es un acuerdo de paz entre el Estado y un grupo subversivo, esto es, una guerrilla con motivaciones políticas, sin que ninguna de las dos partes haya sido derrotada por la otra en la confrontación armada. La diferencia de estatus entre paramilitares y guerrilleros no es menor. Los primeros, según decisiones uniformes de la jurisprudencia nacional, tienen el estatus de *delincuentes comunes*; a los segundos les ha sido reconocido el carácter de *delincuentes políticos*. Pese a los hechos institucionales que sustentan la diferencia, la oposición al proceso de paz con las FARC-EP rechaza la distinción entre criminales comunes y criminales políticos, y el trato jurídico diferencial otorgado por los jueces a paramilitares y guerrilleros.

Algunos sectores de la sociedad han cuestionado el estatus de delincuentes políticos reconocido a las FARC-EP por el Gobierno en la negociación de paz. Aducen no solo que la distinción entre delincuentes comunes y políticos carece

de vigencia histórica, dado el desarrollo de nuestra democracia y las garantías políticas que ella ofrece a los opositores. Además, califican a las FARC-EP como grupo terrorista, el cual debería recibir los castigos más elevados en consideración de sus actos. Al respecto cabe reiterar que, en Colombia, tanto la justicia penal como la constitucional reconocen y otorgan plenos efectos jurídicos a la distinción entre delitos comunes y delitos políticos, entre estos la rebelión, sedición y asonada. La distinción que para algunos no debería existir, tiene en las normas positivas y las decisiones institucionales plena validez y vigencia. Y la razón de esta diferenciación sigue siendo actual, así venga del pasado: las intenciones del revolucionario difieren de las intenciones del delincuente común. Las primeras se guían, así puedan ser equivocadas, por un interés altruista, mientras que las segundas no. El repudio a calificar de altruista el accionar de quien daña gravemente a otro por perseguir un fin que considera superior no justifica negar que no es lo mismo perseguir un interés general, como una sociedad más justa, que perseguir un interés particular o privado. Los móviles en el primer caso son la mejora de las condiciones generales de vida, así se esté equivocado en los medios; los móviles en el segundo caso son la satisfacción de un interés propio o egoísta.

Por su parte, la calificación de terrorista a la guerrilla de las FARC-EP porque en su accionar ha cometido actos terroristas es más una expresión de rechazo e indignación por la vileza y atrocidad de sus acciones. Al respecto, es importante restringir la calificación de “terrorista” a los actos, no a los agentes, puesto que los últimos siempre pueden modificar su conducta equivocada y gravemente dañina, por lo que es contraproducente para su reincorporación social estigmatizarlos de terroristas. Más que el desprecio, el odio, la rabia o la indignación, las emociones favorables a la superación del conflicto podrían ser la culpa y la vergüenza que sienten los actores de delitos atroces. Estas emociones morales, apropiadamente administradas, podrían contribuir al cambio de hábitos y disposiciones que los alejen definitivamente de la violencia como medio para la consecución de sus fines o ideales políticos.

Una objeción de mayor peso contra la referida distinción recurre al sentido común. Los actos atroces exigen sanción con independencia de quien los cometa; consecuencia de ello sería que la pena imponible por la ejecución de tales actos no debería hacer distingos según el agente. Así, los guerrilleros deberían, siguiendo el argumento, recibir el mismo trato que los paramilitares porque ambos actores cometieron delitos atroces. La condición política de los primeros no justificaría un trato diferente respecto al dado a los paramilitares porque la lesión producida es la misma. A esta objeción podemos oponer varias razones que justifican el trato diferenciado de guerrilleros y paramilitares, así en principio parezca algo contrario a nuestras intuiciones morales.

No debemos olvidar que la Ley de Justicia y Paz es fruto de una negociación de sometimiento a la justicia que si bien ofreció beneficios a los paramilitares,

no los eximió de sanciones penales. En este ámbito rige un criterio de justicia correctiva: la sanción debe ser equivalente a la ofensa y al daño. La igualdad de trato, en principio, exige no distinguir entre tipos de ofensores al imponer la sanción. En contraste con la justicia ordinaria, la JEP surge como mecanismo de paz en un proceso de justicia en el marco de un conflicto armado interno en el que el Estado reconoció la condición de combatiente a la guerrilla. A diferencia de la justicia correctiva, la JEP contempla un criterio diferente al de sancionar los efectos de una transgresión; un criterio que distribuye las cargas entre los diversos actores, incluidas las víctimas, para asegurar entre todos un fin colectivo prioritario: la paz. La justicia transicional no solo busca sancionar al ofensor por los delitos atroces, sino, además, asegurar que mediante la distribución de cargas entre las partes en conflicto se logre un fin ulterior, en este caso, la consecución de una paz estable y duradera mediante la restauración y reparación de las víctimas.

La JEP, por ser una justicia negociada con miras a superar el conflicto, es por definición excepcional. Su propósito es volver a la normalidad para que, de nuevo, la justicia correctiva gobierne igualitariamente la sanción a las transgresiones penales del orden jurídico. La excepcionalidad de la justicia transicional, ese *quantum* de priorización de unos valores sobre otros (justicia distributiva para asegurar la paz a cambio de justicia punitiva), solo se justifica en circunstancias estrictas y determinadas. El principio igualitario de la justicia correctiva se limita, dada la importancia y el peso otorgado a la paz como derecho, deber y fin colectivo prioritario. En el reparto o la distribución de cargas se alivia la pena del ofensor para permitir su reinserción a la sociedad, la dignificación de las víctimas y la consecución de la paz en beneficio de todos. Se trata, sin lugar a dudas, de una restricción de la justicia igualitaria porque, así sea teóricamente, creemos que con la paz toda la sociedad alcanzará una situación mejor. Una razón utilitaria –asegurar la paz– termina por limitar, sin anular, el criterio moral de la igualdad de trato del ofensor.

La prueba de fuego para esta transacción entre paz y justicia de la JEP debe evaluarse en concreto, luego de una adecuada ponderación. No obstante, a la luz de la tesis defendida aquí, las emociones morales son el baremo crítico que se debe tener en cuenta para juzgar los límites de la negociación con las FARC-EP. Esto porque no todo está justificado por el fin superior de la paz. Una inadecuada apreciación de la situación y de los propósitos buscados puede incentivar el delito y conllevar impunidad, sin asegurar la paz. La pregunta clave es, entonces, ¿qué tan *tolerable* es para las víctimas de delitos atroces tener que aceptar una sanción menor para el delincuente político por el hecho de que así contribuye a alcanzar el objetivo de la paz? ¿Hierne el sentimiento de justicia de las víctimas exigirles aportar a la paz mediante la sustitución y disminución de la sanción a quien los ha lesionado gravemente y hacerlo porque se

trata de un infractor político, idealista, pero equivocado? Para responder estos interrogantes es necesario volver sobre las emociones morales y su capacidad de orientar las decisiones racionales de las partes negociadoras, de conformidad con el principio de razonabilidad.

Emociones morales: solidaridad con las víctimas

El movimiento nacional de víctimas ha hecho escuchar su voz en La Habana. Millones de personas gravemente afectadas por el conflicto armado son el referente ético del proceso de paz con las FARC-EP. Todas las instituciones tienen ahora la misión de realizar ese norte ético; los derechos de las víctimas deben ser honrados por encima del vaivén de los intereses políticos de las partes enfrentadas. Con acierto se ha dicho que las víctimas ocupan un lugar central en el proceso de paz, el cual debemos respetar y del que toda la sociedad debe aprender para evitar que alguna vez vuelvan a repetirse los hechos que dieron lugar al conflicto.

La solidaridad, entendida como sentimiento moral siguiendo a Richard Rorty, puede servirnos para evaluar la aceptabilidad de la negociación de paz con las FARC-EP. Esto porque la satisfacción de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición, y no simplemente el castigo, inspiran la filosofía de la JEP.

Lo primero sería aceptar que el colectivo de víctimas en Colombia no es homogéneo. Algunas víctimas lo son del accionar de la guerrilla, otras de los agentes del Estado y otras de particulares involucrados directa o indirectamente en el conflicto armado. Es posible que el tipo de emoción dominante –odio, resentimiento, culpa, vergüenza, compasión, etc.– varíe ampliamente de grupo en grupo de víctimas, según su ideología. No obstante, es relevante el análisis de las emociones como guía reguladora de la acción si lo que nos interesa es asegurar las condiciones necesarias para posibilitar la superación efectiva del conflicto armado.

La emoción del odio, presente en individuos y grupos de la sociedad afectados por las acciones violentas de los agentes involucrados, es una reacción primaria que, por lo general, alimenta los deseos de venganza. Como nos recuerda Nuria Sánchez al referirse a Kant:

La venganza ejemplifica como ninguna otra el funcionamiento de las pasiones, en las que las oscuridades del deseo se entrecruzan con la fuerza de la razón, al evidenciar cómo una Idea racional, interpretada de manera egoísta, se desvirtúa absolutamente, convirtiendo “el apetito de derecho con respecto al ofensor en una pasión de retribución” (*ApH*, Ak. VII 271), a la que el sujeto sacrifica cualquier otro bien, hasta conceder la propia ruina con tal de que el enemigo reciba su merecido.¹

¹ Nuria Sánchez, “Las pasiones y sus destinos. El examen de las emociones en las *Lecciones de antropología de Kant*” *Ideas y Valores*, vol. LXII, núm. 1, 2013, pp. 109-132.

Por su parte, la indignación es una emoción compleja cuyo objeto intencional es el daño injustificado infligido a otro y que suscita un rechazo o juicio de condena dirigido bien sea a la persona del ofensor o al acto ilícito. La indignación puede indicar de una conciencia moral con capacidad de dejarse afectar por la situación de los otros. En este sentido, la indignación es muestra de una actitud moral en la que nos identificamos con el sujeto víctima del actuar injustificado de otro que lesiona gravemente a un tercero. Cuando la indignación logra canalizarse por vía de sanciones especiales y no simplemente por vía del castigo, el agresor puede sentir culpa y vergüenza, reconocer su actuar moralmente erróneo y verse motivado a cumplir las medidas restaurativas y reparatoras que permitan satisfacer los derechos de las víctimas.

Martha Nussbaum se ha ocupado en extenso de las emociones en la política y la moral.² La filósofa norteamericana ha visto en la culpa y la vergüenza emociones complejas que, adecuadamente cultivadas, podrían sustituir las sanciones punitivas del derecho penal liberal. El efecto resocializador sobre el ofensor que asume la culpa de sus acciones dañinas, que se avergüenza de sus actos u omisiones y que está dispuesto a actuar para reparar a la víctima parece ser superior al efecto de la reclusión intramural del delincuente. Tomarse en serio las emociones y su importancia central para la vida individual y colectiva puede ser una vía alternativa promisoría para romper el círculo de resentimiento y venganza. Hacer relevantes las emociones morales en la adjudicación del derecho penal especial puede permitir la sustitución de la justicia retributiva o punitiva por una justicia restaurativa o reparatora a favor de las víctimas y de la sociedad.

Años de negociación entre el Gobierno colombiano y la guerrilla de las FARC-EP hicieron que una negociación inicialmente guiada por una racionalidad instrumental, con arreglo a fines, en la que cada parte pretendía maximizar sus beneficios, se fuese modificando, en virtud del diálogo, en una negociación inclusiva de los derechos de las víctimas del conflicto armado. Esta sensibilización ante la persona y situación de los afectados por la violencia armada contribuyó a la inclusión de contenidos razonables, no solo racionales, en el acuerdo definitivo de paz. En concreto, lejos de exigir la amnistía y el indulto para la totalidad de los delitos políticos y conexos cometidos en desarrollo del conflicto, la guerrilla aceptó que unos y otros habían cometido delitos de tal gravedad que debían ser procesados y sancionados por la justicia, y que no era aceptable que fueran simplemente perdonados y quedaran en la impunidad.

² Martha Nussbaum, *Upheavals of Thought. The Intelligence of Emotions*, Cambridge, UK, Cambridge University Press, 2001; *La terapia del deseo. La teoría y práctica en la ética helenística*, Barcelona, Paidós, 2003; *Emociones políticas. ¿Por qué el amor es importante para la justicia?* Barcelona, Paidós, 2014.

La sensibilización ante los derechos de las víctimas fue la oportunidad para concebir la justicia restaurativa en lugar de una justicia puramente punitiva.

Consecuencia de lo anterior es que los derechos a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición fueron incorporados como principio rector en el acuerdo definitivo de La Habana. La justicia transicional así acuñada exhibe las siguientes características: i) las víctimas son reconocidas como ciudadanos con derechos que están en el centro de la solución al conflicto. ii) Si los actores sometidos a la JEP aportan *plena verdad* sobre lo ocurrido, se harán merecedores a penas especiales de restricción (no de privación) de sus derechos y libertades, sin inhabilidad para participar en política; en este sentido, la menor punición se compensa con la maximización del derecho a la verdad, de gran importancia para la elaboración del duelo por parte de las víctimas. iii) En caso de no cumplirse con la anterior condición, los procesados podrán ser condenados a penas privativas de la libertad que oscilan a) entre 5 y 8 años de cárcel si aportan plena verdad antes de la finalización del proceso especial; o b) entre 15 y 20 años de cárcel si se establece su responsabilidad con posterioridad al proceso. iv) La JEP es un componente del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR), constituido además por la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición (CEVCNR o Comisión de la Verdad); la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y con ocasión del conflicto armado (UBPD), y sus respectivas medidas de reparación integral. v) La reparación de las víctimas deberá ser integral, adecuada, diferenciada y efectiva,³ no solo personal y grupalmente, sino material y simbólicamente.⁴ vi) La garantía del derecho a la no repetición de las conductas lesivas pretende asegurarse, no solo con el compromiso de los actores de no incurrir de nuevo en las graves conductas referidas, sino mediante la reconstrucción de la memoria histórica para impedir su nueva ocurrencia. vii) El SIVJRNR tiene un enfoque territorial, diferencial y de género que corresponde a las características particulares de victimización en cada territorio y población.⁵ viii) La participación de las víctimas del conflicto armado en todos los componentes del SIVJRNR debe ser asegurada de forma equitativa a hombres y mujeres “con respecto a la diversidad étnica y cultural y a los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, idoneidad ética y criterios de cualificación para su selección”.⁶

³ Acto Legislativo 01 de 2017, artículo transitorio 18.

⁴ En esta dirección afirma el artículo transitorio 1 incluido en la Constitución mediante el Acto Legislativo 01 de 2017: “La justicia restaurativa atiende prioritariamente las necesidades y la dignidad de las víctimas y se aplica con un enfoque integral”.

⁵ Acto Legislativo 01 de 2017, parágrafo 1 del artículo transitorio 1.

⁶ *Idem*.

Al comparar la Ley de Justicia y Paz de 2005 con la JEP de 2017 es evidente que las víctimas de hechos atroces constitutivos de graves violaciones de derechos humanos y de graves infracciones al derecho internacional humanitario reciben en uno y otro caso una atención diferente. La JEP sitúa a las víctimas en el centro de la solución política del conflicto, mientras que la Ley de Justicia y Paz las burlaba, lo cual suscitó la intervención de la Corte Constitucional para corregir la intolerable injusticia de la ley gestada en la negociación con los paramilitares. Pero el baremo crítico vuelve a ser, en nuestro caso, el criterio de las emociones morales. En el pasado hemos defendido la tesis según la cual las emociones morales tienen contenido cognitivo⁷ y permiten establecer, cuando no se reconocen, un nivel de tolerancia respecto de las decisiones políticas adoptadas: si los destinatarios de las normas pactadas en los acuerdos son revictimizados, esto es, si las víctimas son instrumentalizadas en la aplicación de la JEP al no atender en realidad sus derechos, la indignación será creciente y minará la legitimidad del acuerdo definitivo en ese punto. Aquí nos corresponde señalar dos decisiones constituyentes sospechosas de no pasar el examen de las emociones: la decisión de no exigir la asunción de responsabilidad (Acto Legislativo 01 de 2017, art. trans. 5, inc. 8), además de los deberes de aportar la verdad plena de los hechos, de reparar a las víctimas y de garantizar la no repetición como condición para beneficiarse del trato especial de la JEP. Esta omisión entra en contradicción con el principio de reconocimiento de responsabilidad contenido en el mismo artículo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2017. Tan absurdo y lesivo para la dignidad de las víctimas es sostener que “el deber de aportar verdad no implica la obligación de aceptar responsabilidades”, que puede darse el caso, como en efecto ya sucede, de condenados por delitos atroces en la justicia penal ordinaria que se acogen a la JEP, pero se declaran inocentes, pese a haber pertenecido a la organización que ejecutó los hechos constitutivos de graves violaciones de los derechos humanos e infracciones al DIH. Tal burla del derecho a la verdad –que incluye saber no solo qué pasó con los seres queridos, sino quiénes son los responsables de lo sucedido– genera indignación en las víctimas al verse instrumentalizadas de nuevo para fines políticos.

La segunda decisión en la negociación con las FARC-EP que no pasa el nivel de tolerancia de las víctimas se refiere a la regulación de la responsabilidad del mando (RdM) militar por graves omisiones en situaciones de graves violaciones de los derechos humanos y al DIH (Acto Legislativo 01 de 2017, art. trans. 24) que, en criterio de expertos en la materia, no atiende a los estándares

⁷Rodolfo Arango, *Realizando los derechos. Su teoría y práctica en América Latina*, Querétaro, Centro de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016, p. 49.

internacionales, en particular lo dispuesto en el Tratado de Roma,⁸ suscrito y ratificado por Colombia. Sostiene al respecto Rodrigo Uprimny:

... la idea de la RdM no es hacer una cacería de brujas contra los jefes militares, ni que estos respondan por los crímenes de sus subalternos simplemente porque son sus comandantes, pues eso sería imponer un castigo penal a quien pudo no tener ninguna culpa personal en la ocurrencia de las atrocidades, lo cual es inadmisibles en un Estado de derecho. El propósito de la RdM es sancionar a aquellos mandos que incurrieron en omisiones graves, que permitieron que sus subalternos cometieran atrocidades. Y por ello el derecho internacional ha decantado los requisitos para que se configure esta RdM, a fin de que no se castiguen comandantes inocentes pero que tampoco eludan su responsabilidad quienes incumplieron gravemente sus deberes.⁹

Sin entrar a analizar el fondo de la RdM, es evidente que el deseo de otorgar garantías equitativas a los miembros de la fuerza pública en el tratamiento de la JEP,¹⁰ si no se acompaña de una intención real de asumir la responsabilidad por graves omisiones lesivas de los derechos humanos y del DIH, conlleva una situación de impunidad. La Corte Constitucional tendrá que pronunciarse sobre el punto, y queda abierta la puerta para la intervención de la Corte Penal Internacional (CPI) en el país, al ser Colombia signataria del Tratado de Roma y haberlo incorporado a su legislación interna.

⁸ El artículo 28 del Tratado de Roma establece: “Responsabilidad de los jefes y otros superiores. Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte: // a) El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando: i) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y ii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento. // b) En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando: i) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; ii) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y iii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento” (Estatuto de Roma, A/CONF.183/9 de 17 de julio de 1998, enmendado por los *procès-verbaux* de 10 de noviembre de 1998, 12 de julio y 30 de noviembre de 1999, 8 de mayo de 2000, 17 de enero de 2001 y 16 de enero de 2002).

⁹ Rodrigo Uprimny, *Responsabilidad del mando: un debate complejo y polarizado*, 27 de febrero de 2017, en LaSillaVacía.com. Disponible en: <http://lasillavacia.com/blogs/responsabilidad-del-mando-y-jep-un-debate-complejo-y-polarizado-59906>

¹⁰ Acto Legislativo 01 de 2017, artículo transitorio 21.

Emociones, racionalidad y razonabilidad

Las emociones morales de las víctimas (dolor, indignación) y de los victimarios (culpa, vergüenza) están en el centro de la negociación del Gobierno con las FARC-EP. El movimiento de víctimas, tanto de crímenes de la guerrilla como de agentes del Estado, se ha hecho sentir y ha logrado una regulación en la JEP más sensible a sus derechos que la representada por la Ley de Justicia y Paz. Bien puede afirmarse que mientras la negociación con los paramilitares estuvo gobernada por una racionalidad instrumental que buscaba maximizar los intereses de estos grupos, así les impusiera, en principio, la privación de la libertad, la negociación con las FARC-EP situó a las víctimas y sus derechos en el centro de la solución, privilegiando la justicia restaurativa sobre la punitiva.

La justicia transicional permite el tránsito de una guerrilla alzada en armas contra el Estado, a un nuevo partido político que permita ampliar la participación política, y ensanchar y profundizar la democracia en el país. Al igual que en otros conflictos armados en el mundo (Guatemala, El Salvador, Nicaragua, Argentina, Chile, Irlanda, Sudáfrica), que han cesado mediante negociaciones para darle una oportunidad a la paz y establecer o fortalecer la democracia, en Colombia se ha buscado un balance entre las pretensiones de retribución y castigo y los anhelos de reconciliación mediante la reparación de las víctimas. La justicia transicional ha hecho de la restauración de los derechos de los afectados por las más graves violaciones de los derechos humanos e infracciones al DIH su principal objetivo, para lo cual ha distribuido las cargas del conflicto entre los más altos responsables del mismo, las víctimas y el Estado. La justicia distributiva en deberes de verdad, reparación y no repetición viene a complementar un mínimo de justicia retributiva o punitiva, representada por la restricción de los derechos y las libertades de los máximos responsables de delitos atroces cometidos en el contexto y en relación directa o indirecta con el conflicto armado. Es importante anotar que la novedad de la justicia transicional colombiana radica en no excluir la sanción punitiva de privación de la libertad o cárcel para los máximos ofensores, pena que queda condicionada a la ausente o deficiente colaboración de los procesados en lo que respecta a la reparación integral de los derechos de las víctimas. Se trata de un sistema escalonado que hace depender de la satisfacción del deber de contar toda la verdad la posibilidad de gozar del trato especial que limita, mas no priva de la libertad a los excombatientes, salvo que se demuestre su no colaboración en el esclarecimiento de los hechos. De esta forma, la restricción de los derechos de las víctimas se justifica con el alto grado de satisfacción de estos como consecuencia de la colaboración activa del victimario en la reparación de las ofensas cometidas. En los siguientes apartes analizaremos la filosofía que se encuentra detrás de esta singular solución, así como la proporcionalidad de las medidas transitorias adoptadas para superar un conflicto armado de más de medio siglo.

La Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) en perspectiva iusfilosófica

Hemos analizado la Ley de Justicia y Paz –mecanismo de justicia transicional usado para negociar con los paramilitares– y concluimos, desde una perspectiva internalista, que esta era inconstitucional por desconocer el contenido cognitivo de las emociones morales, en este caso, las de las víctimas del conflicto armado. Una década después ampliamos este análisis a la JEP, mecanismo de justicia transicional acogido en el Acto Legislativo 01 de 2017, que resume en materia de justicia la negociación de paz entre el Gobierno y la guerrilla de las FARC-EP. Nuestra tesis, igualmente desde una perspectiva iusfilosófica, es que el acto legislativo mencionado, salvo aspectos puntuales que señalaremos más adelante, es aceptable desde el punto de vista de las emociones morales, entre otras consideraciones, por ser sensible a y tener en cuenta los derechos de las víctimas.

Concepción y diseño de la Jurisdicción Especial para la Paz

La JEP fue concebida en un proceso de paz que partió de una premisa fundamental: ninguna de las partes enfrentadas, las Fuerzas Armadas del Estado y la guerrilla de las FARC-EP, venció a la otra en el campo de batalla. Luego de más de medio siglo de conflicto armado, las partes decidieron pactar un acuerdo de paz sin vencedores ni vencidos. Además de las reformas agraria y política acordadas para incluir a amplios sectores y grupos de población excluidos de los beneficios del progreso y de la participación política, se pactó entre las partes resolver el tema de la responsabilidad penal vía un sistema de justicia transicional en el que las víctimas del conflicto armado ocupan un lugar central.

La centralidad de las víctimas y sus derechos en la JEP fue la salida a dos opciones contrapuestas y excluyentes, no aceptadas por las partes enfrentadas: la justicia retributiva o punitiva, o la impunidad. Ninguna de estas opciones fue acogida en la negociación; la primera, por negar el carácter político de la confrontación que lleva al reconocimiento de sanciones atenuadas por las intenciones no egoístas de los autores en el momento de cometer los ilícitos; la segunda, por ser un imposible moral, político y jurídico cuando el mundo entero rechaza y condena el perdón y olvido de actos atroces como el genocidio o los delitos de lesa humanidad o de guerra. Los dos extremos, la cárcel y la impunidad, quedaron excluidos de la solución negociada al conflicto armado en lo que respecta a la responsabilidad penal por delitos atroces.

Excluidos ambos extremos, la dificultad de los equipos negociadores consistió en trazar la línea adecuada entre la justicia correctiva (algún grado de retribución, no amnistía ni indulto por delitos atroces) y la justicia distributiva (de cargas entre víctimas y victimarios para asegurar la paz y garantizar los derechos de las víctimas). El principio clave de la solución jurídica a los delitos atroces fue el reconocimiento de la verdad plena y efectiva como elemento

fundamental para el restablecimiento de los derechos de las víctimas y de la sociedad colombiana. Más verdad y menos sanción punitiva sería la consigna, siempre y cuando se contribuyera efectivamente con la justicia restaurativa. Esto porque el objetivo central de la negociación no fue el escarmiento de los delitos cometidos por ambas partes –se calculan cerca de dos mil masacres, más de doscientos veinte mil muertes, de sesenta a cien mil personas desaparecidas y siete mil secuestros, entre otros hechos atroces–, sino fundamentalmente el restablecimiento de los derechos de las víctimas, hasta donde fuese posible, y el aseguramiento de la paz.¹¹

El medio escogido para implementar estas finalidades fue una justicia especial diseñada a partir de la teoría de juegos y el dilema del prisionero.¹² La idea es sencilla: los máximos responsables de delitos atroces cometidos en el contexto y con ocasión del conflicto armado solo se salvan de la cárcel si colaboran con la JEP mediante el aporte de verdad plena, además de reparar a las víctimas¹³ y garantizar la no repetición de las conductas.¹⁴ Quien oculte parte o toda la verdad, no repare o repita las conductas, esto es, no colabore con la justicia de paz, pierde los beneficios y será privado de la libertad. Los actores que se acojan al sistema pueden estimar racionalmente, como en la teoría de juegos, cómo maximizar sus beneficios y minimizar los riesgos. Lo que deben saber desde el principio es que la actividad investigativa del Estado y las pruebas aportadas por otros actores del conflicto armado servirán de elementos probatorios para contrastar la veracidad, exhaustividad y plenitud de la verdad aportada al proceso para el esclarecimiento de los hechos y la asignación de responsabilidades.

El constituyente, en desarrollo del Acuerdo Final de Paz, condicionó el trato penal especial a la máxima satisfacción posible de tres derechos de las víctimas: la verdad, que deberá ser plena, exhaustiva y detallada para hacer posible la

¹¹ Dice el artículo transitorio 13 del Acto Legislativo 01 de 2017 que “las sanciones que imponga la JEP tendrán como finalidad esencial satisfacer los derechos de las víctimas y consolidar la paz. Deberán tener la mayor función restaurativa y reparadora del daño causado, siempre en relación con el grado de reconocimiento de la verdad y responsabilidad”.

¹² Robert Axelrod, *La evolución de la cooperación: el dilema del prisionero y la teoría de juegos*, Madrid, Alianza Editorial, 1986.

¹³ Ver artículo transitorio 18 sobre reparación integral en el SIVJRNR, en el Acto Legislativo 01 de 2017.

¹⁴ El Acto Legislativo 01 de 2017, en el inciso 8 del artículo transitorio 5 establece: “Para acceder al tratamiento especial previsto en el componente de Justicia del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR) es 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. El deber de aportar verdad no implica la obligación de aceptar responsabilidades. Quien aporte de manera dolosa información falsa, o incumpla cualquiera de las condiciones del Sistema, perderá el tratamiento especial de las víctimas”.

atribución de las respectivas responsabilidades; la reparación y la no repetición. El derecho a la justicia consiste, en principio, en una restricción de los derechos y las libertades para posibilitar las acciones reparadoras y restauradoras acordes con la gravedad de los hechos y el grado de responsabilidad; así, la función retributiva o punitiva de la pena se condiciona a la satisfacción del derecho a la verdad, función restaurativa. El constituyente no obliga al actor a reconocer la propia responsabilidad penal como condición para recibir el trato especial. Una posible razón para ello es considerar (erróneamente, a nuestro parecer) que exigir reconocimiento de la responsabilidad vulnera el derecho del procesado a no autoincriminarse. No obstante, el deber de aportar verdad plena, exigido como condición del trato especial, podría implicar materialmente el relato de la exacta participación en los hechos investigados que permita deducir la responsabilidad consecuente.

Un punto especialmente relevante para analizar la aceptabilidad de la JEP es el diseño adoptado para la satisfacción de los derechos de las víctimas. Como se señaló, la JEP es un mecanismo que hace parte del SIVJRNR, constituido por otros tres mecanismos o medidas adicionales: la CEVCNR, la UBPD y las medidas de reparación integral para la construcción de paz y las garantías de no repetición. Los cuatro componentes del SIVJRNR deben interactuar de manera coordinada en búsqueda de una respuesta integral a las víctimas, con enfoque territorial, diferencial y de género.

Recordemos que, por tratarse de una negociación de paz, todos los integrantes de la guerrilla que hayan cometido delitos políticos y conexos, y no se encuentren involucrados en la comisión de delitos atroces, son beneficiarios de amnistía e indulto. En cuanto a los destinatarios de la justicia especial, la JEP distingue cuatro tipos de personas: miembros de la guerrilla que hayan suscrito el Acuerdo Final de Paz con el Gobierno; agentes del Estado o integrantes de las Fuerzas Armadas, los cuales reciben un tratamiento equitativo, equilibrado, simultáneo y simétrico, pero diferenciado; terceros que sin formar parte de organizaciones o grupos armados hayan contribuido de manera directa o indirecta a la comisión de delitos en el marco del conflicto, los cuales podrán someterse libremente a la JEP; terceros que hubieran tenido una participación activa y determinante en la comisión de delitos enlistados en el inciso 2 del artículo transitorio 16 del Acto Legislativo 01 de 2017.¹⁵

¹⁵ El artículo transitorio 16 dispone: “Competencia sobre terceros. Las personas que, sin formar parte de las organizaciones o grupos armados, hubieren contribuido de manera directa o indirecta a la comisión de delitos en el marco del conflicto, podrán acogerse a la JEP y recibir el tratamiento especial que las normas determinen, siempre que cumplan con las condiciones establecidas de contribución a la verdad, reparación y no repetición. // Lo anterior, sin perjuicio de las competencias de la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad y de la Sección de Revisión del Tribunal para la Paz, respecto de la comparecencia de aquellos terceros que hubieran tenido una participación activa o determinante en la comisión de los siguientes delitos: el

Las sanciones que debe imponer la JEP son variadas y dependen de la cualidad del aporte de verdad y de su oportunidad. Ellas pueden ser sanciones propias, alternativas y ordinarias. Las sanciones propias se imponen cuando se ha aportado verdad plena, exhaustiva y detallada en su debida oportunidad; tienen contenido restaurativo y reparador, y conllevan las restricciones de libertades y derechos de quienes han colaborado eficazmente con el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición. El tipo y la duración de las sanciones propias depende del grado de verdad aportado, de la gravedad de la conducta, del nivel de participación y responsabilidad, y de los compromisos en materia de reparación.¹⁶ Las sanciones alternativas van de 5 a 8 años de cárcel por no haber reconocido oportunamente la plena verdad, pero hacerlo antes de la terminación del proceso en la JEP. Las sanciones ordinarias van de 15 a 20 años de cárcel para los actores que sean encontrados responsables de los hechos delictivos investigados con posterioridad a la terminación del proceso en la JEP. Tanto las sanciones alternativas como las ordinarias tienen un contenido retributivo o punitivo que se activa, principalmente, ante la no satisfacción del derecho a la verdad de las víctimas, con lo que no quedan del todo claras las consecuencias ante la no satisfacción de los derechos a la reparación y a la no repetición.

El parcial y somero resumen presentado sobre la filosofía y el diseño de la JEP sirve para preguntarnos si tal negociación de paz satisface las pretensiones de justicia de las víctimas en un grado suficiente que supere el baremo crítico de las emociones morales. En otras palabras, ¿sería tolerable para las víctimas la decisión constituyente que desarrolló el Acuerdo Final entre las partes combatientes en relación con las sanciones por delitos atroces? ¿Sirven las emociones morales para juzgar la aceptabilidad moral y la juridicidad de la menor justicia correctiva o punitiva en este punto? ¿Es la JEP, en su concepción y diseño, una decisión democrática *extremadamente injusta*, en el sentido de Gustav Radbruch,¹⁷ de forma que pueda terminar no siendo reconocida como derecho válido, aun cuando la finalidad del acuerdo sea posibilitar, vía la justicia transicional, la paz de todos los colombianos?

genocidio, delitos de lesa humanidad, 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, todo ello conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma. Se entiende por participación determinante para estos efectos aquella acción eficaz y decisiva en la realización de los delitos enunciados. // En el ejercicio de esas competencias, las mencionadas Sala y Sección no podrán fundamentar su solicitud y decisión exclusivamente en los informes recibidos por la JEP, sino que deberán corroborarlos a través de otros medios de pruebas”.

¹⁶ Véase el Acuerdo Final de Paz al que remite el artículo transitorio 13 del Acto Legislativo 01 de 2017.

¹⁷ Gustav Radbruch, *El hombre en el derecho*, Buenos Aires, Depalma, 1980, p. 135.

Perspectiva externalista: justicia distributiva y justicia retributiva

Dos enfoques iusfilosóficos de gran tradición histórica, el positivismo jurídico y el iusnaturalismo, coinciden en un punto de vista externo a las intenciones de los actores en el momento de decidir sobre un asunto práctico con implicaciones morales y políticas. Pese a que estas dos corrientes de pensamiento desestiman la intencionalidad de la acción y relegan las emociones morales al cuarto oscuro de la subjetividad o al diván del psicoanalista, ambas llegan a respuestas contrarias y divergentes respecto a la aceptabilidad de la JEP.

Para una teoría como la de Hans Kelsen, y probablemente la de H. L. A. Hart, la decisión plasmada en el Acto Legislativo 01 de 2017 sería válida porque las autoridades competentes decidieron, según las reglas del sistema jurídico, la distribución de cargas convenida en el Acuerdo Final de Paz, refrendado por el Congreso y avalado por la Corte Constitucional, pese a la crítica de los opositores. La JEP sería aceptable bien porque cualquier contenido de la decisión democrática del constituyente derivado es derecho si cumple con el procedimiento establecido para su expedición (Kelsen), o bien porque, además de respetar las reglas del sistema jurídico, satisface un mínimo de moralidad universalmente compartido (Hart). En ninguna de las dos doctrinas positivistas habría lugar a cuestionar la validez de la decisión mayoritaria al adoptar la norma constitucional vinculante. Ni el estado intencional del constituyente ni el de los destinatarios de las normas sería relevante, por interno y subjetivo, para evaluar la aceptabilidad de la decisión política adoptada.

Por su parte, autores antipositivistas (iusnaturalistas) como Gustav Radbruch o Robert Alexy podrían arribar a una conclusión contraria, aunque partiendo igualmente de un punto de vista externo: las decisiones del constituyente podrían no constituir siquiera “derecho”, y le harían perder a lo decidido su validez jurídica, por no estar acordes con principios universales de moralidad. En palabras de la oposición al proceso de paz en Colombia, lo pactado en La Habana y refrendado “ilegítimamente” por el legislador en funciones constituyentes, con el aval de la Corte Constitucional, desconoce valores morales universales; en particular, la decisión no contiene un mínimo natural de justicia retributiva, a saber, la cárcel e inhabilidad política por la comisión de delitos atroces. La deficiencia moral de la negociación política y la consecuente reforma constitucional se originan en el cambio de la función retributiva de la sanción por una restaurativa o reparatoria de la víctima, mutación que desconocería, a ojos iusnaturalistas, los valores morales (existentes y objetivos) que exigen dar a cada cual lo que le corresponde (*suum cuique tribuere*), en este caso, la atribución de una pena correspondiente a la extrema gravedad y el daño de los actos cometidos. Un argumento en esta dirección, que acercaría las doctrinas externalistas opuestas del positivismo y el iusnaturalismo, sería una razón de *lege ferenda*: el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos

humanos habrían recogido en una doctrina universal, vinculante para todos, la exigencia moral de no dejar impune la comisión de los delitos atroces.

En conclusión, ambos enfoques estudiados, el iuspositivismo y el iusnaturalismo, dejan de lado los estados intencionales de gestores y destinatarios de las normas jurídicas adoptadas. El primero, acudiendo a las reglas del sistema jurídico (externas a la decisión concreta debatida); el segundo, recurriendo a valores universales. La perspectiva pragmatista e internalista aquí defendida llega a una conclusión contraria: lo decidido en la negociación, incorporado luego como norma superior a la Constitución, es aceptable moralmente, salvo contadas excepciones. Esto porque lo decidido, analizado en el contexto concreto, no sacrifica ni la justicia distributiva ni la justicia correctiva y satisface el baremo crítico de las emociones morales.

Perspectiva internalista: intencionalidad y emociones morales

Las emociones han sido acusadas de subjetivas, relativas y culturalmente dependientes, lo que les resta toda relevancia para evaluar la corrección o legitimidad de una decisión democrática. En nuestro caso, podría cuestionarse la relevancia de las emociones para analizar la legitimidad o aceptabilidad moral de las decisiones democráticas sobre la Ley de Justicia y Paz o la JEP, porque las emociones de los gestores de las normas (los legisladores) o de sus destinatarios (las víctimas y los victimarios) son inasibles e irrelevantes. No obstante, si abordamos la pregunta desde una perspectiva pragmática de la acción¹⁸ encontramos que la agencia de los legisladores a la hora de expedir una normatividad, o la agencia de los jueces al interpretarla, pueden ser analizadas en su estructura, consistencia y coherencia, algo relevante para concluir sobre su aceptabilidad.

La confianza en la razón y el paradigma del dualismo cartesiano (*res extensa vs. res cogitans*) nos han legado un cuadro equivocado de la relación entre razón y emociones, algo que nos ha hecho notar, desde la neurociencia, Antonio Damasio.¹⁹ Pero la mente humana es más compleja que lo planteado por Descartes. Consideramos que es hora de despedirnos de una ontología que separa la razón y las emociones, desconociendo sus complejas interrelaciones. Tampoco es aceptable, en el actual estadio de la ciencia, hacer depender la objetividad o corrección de los juicios valorativos, éticos, políticos o morales, de algo externo al sujeto, sean decisiones previas convertidas en normas positivas o presuntas “realidades morales”, con entidad propia e independiente de los seres humanos.²⁰ La objetividad y la corrección de las decisiones prácticas, como hemos

¹⁸ Richard Rorty, *Pragmatismo: una versión. Antiautoritarismo en epistemología y ética*, Barcelona, Ariel, 2000.

¹⁹ Antonio Damasio, *El error de Descartes*, Madrid, Crítica, 2000, pp. 228 y ss.

²⁰ Véase una acertada crítica a esta visión de la objetividad en Ronald Dworkin, *Justicia para erizos*, México, Fondo de Cultura Económica, 2014, pp. 41 y ss.

expuesto en otro lugar,²¹ se construyen lingüísticamente sobre bases racionales y emocionales imbricadas.

El modelo externalista de positivistas y iusnaturalistas se alimenta de una pobre imagen de la intencionalidad y las emociones morales. La intencionalidad humana tiene una estructura común, como lo muestran, entre otros autores, Jon Elster²² o John Searle.²³ Nuestros pensamientos, creencias y deseos comparten una estructura de estados disposicionales, objetos intencionales, tendencias a la acción, valencias positivas o negativas, lo que impide calificarlos de meramente subjetivos y restarles relevancia en el juicio moral. Las emociones morales que subyacen a nuestros juicios sobre lo justo (derechos) y lo conveniente (paz), pueden ser formuladas mediante razones públicas aceptables por todos según un procedimiento discursivo común (constructivismo), sin que sean aceptables las objeciones que las condenan al reino de la subjetividad, de lo personal o de lo culturalmente relativo.

El problema filosófico de fondo en el debate sobre la relación entre justicia y paz tiene mayores dimensiones, respecto del cual hay multiplicidad de teorías que intentan resolverlo. Que en ocasiones la justicia deba ceder ante el interés colectivo es algo que una concepción estrictamente deontológica no acepta. Que los derechos prevalezcan siempre sobre los bienes o fines colectivos es algo inadmisibles para una concepción consecuencialista o utilitarista. Como lo he defendido en otros escritos, la distinción entre derechos y bienes o fines colectivos debe mantenerse,²⁴ pero no como una distinción categorial (Habermas), sino gradual y contextual (Putnam).²⁵ Y el presente caso es un buen ejemplo del conflicto, muy bien elaborado por Ernst Tugendhat cuando explica las relaciones entre justicia correctiva y justicia distributiva,²⁶ para preguntarse en qué relación está la distribución de bienes o cargas por razones de utilidad general con la justicia igualitaria de los derechos y las oportunidades.

La discusión sobre la JEP es de enorme relevancia porque de la relación entre los derechos y la justicia depende el orden político y social de la sociedad. A la posición de los críticos de la JEP que exigen cárcel e inhabilitación política para los actores de delitos atroces subyace una concepción igualitaria de los derechos que limita, para el caso estudiado, la noción de justicia a su

²¹ Rodolfo Arango, "Derechos humanos como límite a la democracia", en *Realizando los derechos. Su teoría y práctica en América Latina*, 2016a, *op. cit.*, pp. 39-60.

²² Jon Elster, *Alquimias de la mente. La racionalidad y las emociones*, Barcelona, Paidós, 2002, pp. 490 y ss.

²³ John Searle, *La mente. Una breve introducción*, Bogotá, Norma, 2006, pp. 205 y ss.

²⁴ Rodolfo Arango, "Derechos y fines políticos", en *Realizando los derechos. Su teoría y práctica en América Latina*, 2016b, *op. cit.*, pp. 85-108.

²⁵ Rodolfo Arango, "Concepciones deontológicas y teleológicas de los derechos fundamentales", en *Realizando los derechos. Su teoría y práctica en América Latina*, 2016c, *op. cit.*, pp. 61-84.

²⁶ Ernst Tugendhat, *Lecciones de ética*, Barcelona, Gedisa, 1997, pp. 351 y ss.

función correctiva, en la modalidad de retributiva o punitiva. Las razones y emociones que sustentan esta posición pueden ir desde los derechos de las víctimas, la prevención general de la pena o la idea abstracta de dar a cada cual lo que le corresponde, en el sentido de que el grave daño ocasionado solo puede ser compensado por una drástica restricción de los derechos (cárcel e inhabilitación política) de quienes han cometido delitos atroces. En esta dirección, dar un trato favorable o especial como el dispuesto en la JEP significa para los opositores a esta decisión una claudicación de la justicia y un mensaje erróneo para la sociedad, al crear incentivos para el crimen y empobrecer la moralidad social. Igual que Kant, los opositores de la JEP asumen el retribucionismo punitivo. Incluso la pena capital estaría justificada para Kant porque el ejecutor de la ofensa, como ser autónomo, habría podido libremente prestar su consentimiento previo a la norma que tipifica el delito y establece la máxima sanción por la gravedad del mismo con anterioridad a la ejecución de la conducta delictiva. En el caso colombiano, al estar proscrita la pena capital, la sanción exigida por retribucionistas es la establecida previamente por la legislación penal para los delitos más graves o, por lo menos, si se admite una legislación especial de paz, una pena privativa de la libertad equivalente a la impuesta a los paramilitares por los mismos delitos. No aceptar este trato penal, consideran, generará impunidad. Líderes políticos como Álvaro Uribe o Alejandro Ordóñez insisten en que sin cárcel, inhabilitación política e incautación de todos los bienes de las FARC-EP, la reforma constitucional es extremadamente injusta y carece de toda legitimidad. La concepción deontológica no admite limitar los derechos (de las víctimas y de la sociedad) por razones de interés general o bien colectivo como la paz; no consiente una transacción entre menor satisfacción de ciertos derechos para algunos a cambio de una mayor conveniencia o beneficio para todos. Lo justo o correcto se separa y diferencia de lo bueno o conveniente, sin aceptarse una interrelación de ambas esferas por ser ellas independientes entre sí.

Por el contrario, desde una postura pragmatista, sin negar el peso y la importancia de la justicia ni la noción igualitaria de los derechos presupuesta en la posición de los opositores a la JEP, es posible admitir, siguiendo a Tugendhat, que en ocasiones incluso la justicia debe ceder ante consideraciones de conveniencia, y ello por razones morales. La moral excede en su contenido a la justicia. Sostiene el filósofo alemán que “los argumentos utilitaristas pueden, dado el caso, prevalecer incluso moralmente frente a los argumentos de la justicia”.²⁷ Cuestión compleja es determinar los casos o las situaciones que, por sus características (excepcionales), justifican dar prevalencia a fines colectivos –paz, bienestar, seguridad, etc.– sobre consideraciones de justicia. Importante aquí es anotar que no por aceptar esta tesis se defiende un razonamiento utilitarista que

²⁷ *Ibid.*, p. 369.

somete los derechos y las oportunidades de las personas a la satisfacción de metas, fines o intereses colectivos, lo cual no es defendible desde un punto de vista moral que toma en serio la autonomía y dignidad humana. Se trata más bien de aceptar que en el contexto en que se adopta la decisión se busca ponderar adecuadamente entre los derechos y fines en cuestión. En el caso de Colombia, con más de cinco décadas de conflicto armado y millones de víctimas, el derecho colectivo a la paz puede, por razones morales, justificar la limitación de derechos individuales y, con ello, la justicia distributiva igualitaria que está a la base de una sociedad con un orden político y social legítimo consolidado.

La anterior ha sido precisamente la solución al conflicto armado ideada por las partes negociadoras. Las exigencias de justicia igual para todos (justicia ordinaria) se flexibilizan con la finalidad de posibilitar y consolidar hacia el futuro una paz duradera para todos (justicia transicional). El edificio de la JEP se basa en el respeto de los derechos de las víctimas, priorizando y maximizando el derecho a la verdad. Esto porque, para las partes negociadoras, la verdad plena cumple diversas funciones como permitir el duelo por los seres queridos; la localización de sus restos para darles sepultura; la atribución de responsabilidades a la máxima cantidad de actores de delitos atroces; la reparación material y simbólica de las víctimas; y la garantía de que, cumplidas las exigencias de restauración y reparación, no se volverá a repetir esta situación para las víctimas. Según la decisión adoptada por el legislador colombiano, la distribución de derechos y cargas (más verdad por menos retribución), compensa la limitación de justicia correctiva al reemplazar las sanciones de cárcel e inhabilitación política por sanciones dirigidas a restaurar las vidas de las víctimas y repararlas por los daños sufridos. Así, los derechos a la reparación y la no repetición entran como razones coadyuvantes a reforzar el derecho a la verdad y a compensar la limitación de justicia correctiva. La cuestión definitiva, desde la perspectiva de las emociones morales, es si toda víctima y todo observador imparcial podría aceptar o tolerar esta solución sin calificarla de extremadamente injusta porque lleva a la impunidad, sacrifica la función punitiva y preventiva de la pena, y se torna incentivo perverso de la criminalidad, en su máxima expresión de los actos atroces, violatorios de todos los derechos y de la dignidad humana.

Las mejores razones hablan a favor de que la JEP no desconoce las emociones morales de las víctimas ni de un observador imparcial. A diferencia de la Ley de Justicia y Paz, las víctimas sí se sitúan en el centro de la solución de la justicia transicional. Todo el SIVJRNR se orienta a satisfacer sus derechos, en menor o mayor grado. La limitación del componente de justicia correctiva retributiva no es absoluta. Solo si se maximiza el componente de verdad plena, oportuna y exhaustiva, la sanción punitiva de cárcel e inhabilitación política es reemplazada por medidas restauradoras y reparadoras de las víctimas (sanción propia). De lo contrario, como lo establece la Constitución, se impone la privación de

la libertad de 5 a 8 años de cárcel si la verdad incompleta u oculta se reconoce antes del término del proceso judicial (sanción alternativa), o de 15 a 20 años de cárcel si la verdad o responsabilidad se establece con posterioridad a la finalización del proceso judicial respectivo (sanción ordinaria). Así, el componente de justicia correctiva retributivo no se hace nugatorio o se reduce a cero, sino que se dirige a asegurar la satisfacción de los otros tres derechos, en especial el derecho a la verdad plena. Quizás la única emoción moral que explicaría el empecinamiento en la pena de cárcel e inhabilitación política es la venganza, ese deseo de arrastrar incluso el bienestar propio y de los demás con tal de hacer escarmentar a la persona odiada mediante el castigo por la gravedad de sus actos y sus consecuencias.

No obstante, la cárcel, el escarmiento o el castigo no son los únicos medios de reconciliación o reparación del tejido social lesionado por el ofensor. Por el contrario, el esclarecimiento de la verdad como componente que permite hacer el duelo y la reparación, además de fomentar el cambio de actitud del ofensor necesario para no repetir la conducta atroz, resultan medidas más idóneas que la prisión si lo buscado es satisfacer los derechos de las víctimas y asegurar la paz. Recordemos que la ausencia de estas condiciones –satisfacción mínima de los derechos a la verdad, la reparación y la no repetición– habilita la justicia correctiva en su modalidad punitiva. La venganza se supedita así a la vergüenza de los actores de delitos atroces. Estos, para reincorporarse plenamente a la sociedad, deberán servir a la realización de los derechos de sus víctimas, de conformidad con las medidas diseñadas por la JEP en cada caso particular. ¿Por qué sería esta última solución, valorada desde la teoría de las emociones morales, más adecuada para alcanzar el objetivo último de una paz estable y duradera? La respuesta es que la opción de los críticos de la JEP se basa en el odio y la venganza hacia el ofensor, mientras que la segunda se basa en el carácter defectuoso y dependiente del mismo, así como de su perfectibilidad mediante el adecuado manejo de la culpa, la vergüenza y la asunción de responsabilidad.

Solo respecto de este último componente, la asunción de responsabilidad, podría presentarse un caso de extrema injusticia con las víctimas. Esto porque, en su regulación, el Acto Legislativo 01 de 2017 omitió exigir, junto con el deber de aportar verdad plena, el deber de reconocer la responsabilidad en los hechos atroces, con el erróneo argumento de que exigir tal reconocimiento de la responsabilidad propia sería violar el derecho del procesado a no autoincriminarse. Contrario al legislador en funciones constituyentes consideramos que 1) haber sido parte de un grupo armado cuyos miembros cometieron graves violaciones de los derechos humanos e infracciones al DIH y 2) querer beneficiarse de la justicia especial que prescinde de sanciones punitivas, justifica la exigencia, además de aportar verdad plena, de reconocimiento de la responsabilidad en los actos investigados. Esto porque el beneficio penal debe suponer también

cargas para el procesado que clarifiquen hechos y participación en ellos, sin que esto viole su derecho a no autoincriminarse debido a que se obtiene un gran beneficio a cambio. En estricto sentido, quien es inocente no debe acogerse a la JEP, puesto que esta tiene como finalidad la satisfacción de los derechos de las víctimas y la consecución de la paz, lo que supone, desde un principio, reconocer la condición de violador de los derechos humanos e infractor del DIH en algún grado, así sea mínimo, de responsabilidad (por ejemplo, al haber participado como acompañante o facilitador de la persona o grupo ejecutor del delito atroz). No exigir el reconocimiento de responsabilidad al postulado a la JEP es permitir la búsqueda de beneficios afirmando la inocencia, lo que traslada toda la carga probatoria al Estado y obstaculiza o demora la respuesta efectiva a las víctimas. Aún más grave, no exigir asunción de responsabilidad no permite una adecuada determinación de las medidas reparatoras y de garantías de no repetición, además de invitar al envilecimiento de la JEP por oportunistas que buscan sacar ventaja del trato especial sin asumir las cargas correspondientes.

En conclusión, a diferencia de la Ley de Justicia y Paz, donde las víctimas fueron rey de burlas en la negociación con los paramilitares, la JEP toma suficientemente en serio los derechos de las víctimas y la búsqueda de la paz. Mientras que la Ley de Justicia y Paz resultaba extremadamente injusta por su grado de insensibilidad con las víctimas, la JEP reúne condiciones que permiten afirmar su aceptabilidad al tomar suficientemente en serio a las víctimas de delitos atroces, sin llegar a instrumentalizarlas con fines políticos. Dos argumentos apoyan estas conclusiones. Primero, la JEP equilibra las dimensiones de justicia correctiva y distributiva con la finalidad de la paz de forma que, mediante incentivos como prescindir de la pena de cárcel e inhabilitación política a actores de delitos políticos y conexos, se favorece la satisfacción de la verdad plena y el reconocimiento de responsabilidad (aunque con una deficiencia corregible) a fin de que sea posible reparar integralmente a las víctimas y garantizar por medio de medidas restaurativas y reparatoras la no repetición de atrocidades. Segundo, la insistencia de los críticos y opositores de la JEP en el componente punitivo como condición necesaria de justicia que, de no satisfacerse, conduciría a la impunidad, no resiste el análisis lógico y fáctico, y se revela más el deseo subyacente de escarmiento y venganza. Esto porque el componente de justicia correctiva no desaparece de la regulación de la JEP, sino que se subordina vía las sanciones alternativas y ordinarias a la previa colaboración con el SIVJRNR para asegurar la verdad plena, la seguridad jurídica de las partes involucradas en el conflicto y la consecución de una paz estable y duradera.

Ponderación y justicia especial de paz

En su análisis de constitucionalidad de la Ley de Justicia y Paz, la Corte Constitucional consideró que la pena alternativa de 5 a 8 años de cárcel para

paramilitares que cometieron delitos atroces no era desproporcionada por limitar excesivamente los derechos de las víctimas con el fin de posibilitar la paz, pero que sí lo eran otras dos medidas: 1) que se aumentara solo un 20 % de la pena al actor si se descubría luego que había callado su participación en hechos delictivos diferentes a aquellos por los cuales era procesado, cuando lo aceptable era que perdiera los beneficios de la justicia transicional; 2) que los paramilitares respondieran a las víctimas solo en forma individual y con el patrimonio ilícito de sus actividades, cuando lo aceptable para satisfacer el derecho a la reparación era que respondieran individual y colectivamente en forma solidaria por los actos de otros integrantes del grupo y que lo hicieran no solo con el patrimonio ilícito, sino también con los bienes lícitos.²⁸

Dichas ponderaciones entre el derecho a la paz y los derechos de las víctimas fueron hechas por la Corte Constitucional en ejercicio del control de constitucionalidad sobre la Ley de Justicia y Paz. Para el caso de la JEP, el control de constitucionalidad se complica puesto que esta fue elevada a norma constitucional en desarrollo del Acuerdo de Paz por las mayorías del Congreso en función constituyente. Así las cosas, la competencia de la Corte se restringe por mandato constitucional al control automático y único de constitucionalidad del acto reformativo de la Constitución “solo por vicios de procedimiento en su formación” (Acto Legislativo 1 de 2016, art. trans. 1, lit. k, en concordancia con el art. 241, num. 1 de la CP), sin desmedro de la jurisprudencia de la Corte sobre “no sustitución” constitucional. Lo anterior es importante aclararlo porque la presente reflexión no es un ejercicio de control constitucional a la luz de la jurisprudencia constitucional (ejercicio que deberá hacer en su momento la Corte Constitucional), sino una reflexión filosófica sobre la relación entre ponderación, intencionalidad y emociones en el contexto de la negociación entre el Gobierno y las FARC-EP.

El interés filosófico no radica, entonces, en determinar cómo ponderar los derechos de las víctimas con el derecho a la paz, sino en analizar las premisas subyacentes a la imposición de sanciones en la JEP, teniendo en cuenta la intencionalidad de los actores y las emociones de las víctimas. Por ello, nuestras preguntas se circunscriben a establecer si para las víctimas de delitos atroces resulta intolerable, entre otras cosas: 1) sustituir la función retributiva mínima de la pena por su función restaurativa o reparadora; 2) no exigir la asunción de responsabilidad por los actores que se acogen a la JEP como condición para gozar de los beneficios de la justicia especial; 3) no declarar prenda general de las víctimas el patrimonio de los miembros de las FARC-EP, ilícito y lícito, individual y solidariamente considerado; 4) reducir la responsabilidad por el mando de los comandantes de las fuerzas militares respecto de los parámetros

²⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-370 de 2006.

internacionales de derechos humanos y DIH; 5) incluir los casos de falsos positivos, narcotráfico y violación en los delitos de competencia de la JEP.

Emociones morales como baremo crítico de la legitimidad política

Hemos defendido la tesis según la cual emociones morales –entre ellas el resentimiento, la indignación, la culpa o la vergüenza– sirven de indicador de los límites de una decisión democrática compatible con los derechos humanos. Nuestra argumentación se inspira en las tesis de Gustav Radbruch, quien postulara la fórmula, acogida por diversos tribunales, “la ley extremadamente injusta no es derecho”. De la formulación del filósofo alemán compartimos la distinción entre lo “simplemente injusto”, que cae en el ámbito de discrecionalidad del legislador y respecto de lo cual no tenemos un acceso cognitivo, y lo “extremadamente injusto”, que sí podríamos conocer de manera objetiva. No obstante, a diferencia de la fundamentación iusnaturalista de Radbruch, quien acude a valores universales reconocibles por toda persona razonable para determinar lo que es manifiestamente intolerable, nosotros recurrimos a emociones morales como criterio cualitativo de los límites de lo aceptable. A diferencia de lo sostenido por el positivismo científico y el emotivismo ético, las emociones complejas –con disposiciones, estados intencionales, valencia, tendencia a la acción– hacen parte de nuestro sistema sensorial, nervioso, perceptivo y cognitivo, y son un parámetro objetivo de valoración de la aceptabilidad de las decisiones racionales. En este orden de ideas, lo “extremadamente injusto” es cognoscible, no por remisión a un orden objetivo de valores externo, sino gracias al contenido cognitivo de las emociones morales, universalmente compartidas. Las emociones morales nos permiten valorar con objetividad una determinada situación o estado de cosas.

En nuestro caso, la evidencia de que una decisión resulta intolerable por herir las emociones de un observador imparcial es indicativa de la no aceptabilidad moral de dicha decisión. Aun cuando el objeto intencional que suscita la emoción pueda variar culturalmente, el estado intencional resultante es siempre el mismo. Así, por ejemplo, el hecho de que el objeto intencional que suscita vergüenza en una persona puede variar de cultura en cultura, no cambia el tipo de afectación de su autoestima como consecuencia del actuar equivocado, erróneo o injusto. La persona, por ejemplo, se sentirá mal consigo misma, percibirá la situación como algo negativo, tenderá a ocultarse o replegarse de la esfera pública, etc. La “pragmática de las emociones morales” es la misma de cultura en cultura, y de persona en persona, con independencia de qué suscite la emoción.

Restauración social y retribución penal

La filosofía y el diseño de la JEP, al ofrecer plena verdad, reparación y no repetición a la víctima, a cambio de prescindir de la cárcel (sanción punitiva) para

el ejecutor de delitos atroces y reemplazarla por la restricción de sus derechos y libertades con el cumplimiento de medidas reparadoras (sanción restaurativa), resulta una decisión en principio tolerable si se analiza a la luz de las emociones de la culpa y la vergüenza. Esto porque permitir, mediante el tratamiento penal, que el infractor tome conciencia del actuar errado y lesivo de los derechos de otros y reconozca públicamente su infracción mediante medidas resarcitorias y reparadoras de las víctimas, es más favorable que buscar escarmiento y castigo del ofensor. Ponderadas las razones a favor de una y otra modalidad de sanción es manifiesto que el anteponer las medidas restauradoras (sanción propia) al castigo (sanciones alternativa y ordinaria) optimiza los derechos en conflicto, más aún cuando la privación de la libertad o cárcel también está prevista en la JEP para el caso de omitir dolosamente la verdad según el momento en que se constate la omisión (sanciones alternativas de 5 a 8 años de cárcel y sanción ordinaria de 15 a 20 años de cárcel).

La responsabilidad evasiva

En contraste, resulta intolerable que quienes se acojan a la JEP puedan no reconocer su responsabilidad en los hechos atroces investigados y, pese a ello, pretendan beneficiarse del trato especial más favorable por su contribución a la satisfacción de los derechos de las víctimas y a la paz. Más cuando el propio artículo transitorio 13 del Acto Legislativo 01 sobre sanciones establece que ellas “deberán tener la mayor función restaurativa y reparadora del daño causado, siempre en relación con el *grado de reconocimiento de verdad y responsabilidad*” (énfasis agregado). O sea, el grado de responsabilidad en los hechos confesados es el elemento primordial para la configuración de la sanción. A mayor responsabilidad, mayor compromiso del agente o los agentes en las tareas restauradoras y reparadoras de los derechos de las víctimas. Aceptar que sea el Estado exclusivamente el que deba determinar y asignar la responsabilidad por la participación en hechos atroces, sin exigir la colaboración de los propios actores según su responsabilidad, es recortar de manera injustificada los alcances y las funciones de la sanción, con el desconocimiento de los derechos mínimos de las víctimas. Esto resulta manifiestamente injusto a la luz de las emociones morales de las víctimas. Con entendible razón estas pueden sentir indignación al percibir el favorecimiento de los victimarios y su propia instrumentalización en aras de la paz. La omisión constituyente en exigir al beneficiario de la justicia especial el reconocimiento de su responsabilidad en los delitos atroces cometidos resulta intolerable y sus efectos deslegitimadores de la decisión democrática constituyente.

Con qué se repara

Algo similar sucede con el silencio del Acto Legislativo 01 de 2017 respecto al tipo de responsabilidad, individual o colectiva, de los máximos responsables

de los delitos atroces investigados, o respecto al alcance de la prenda general para la indemnización de las víctimas –tanto el patrimonio lícito como ilícito– de los actores procesados por la JEP. La reforma constitucional sitúa en el Estado la responsabilidad de garantizar el derecho a la reparación de las víctimas individuales o colectivas de graves violaciones de los derechos humanos e infracciones al DIH,²⁹ mas nada establece sobre la responsabilidad, individual o colectiva, de reparar con los bienes ilícitos o lícitos de los actores y responsables de los mandos guerrilleros. ¿Es tolerable que sea el Estado el que responda a las víctimas y no también los actores de los daños materiales y morales, asegurada previamente su reinserción social (con los respectivos apoyos y la garantía de su derecho al mínimo vital) y su reintegración política (con la financiación del partido político naciente y sus actividades)? Imaginemos el caso de un mando guerrillero corresponsable de una determinada conducta atroz. ¿Entraría en los bienes para indemnizar a las víctimas un inmueble suyo obtenido lícitamente? ¿Respondería de manera solidaria por los actos atroces del grupo al que pertenecía y sobre el cual ejercía autoridad y mando? En otras palabras, ¿deben las víctimas aceptar que sea el Estado el que garantice la satisfacción de sus derechos a la reparación integral y no que concurren a ello los actores mediante su responsabilidad colectiva y solidaria, todo esto con el fin de consolidar la paz? Estas preguntas no las podemos responder con detenimiento en este corto ensayo. No obstante, dada su importancia merecen una respuesta tentativa. Analizada la regulación constitucional, el contexto del conflicto y la situación de las víctimas –que serán indemnizadas vía administrativa por el Estado en una módica cuantía en millones de pesos–, consideramos que la omisión constituyente en materia de responsabilidad por las violaciones referidas es, en principio, manifiestamente injusta por desconocer un mínimo de justicia distributiva. Dicha omisión contradice los fines restauradores y reparadores de la sanción propia y no está acorde con la centralidad asignada a las víctimas en el diseño del SIVJRN. Además, la solución ideada reparte inequitativamente las

²⁹ Acto Legislativo 01 de 2017, artículo transitorio 18. “Reparación Integral en el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No repetición. En el marco del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, el Estado garantizará el derecho a la reparación a las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario que hayan sufrido daños, individual o colectivamente con ocasión del conflicto armado. La reparación será garantizada por el Estado de manera integral, adecuada, diferenciada y efectiva, priorizando la distribución de las medidas de reparación entre las víctimas teniendo en cuenta el universo de víctimas del conflicto armado y buscando la igualdad en el acceso y la equidad en la distribución de los recursos disponibles, y dando preferencia en la atención a los sujetos de especial protección constitucional. // Parágrafo. En los casos en que se aplique amnistía, indulto o renuncia a la persecución penal, no procederán acciones judiciales contra los beneficiarios de tales medidas para la indemnización de las víctimas. En todo caso, deberán contribuir al esclarecimiento de la verdad, a la reparación de las víctimas y garantizar la no repetición”.

cargas entre ofensores y ofendidos. La distinción entre delitos comunes (en el caso de los paramilitares) y delitos políticos (en el caso de los miembros de las FARC-EP) tampoco constituye un argumento de peso que justifique el silencio del constituyente en punto al tipo de responsabilidad patrimonial. Que en un caso los fines del actuar delictivo hayan sido el interés personal egoísta y en el otro el deseo altruista de construir una sociedad más justa, pero con medios equivocados, resulta irrelevante a la hora de las reparaciones de víctimas de delitos atroces. Por último, el equilibrio en la distribución de cargas se rompe, y sus resultados contradicen la finalidad del acuerdo de la JEP cuando, habiendo condicionado la sanción punitiva (privación de la libertad) a la sanción restauradora y reparadora (restricción de derechos y libertades), luego se limita esta última a la mera responsabilidad individual del ofensor o a la reparación con los bienes ilícitos, incluso sin tener este el deber de reconocer su responsabilidad en los hechos investigados. El conflicto entre los derechos de reparación y no repetición de las víctimas y los derechos a la vida, la integridad, la no autoincriminación y a la participación política de los guerrilleros debe resolverse, en el plano jurídico constitucional, mediante una cuidadosa ponderación. No obstante, desde el punto de vista de las emociones morales, resulta un absurdo percibido con indignación que no solo se limite el derecho a la justicia en su función correctiva (punitiva), sino también en su función distributiva (restauradora) y los derechos a la reparación y a la no repetición. Los bienes ilícitos y lícitos, exceptuados los necesarios para cubrir el derecho fundamental al mínimo vital, deberían ser destinados a restaurar las vidas y reparar los daños a las víctimas. Esto también vale para los actores particulares individuales, empresarios e industriales. Todos sus bienes, lícitos o ilícitos, deberían, desde un punto de vista moral, ser prenda general en caso de que se demuestre su responsabilidad. En conclusión, no incluir en la sanción propia de la JEP la responsabilidad solidaria para los altos mandos guerrilleros, y no hacerlo incluyendo además sus bienes lícitos, resulta inaceptable desde la perspectiva de las emociones morales de las víctimas. Estas comprensiblemente se sentirán indignadas (burladas) ante un tratamiento jurídico que en la distribución de cargas ha terminado por ser comprensivo con los actores del daño y no tanto con las víctimas del mismo.

Mando militar y derecho internacional

Con respecto al cuarto interrogante relativo a la responsabilidad de mando en el caso de los comandantes de las Fuerzas Militares frente a los parámetros internacionales de derechos humanos y DIH, no diremos mucho más de lo arriba expresado.³⁰ Aquí cabe solo una reflexión adicional; los derechos humanos, en

³⁰ Cfr. Adenda al capítulo 1.

cuanto derechos morales, están hechos de un material muy etéreo, como sostiene Tugendhat, y requieren institucionalización. Esto sucede vía el derecho constitucional e internacional. El consenso mundial sobre la importancia de los derechos humanos como criterio mínimo de justicia que limita la voluntad política de los poderes establecidos ha llevado a su positivización en tratados internacionales y constituciones políticas de los Estados, los cuales a su vez conforman un sistema universal, regional y local de derechos humanos. Bien puede afirmarse que la consagración de derechos y garantías para su realización en el derecho internacional de los derechos humanos constituye un mínimo de justicia exigible a los Estados, en particular aquellos que suscriben pactos y tratados internacionales para su protección, garantía y promoción. Es en ese contexto donde los parámetros internacionales de derechos humanos relativos a la responsabilidad del mando militar con ocasión de un conflicto armado deben ser apreciados y respetados como derecho jerárquicamente superior al derecho constitucional interno. Por lo mismo, la interpretación *pro hominem* de la reforma constitucional que busca alcanzar la paz en Colombia mediante el establecimiento de la JEP, a la luz del derecho internacional de los derechos humanos representado en el artículo 28 del Tratado de Roma, debe ser más favorable a los derechos humanos de las víctimas y no de quienes pueden ser sus infractores. Desde un punto de vista suprapositivo, que toma en serio las emociones morales como baremo crítico de las decisiones políticas, incluso las relativas al bien inestimable de la paz, concluimos que una interpretación más favorable a los mandos militares que a las víctimas de sus posibles omisiones según los parámetros internacionales resulta intolerable y debería, desde un punto de vista moral, ser rechazada.

Conclusión

En la distribución de cargas entre víctimas y victimarios al finalizar un conflicto armado en forma consensuada, no se trata de imponer, por Constitución, el perdón de las primeras en beneficio de los segundos. Se trata más bien de reconocer que en una negociación sin vencedores ni vencidos siempre habrá un dolor inconmensurable y culpas que no puedan, no deban, ser expiadas por vía del derecho positivo y del Estado de derecho, cuya misión precisamente consiste en buscar y preservar la paz. Y que la forma más razonable y sensible al dolor de las víctimas, de cara a la transformación social, es aplicarnos todos a la restauración y reparación de quienes han visto sus vidas destruidas o gravemente lesionadas con ocasión del conflicto armado. Para ello, la JEP ofrece una orientación y unos mecanismos que deben ser críticamente evaluados y aplicados para posibilitar la superación efectiva y legítima de la larga experiencia traumática por todos vivida.

Bibliografía

- ALTO COMISIONADO PARA LA PAZ, *Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*, 2017. Disponible en: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf>
- ARANGO, Rodolfo, "Derechos humanos como límite a la democracia", en *Realizando los derechos. Su teoría y práctica en América Latina*, Querétaro, Centro de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016a.
- _____, "Derechos y fines políticos", en *Realizando los derechos. Su teoría y práctica en América Latina*, Querétaro, Centro de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016b.
- _____, "Concepciones deontológicas y teleológicas de los derechos fundamentales", en *Realizando los derechos. Su teoría y práctica en América Latina*, Querétaro, Centro de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016c, pp. 61-84.
- AXELROD, Robert, *La evolución de la cooperación: el dilema del prisionero y la teoría de juegos*, Madrid, Alianza Editorial, 1986.
- DAMASIO, Antonio, *El error de Descartes*, Madrid, Crítica, 2000.
- DWORKIN, Ronald, *Justicia para erizos*, México, Fondo de Cultura Económica, 2014.
- ELSTER, Jon, *Alquimias de la mente. La racionalidad y las emociones*, Barcelona, Paidós, 2002.
- RADBRUCH, Gustav, *El hombre en el derecho*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1980.
- RORTY, Richard, *Pragmatismo: una versión. Antiautoritarismo en epistemología y ética*, Barcelona, Ariel, 2000.
- SÁNCHEZ, Nuria, "Las pasiones y sus destinos. El examen de las emociones en las *Lecciones de antropología de Kant*", en *Ideas y Valores*, vol. LXII, núm. 1, 2013, pp. 109-132.
- SEARLE, John, *La mente. Una breve introducción*, Bogotá, Norma, 2006.
- TUGENDHAT, Ernst, *Lecciones de ética*, Barcelona, Gedisa, 1997.
- UPRIMNY, Rodrigo, "Responsabilidad del mando: un debate complejo y polarizado", 27 de febrero de 2017, en *LaSillaVacía.com*, 2017. Disponible en: <http://lasillavacia.com/blogs/responsabilidad-del-mando-y-jep-un-debate-complejo-y-polarizado-59906>

El lugar de la empatía en la justicia transicional: justicia restaurativa y dignidad

«GUSTAVO ADOLFO SALAZAR ARBELÁEZ» Magistrado de la Sección de Ausencia de Reconocimiento de Verdad y de Responsabilidad de los Hechos y Conductas

«ÉRIKA CASTIBLANCO ÁVILA» Auxiliar judicial de la Sección de Ausencia de Reconocimiento de Verdad y de Responsabilidad de los Hechos y Conductas

Resumen: Este artículo pretende presentar cómo, a partir de acciones judiciales concretas: –las audiencias–, la JEP, como mecanismo de justicia transicional, trata de responder a las necesidades restaurativas de las víctimas. Para ello, considera la empatía como referente normativo, concepto y sentimiento guía de una acción orientada a reconocer, dignificar y generar confianza cívica en las víctimas, y fortalecer su autonomía y capacidad de agencia ciudadana como miembros de comunidades y sujetos plenos de derechos. El proceso derivado de dichos principios y objetivos implica construcción conjunta de espacios, escenarios, lenguajes y procedimientos entre víctimas y magistratura, en los que lo simbólico ocupa un lugar privilegiado, como fin y como medio. Como fin, para responder a la humillación, el daño y las necesidades simbólicas, y como medio, para abordar las afectaciones sufridas en las dimensiones moral y política.

Palabras clave: empatía, justicia transicional, reconocimiento, dignidad.

Abstract: This article seeks to show how the JEP, as a transitional justice mechanism, tries to respond to the restorative needs of victims through concrete judicial actions (hearings). In doing so, it considers empathy as a normative reference, concept and guiding feeling of an action aimed at recognizing, dignifying and generating civic trust in the victims, and strengthening their autonomy and capacity for citizen agency as members of communities and full subjects of rights. The process derived from these principles and objectives entails the joint construction of spaces, scenarios, languages and procedures between victims and the judiciary, in which the symbolic occupies a privileged place as both end and means – as an end, to respond to the humiliation, harm and symbolic needs; and as means, to address the effects suffered in the moral and political dimensions.

Key words: Empathy, transitional justice, recognition, dignity.

Introducción

Un grupo pequeño de mujeres vestidas con camisetas blancas que portan nombres o las fotografías de sus hijos asesinados, en hechos que la opinión colombiana conoce como falsos positivos, cantan de manera entrecortada, entre sollozos, lamentos y dignidad. El silencio de un auditorio conmovido en el que jueces, periodistas, abogados y otros ciudadanos se confunden, acompaña sensaciones de dolor e impotencia. Al final, entonan una canción como cierre de un evento que constituye la entrega del Informe mixto por parte de la agrupación Madres de los Falsos Positivos de Soacha (Mafapo), evento que ha incluido declaraciones, testimonios, narraciones, explicaciones de telares zurcidos como forma de alivianar el dolor. Las fotos de los jóvenes hijos ausentes sirven de trasfondo a las últimas palabras: “por fin me han oído...”¹

El Acto Legislativo 01 de 2017, por medio del cual se crea el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR), consagra en su artículo primero un marco que determina las directrices de su acción: el reconocimiento de las víctimas como ciudadanos con derechos; la necesidad de que exista verdad plena sobre lo ocurrido; el reconocimiento de responsabilidad por parte de los victimarios, a fin de lograr el máximo de justicia; el esclarecimiento, la construcción de memoria y la rendición de cuentas. El mismo artículo señala el enfoque central de la justicia restaurativa en la dignidad de las víctimas.

El artículo 5 de la misma norma constitucional establece los objetivos de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP): proteger los derechos de las víctimas y satisfacer su derecho a la justicia, ofrecer verdad a la sociedad colombiana, contribuir al logro de una paz estable y duradera, y adoptar decisiones que otorguen plena seguridad jurídica a los perpetradores.

A partir de lo consagrado en la normativa, de diversos trabajos relacionados con la justicia transicional, de la memoria y otras reflexiones derivadas de la violencia masiva, el presente escrito plantea, a modo exploratorio y sin pretensión concluyente alguna, que uno de los desafíos que enfrenta la JEP, en tanto mecanismo de justicia en un escenario transicional, es ajustar sus procesos, procedimientos, formas y lenguaje, a partir de la promoción de un sentimiento de “empatía”, a fin de responder a la centralidad de las víctimas como ejercicio de justicia con un elevado componente moral, simbólico y político. El componente político central está determinado por el fortalecimiento de la ciudadanía como objetivo, tanto para las víctimas como para los victimarios; como derechos para las primeras y principalmente como deberes para los segundos. Los victimarios logran su lugar como ciudadanos en la medida en que su relación con el hecho y con las víctimas parte de una conciencia jurídica: la ilegitimidad absoluta del hecho. Por su parte, la dimensión moral se consolida

¹JEP - SRVRDH, Entrega de informe: Fundación Mafapo, 14 de septiembre de 2018.

a partir de la acción institucional orientada a una reafirmación normativa que rompa el falso orden moral que pretendió crear el perpetrador a través del hecho violento, y brinde respeto, reconocimiento y dignidad a la víctima. El componente simbólico, ligado a los anteriores, además de su carácter instrumental, refuerza y constituye las dimensiones moral y política.

Para avanzar en una respuesta institucional adecuada, se sugiere el fortalecimiento de una acción empática y una “alerta percepción”. La acción empática implica actuar teniendo en cuenta la experiencia vivida por las víctimas y sus consecuencias –p. ej., resentimiento–, y estar atentos a sus necesidades específicas de respeto, reconocimiento y agencia presentes y futuras. De otro lado, implica entender al victimario a partir de su “obligación moral” como condición *sine qua non*, previa y constitutiva de su reingreso de manera plena a la vida ciudadana. Solo a partir del momento en el que el perpetrador reconoce la dimensión jurídica, política, simbólica y moral de los daños derivados de su acto criminal, y la fractura causada a la comunidad política, se abren las puertas para que esta se reconfigure en la certeza normativa y el victimario recupere su lugar. La alerta percepción se entenderá como una disposición abierta y permanente de respuesta a las diferentes y cambiantes necesidades de quienes acuden al sistema.

El presente artículo pretende, a título meramente exploratorio, plantear una discusión acerca del lugar de la empatía como referente moral, marco y guía específica de acción en la provisión de justicia en los escenarios transicionales. La empatía como referente normativo debe traducirse en ajustes institucionales, tanto en su concepción y diseño, como en sus procedimientos y “formas”, a fin de cumplir una función restauradora que reafirme la autonomía individual, el autorrespeto y el reconocimiento como paso para consolidar la capacidad de agencia, fortalecer la ciudadanía y la confianza cívica.

El artículo consta de dos partes: la primera es el resultado de una oportunidad para organizar una reflexión teórica subyacente y previa al ejercicio de las audiencias. La segunda parte presenta el primer intento de un ejercicio –la audiencia de la Comuna 13–, para poner en la práctica los conceptos y el marco de acción expuesto en la primera parte.

El primer apartado, se iniciará con una breve presentación de la dimensión moral del daño a causa de la violencia, la necesidad de una respuesta al daño moral y el lugar del reconocimiento y la dignidad; en segundo lugar, se presentarán los objetivos de la justicia transicional haciendo énfasis en el reconocimiento y la confianza cívica como objetivos intermedios en su alcance normativo; en tercer lugar, se abordará un ajuste a la definición de justicia a partir de la propuesta de Carlos Reyes Mate, quien entiende esta noción como respuesta a la injusticia, como histórica y anamnética, en contestación a la particularidad y gravedad del daño; en cuarto lugar, se explorará el lugar de la

empatía en la justicia y el lugar de esta en la respuesta a la experiencia sufrida; por último, a partir de ejemplos y eventos desarrollados, se mostrará cómo la JEP ha buscado plasmar en la realidad la centralidad de las víctimas, al adoptar, desde la empatía, procedimientos y formas en desarrollo de su actividad judicial.

La segunda parte expondrá la Audiencia de la Comuna 13 realizada en el mes de julio de 2019, a partir de categorías y objetivos que buscaban plasmar, en la práctica, el principio constitucional de centralidad de las víctimas. La audiencia es presentada como un proceso en cuatro momentos: aproximación, preparación, desarrollo y cierre. Estos momentos son observados a partir de los diversos efectos del hecho violento, se le asigna una dimensión de afectación de acuerdo con el marco de reflexión planteado en la primera parte y se presenta la respuesta ideal. Por último, se describe la acción específica en la audiencia como aproximación a la respuesta “debida”.

Retomando conceptos

Violencia, dignidad y daño moral

La Corte Interamericana de Derechos humanos (Corte IDH) entiende las medidas de satisfacción como una forma de dar respuesta al daño que trasciende lo puramente material y apunta al “reconocimiento de la dignidad de las víctimas, el consuelo de los derechos humanos de que se trata, así como evitar que se repitan violaciones”.² En el marco de la justicia transicional, las medidas y los mecanismos están igualmente enfocados en restablecer la confianza de los ciudadanos demostrándoles, en especial a aquellos cuyos derechos han sido violados, que buscan protegerlos. La protección, entendida como garantía y como reparación, puede “ayudar a restaurar la dignidad de las víctimas y reducir sus sentimientos de ira, marginación y agravio”.³ El marco constitucional que le da vida a la JEP consagra, en su artículo primero, el preponderante lugar de las medidas restaurativas y el sentido que estas tienen en relación con la dignidad de las víctimas.⁴

La Corte Constitucional ha comprendido la justicia transicional como “justicia restaurativa” y ha reiterado la relación entre justicia transicional, derechos

² Corte IDH, Caso Myrna Mack Chang *vs.* Guatemala, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 101, párr. 268.

³ Paul van Zyl, “Promoviendo la justicia transicional en sociedades postconflicto”, en Félix Reátegui (ed.), *Justicia transicional: Manual para América Latina*, Brasilia, Ministerio de Justicia, Comisión de Amnistía, Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2011, p. 50. Disponible en: <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Documents/Justicia%20Transicional%20-%20Manual%20versi%C3%B3n%20final%20al%2006-06-12.pdf>

⁴ Acto Legislativo 01 de 2017, artículo 1.

humanos y dignidad. La “justicia restaurativa” la vislumbra como una respuesta al crimen, la cual debe estar dirigida

... a la satisfacción de los intereses de las víctimas (reconocer su sufrimiento, reparar el daño inferido y restaurarla en su dignidad), al restablecimiento de la paz social, y a la reincorporación del infractor a la comunidad a fin de restablecer los lazos sociales quebrantados por el delito, replanteando el concepto de castigo retributivo que resulta insuficiente para el restablecimiento de la convivencia social pacífica.⁵

Al establecer una concepción amplia de la reparación, no solo restringida o limitada al ámbito económico, la Corte Constitucional entiende que dicha complejidad está “fundada en los derechos que ellas tienen a ser tratadas con dignidad, a participar en las decisiones que las afecten y a obtener la tutela judicial efectiva del goce real de sus derechos”.⁶

En su examen del Marco Jurídico para la Paz, el alto tribunal señaló que el Estado social de derecho como máxima, como deber ser y punto de partida y de llegada de un proyecto de país, tiene en la dignidad su esencia pues esta “se constituye en una máxima de optimización de todos los principios, las reglas, las normas y las tensiones entre estos, al momento de definir el alcance y contenido del derecho”.⁷ La misma línea interpretativa es manifestada por la Corte al pronunciarse sobre la norma constitucional que da vida al SIVJRNR al establecer que

... el fin de la organización estatal es permitir el disfrute de los derechos, no solo desde una dimensión negativa, que implica asegurar las condiciones que permiten el tranquilo desenvolvimiento de las personas en la sociedad, sino también una dimensión positiva, que implica la promoción de las condiciones que permitan el acceso de todos a condiciones de una vida con dignidad [...] (que debe) orientar la actividad de las instancias estatales.⁸

En el pronunciamiento del máximo tribunal sobre la ley estatutaria de la JEP, la Corte señaló que “el Estado está fundado en el respeto de la dignidad humana y la solidaridad como valores y principios del Estado social de derecho”.⁹

El lugar preponderante de la dignidad en el derecho constitucional colombiano es claro, así como la relación entre dignidad y justicia transicional. Por lo anterior, se insistirá en la dimensión compleja del daño como consecuencia del acto violento, dejando de lado lo material, para centrar la exposición en las dimensiones moral y política de este y la afectación a la dignidad humana, al autorrespeto, al reconocimiento social y, en consecuencia, a la posibilidad de agencia y plena ciudadanía.

⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-055 de 2010.

⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-228 de 2002.

⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-577 de 2014, M. P. María Victoria Sánchez, p. 99.

⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-674 de 2017, p. 293.

⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-080 de 2018, p. 195.

Violencia y poder

En un libro con frecuencia olvidado en sus postulados centrales, Hanna Arendt plantea la necesidad de rediscutir el significado del concepto ‘poder’ y desligarlo de su estrechísima y aparentemente ineludible relación con la violencia. La violencia, recuerda la autora, es imposición, coacción, negación de la voluntad del otro y deseo de dominio, un intento por lograr que el otro actúe según mi voluntad. Al respecto cita a Jouvenel para quien “un hombre se siente más hombre cuando se impone a sí mismo y convierte a otros en instrumentos de su voluntad”, lo que le proporciona “incomparable placer”.¹⁰

La teoría de la causa de las guerras ha tenido como referencia importantes puntos de partida que, sin ser excluyentes, han sido tenidos como tales. La falsa disyuntiva establecida entre codicia y agravio, planteada a comienzos de siglo por economistas centrados en la teoría de la elección racional, ha diluido el alcance y la complejidad del agravio realizando su dimensión económica, religiosa o política,¹¹ y ligándolo a la identidad en un mundo globalizado.¹² Ervin Staub señala que “lo central en relación con el daño y las acciones violentas contra otro grupo es consecuencia de trazar una marcada línea entre ellos y nosotros devaluando al grupo potencial víctima”.¹³ Sin embargo, se ha hecho poco énfasis en la dimensión moral del agravio y la necesidad de darle respuesta en tanto elemento esencial de la condición humana, más allá de las especificidades e identidades culturales y ligado a la dignidad humana. Es claro, el acto violento genera costos y afectaciones a las víctimas en muy diversos ámbitos. En consecuencia, si los costos son “con frecuencia materiales y casi siempre emocionales y morales [...] es justo que las víctimas vean estos costos reducidos o aliviados, de manera especial por quien es responsable”.¹⁴ Por ello se hará énfasis en entender la violencia como ofensa o humillación en el plano

¹⁰ Hannah Arendt, *Responsabilidad y juicio*, Barcelona, Paidós, 2003, p. 50 (cita a Bertrand de Jouvenel, *Power: The Natural History of Its Growth*, London, The Batchworth Press, 1952, p. 122. Edición en español: *Sobre el poder: historia natural de su crecimiento*, Madrid, Unión Editorial, 1998, p. 110).

¹¹ Collier, Paul, *The Political Economy of Ethnicity*, Oxford, University of Oxford, Institute of Economics and Statistics, Centre for the Study of African Economies, WPS/98-8, 1998. Disponible en: <http://invenio.unidep.org/invenio/record/17402/files/paul.pdf>; Collier, Paul y Jan Willem Gunning, *The IMF's role in structural adjustment*, Washington, D.C. - Oxford, UK, World Bank - University of Oxford, WPS/99-18, 1999. Disponible en: <http://invenio.unidep.org/invenio/record/17447/files/collierpaul.pdf>. Keen David y Schock Kurt son algunos de los autores inmersos en este debate a comienzos del siglo XXI.

¹² Para una relación de los conceptos de globalización, identidad y violencia, véase, entre otros, Mary Kaldor, “‘Civilising’ Globalisation? The Implications of the ‘Battle in Seattle’”, *Millennium: Journal of International Studies*, vol. 29, núm. 1, 2000, pp. 115-114. Disponible en: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/03058298000290011001>; también Herfried Münkler, *Viejas y nuevas guerras. Asimetría y privatización de la violencia*, Madrid, Siglo XXI de España Editores, 2005.

¹³ Ervin Staub, *Overcoming evil: Genocide, violent conflict ant terrorism*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 327.

¹⁴ Margaret Walker, *Moral repair*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 19.

moral, como forma de desprecio, de degradación valorativa y devaluación social,¹⁵ como reconocimiento negado.

El acto violento menoscaba a los sujetos en su libertad de acción y les ocasiona daños en la medida en que hiere la comprensión positiva de sí mismos que han adquirido por vías intersubjetivas.¹⁶ Para Iris Young, la violencia, como la forma más obvia y visible de opresión, reduce el potencial del ser para lograr su plenitud, la vía por medio de la cual alguien hace menos humano al otro.¹⁷

La violencia humilla y destruye¹⁸ el universo simbólico y político del individuo, restringe su capacidad de acción, elimina o deteriora la autonomía de su voluntad y genera una asimetría entre quien sufre la violencia y los demás, entre el individuo que era y el que es, el que es y el que hubiera podido ser.¹⁹ La humillación implica exclusión estructural que se evidencia en la no “posesión de determinados derechos dentro de una sociedad,²⁰ lo cual afecta la igualdad y se expresa como “marginación social”,²¹ privación de estatus y derecho, desigualdad moral, de tal manera que al individuo “no se le concede en el interior de su comunidad social la capacidad de responsabilidad moral propia de una persona con plenitud de derechos”.²² La violencia garantiza relaciones de dominación en la medida en que impide o limita al agente social y su autonomía.²³ Avishai Margalit define la humillación como el tipo de “conducta o condición que constituye una buena razón para que una persona considere que se le ha faltado al respeto”,²⁴ es decir, la humillación “es un daño infligido al respeto propio de una persona, y el respeto propio es, tautológicamente, el respeto que las personas se otorgan a sí mismas prescindiendo de la opinión de las demás”.²⁵ Esta forma de desprecio está referida al “valor social de individuos o grupos”,²⁶ “estatus” que debe ser entendido como “la medida de aprecio social que corresponde a su modo de autorrealizarse en el horizonte de la tradición cultural de una sociedad”,²⁷ lo que deriva en una devaluación social, “una pérdida de autoestima personal”.²⁸

¹⁵ Axel Honneth, “Integridad y desprecio. Motivos básicos de una concepción de la moral desde la teoría del reconocimiento”, *Revista Isegoría*, núm. 5, 1992, p. 82.

¹⁶ *Ibid.*, pp. 79-80.

¹⁷ Esto es abordado de manera más amplia por Iris Young, *Five Faces of Oppression*, Boston, McGraw-Hill, 2004.

¹⁸ Avishai Margalit, *La sociedad decente*, Buenos Aires, Paidós Ibérica, 1997, p. 21.

¹⁹ Al respecto, véase Jon Elster, *Closing the books*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

²⁰ Honneth, *op. cit.*, p. 81.

²¹ *Ibid.*, p. 82.

²² *Ibid.*, p. 85.

²³ Arendt, *op. cit.*, p. 55.

²⁴ Margalit, *op. cit.*, p. 21.

²⁵ *Ibid.*, p. 22.

²⁶ Honneth, *op. cit.*, p. 82.

²⁷ *Idem.*

²⁸ *Idem.*

La humillación resultado de la conducta de otros implica violación de derechos,²⁹ tiene una acepción normativa y sucede porque las instituciones no han cumplido con “su obligación de garantizar el debido respeto”;³⁰ es decir, la humillación es posible en donde hay derechos y, en plena correspondencia, en donde alguien faltó a sus deberes, en especial al máximo de ellos: honrar la humanidad de las personas, su dignidad.

Margaret Urban Walker afirma:

... las serias violaciones ocasionan una “ruptura” en el mundo humano y la comprensión de la víctima, así la gente busca cómo incorporar la experiencia de violación, traición y terror a una parte inteligible de su historia de vida, algo muy difícil de lograr de manera adecuada cuando han experimentado violencia traumática.³¹

La violencia física, contra el cuerpo, según Honneth, “produce un grado de humillación tal, que afecta de manera destructiva más profundamente que cualquier otra forma de maltrato en la relación práctica consigo mismo”.³² El individuo víctima de esta forma de desprecio, sometido a la voluntad del otro, se ve expuesto a un sentimiento de indefensión y deterioro de su autocomprensión normativa, consecuencia, entre otros, de la pérdida de confianza en sí mismo al fracturarse la “integración entre cualidades corporales y espirituales de comportamiento”.³³ El maltrato físico representa “un tipo de desprecio que hiere persistentemente la confianza antes aprendida en la capacidad de coordinación autónoma del propio cuerpo”,³⁴ es comunicación simbólica³⁵ que afecta el autorrespeto.

Las prácticas violentas “cosifican”,³⁶ menoscaban la dignidad de las víctimas, por lo que “la reclamación de buen reconocimiento es similar en todas ellas”.³⁷ Al ser negado el individuo como agente social, se le veda la posibilidad de ser agente moral. Ante la experiencia de desprecio y al verse afectado en su *me* –término que utiliza Honneth citando a G. Mead–, el individuo corre el riesgo de “desmoronamiento de la identidad de la persona completa”.³⁸ Así, estamos ante la posibilidad de la “muerte psíquica” –negación del amor–, la “muerte social”

²⁹ Margalit, *op. cit.*, p. 35.

³⁰ *Ibid.*, p. 36.

³¹ Walker, *op. cit.*, p. 18.

³² Honneth, *op. cit.*, p. 81.

³³ *Idem.*

³⁴ *Idem.*

³⁵ Jeffrie Murphy y Jean Hampton, *Forgiveness and Mercy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998, p. 25.

³⁶ Término de Georg Lukács que se entiende como “opuesto a las condiciones naturales de vida del ser humano”. Axel Honneth, *La sociedad del desprecio*, Madrid, Editorial Trotta, 2011, p. 103.

³⁷ Xabier Etxebarria, “Ética del reconocimiento y víctimas del terrorismo”, *Revista Isegoría*, núm. 46, 2003, p. 218.

³⁸ Honneth, *op. cit.*, 1992, p. 80.

–negación ante la ley–, y el “ultraje (*kraenkung*)”.³⁹ La privación de derechos lleva a la víctima al riesgo de marginación social, de “muerte social”.⁴⁰ La violencia degrada “los supuestos normativos de interacción social y las experiencias morales que los sujetos hacen en su comunicación diaria”.⁴¹

Sin embargo, “las consecuencias de la violencia y el crimen no solo pesan sobre las víctimas, también sobre el conjunto de la sociedad”.⁴² Al negar al individuo se niega la posibilidad de democracia ante la imposibilidad de “actuar de consuno”.⁴³ Dado que los seres humanos están necesitados del reconocimiento intersubjetivo de sus capacidades y obras para poder lograr así una relación satisfactoria consigo mismos, cuando falta esa forma de aprobación social, en cualquier nivel de su desarrollo, “se abriría, por así decir, un vacío psíquico en su personalidad que buscaba expresarse mediante reacciones afectivas de índole negativa como la vergüenza o la ira, el ultraje o el menosprecio”.⁴⁴

De los múltiples efectos del acto violento se resaltaré un punto particularmente llamativo: el *abandono normativo*. Margaret Walker lo considera “especialmente doloroso, frustrante y humillante y potencialmente nefasto para las víctimas”, lo que explica por qué estas expresan con frecuencia en sus testimonios rabia, resentimiento, indignación o humillación en respuesta a la falta, por parte de otras personas e instituciones, de venir en su ayuda, reconocer el mal sufrido, reafirmar principios, censurar de manera suficiente a los perpetradores y ofrecer alguna forma de respiro, seguridad y alivio.⁴⁵ El sentimiento de abandono normativo es consecuencia de la existencia de expectativas normativas, y ello es resultado de que esperamos que la gente se comporte de la manera que nosotros esperamos se comporte.⁴⁶ Una invocación similar al abandono normativo la realiza Jean Améry cuando se refiere a la “pérdida de la confianza en el mundo”⁴⁷ que sufre luego de la tortura que le inflige la Gestapo. Améry grita, se atraganta desolada en su eco. Las humillaciones físicas, afirma Honneth, privan al hombre “de la autonomía incorporada en el trato consigo mismo y destruyen con ello una parte de la elemental confianza en el mundo”.⁴⁸ La violencia que genera “evidentes heridas morales de mal reconocimiento que dañan radicalmente la dignidad”⁴⁹ debe tener una respuesta que restablezca “la igualdad

³⁹ *Ibid.*, p. 83.

⁴⁰ *Idem.*

⁴¹ Honneth, *op. cit.*, 2011, p. 137.

⁴² José Zamora, “El perdón y su dimensión política”, en Eduardo Madina *et al.*, *El perdón, virtud política. En torno a Primo Levi*, Barcelona, Anthropos, 2008, p. 74.

⁴³ Arendt, *op. cit.*, p. 24.

⁴⁴ Honneth, *op. cit.*, 1992, p. 88.

⁴⁵ Walker, *op. cit.*, p. 20.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 22.

⁴⁷ Jean Améry, *Más allá de la culpa y la expiación*, Valencia, Pretextos, 2001.

⁴⁸ Honneth, *op. cit.*, 2011, p. 84.

⁴⁹ Etxeberria, *op. cit.*, p. 216.

entre el delincuente y su víctima después de que el delincuente cortara esta relación con un acto que sugería su superioridad sobre la víctima”.⁵⁰

Si la violencia establece dominio y rompe la igualdad entre los hombres, si es negación y abandono normativo, la respuesta a la violencia pasa por reconocer “la experiencia” en su dimensión y sus efectos, en suprimir las relaciones jerárquicas, asimétricas y de mando-obediencia, es decir, la respuesta a la violencia es la igualdad, la reconquista de la dignidad como norma y reafirmación.

La dignidad humana como principio orientador

Habermas sostiene que la dignidad humana, antiguo concepto filosófico que adquiere vigor y su forma actual con Kant, y encuentra su acceso en el derecho internacional y las constituciones nacionales después de la Segunda Guerra Mundial,⁵¹ es “la fuente moral de la que se nutren los contenidos de todos los derechos fundamentales”.⁵² Para el autor alemán, la relación conceptual entre dignidad y derechos fundamentales “desde el principio ha existido, si bien en un primer momento de forma implícita”.⁵³ Los derechos humanos son entendidos entonces como “la resistencia a la arbitrariedad, a la opresión y a la humillación”⁵⁴ y, en esa medida, son vía para reafirmar la dignidad. La dignidad plena solo se alcanzaría al establecer “una adecuada protección ante los distintos modos de ofensa”.⁵⁵

¿Pero qué es la dignidad? Axel Honneth la define, al relacionarla con el origen del término (honor y estatus), como “la medida de aprecio social que corresponde a su modo de autorrealizarse en el horizonte de la tradición cultural de una sociedad”,⁵⁶ es decir, dado que la dignidad es aprecio, toda forma de desprecio es negación de la dignidad pues impide o limita al individuo en su dimensión intersubjetiva al producir una herida psíquica que “se asocia con la privación de los derechos fundamentales más elementales”.⁵⁷

La dignidad humana contiene una universalidad invocable, un valor absoluto e incomparable de cada uno,⁵⁸ pues está presente siempre y en todos, y “en

⁵⁰ Pablo de Greiff, “Justicia y reparaciones”, en Reátegui, *op. cit.*, p. 424. De Greiff toma como referencia a Jean Hampton, “The moral education theory of punishment”, *Philosophy and Public Affairs*, 1981, pp. 209-38; “A new theory of retribution”, en R. G. Frey y Christopher W. Morris (eds.), *Liability and Responsibility*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991.

⁵¹ Jürgen Habermas, “La idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”, *Revista de Filosofía Jurídica y Política*, núm. 44, 2010, p. 106.

⁵² *Ibid.*, p. 105.

⁵³ *Ibid.*, p. 108.

⁵⁴ *Idem.*

⁵⁵ Honneth, *op. cit.*, 2011, p. 78 (cita a Ernst Bloch, *Derecho natural y dignidad humana*, Madrid, Dykinson, 2011).

⁵⁶ Honneth, *ibid.*, p. 82.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 80.

⁵⁸ Habermas, *op. cit.*, p. 115.

todo lugar y para todo individuo es una y la misma”,⁵⁹ resultado de la intuición que penetra “la conciencia de los afectados”.⁶⁰ Para Hanna Arendt, la conducta moral no es en principio un asunto de interés por los demás, “sino por uno mismo, no de humildad, sino de dignidad humana e incluso de orgullo humano. La norma no es ni el amor al prójimo ni el amor a uno mismo, sino el respeto a sí mismo”.⁶¹

Al “poseer validez absoluta”⁶² y ser fundamento de la “indivisibilidad de los derechos fundamentales”,⁶³ lesionar la dignidad va en detrimento inmediato del conjunto de derechos⁶⁴ y, por ende, de la ciudadanía. Al respecto afirma Habermas que “la garantía de estos derechos humanos genera el estatus de ciudadanos”,⁶⁵ de manera tal que el concepto de dignidad humana es bisagra de la moral del respeto igualitario, el derecho positivo y la producción jurídica democrática.⁶⁶ En consecuencia, los derechos humanos tienen a la vez una dimensión moral, jurídica y política.

Honneth se remite a Ernst Bloch, quien cree en la existencia del “núcleo de una intuición moral única”⁶⁷ que se orienta a la protección de la dignidad humana, constituida por vía indirecta de una determinación “de los modos de humillación y el daño personal”,⁶⁸ que se traduce en el desarrollo de “un impulso práctico” que determina la plena integridad del hombre a partir “de la experiencia de reconocimiento intersubjetivo”.⁶⁹

La dignidad como concepto moral, más allá de su intuición⁷⁰ y permanencia, haría parte de una *moral racional* y constitutiva tanto del deber moral para el Estado como del derecho racional para los individuos en plena relación con la “estimación republicana”.⁷¹ La moral racional es soporte y constitutiva de la autonomía del individuo y se construye a partir del “igual respeto para todos”,⁷² por lo que todo acto de irrespeto va en su desmedro. La autonomía del individuo

⁵⁹ *Ibid.*, p. 110.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 109.

⁶¹ Arendt, *op. cit.*, p. 89.

⁶² Habermas, *op. cit.*, p. 111.

⁶³ *Ibid.*, p. 110.

⁶⁴ Habermas entiende por derechos “aquellas pretensiones individuales con las que puede contar legítimamente una persona para su realización social, dado que participa en su organización institucional con los mismos derechos como miembro pleno de una comunidad” (Habermas, *op. cit.*, p. 82).

⁶⁵ Habermas, *op. cit.*, p. 111.

⁶⁶ *Idem.*

⁶⁷ Honneth, *op. cit.*, 2011, p. 78.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 79.

⁶⁹ *Idem.*

⁷⁰ La dignidad como integridad e intuición es entendida tanto por Hegel en su doctrina del reconocimiento como por la psicología social de G. H. Mead (véase Honneth, *op. cit.*, 1992, p. 80).

⁷¹ Habermas, *op. cit.*, p. 115.

⁷² *Ibid.*, p. 113.

inicia con la negación de la heteronomía y de la alienación entendida como “externalización de las orientaciones de acción”.⁷³ La autonomía individual es, para Habermas, una reivindicación racional y autoconsciente de carácter moral que se plasma en el universo jurídico que indica que el individuo “vive, siente y actúa según su propio juicio”;⁷⁴ la consagración de la libertad que se plasma en autolegislación racional y en el recíproco reconocimiento de la voluntad general legisladora de cada uno, el inviolable respeto a esa esfera de la voluntad libre.⁷⁵ Lo anterior tiene incidencia en su estatus de ciudadano, es decir, como miembro que vive y actúa en “una comunidad organizada en el tiempo y el espacio”.⁷⁶

Si “la experiencia del reconocimiento presenta una condición de la cual depende el desarrollo de la identidad del ser humano en conjunto, su ausencia, esto es, el desprecio, va acompañada necesariamente del sentimiento de una amenaza de la pérdida de la personalidad”,⁷⁷ en consecuencia, la experiencia del acto violento afecta la dignidad. La *experiencia* es un concepto resbaladizo, “extremadamente laxo y abarcativo”,⁷⁸ normalmente de carácter residual, y luego del evento traumático es algo que permanece, que “queda cuando el sentido y el lenguaje no agotan sus objetos”.⁷⁹ Dentro de las definiciones clásicas, la experiencia alude “a las diversas maneras en que los humanos procesan la información”,⁸⁰ definición insuficiente para LaCapra en la medida en que no incluye o no discierne debidamente el lugar de la identidad, la posición social, la subordinación, la conciencia y la subjetividad, así como tampoco deja claro el lugar de los procesos inconscientes de la experiencia.⁸¹ La experiencia sugiere la necesidad de distinguir, al menos, dos formas de relación: la primera derivada de la experimentación directa, haber vivido acontecimientos y, en segundo lugar, la vinculación a partir de la memoria, a través de una herencia compartida o de una posición subordinada.⁸² La experiencia se diferencia claramente del acontecimiento, pues este último es datable y puntual, mientras que la experiencia es difusa, evasiva, se relaciona con un pasado que no ha muerto, está presente y su memoria traumática invade el presente y puede bloquear o anular posibilidades en el futuro.⁸³

⁷³ Honneth, *op. cit.*, 2011, p. 84.

⁷⁴ K. Günther, *Vom vertikalen zum horizontalen Verständnis der Menschenrechte?*, 2009 (manuscrito, pp. 13 y ss.) (citado por Habermas, *op. cit.*, p. 114).

⁷⁵ *Ibid.*, p. 116.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 114.

⁷⁷ Honneth, *op. cit.*, 2011, p. 137.

⁷⁸ Dominick LaCapra, *Historia en tránsito. Experiencia, identidad, teoría crítica*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 61.

⁷⁹ *Idem.*

⁸⁰ *Ibid.*, p. 63 (cita a Satya Mohanty).

⁸¹ *Ibid.*, p. 64.

⁸² *Ibid.*, p. 66.

⁸³ *Ibid.*, p. 83.

La propuesta es que la justicia surja de la aceptación de un pasado aún presente como respuesta a la experiencia violenta que condiciona la acción, menoscaba la dignidad y va en desmedro de la ciudadanía.

La justicia como respuesta a la injusticia

El legado de la violencia

La justicia debe ser una respuesta al legado de violencia, a fin de reconstituir el marco de vida en la comunidad política. En el plano moral, uno de los efectos significativos de la violencia es el resentimiento. El resentimiento, de manera similar al trauma, “posee al yo y a la comunidad, diluye al presente en el pasado, como si no hubiera diferencia o distancia alguna entre uno y otro”.⁸⁴

El resentimiento, valorado tanto positiva como negativamente, es considerado por Jeffrie Murphy como manifestación del “autorrespeto”, pone de presente las ofensas morales, “la autoestima individual”⁸⁵ y el valor moral del ser, lo “que encarno”,⁸⁶ en tanto respuesta a los daños sufridos. Para Jean Hampton, el resentimiento, como protesta al tratamiento que sentimos, nos disminuye,⁸⁷ es una reacción asociada al miedo de que el ofensor haya afectado nuestro valor y rango, pues quien sufre la humillación corre el riesgo de negarse a sí mismo. El resentimiento, como protesta emocional en contra del tratamiento inmoral, indica que “el perpetrador ha cometido una transgresión moral”,⁸⁸ desafía la apariencia de dicha afectación y tiene como objetivo la afirmación del rango y valor propios;⁸⁹ el resentimiento sería tanto una protesta hacia afuera como afirmación interna. Hampton propone la idea de “protesta moral”⁹⁰ que entiende el daño no solo como afectación física y psicológica a nuestras carreras, intereses o familias,⁹¹ sino como insulto que ha ignorado “el alto estandard de valor que se nos ha concedido”.⁹²

Friedrich Nietzsche, por su lado, niega el resentimiento como valor, lo inscribe dentro de la moral judeocristiana y lo entiende como impotencia, “venganza ficticia”,⁹³ un autoengaño que lleva a la transvaloración de los valores de los fuertes por parte de los débiles (*Umwertung*) y que convierte al sujeto en digno de lástima y compasión al evadir su responsabilidad pues “alguien tiene

⁸⁴ *Idem.*

⁸⁵ Murphy y Hampton, *op. cit.*, p. 16.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 18.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 55.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 56.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 60.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 40.

⁹¹ *Ibid.*, p. 43.

⁹² *Ibid.*, p. 44.

⁹³ Friedrich Nietzsche, *Genealogía de la moral*, Madrid, Alianza Editorial, 1983, p. 10.

que ser culpable de que yo me encuentre mal".⁹⁴ Al no haber nada positivo en el resentimiento, para Nietzsche no hay necesidad de superarlo o sublimarlo, pues una persona verdaderamente fuerte no puede ver afectado su autorrespeto. En las dos visiones, la de Murphy y Nietzsche, a pesar de su muy disímil punto de partida, la permanencia del resentimiento es un obstáculo; para Murphy, impide la reconstrucción de relaciones morales.⁹⁵

Jean Améry, contrariamente a Nietzsche, considera el resentimiento como una oportunidad para sacar al victimario de la "ceguera moral" y de "su propia deshumanización",⁹⁶ al llevarlo a reconocer lo que ha hecho y a ver lo que se niega a ver pues, una vez el verdugo se sepa verdugo y entienda sus actos como transgresiones a un sistema moral, se abren las puertas para "la reversión moral del tiempo"⁹⁷ y la posibilidad real de dirimir el conflicto irresuelto entre víctima y perpetrador. Para la víctima y la comunidad, el fin de la ceguera moral del victimario es un escenario de posible rescate de su soledad moral, que abre las puertas para la reintegración de víctimas y victimarios al mundo humano.⁹⁸ La victoria moral implica el derrumbamiento del falso sentido de rango y autoestima del victimario.

Moralmente, este escenario es ideal; sin embargo, poco frecuente. Karl Jaspers afirma que los victimarios no sienten "culpa moral" y se encuentran libres "mientras no se percaten de ello".⁹⁹ Reyes Mate, por su parte, considera que el ofensor "es moralmente culpable aunque el crimen haya borrado toda conciencia de culpa".¹⁰⁰ A partir de lo anterior, se abordará la propuesta de Carlos Reyes Mate,¹⁰¹ quien entiende la justicia como "respuesta a la injusticia" y, en consecuencia, como respuesta a su legado.

La justicia como a priori

Según Reyes Mate, la teoría de la justicia de los antiguos es "una virtud" que se centra en lo bueno, en el otro. Esa "alteridad" lleva a la reparación integral y promueve una "justicia general", la construcción del bien común; bienes comunes entendidos como suma de los bienes que procuran todos y cada uno de los singulares. De otro lado, los modernos asumen que hay que impartir justicia en

⁹⁴ *Ibid.*, p. 148.

⁹⁵ Murphy y Hampton, *op. cit.*, p. 17.

⁹⁶ Manuel Reyes Mate, "Sobre la reconciliación o de la memoria al perdón", *Revista Internacional de los Estudios Vascos*, núm. 10, 2012, p. 84.

⁹⁷ Julián Marrades, "Resentimiento y verdad. Sobre la réplica de Améry a Nietzsche", *Revista Isegoría*, núm. 31, 2004, p. 231.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 230.

⁹⁹ Karl Jaspers, *El problema de la culpa: sobre la responsabilidad política de Alemania*, Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica, 1998, p. 82.

¹⁰⁰ Reyes Mate, *op. cit.*, 2012, p. 73.

¹⁰¹ Manuel Reyes Mate, *Tratado de la injusticia*, Barcelona, Anthropos, 2011, p. 448.

una sociedad plural, de tal manera que lo justo y lo injusto deben ser entendidos y asumidos libremente por todos, lo que implica un desplazamiento “del otro al nosotros”.¹⁰² Dado que el sujeto moderno está construido sobre los conceptos de autonomía y libertad, cualquier figura política o moral debe legitimarse como producto de la libertad humana.¹⁰³ Así, una vez reconocida la prioridad de que la autonomía del sujeto es inevitable, es necesario que cada cual se haga a una idea de lo justo en función de sus ideologías o visiones del mundo, lo que Max Weber presenta como el “politeísmo de los valores”, como consecuencia del fracaso de la razón “carismática” o “universal”,¹⁰⁴ dado que no hay manera de demostrar racionalmente la superioridad de un valor sobre otro.

Sin embargo, en ambas concepciones la justicia se entiende “como *a priori* de la injusticia”,¹⁰⁵ por lo que en la justicia no hay lugar para la memoria, lo que deriva en una justicia amnésica. En respuesta a dicha lectura, el autor propone una justicia *anamnésica*, que entiende las injusticias como históricas, con tiempo y en un tiempo, que conllevan culpas y responsabilidades y que no son, por ende, productos del azar, sino que han sido causadas o heredadas por el hombre.¹⁰⁶ La justicia implicaría la recomposición de los desperfectos reales que causa el delito, entender que las víctimas “no quieren consensos sino respuestas”.¹⁰⁷ Al entender la injusticia, según Anthony Wozzley, como “la afrenta que se realiza contra un hombre como ser humano al no tratarlo de la manera en que él espera ser tratado”, la justicia parte de considerar la forma como él espera ser tratado.¹⁰⁸

Reyes Mate propone una teoría de la justicia a partir de las experiencias, que echa mano de la memoria como justicia, no entendida como simple “rememoración”, sino como trasfondo para proponer acción presente. Horkheimer señala que el crimen que cometo y el sufrimiento que causo a otro solo sobreviven una vez que han sido perpetrados dentro de la conciencia humana que los recuerda, y se extinguen con el olvido. Entonces ya no tiene sentido decir que son aún verdad. Ya no son, ya no son verdaderos: ambas cosas son lo mismo.¹⁰⁹ La justicia como respuesta a las injusticias parte de las siguientes consideraciones: 1) sin memoria no hay injusticia, 2) la justicia es una memoria determinada de la injusticia, 3) la memoria no es la justicia sino solo el inicio de un proceso que acaba en la reconciliación.¹¹⁰ Recuerda el autor que el perpetrador sabe que

¹⁰² *Idem.*

¹⁰³ *Ibid.*, p. 451.

¹⁰⁴ *Idem.*

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 445.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 450.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 449.

¹⁰⁸ Walker, *op. cit.*, p. 22.

¹⁰⁹ Reyes Mate, *op. cit.*, 2012, p. 478.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 446.

el olvido es la segunda muerte de la víctima, la que sigue a la física, “la muerte hermenéutica”,¹¹¹ el victimario no podrá descansar mientras haya “una huella, así sea mínima, de lo que en realidad ocurrió”.¹¹²

Las teorías de la justicia, tanto la de los antiguos como la de los modernos, se presentan como inaplicables en contextos de alta violencia, no solo porque no se configuran como respuestas a la injusticia, sino porque los hechos violentos masivos fracturan la igualdad. Dado que la igualdad es condición *sine qua non* para poder decidir libremente sobre normas consentidas por todos, su ausencia convierte dicho consenso en algo imposible; en consecuencia, en donde persisten o hubo graves y masivas formas de desprecio e invisibilización, como dictaduras o conflictos armados, la igualdad y el consenso, por ende, están ausentes. Si el consenso solo puede ser ventilado en escenarios de igualdad ciudadana y en sociedades con amplios legados de atrocidades, el primer paso es reconstruir la igualdad, reparar moralmente al individuo y devolverle la confianza ciudadana.

La justicia transicional y sus objetivos

Pablo de Greiff señala que los objetivos de la justicia transicional son tanto mediatos como finales. Los mediatos, plantea el autor, son el reconocimiento y la confianza cívica, mientras que los finales son la consolidación del Estado de derecho, la paz y la reconciliación. Sin que exista una necesaria secuencia, los objetivos finales no pueden darse sin los mediatos.¹¹³ Conseguir los objetivos mediatos y finales pasa por lograr la consolidación de las medidas: verdad, justicia, reparación y no repetición. De esta manera, la justicia transicional, según Paul van Zyl, implica igualmente “llevar a juicio a los perpetradores, revelar la verdad acerca de crímenes pasados, brindar reparaciones a las víctimas, reformar las instituciones abusivas y promover la reconciliación”.¹¹⁴

Como se ha señalado, uno de los legados de la violencia, de las atrocidades masivas, es el resentimiento que se expresa como inacción, frustración y rabia, entre otros. Al referirse a las comisiones de la verdad, Paul van Zyl señala que estas “pueden brindar a las víctimas un espacio seguro para expresar su ira, ofreciéndoles, al mismo tiempo, un reconocimiento oficial de su sufrimiento”,¹¹⁵ es decir, “las estrategias de construcción de la paz deben buscar que se implemente un conjunto de políticas inmediatamente después del conflicto, que intenten abordar y reducir el sentimiento de ira y agravio”.¹¹⁶ Al reconocer

¹¹¹ *Ibid.*, p. 478.

¹¹² *Ibid.*, p. 479.

¹¹³ De Greiff, *op. cit.*, p. 411.

¹¹⁴ Van Zyl, *op. cit.*, p. 51.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 59.

¹¹⁶ *Idem.*

el sentimiento de las víctimas se abre la puerta para un objetivo central de la justicia transicional: el reconocimiento.

El *reconocimiento*, como “elemento esencial de nuestro concepto de justicia”,¹¹⁷ es necesario para pensar la transición hacia el futuro en una concepción amplia “que va más allá de la satisfacción de reclamos individuales”.¹¹⁸ Sin embargo, es necesario tener como punto de partida al individuo reconocido como tal, en tanto ser irremplazable e insustituible y como miembro de grupos en su calidad de ciudadano. La ciudadanía es “condición que los individuos se confieren unos a otros, donde cada uno de los cuales se concibe como valioso en sí mismo”,¹¹⁹ en una dimensión tanto interna como relacional. Si bien la violencia normalmente se traduce en limitación o negación de la capacidad de ejercicio de la agencia del individuo, hay una privación que se traduce en impedir el “tipo de consideración que se debe a quien se ve negativa y gravemente afectado por las acciones de otros. Una condición mínima para la atribución de capacidad moral, sin la cual los individuos no pueden ser reconocidos como tales, es el reconocimiento de que mis acciones inciden sobre los demás”.¹²⁰ El reconocimiento es central pues “constituye una forma de reconocer la importancia y valor de las personas –de nuevo, como individuos, como ciudadanos y como víctimas–”.¹²¹ De manera breve, “las víctimas tienen derecho a un proceso que les restaure completamente el goce de sus derechos y la dignidad y valor que la sociedad les debe a cada uno de sus miembros”.¹²²

Además del reconocimiento, otro objetivo mediato para Pablo de Greiff es la *confianza cívica*, que el autor entiende como “el tipo de disposición que puede desarrollarse entre ciudadanos que no se conocen, y que son miembros de la misma comunidad solo en el sentido de ser todos miembros de la misma comunidad *política*”.¹²³ Al igual que el reconocimiento, la confianza cívica es a la vez condición y consecuencia de la justicia.¹²⁴ Margaret Walker señala que “cuando se hace daño, la reparación moral tiene que entenderse frente a daños o afectaciones a la confianza como resultado de la actuación dañina”,¹²⁵ a lo cual agrega que la reparación moral parte de la distorsión del sentido de responsabilidad que conduce tanto al daño como a la tolerancia frente a la actuación indebida,

¹¹⁷ Honneth, *op. cit.*, 1992, p. 10.

¹¹⁸ De Greiff, *op. cit.*, p. 413.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 423.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 424.

¹²¹ *Ibid.*, p. 425.

¹²² Juan Méndez, “Responsabilización por los abusos del pasado”, en Reátegui, *op. cit.*, p. 219.

¹²³ De Greiff, *op. cit.*, p. 427.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 428.

¹²⁵ Walker, *op. cit.*, p. 73.

lo que claramente deriva en que “algunas personas no puedan confiar en las otras”.¹²⁶ Como señala De Greiff,

... la confianza implica la expectativa de un compromiso normativo compartido. Confío en alguien cuando tengo razones para esperar cierto patrón de comportamiento de esa persona, y esas razones incluyen no solo su comportamiento anterior, sino también, y de manera decisiva, la expectativa de que, entre sus razones para actuar, está el compromiso con las normas y valores que compartimos.¹²⁷

La confianza social es condición central para el funcionamiento de una sociedad en la medida que se generan expectativas comunes y legítimas. Es de recordar que

Rawls considera la capacidad del Estado de derecho de generar confianza social –entendida en términos de la fiabilidad de las expectativas– como un aspecto definitorio del Estado de derecho: un sistema jurídico es un orden coercitivo de normas públicas dirigidas a personas racionales, con el propósito de regular su conducta y de ofrecer un marco para la cooperación social.¹²⁸

Así, confiar en alguien implica una expectativa sobre la conducta de ese alguien, de tal manera que esa persona, creemos “hará o se abstendrá de hacer ciertas cosas”.¹²⁹ Según Trudy Govier, citada por Walker, la confianza implica: expectativas de comportamiento benigno basado en la convicción de las motivaciones y competencias de la persona; atribución de integridad a la otra persona; aceptación de riesgo y vulnerabilidad; disposición a interpretar favorablemente las acciones de la persona en la cual depositamos nuestra confianza.¹³⁰

La confianza permite el surgimiento de la cooperación entre los individuos, por ello el Estado debe garantizar las “condiciones bajo las cuales los ciudadanos puedan relacionarse entre sí y con las autoridades como iguales”¹³¹ y lograr “un sentido mutuo de compromiso con normas y valores compartidos”.¹³² Así, luego de periodos de violencia masiva “es de vital importancia tomar medidas para reformar las instituciones estatales con el fin de restaurar la confianza de los ciudadanos en ellas y en el Gobierno en su conjunto”.¹³³

Otro de los objetivos de la justicia transicional es la promoción de la *solidaridad*. De Greiff señala que uno de los propósitos de las reparaciones en el marco de la justicia transicional es la solidaridad entendida como “el tipo de empatía

¹²⁶ *Ibid.*, p. 7.

¹²⁷ De Greiff, *op. cit.*, p. 427.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 429 (cita a John Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge MA: Harvard University Press, 1972, p. 235).

¹²⁹ *Ibid.*, p. 426.

¹³⁰ Walker, *op. cit.*, p. 75.

¹³¹ De Greiff, *op. cit.*, p. 425.

¹³² *Ibid.*, p. 427.

¹³³ Van Zyl, *op. cit.*, p. 65.

característica de aquellas personas que tienen la disposición de ponerse en el lugar de otros”,¹³⁴ a lo cual agrega que un requisito indispensable de la justicia es

... ponerse en el lugar de las partes en conflicto [...] [pues] la única manera de garantizar que se ha conseguido la legitimidad del derecho es asegurarse de que la ley incorpore los intereses de todas las personas afectadas por ella. Y esto implica tener un interés en el interés de otros.¹³⁵

Este interés debe traducirse en acciones concretas de consulta que eviten esfuerzos operativos y tecnocráticos divorciados “de un cuidadoso proceso de evaluación del clima político y de consulta con las partes interesadas”,¹³⁶ por lo que procede unas debidas apropiaciones locales y consultas que “sean efectivas y conduzcan a resultados sostenibles”.¹³⁷ La solidaridad y la empatía abren las puertas para la reconciliación.

El concepto de *reconciliación* es amplio, un concepto “valija”, cuyo difícil consenso sobre su alcance se debe a que las víctimas sienten que se les impone un significado que asocian con “el perdón obligado, la impunidad y la amnesia”.¹³⁸ Si la reconciliación ha de ser aceptada “no puede reducirse a ignorar el pasado, negando el sufrimiento de las víctimas o subordinando la exigencia de la rendición de cuentas y la reparación a una noción artificial de unidad nacional”.¹³⁹ Una sociedad reconciliada es una sociedad “sin resentimiento”.¹⁴⁰

La reconciliación debe estar ligada indefectiblemente al fortalecimiento o la reconstitución de la democracia –salir del autoritarismo y apuntalar una democracia frágil, dice Paige Arthur–.¹⁴¹ El Estado debe estar dispuesto a organizar todo su aparato “y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se ejerce el poder público, de manera que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”.¹⁴² En respuesta a los crímenes contra la humanidad, un Estado está obligado a generar “instituciones nuevas, reorganizadas y responsables”.¹⁴³ Pablo de Greiff plantea los mismos objetivos finales para la reparación, al señalar que son medidas que buscan “contribuir (modestamente) a la reconstitución o constitución de una nueva comunidad política”.¹⁴⁴

¹³⁴ De Greiff, *op. cit.*, p. 430.

¹³⁵ *Idem.*

¹³⁶ Van Zyl, *op. cit.*, p. 66.

¹³⁷ *Idem.*

¹³⁸ *Ibid.*, p. 54.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 55.

¹⁴⁰ De Greiff, *op. cit.*, p. 410.

¹⁴¹ Daas Veena y Arthur Kleinman (eds.), “Introduction”, en *Remaking a World. Violence, Social Suffering and Recovery*, Los Ángeles, Universidad de California, 2011, p. 116.

¹⁴² Méndez, *op. cit.*, p. 97 (cita a 1a Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia del 29 de julio de 1988, párr. 166).

¹⁴³ *Ibid.*, p. 202.

¹⁴⁴ De Greiff, *op. cit.*, p. 412.

Las instituciones no son algo por fuera o externo a los ciudadanos. Para una democracia constitucional es importante que los miembros se reconozcan unos a otros, “no solo como individuos, sino también como *ciudadanos*”.¹⁴⁵ En su condición de teoría asociada al cambio político permanente, la justicia transicional se relaciona con una politización más alta del derecho y también con un cierto grado de concesiones en los estándares del Estado de derecho.¹⁴⁶

Reconstituir la democracia es, ante todo, un proceso de reafirmación normativa, al cual apuntan todas las medidas transicionales, en especial la justicia, pues a través de estas se realza “el alto valor que atribuimos a estas normas en particular (por ejemplo, a la prohibición de la tortura, [...] y las desapariciones) lo que genera la obligación de castigarlas”.¹⁴⁷ La reconstitución de la democracia implica la reconstrucción de un orden moral en ruptura, tal como lo afirma José Zalaquett al referirse a Chile: “La noción de ‘orden moral’ u ‘orden justo’ está en la base de las teorías de contrato social y del concepto de Estado de derecho. Esa noción da el sentido último a las instituciones democráticas”.¹⁴⁸

Ahora bien, toda sociedad percibe y absorbe ciertas normas morales que se consagran en constituciones y leyes, pero otras tantas son moldeadas por los actos, en la práctica, y construyen la memoria moral de las comunidades humanas. Por ello, la dimensión simbólica es central, a tal punto que las ceremonias, los rituales, las prácticas pueden reafirmar dichas normas. De lo anterior se deriva por qué “era tan importante que el informe de la Comisión de Verdad de Chile fuera presentado de esa manera sacramental, para que quedara grabado en los anales de la nación y en la memoria colectiva”.¹⁴⁹ Las respuestas simbólicas pueden incluir, entre otros, “disculpas oficiales, rehabilitación, el cambio de nombre de espacios públicos, la creación de días de conmemoración, la construcción de museos y parques dedicados a la memoria de las víctimas, etc.”,¹⁵⁰ cartas personales de disculpa, copias de informes de las comisiones de la verdad, adecuada sepultura de las víctimas, lo que se convierte en “una manera de mostrar respeto por las personas; de expresar reconocimiento por el daño sufrido, promover la memoria colectiva, la solidaridad social y una posición crítica frente a instituciones gubernamentales”.¹⁵¹ A su vez, la determinación de los daños que se repararán, y, por consiguiente, las medidas de reparación, no

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 424.

¹⁴⁶ Ruti Teitel, “Genealogía de la justicia transicional”, en Reátegui, *op. cit.*, p. 165.

¹⁴⁷ Méndez, *op. cit.*, p. 219 (cita a Marcelo Sancinetti, *Los derechos humanos en la Argentina post dictatorial*, Buenos Aires, Lemer Editores Asociados, 1988).

¹⁴⁸ Naomi Roth-Arriaza, “La necesidad de la reconstrucción moral tras violaciones de derechos humanos cometidas en el pasado: una entrevista con José Zalaquett”, en Reátegui, *op. cit.*, p. 175.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 188.

¹⁵⁰ De Greiff, *op. cit.*, p. 411.

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 435.

pueden basarse en un examen individualizado y en requisitos similares a los que regulan la acreditación de hechos en juicio.

Toda medida de reparación es a la vez material y simbólica. La forma es tan importante como la medida: así, la manera como se entrega una pensión o una suma de dinero, como se brindan servicios de salud, educativos, subsidios de vivienda o asistencia jurídica y social tiene gran importancia para que las víctimas les atribuyan capacidad reparadora a estas medidas.¹⁵² Correa insiste en que es necesario entregar un mensaje coherente en el que, además, el Estado demuestre “que se compromete con el bienestar de las víctimas para hacerse cargo de las secuelas de estas”.¹⁵³ La empatía determina las formas.

La empatía como ruta de la justicia transicional

En este apartado se señala, en primer lugar, la justicia restaurativa como el marco y el lugar de las relaciones morales. En segundo lugar, la realidad de la experiencia, la necesidad de ayudar a su elaboración y los riesgos de la transferencia.

- Relaciones morales como guía y la “experiencia” como realidad fundante

El paso de un modelo de justicia retributiva a un modelo de *justicia restaurativa* debe llenarse de sentido. Para acotar el alcance del concepto, tomaré la definición de justicia restaurativa de Margaret Walker:

La justicia restaurativa encarna una mirada al crimen como una violación a la gente y a las relaciones que implica una obligación de ordenar las cosas adecuadamente, reparar a las víctimas y comunidades, e idealmente humanizar y reintegrar a los perpetradores. El énfasis de la justicia restaurativa está en reparar las relaciones a partir del reconocimiento de las necesidades de las víctimas y exigir cuentas a quienes fueron responsables del daño, a través de la narración de la verdad, las disculpas, la restitución y la compensación.¹⁵⁴

La *reparación moral* es el “proceso de tránsito de una situación de daño y pérdida hacia una situación en la que algún grado de estabilidad moral en las relaciones es reconquistado”,¹⁵⁵ que debe permitir la reconstitución de relaciones morales, entendidas como aquellas en las que “una persona se pregunta lo que le debe a otra”.¹⁵⁶ Según Walker, en las relaciones morales hay “una cierta disposición de la gente hacia el otro y los estándares en los que confían, o al menos esperan,

¹⁵² Cristián Correa, “Programas de reparación para violaciones masivas de derechos humanos: lecciones de las experiencias de Argentina, Chile y Perú”, en Reátegui, *op. cit.*, pp. 469-470.

¹⁵³ *Idem.*

¹⁵⁴ Walker, *op. cit.*, p. 15.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 6.

¹⁵⁶ Habermas, *op. cit.*, p. 113.

sean compartidos”.¹⁵⁷ La reparación moral implica orientar la acción hacia las víctimas entendiendo que

... necesitan y merecen apoyo a fin de lograr hacer las cosas por ellos mismos que son integrales para restaurar lo que han perdido: para ganar autorrespeto, evitar el autorreproche, restablecer el equilibrio moral, volver a confiar, tener esperanza, vivir sin terror, sentirse a salvo de aquellos quienes les han hecho daño y perdonar si así lo deciden.¹⁵⁸

Hablar de superación del pasado tiene sentido si “contribuye a potenciar mi capacidad argumentadora”,¹⁵⁹ si el dolor y la ignominia sirven como pilares de un buen argumento. Toda reparación moral debe dignificar políticamente a la víctima y al victimario. A este último, a partir de exigirle sus deberes se busca superar la “desconfianza respecto a sí mismos”¹⁶⁰ y promover una dinámica para “crear una orientación positiva hacia el ‘otro’”.¹⁶¹

La acción estatal debe partir de la *experiencia* como realidad y de la elaboración de los acontecimientos violentos “de maneras viables –y ética y políticamente deseables–”.¹⁶² La experiencia incide en la formación de identidad y en la construcción de un universo simbólico y un lugar social y político. La propuesta de una justicia empática plantea reconocer la existencia de la experiencia, sin la pretensión de “revivir o incluso acercarse a la experiencia de ciertos traumas [...] [siendo] admisible sentirse perturbado por ellos y empatizar con sus víctimas”.¹⁶³ Las experiencias pueden ser no integradas y sin relato debido al trauma (*Erlebnis*), o relativamente integradas (*Erfahrung*), en tanto vinculadas con procedimientos tales como la narración o el relato de historias.¹⁶⁴ Para avanzar en este proceso hay un lugar especial para la memoria.

El ejercicio empático debe incluir escenarios para la memoria. Etxeberria señala que la memoria y los relatos públicos pueden incidir favorablemente en el reconocimiento de las víctimas,¹⁶⁵ en la medida en que responden a heridas morales que afectan de manera radical su dignidad, consecuencia de interpretaciones sesgadas y tergiversaciones de la acción construidas por el victimario.¹⁶⁶ La memoria de la víctima, que se prolonga en el futuro, favorece la convivencia como “terapia y expresión más plena”.¹⁶⁷ Así, la memoria se presenta

¹⁵⁷ Walker, *op. cit.*, p. 23.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 19.

¹⁵⁹ Reyes Mate, *op. cit.*, 2012, p. 465.

¹⁶⁰ Améry, *op. cit.*, p. 161.

¹⁶¹ Staub, *op. cit.*, p. 327.

¹⁶² LaCapra, *op. cit.*, p. 83.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 81.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 82.

¹⁶⁵ Etxeberria, *op. cit.*, p. 219.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 216.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 221.

como capaz de “ver la fuente del futuro en el pasado derrotado”,¹⁶⁸ una ventana de oportunidad para hacer posibles un presente y un futuro que sean mucho más que la simple prolongación de un pasado injusto.¹⁶⁹ La memoria, que no basta *per se*, que abre heridas y, en ocasiones, atiza venganzas en su literalidad, puede ser también el inicio de un proceso de reconciliación. La “memoria ejemplar es potencialmente liberadora”¹⁷⁰ y por ello hay “que pensarla hasta el final”,¹⁷¹ como justicia integral (*ad integrum*) que permita enfrentar el daño, “reparando lo reparable y haciendo memoria de lo irreparable”.¹⁷² Así, “el deber de memoria se inscribe en nuestro modo de pensar una vez que hemos tomado conciencia de los límites del conocimiento y de su correspondiente pretensión de invisibilizar el sufrimiento”;¹⁷³ la memoria es un *a priori* del conocimiento, es justicia. La memoria “de lo irrecuperable”¹⁷⁴ es sentimiento y subjetividad, permite “repensar la verdad, la política y la moral teniendo en cuenta la barbarie”,¹⁷⁵ y no debe ser descartada como mero sentimiento, sino entenderse como “imperativo categórico que aúna experiencia y conocimiento”.¹⁷⁶ En lo político, la memoria debe llevar a reconocer la condición de ciudadano de la víctima, “no solo jurídicamente, que siempre lo serán, sino socialmente”.¹⁷⁷

Las preguntas que surgen son: ¿cómo la empatía puede orientar la acción del juez para que esta sirva a la elaboración de la experiencia? ¿Cuál es el lugar de la memoria? Si bien el fin es moral y jurídico, la ruta es tanto sentimental como racional y técnica. El proceso empático debe tener en consideración los diferenciados impactos psicológicos de la violencia en las personas y los sentimientos que se anidan en el individuo como el resentimiento. Si la víctima recupera un alto grado de confianza en su propio rango y valor podrá superar el resentimiento y reemplazarlo por la indignación, en la medida en que esta toma como objeto la acción y no a la persona, de tal manera que se puede estar indignado con lo que la persona hizo y no con la persona en sí.¹⁷⁸

Se busca partir de la experiencia y el daño para convertirlos en fuente de identidad positiva, fundantes y fundamento de la vida personal y colectiva, promotores de acción y generadores de agencia. En su dimensión política “el trauma fundante puede ser la vía para que un grupo oprimido o una persona

¹⁶⁸ Reyes Mate, *op. cit.*, 2012, p. 471.

¹⁶⁹ Zamora, *op. cit.*, p. 75.

¹⁷⁰ Tzvetan Todorov, *Los abusos de la memoria*, Barcelona, Paidós, 2000, p. 52.

¹⁷¹ Reyes Mate, *op. cit.*, 2012, p. 484.

¹⁷² *Idem.*

¹⁷³ *Ibid.*, p. 9.

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 16.

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 472.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 477.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 16.

¹⁷⁸ Murphy y Hampton, *op. cit.*, p. 80.

abusada reclamen su historia, se adueñen de ella y la transformen en fundamento vital más o menos posibilitador en el presente”.¹⁷⁹

La respuesta empática es, para LaCapra, indispensable en cualquier enfoque historiográfico, sociológico o teórico, y si bien no se refiera a la justicia, sí plantea la necesidad de comprender “el rol de la emoción en la comprensión histórica”.¹⁸⁰ A partir de su propuesta se insistirá en el rol de la emoción en la comprensión judicial entendiendo la empatía como ventana de oportunidad. Sin embargo, las emociones pueden resultar conflictivas o en detrimento de la acción judicial pues “demasiado a menudo se confunde empatía con identificación –especialmente con la víctima–, confusión que conduce a la idealización y hasta la sacralización de la víctima, así como a una frecuentemente histriónica autoimagen de la víctima sustituta que pasa por experiencia vicaria”.¹⁸¹ Así, la propuesta implica *empatía con distanciamiento crítico*, en una interacción que no puede llevar a tomar el lugar de la víctima “ni convertirse en su sustituto y sin sentirse autorizado a hablar con su voz”,¹⁸² es decir, es necesario evitar la reactivación y la transferencia.

La *transferencia* conlleva el riesgo de revivir el trauma, “primordialmente a la implicación con el otro o con el objeto de estudio, a la inclinación a repetir en el propio discurso o práctica tendencias activas en –o proyectadas sobre– el otro o el objeto”,¹⁸³ pues el trauma es contagioso, tiene una tendencia a “propagarse incluso al entrevistador o el comentarista”,¹⁸⁴ arrastra a un proceso de “identificación proyectiva”.¹⁸⁵ De esta manera, “la identificación y el sufrimiento son conmovedores, e incluso pueden considerarse sublimes y más allá de todo juicio ético o político”.¹⁸⁶ La propuesta es evitar la transferencia y promover una empatía que permita la elaboración.

La *elaboración*, que opera de manera central en el plano psíquico, busca contrarrestar la repetición compulsiva, abrir la posibilidad de diferenciar pasado y presente y, ante todo, permitir la posibilidad de “vincular o integrar la representación y la emoción al presente y el futuro”,¹⁸⁷ sin que ello implique un “intento por demás imposible de recordar conscientemente y controlar por completo una experiencia emocional que no fue totalmente consciente cuando

¹⁷⁹ LaCapra, *op. cit.*, p. 85.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 94.

¹⁸¹ *Idem.*

¹⁸² *Ibid.*, p. 95. El autor insiste en los riesgos de la respuesta empática hacia los victimarios, si bien, insiste, no podemos estar seguros de cómo actuaríamos, especialmente si no hemos sido puestos a prueba por esas circunstancias y sus dimensiones experienciales.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 108.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 115.

¹⁸⁵ *Idem.*

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 116.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 130.

ocurrieron los acontecimientos traumatizantes”.¹⁸⁸ En el plano político, la elaboración permite “formas posibles de actividad que relacionan el hecho de ser testigo o dar testimonio con procesos sociopolíticos más amplios orientados a lograr cambios deseables, incluyendo la eliminación de aquellos contextos que conducen a la opresión y la traumatización de grupos de víctimas distintivas y típicamente expiatorias”.¹⁸⁹ Adicionalmente, la elaboración exige que haya empatía; “la capacidad de empatizar con, o sentir compasión por, uno mismo como víctima en el pasado, pero no debería reducirse a la identificación total con ese ‘yo’ fijado y angustiado y el interminable reavivamiento de su afecto o su experiencia”.¹⁹⁰

- La empatía

La ausencia de empatía, señala Ralph White, “lleva a la equivocada percepción de promover la guerra [...] [al] miedo y la creencia de que el enemigo es un monstruo inhumano y que el propio grupo [está] siempre moralmente en lo correcto, lo que impide la empatía”.¹⁹¹ La empatía debe permitir una mirada diferente del otro, salirse de sí mismo, “expandir los límites intergrupales”¹⁹² y promover las posibilidades de la cooperación y los objetivos compartidos. Staub le da un lugar preponderante al contacto estrecho que “promueve la reconciliación, la sanación, ayuda a establecer la verdad y la justicia y a crear una historia compartida”.¹⁹³

Para ajustar las instituciones, reconocer la singularidad y particularidad del sufrimiento, promover el sentimiento moral como ruta para aproximarse a dichos objetivos se impone la necesidad de imaginar el mundo desde la perspectiva de las otras personas.¹⁹⁴ El pensamiento empático “resulta de gran utilidad para la formación de sentimientos comprensivos que, a su vez, se correlacionan con las conductas de ayuda y colaboración”.¹⁹⁵ Al respecto Martha Nussbaum afirma:

... La respuesta empática o compasiva se distingue de la identificación corporativa o proyectiva e implica un modo de identificación heteropático que reconoce la diferencia entre el yo y el otro. Como quiera que la imaginemos, la empatía –en el sentido que doy al término– nos hace salir de nosotros mismos e ir hacia el otro sin eliminar

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 129.

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 117.

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 129.

¹⁹¹ Staub, *op. cit.*, p. 328 (cita a R. K. White, *Fearful warriors: A psychological profile of U.S.-soviet relations*, New York, MacMillan, 1984).

¹⁹² *Ibid.*, p. 352 (cita a J. F. Dovidio, S. L. Gaertner y Saguy, “Commonality and the complexity of “we”: Social attitudes and social change”, *Personality and social Psychology Review*, núm. 13, 2009, pp. 3-20).

¹⁹³ *Ibid.*, p. 338.

¹⁹⁴ Martha Nussbaum, *Sin fines de lucro*, Bogotá, Katz Editores, 2010, p. 63.

¹⁹⁵ *Idem.*

ni asimilar su diferencia o su alteridad. En este sentido es “extática” y no una proyección de nuestra experiencia del otro. Tampoco deberíamos confundir empatía con incorporación del otro al propio yo (narcisista), ni comprenderla instrumentalmente como un medio de descubrir nuestra “verdadera” identidad. Por el contrario, la empatía nos induce a reconocer nuestra propia alteridad interna o diferencia con respecto a nosotros mismos: nuestras propias opacidades y brechas que impiden la identidad plena o el completo autorreconocimiento y propician la disposición a atemperar, calificar y en ciertos casos suspende la actitud de juzgar al otro.¹⁹⁶

La empatía y la compasión son la puerta de la reciprocidad que “está en el corazón de la interacción humana según Jean Piaget”.¹⁹⁷ Al hacerse cargo “de la inhumanidad del otro”¹⁹⁸ y su humanidad sufrida, la víctima se erige victoriosa en la batalla hermenéutica, al derrotar al victimario en su intención de invisibilizarla y “privarle de significación”.¹⁹⁹ En esa medida, la empatía es una “emoción crucial para una posible relación ética con el otro y nuestra propia responsabilidad o capacidad de responder. La idea de conciencia como llamado del otro en uno mismo testimonia la relación constitutiva con el otro”.²⁰⁰ Así, “quienes ayudan a los otros centran su atención en el sufrimiento y las necesidades de la gente a quienes ayudan y cada vez se ven más preocupados con su bienestar, progresivamente, su preocupación puede extenderse a los seres humanos en general”.²⁰¹

Las instituciones deben ajustarse para responder a la afectación moral y a las exigencias normativas de una sociedad decente, entendida como “aquella que combate las condiciones que justifican que quienes forman parte de ella se consideren humillados”.²⁰² La institucionalidad puede servir a “que la gente entienda las causas de la devaluación como una forma de humanizar al otro. Estas causas incluyen, entre otras, la tendencia a categorizar la gente como ‘nosotros’ y ‘ellos’”;²⁰³ el punto es cómo pasar de la amenaza a la confianza.

Al dar un lugar al otro excluido, a la víctima, los jueces promueven el cuidado de las personas a partir de la dignidad y más allá de los grupos de cada quien (*ingroups*), lo que se convierte en un “potente inhibidor de violencia grupal”.²⁰⁴ Dar un lugar al otro implica reivindicar su autonomía, “darle una voz a la gente, así como darle a los grupos la oportunidad y poder para irrumpir en la esfera pública y expresar, manifestar los agravios”,²⁰⁵ así como prevención

¹⁹⁶ LaCapra, *op. cit.*, p. 110.

¹⁹⁷ Staub, *op. cit.*, p. 355.

¹⁹⁸ Reyes Mate, *op. cit.*, 2011, p. 477.

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 6.

²⁰⁰ LaCapra, *op. cit.*, p. 111.

²⁰¹ Staub, *op. cit.*, p. 354.

²⁰² Margalit, *op. cit.*, p. 22.

²⁰³ Staub, *op. cit.*, p. 328.

²⁰⁴ *Ibid.*, p. 352.

²⁰⁵ *Ibid.*, p. 360.

efectiva al exigir “que una sociedad dé voz a todos los grupos, minimice la discriminación y responda a las ofensas”.²⁰⁶ Todos estos actos son constitutivos de un “cuidado incluyente”, más allá de la simple similitud o fácil identidad “que exige ver a los otros como seres humanos a quienes se aplican los principios morales y quienes merecen toda consideración”.²⁰⁷ El juez, al actuar empáticamente, asume un rol proactivo y se prioriza como agente moral que supera la relación jurídica ordinaria que parte como reacción a “las pretensiones que el otro eleva”.²⁰⁸

- La práctica

La propuesta es sencilla. Los ejercicios que se presentan adelante parten de los siguientes puntos: la JEP transforma la práctica judicial como resultado de la escucha a las víctimas en el diseño de los momentos judiciales, a fin de hacer real el derecho de las mismas. La acción judicial está orientada a permitir el reconocimiento y consolidar la confianza cívica, para lo cual parte de las consecuencias del acto violento. Así, lo realizado plantea partir de la experiencia y el resentimiento, para dar un lugar a la memoria y empoderarlas para permitir que su dolor se convierta en experiencia fundante como forma de elaboración.

* * *

La audiencia de la Comuna 13²⁰⁹

*El acontecimiento es como la gota de realidad,
[...] el dato último de lo real.*

«GILLES DELEUZE»

Presentación

Los días 17 y 18 de julio del año 2019, la Sección de Primera Instancia del Tribunal para la Paz para casos de Ausencia de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad (SARV) de la JEP efectuó la primera audiencia pública en desarrollo de la solicitud de medidas cautelares de cuidado, protección y conservación de 16 lugares donde se presume la presencia de cuerpos de personas dadas por desaparecidas, interpuesta por el Movimiento Nacional de Víctimas de Crímenes de Estado (Movice); la diligencia concentró el ejercicio en uno de los lugares objeto de estudio: la Comuna 13 de la ciudad de Medellín.

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 357.

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 354.

²⁰⁸ Habermas, *op. cit.*, p. 113.

²⁰⁹ Apartado redactado conjuntamente por Gustavo Salazar Arbeláez y Pía Érika Castiblanco.

El propósito de la audiencia, en dos vías, era “avanzar en la recolección de información e insumos que permita tomar una decisión de fondo”, y ampliar “los mecanismos que garanti(cen) y concre(ten) en la práctica el principio constitucional de centralidad de las víctimas [...] con el propósito de darle valía real a sus derechos en el sistema”.²¹⁰ A fin de realizar un ejercicio concreto que permitiera plasmar en acciones precisas la centralidad de las víctimas, y evitar dilaciones y discusiones jurídicas que pudieran desviar los propósitos del escenario, la SARV diseñó una audiencia de cierta manera “desjudicializada”, orientada a limitar debates jurídicos y discusiones interpretativas, un exceso de la hermenéutica. Por ello, desde el comienzo circunscribió su alcance al conocimiento de hechos, acciones y discusiones fácticas, y en el Auto de convocatoria señaló que el evento “*de ninguna manera* [...] sería escenario, en su desarrollo, para debates jurídicos, incluidos aquellos de posible atribución de responsabilidad”.²¹¹ Este énfasis buscaba una expresión más libre de las víctimas, convertir la audiencia en un espacio propicio para que estas se “apropiaran” de un escenario judicial, resignificándolo, como manera de construir confianza cívica y como ruta concreta hacia el reconocimiento. Para cumplir lo anterior, la audiencia se concibió, no como un evento sino como un proceso en varios momentos: i) aproximación, ii) preparación, iii) desarrollo, iv) cierre.

En relación con la confianza cívica, el eje fue plantear un diálogo entre víctimas e instituciones –incluida la JEP–, mediado por esta última, para que familiares de desaparecidos conocieran, en su calidad de ciudadanos y de derecho-habientes, qué han hecho las instituciones en relación con el hecho violento que padecieron, pudieran interrogar a los representantes institucionales y les plantearan acciones para ser adelantadas e indagar acerca de sus propuestas. De esta manera, las víctimas podrían obtener respuesta a temas como por qué la falta de acción por parte del Estado ante la presencia de grupos armados en el territorio y la comisión de múltiples crímenes por parte de estos grupos; por qué las víctimas y los habitantes del territorio señalan la actitud del Estado no solo como negligente, sino como posible cómplice de los crímenes; por último, por qué la respuesta del Estado a los crímenes es vista por las víctimas como insuficiente y hay una sensación de “invisibilización”, inacción o precaria reacción institucional que ha impedido que, luego de 17 años, se pueda cerrar este capítulo.

En relación con el reconocimiento, se priorizó la respuesta simbólica a partir de los efectos, los daños y las consecuencias de la guerra vivida en el territorio y, en especial, de la desaparición forzada, entre ellos: i) ausencia de voz, ii) negación del hecho o de las dimensiones del hecho,; iii) imposibilidad

²¹⁰ JEP - Tribunal para la Paz, SRVRDH, Auto AT-012, 7 de junio de 2019, numeral 1, p. 1.

²¹¹ *Ibid.*, numeral 21, p. 12.

TABLA 1			
EFECTO	DIMENSIÓN DE AFECTACIÓN	RESPUESTA	ACCIÓN EN LA AUDIENCIA
AUSENCIA DE VOZ	Desprecio: falta de reconocimiento	Presencia	<ul style="list-style-type: none"> • Diseño consulto de la audiencia. • Redistribución del auditorio, ruptura del rito judicial ordinario. • Ubicación de las víctimas en las primeras filas del auditorio. • Inicio de la audiencia con un acto por parte de las víctimas, en el que la magistratura se pone de pie en el momento de entrada de estas. • Intervención de las víctimas a lo largo de toda la audiencia. • Posibilidad de preguntar a los expositores.
NEGACIÓN DEL HECHO Y EL DAÑO	Invisibilización: falta de reconocimiento Negación de ciudadanía	Verdad y memoria	<ul style="list-style-type: none"> • Consolidación del universo de víctimas como propósito de la audiencia. • Construcción conjunta, entre la JEP y los familiares, de un listado de víctimas de desaparición forzada, y lectura de sus nombres por parte de los magistrados. • Narración de casos particulares, en voz directa de las víctimas. • Fotos de las víctimas en el auditorio y en la transmisión en directo a través de plataformas dispuestas por la JEP. • Imágenes de las víctimas en pantallas. • Acto simbólico de representación del daño.
IMPOSIBILIDAD DEL DUELO	Miedo Destrucción o afectación de la dimensión subjetiva	Narración (<i>imperative to tell</i>)	<ul style="list-style-type: none"> • Acompañamiento psicosocial antes, durante y posteriormente al evento por parte de la JEP.

del duelo; iv) pasado imposible: ausencia de verdad, v) difuminación de las responsabilidades, vi) imposibilidad del territorio, vii) imposibilidad del futuro. Estas áreas generaron tareas específicas que serán ampliadas en la descripción del momento 3: Desarrollo; entre tanto, la tabla 1 expone lo descrito.

Momento 1: Aproximación

A través del peticionario, Movice, se concretaron encuentros previos a la reunión con la víctimas, en los que se definieron las organizaciones participantes: Mujeres Caminando por la Verdad, Fundación Santa Laura Montoya y Grupo Interdisciplinario GIDH. A través de un trabajo coordinado y consensuado, se

TABLA 1 (continuación)

EFECTO	DIMENSIÓN DE AFECTACIÓN	RESPUESTA	ACCIÓN EN LA AUDIENCIA
DIFUMINACIÓN DE RESPONSABILIDAD	Humillación-Desprecio Incertidumbre: fractura en la confianza cívica	Ejercicio ciudadano: diálogo-rendición de cuentas	<ul style="list-style-type: none"> • Acompañamiento jurídico (Corporación Jurídica Libertad) y técnico (Equitas). • Requerimiento del inventario de acciones institucionales. • Requerimiento de información a entidades. • Cuestionario a entidades por parte de las víctimas y la magistratura. • Exigencia de respuestas concretas.
IMPOSIBILIDAD DEL TERRITORIO, VULNERACIÓN DE LA COMUNIDAD	Destrucción o afectación de la dimensión intersubjetiva Afectación de la ciudadanía	Acción colectiva	<ul style="list-style-type: none"> • Espacio para las víctimas como parte de comunidades y grupos, no solo como individuos. • Resignificación del territorio a partir de las imágenes y la maqueta. • Gestión de ingreso del grupo de víctimas, vestidas con elementos identitarios. • Exigencia de respuesta simbólica y de memoria a la Gobernación de Antioquia. • Citación a otras organizaciones de víctimas ausentes en la audiencia a reuniones en torno a la creación de un proyecto de memoria.
IMPOSIBILIDAD DEL FUTURO	Trauma y trauma social Afectación de la capacidad de agencia	Elaboración Capacidad de agencia Autonomía	<ul style="list-style-type: none"> • Rueda de prensa posterior al evento. • Agotar instancias de búsqueda. • Concertación posaudiencia de acciones de memoria, mediadas en reuniones de víctimas e instituciones citadas por la Gobernación de Antioquia.

realizó un paneo de historias de víctimas y contextos de vulneración; estos encuentros contaron con acompañamiento del equipo de Justicia Restaurativa de la Jurisdicción y trabajaron por la generación de agendas conjuntas en torno a la etapa siguiente.

Momento 2: Preparación

Para construir la diligencia, la SARV programó reuniones preparatorias con el grupo de familiares de víctimas de desaparición forzada: Grupo Mujeres Caminando por la Verdad,²¹² con quienes desarrolló un trabajo pedagógico orientado

²¹² "Grupo de mujeres víctimas del conflicto social y armado de la Comuna 13 de la ciudad de Medellín (Colombia), que nos organizamos con motivo de promover y defender los derechos

a explicar cómo funcionaba el SIVJRNR y, de manera especial, explicar el trámite, su alcance y el sentido del proceso de la medida cautelar. Dados los altos niveles de pobreza en los barrios de referencia de la Comuna 13 y la continuidad de la violencia ejercida tanto por grupos armados como por el crimen organizado, la aproximación a las víctimas y los habitantes del territorio parte de dicha realidad, reconociendo que esta puede haber moldeado comportamientos y determinado, en cierto grado, percepciones y versiones. El equipo de la JEP destinado a tal tarea inicia su trabajo a partir de una mirada “etnográfica”²¹³ a fin de realizar el proceso de acercamiento, concertación y diseño final de la audiencia.

Para describir la audiencia en este documento, además de los conceptos ya referidos, se tendrán en cuenta tres categorías de análisis de la violencia colombiana,²¹⁴ entendida como una experiencia vivida por las víctimas que permitió retomar sentidos, sentires; dio lugar a su vez a reclamos-necesidades y otorgó respuestas a sus cuestionamientos, formulando acciones institucionales a fin de mitigar el sufrimiento.

Momento 3: Desarrollo

Ausencia de voz

La audiencia se planteaba el reto de ayudar a la dignidad de las víctimas generando acciones de reparación moral. Así, al inicio de una diligencia, el acto de ponerse de pie ante el ingreso de la magistratura que preside las citaciones judiciales ha sido manifestación tradicional de respeto por la supremacía de la ley y de quienes la representan. Sin embargo, en un escenario transicional y desde una visión crítica, estos actos performativos pueden reproducir o generar sensaciones de infundada desigualdad en un contexto en el cual el acto violento ha generado profundas asimetrías cívicas.

El inicio de la audiencia fue entonces concebido como un vuelco a la tradición. La secretaria judicial “solicitó a los presentes ponerse de pie y permanecer en absoluto silencio”²¹⁵ en el momento de ingreso de los familiares de víctimas de desaparición forzada en la Comuna 13. Luego, el grupo se dividió; mientras

humanos de nuestra comunidad frente a los crímenes de lesa humanidad y la violencia ocurrida a lo largo de los años en la comuna 13” (Disponible en: <http://mujereslaverdad.blogspot.com/>).

²¹³ Propuesta del profesor Francisco Ortega, asociado al Departamento de Historia y director del Centro de Estudios Sociales (CES) de la Facultad de Ciencias Humanas de la Universidad Nacional de Colombia.

²¹⁴ Analizando el impacto del terror sobre las representaciones de la población afectada por las violencias en Colombia, el investigador Daniel Pécaut formula una inversión en el análisis de las estrategias de los actores armados: territorialización por desterritorialización, cálculos temporales por destemporalización e imposición de sentidos por desobjetivación. La población civil rehén de los actores armados.

²¹⁵ JEP, Audiencia de víctimas de desaparición forzada - Comuna 13, Medellín, 00:05:41.

algunas mujeres depositaban la carátula que representaba el cuaderno con los nombres de sus familiares desaparecidos, listado que entregarían al final de la audiencia como acto simbólico de cierre, otras mujeres disponían sobre las sillas de la primera fila cartulinas con los nombres de madres, compañeras que han fallecido durante el proceso y a quienes no le fue posible saber de resultados, acompañados de una planta “siempreviva”; este acto removía sentimientos en los presentes, obligaba a expandir las percepciones individuales, solidarizarse y asimilar la experiencia de lucha de más de 17 años de las mujeres que merecían toda honra y respeto; en la tarima la frase “Somos el lugar donde habitan nuestros seres queridos desaparecidos” representaba los nuevos lugares que han venido construyendo las víctimas en su cotidianidad. La audiencia se convertía en una oportunidad para la voz y generaba nuevos encuentros.

Negación del hecho y del daño

Si el crimen es negado, si las dimensiones del agravio son soslayadas y las víctimas puestas de lado, el daño se hace invisible; por esta razón, durante el proceso de preparación de la audiencia se concertó un momento para hacer visible el daño. Al iniciar la diligencia se buscó incorporar las ausencias al presente, dar cuenta de la búsqueda, referirla como un trance, como un rito, una espiral que ahondaba y cavaba lo sucedido durante el proceso de búsqueda. El pronunciamiento del Tribunal estaba orientado a reafirmar la dignidad de las víctimas, así como la normativa vulnerada:

Como tribunal estamos para reafirmar normas sociales, estamos aquí para vencer a los victimarios y decirles que su acto fue inmoral, que su crimen no tiene justificación, excusa o causa noble alguna que lo ampare, estamos aquí para elevar, repetir y recordar los nombres de quienes han querido ser borrados de la humanidad, de nuestros días, de nuestras mentes; por ello esta audiencia es una forma de acompañar la perseverante batalla que contra el olvido ustedes familiares han guiado.²¹⁶

Dos mujeres ubicaron en el atril dispuesto en el estrado la silueta de un cuerpo en la cual, paso a paso y luego de ser enunciado en voz alta, se iban adhiriendo los daños listados por las víctimas. Estos no solo se referían a las afectaciones subjetivas y emocionales, tales como depresión, angustia y dolor, sino a consecuencias físicas como enfermedad y muerte. Adicionalmente, salió a flote el daño al ejercicio intersubjetivo: la destrucción de los diversos entornos, la familia, la vecindad, la comunidad, referido como miedo, como desconfianza y desintegración.

Unánimemente, las mujeres eligieron representar sobre una figura oscura los daños a nivel personal y familiar. A continuación señalaremos algunos que dan cuenta de profundos significados: la enfermedad fue ubicada en el centro

²¹⁶ *Ibid.*, 25:41.

JEP, 4:24:06



de la silueta, el ombligo, asociado a la vida; miedo en lo que se entendería como la cabeza de la figura, la mentalidad; la desesperanza se alojó a la altura de los ovarios, glándulas a cargo de la secreción de hormonas femeninas, “para quienes están educados en la gramática cultural del duelo, las mujeres estaban presentando sus cuerpos como evidencia de sus penosas pérdidas. Por otra parte, no podían hacer que sus cuerpos hablaran para expresar los lamentos tradicionales. Sin embargo [...] estaban ‘mostrando’ la pérdida, la muerte y la destrucción”.²¹⁷

La figura fue expuesta durante las horas que restaban del primer día; al día siguiente fue registrada por las cámaras que guardaban memoria digital del suceso. Con igual solemnidad, la magistratura nombró uno a uno los reportados como desaparecidos, el universo de víctimas del caso suministrado por los peticionarios de la medida, antecedidos por la frase: “Recordamos y honramos a sus seres queridos desaparecidos”.

La evocación de la magistratura transformó “el espacio social ocupado por poblaciones marcadas por el sufrimiento [permitiendo] que los relatos atravesaran los códigos culturales rutinarios para expresar un contradiscurso”.²¹⁸

El imperativo de hablar

No cesa, y tal vez no termine, el debate acerca del lugar de la memoria, de la fuerza de la palabra y del poder del silencio. Así como el derecho a la memoria, el “imperativo de hablar”²¹⁹ es para algunas víctimas un mandato, otras callan, se ausentan, o simplemente se resguardan. Primo Levi da cuenta de la necesidad de hablar a los demás, “de hacer que los demás supiesen [...] [necesidad que] había adquirido el carácter de un impulso inmediato y violento [...] como una liberación interior”.²²⁰ Para facilitar la expresión se acudió a la fuerza del símbolo como vía para encauzar los sentimientos, como *performance*, como dique

²¹⁷ Daas Veena, *Sujetos de dolor, agentes de dignidad*, Bogotá, Editorial Goth's Imágenes, 2008, p. 16.

²¹⁸ Veena y Kleinman, *op. cit.*, p. 21.

²¹⁹ Emmanuel Lévinas, *De otro modo que ser o más allá de la esencia*, Salamanca, Ediciones Sígueme, 1987, p. 12.

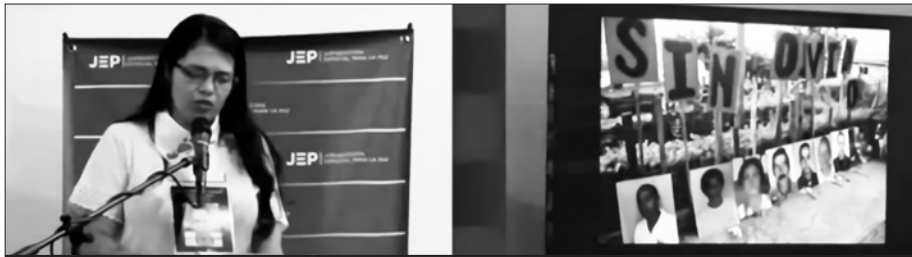
²²⁰ *Ibid.*, p. 10.

de la emotividad: el símbolo como “analogía encubridora”²²¹ en la que los significados están dados en él mismo. Gladys Múnera, víctima e integrante del Grupo Mujeres Caminando por la Verdad, lo materializaba a través de su discurso:

La Escombrera. Allí soñamos con encontrarnos, allí nos hemos hecho fuertes y valientes; allí tuvimos miedo, pero también tuvimos fe, allí nos llenamos de esperanzas y juntas movimos la montaña; allí están plasmadas nuestras huellas, esas que dejamos al buscar los pasos de nuestros familiares desaparecidos. La Escombrera simboliza el dolor y la tragedia de nuestra Comuna, es el rostro de la desaparición forzada en Medellín.²²²

Imposibilidad del duelo

Las formaciones simbólicas recreadas en la narración de experiencias violentas percibidas a través de los sentidos ponen en evidencia “un miedo colectivo muy profundo a la ruptura de los reguladores sociales necesarios para mantener un grado de estabilidad en las vidas sociales de los habitantes de la ciudad”.²²³ Así fue testimoniado por Carmen Jiménez, delegada del Grupo Mujeres Caminando por la Verdad, quien apoyada en fotografías proyectadas al auditorio y a seguidores a través de transmisión en vivo, recreaba una línea de tiempo gráfica del accionar y lucha del Grupo.



JEP, 04:06:15

En el año 2002, como ya se comentó, vivimos en la Comuna operaciones militares, por las cuales somos víctimas de graves violaciones [de] los derechos humanos; este año el miedo de terror y la incertidumbre menguaron la movilización social, pero no apagaron la resistencia. El 21 de mayo, en desarrollo de la Operación Mariscal muchas de nosotras y otros habitantes de la comunidad, en un acto de resistencia salimos con pañuelos blancos, a enfrentar los fusiles de la fuerza pública que disparaban hacia nuestras casas y de manera protesta pacífica.²²⁴

La continuidad de acciones violentas en el territorio, sumada a la incertidumbre respecto de los hechos pasados que generan consecuencias presentes, afectan e incluso impiden la elaboración de duelo. La sensación de un inacabado proceso

²²¹ Mario Trevi, *Metáforas del símbolo*, Barcelona, Anthropos, 1996, p. 26.

²²² JEP, Audiencia de víctimas de desaparición forzada, cit., 00:08:24.

²²³ Pilar Riaño, *Jóvenes, memoria y violencia en Medellín: una antropología del recuerdo y el olvido*, Medellín, Editorial Universidad de Antioquia, 2006, pp. 146-151.

²²⁴ JEP, Audiencia de víctimas de desaparición forzada, cit., 04:11:09.

constituye en el día a día una razón para enfrentarse a una lucha, la mayoría de las veces, frente a entidades sin rostro. La dilación del duelo impide la sanación del dolor y la gestación del imaginario futuro de una vida sin el ser perdido.

Difuminación de responsabilidades

La falta de respuesta institucional y la no garantía de los derechos fundamentales por parte del Estado fractura al ciudadano. No ser escuchado, no responder a su reclamo, no ser protegido rompe la confianza cívica. Ante ello, la audiencia fue un escenario de indagación y contrastación que buscaba responder las preguntas de las víctimas, como parte y proceso que debía conducir a la cuestión final: qué pasó con los familiares de quienes reclaman, qué pasó con sus cuerpos. Así, el ejercicio de cotejo de la información acopiada por la SARV²²⁵ permitió a las víctimas conocer el estado de sus solicitudes y decir sobre lo dicho,²²⁶ expresar su desacuerdo con los datos e información aportada e iniciar una apertura hacia el otro.

El ejercicio permitió poner en evidencia fallas por parte de entidades como la Fiscalía General de la Nación y la Alcaldía de Medellín en el cumplimiento de sus mandatos, constatables en la inactividad o insuficiencia de las labores relacionadas con la búsqueda de cuerpos de las personas dadas por desaparecidas, y la determinación del universo de víctimas. Este hecho inicial es no solo fundamental para las víctimas, sino también para la elaboración de planes de búsqueda. Al respecto, la secretaria de la Alcaldía, Paulina Suárez, señaló: “Hoy, el universo no está consolidado [de] las víctimas de la Comuna 13 ni [de] sus victimarios”.²²⁷ De otra parte, como resultado de las preguntas formuladas por la magistratura, quedó al descubierto el inadecuado manejo de los cuerpos recuperados en cementerios locales, particularmente en el caso de tres de ellos sobre los cuales su paradero no es claro.²²⁸

Adicionalmente, el escenario judicial en contextos transicionales está abierto a una baraja de posibilidades por explorar, “nunca se ha tratado de volver sobre los actores y los intereses que entraron en juego, y menos aún de establecer un tribunal para juzgar, al menos simbólicamente, a los grandes responsables políticos”,²²⁹ de manera que

... estas prácticas, resultado de lo que Margaret Lock denomina violencia de celo, parten del supuesto de que puede infligirse un daño menor a fin de lograr un mayor

²²⁵ JEP, Tribunal para la Paz, SRVRDH, autos AT-009, 8 de noviembre de 2018, y AT-012, 7 de junio de 2019.

²²⁶ Lévinas, *op. cit.*, p. 144.

²²⁷ JEP, Audiencia de víctimas de desaparición forzada, cit., 00:09:27.

²²⁸ *Ibid.*, 01:02:12.

²²⁹ Daniel Pécaut, “Configuraciones del espacio, el tiempo y la subjetividad en un contexto de terror: el caso colombiano”, *Revista Colombiana de Antropología*, núm. 35, 1999, p. 26.



bienestar; la ciencia y el Estado pueden acabar por formar una alianza en la cual se apropien del sufrimiento a fin de lograr un proyecto de sociedad en el futuro.²³⁰

Esa coordinación con la ciencia fue evidenciada en la audiencia con la presencia del Equipo Colombiano Interdisciplinario de Trabajo Forense (Equitas). Sus delegadas formularon preguntas al Grupo Interno de Trabajo de Búsqueda, Identificación y Entrega de Personas Desaparecidas (Grube) de la Fiscalía General de la Nación, lo cual permitió ahondar y contrastar opiniones especializadas. La presencia de diversas instituciones generó un escenario dialógico de tipo técnico, y no por dialógico exento de tensiones, contradicción o posturas diferenciadas en torno al contexto de la desaparición y las zonas de inhumación.

Las instituciones del Estado presentes realizaron propuestas técnicas y generaron debate con relación a su pertinencia o no, aún por evaluar. Fue, por ejemplo, la delimitación de un nuevo polígono de intervención presentada por el Grube-FGN donde la posibilidad de encontrar cuerpos contaría con mayores posibilidades. En la audiencia, además de enaltecer la memoria y dignificar a las víctimas, se avanzó en la asignación de responsabilidades administrativas producto del inventario de acciones emprendidas en materia de búsqueda rendido en la diligencia, lo cual condujo a la magistratura a solicitar a la Gobernación de Antioquia la “presentación de propuesta para desarrollar un proyecto de memoria en consuno con las víctimas”,²³¹ y a la Alcaldía “para contemplar el lugar de la petición (casa del Señor Jubenal) [...]”²³² elevado por las víctimas en el marco del procedimiento que se adelanta”.²³³ Para las víctimas, presenciar las órdenes directas de la magistratura fue un acto de reconocimiento a su condición, a su realidad, a sus luchas que, de alguna manera, mitigaba la humillación derivada del incumplimiento institucional:

²³⁰ Veena, *op. cit.*, p. 145.

²³¹ JEP, 8:37:02.

²³² “El señor Juvenal Ortega fue secuestrado por el ELN, estuvo 6 meses secuestrado, su hijo de 13 años fue desaparecido y asesinado por las milicias. Entonces, es un hogar simbólico que yo creo que se debería rescatar, evitar la demolición que pronto va a ocurrir y tratar que el municipio construya allí con la Alcaldía y el apoyo de las instituciones culturales, un lugar de memoria” (JEP, Audiencia de víctimas de desaparición forzada, cit., 08:38:09 [Archivo de video]. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=YLE8iXDSCtM>).

²³³ *Ibid.*, 8:39:35.

Para nosotros es un logro muy grande, es un fruto de nuestras luchas, de nuestra resistencia y quedo muy contenta y satisfecha porque la JEP nos dio esperanza de la desesperanza que teníamos con las institucionalidades [...]. Yo particularmente quedé muy contenta, muy feliz por las exigencias que les hizo a las institucionalidades, porque realmente sí vimos que alguien estaba con nosotros, que alguien nos estaba apoyando a nosotros, entonces yo me voy muy contenta.²³⁴

Imposibilidad del territorio, vulneración de la comunidad

- Desterritorialización. Narración de experiencias y generación de empatía
- El ejercicio de la violencia por parte de los diversos actores en el marco del conflicto se ha plasmado en una lógica de dominación del territorio a través de múltiples rutas, principalmente la coacción. Estas conductas han alterado las relaciones sociales (dimensión intersubjetiva) y los planes de vida (dimensión subjetiva) de los sujetos en las comunidades afectadas. La población limita su movilidad y sus relaciones, estrecha su territorio, se mimetiza, busca sobrevivir. Daniel Pécaut señala que “en metrópolis como Medellín las milicias han pasado a menudo de los *cruces* con las guerrillas a los *cruces* con las fuerzas paramilitares”;²³⁵ los símbolos identitarios, como uniformes o ideologías, son reemplazados a la luz del acontecer. El resultado, las poblaciones, la gente, no saben qué reglas rigen. La incertidumbre se convierte en lo cotidiano, tal como fue denunciado por la hermana Rosa Emilia Cadavid, misionera de Madre Laura y perteneciente a la Fundación Santa Laura Montoya, que ha brindado apoyo psicosocial y logístico al Grupo de Mujeres.

JEP, 00:58:56



La incertidumbre genera un “no lugar”²³⁶ donde los criterios de evaluación para la toma de decisión son indefinidos. Lo que en principio era ocupación se convierte ahora en espacio de inexistente materialidad, sostenido por la tensión que genera la fuerza de bandos intervinientes. En condiciones de temor, las acciones colectivas escasean, se precarizan; “semejante debilitamiento de las solidaridades, a menudo reducidas a algunas personas muy cercanas, y un

²³⁴ *Ibid.*, 7:57:21.

²³⁵ Riaño, *op. cit.*, p. 149.

²³⁶ Pécaut, *op. cit.*, p. 18.

tal repliegue en las estrategias individuales constituye modalidades de no lugar”.²³⁷ La movilidad es manifestación física del “no lugar”, la emigración resultante de la deformación de abstracciones de entidades que antes brindaban protección a los ciudadanos: justicia, Gobierno, institucionalidad, son permeadas por el escepticismo ante la inacción para enfrentar lo sucedido.

La constancia y resistencia, banderas del grupo de víctimas citadas a la audiencia, ejemplifican las nuevas formas de territorialidad; la vecindad no es definida por el espacio real, por la inmediatez espacial; nuevas virtualidades se crean para permitir la reconstrucción de lazos de las comunidades afectadas, el vigor mantiene el ímpetu por recomponer el espacio donde se construyeron sus historias, por demostrar el cambio sucedido en los territorios que habitaron; en el estrado, Juan Diego Mejía, con voz entrecortada pero enérgica, frente a la maqueta que representa el lugar de sus palabras indica:

JEP, 00:33:08



No solo para nosotros los familiares, sino para la comunidad en general, ha sido claro que toda la montaña donde hoy se encuentran las Escombreras y la Arenera eran sitios utilizados para llevar a las víctimas. La montaña a lo alto de nuestra comuna es el vivo reflejo de la atrocidad, hasta el día de hoy el sitio es utilizado para inhumar clandestinamente los cuerpos de las víctimas asesinadas. Para poder llamar la atención de las instituciones y de la sociedad, vencimos el miedo e impulsamos la campaña “Escarbando la verdad, desenterrando la justicia”; como parte de la sensibilización decidimos ir a La Escombrera y a La Arenera, dijimos públicamente que teníamos conocimiento de que allí podían estar algunas de las víctimas, hablamos con los medios, con las instituciones, con la sociedad; logramos que se comenzara a hablar del tema, que nos escucharan.²³⁸

JEP, 5:33:01



²³⁷ *Ibid.*, p. 20.

²³⁸ JEP, Audiencia de víctimas de desaparición forzada, cit., 00:33:08.

En apoyo a este sentir, las pantallas del auditorio mostraban el mapa de la Comuna 13, en el que a ritmo pausado se borraban las fotografías de las víctimas, ubicadas en los lugares donde fue ejecutada la desaparición. Ante la imposibilidad de dar argumentos de lógica o razón, este tipo de recreaciones compone gráficas de verdades que acompañan las narrativas y pueden ampliar los significados.

Dar espacio a otras expresiones es conceder fuerza para convertirse en contrapoder, en respuesta a las construcciones hegemónicas que en ocasiones niegan sus realidades, pues, según lo ha expuesto Wittgenstein: el acto de nombrar constituye un enunciado performativo. Con plena convicción y narración pausada al final de la tarde del 17 de julio, Luz Elena Galeano pronuncia palabras de indignación ante lo expuesto por la Fiscalía General de la Nación:

Si bien lo dijo la doctora Nancy, tenían conocimiento de ese terreno que hay ahí en altos de San Juan de que había cuerpos sepultados allí, entonces ¿por qué permitieron que construyeran esos edificios encima de eso cuerpos? Nosotros lo venimos denunciando hace tiempo, por qué no escucharon y permitieron la construcción de eso edificios allí.²³⁹

Las exigencias, los requerimientos a las instituciones, son ejemplo vivo de una narración que reconstituye sentidos de colectividad y permite superar reminiscencias e incomprensiones, fortalece la dimensión política de los ciudadanos y ancla su dignidad. La audiencia fue una simbiosis de actos celulares que reconocían, a partir de la experiencia, a los miembros del grupo citado, sus exigencias, respetando sus exposiciones y reafirmando el deber moral del Estado con las víctimas. Los espacios, despojados de relaciones sociales espontáneas y comunitarias, desterritorializados, se pueden recomponer a partir de narrativas de las realidades, de las experiencias violentas,²⁴⁰ al generar un nuevo universo simbólico que represente los acuerdos sociales. La nueva comunidad política se abre a partir de la comprensión de las alteridades, de la elaboración, escenario posible solo a partir de la empatía. María Gladys Cano, previa entrega del

JEP, 9:55:22, 9:58:28



²³⁹ *Ibid.*, 5:25:27.

²⁴⁰ "Referirse a la violencia anteponiendo la palabra 'experiencia' busca apuntalar el enfoque que considera la acción violenta desde el punto de vista de los sujetos involucrados, a mirarla desde su perspectiva, a ponerla en el terreno mismo de la subjetividad" (Veena, *op. cit.*).

cuaderno que contenía el universo de víctimas elaborado por el Grupo Mujeres Caminando por la Verdad junto al Movimiento de Víctimas de Crímenes de Estado (Movice), exponía tal convivencia:

Con esta entrega depositamos nuestra confianza en la JEP y resaltamos su responsabilidad en la tarea de brindar las sanciones jurídicas necesarias que posibiliten y aporten garantías en el proceso de búsqueda de nuestros seres queridos desaparecidos. Queremos que sepan que cada nombre allí plasmado representa la lucha incansable de una madre, un hijo, una esposa; quienes soñamos con cambiar las cifras por abrazos, por un te amo, que acabe definitivamente con esta dolorosa ausencia.²⁴¹

La imposibilidad del futuro

Según Pecaut, la percepción del tiempo es consecuente con los oficios realizados. El tiempo de un campesino dista del de un militar en acción; el contexto del presente es detonador de las percepciones. La velocidad en tiempos de confrontación armada resultaría de la interacción entre medidas gubernamentales y cálculos de los protagonistas armados; “todas estas temporalidades dejan huellas en la violencia, pues esta no opera en un vacío social”.²⁴²

Si el territorio demarca la acción social y transforma la cotidianidad del colectivo, la impresión del tiempo definirá periodicidades y con ello estrategias de actuación en los grupos. Bajo esta lógica, la historia se concentra en el acontecimiento; la incertidumbre²⁴³ y la sorpresa se integran a la asimilación de la realidad desdibujando el pasado del presente. A falta de coordinación, en tiempos de violencia los sujetos proyectan a corto plazo, pues la volatilidad del acontecer dificulta la planeación. La reconstrucción de las relaciones morales es aplazada para sobrevivir, la capacidad de representación de sí mismo y de sus comunidades se ve imposibilitada ante el vacío imperante. Los recuerdos son de resentimiento y humillación.

Esta dinámica afecta las memorias de las comunidades, la excepcionalidad de los eventos dificulta el proceso comunicativo que conlleva el relato, no es claro qué sucesos clasificar como trascendentes para la historia, lo cual genera una acumulación no organizada de testimonios, para dar paso al olvido, fruto de la relación del instante y, a su vez, a “la soledad moral de las víctimas”, pues las plataformas para atestiguar escasean.

El trauma como efecto del padecimiento borra la frontera de los tiempos, “lo real irrumpe y perfora lo simbólico, nos remite a una noción de acontecimiento

²⁴¹ JEP, Audiencia de víctimas de desaparición forzada, 9:55:22.

²⁴² Pecaut, *op. cit.*, p. 23.

²⁴³ “En la comuna 13, la proliferación de combos ha tenido como consecuencia la emergencia de microterritorios en donde se ejerce un control transitorio, inestable y muy violento sobre los pobladores, dados los cambios permanentes” (Markus Gottsbacher y John de Boer, *Vulnerabilidad y violencia en América Latina y el Caribe*, México, Siglo XXI, 2018, p. 186).

muy particular en la que la memoria histórica no es integrada a la cotidianidad colectiva”.²⁴⁴

Las poblaciones “sumidas en la violencia actual oscilan permanentemente entre el acontecimiento y el mito,²⁴⁵ el pasado del presente y el presente del pasado. Lo que les hace falta es la posibilidad de ser participantes de una historia orientada hacia el futuro”.²⁴⁶ El espacio entre lo mítico y el acontecimiento es el lugar de lo no tiempo, la puerta abierta a la construcción de una historia con componentes múltiples, que incorporan los nuevos referentes comunes y los horrores de la violencia. En entrevista con líder social de la Comuna 13, este describe:

... están callando a la gente a punta de machete, a punta de silenciador, para que no se haga mucho ruido, los desaparecen, entonces la Comuna 13 está muy bien, sí se nota que está bien, porque vea los vecinos se desaparecen de las viviendas, las vecinas se van y no vuelven y la comuna está bien.²⁴⁷

La existencia de diálogos, como los generados durante la audiencia, aporta a la formación de un esquema temporal coordinado, donde los asistentes, abrazados por las representaciones de memorias individuales que rodeaban la sala, materializadas en los rostros de desaparecidos con miradas fijas a través de fotografías dispuestas en el auditorio, eran partícipes de recuentos imaginarios que integrantes del Grupo Mujeres Caminando por la Verdad guardaban para sí; algunas infancias sonrientes eran perfecto reflejo de la incomprensión que sus familias tienen del fenómeno, de esa experiencia “insensata” que “carece de todo sentido”.

Momento 4: Cierre

Desubjetivación. Empatía sin transferencia

Posterior al hecho violento, la identidad de quien lo ha vivido es transformada: la madre ya no tiene a su(s) hija(s) o hijo(s), la esposa no tiene la presencia de su compañero(a); la afirmación surge, entonces, a través del relato de la experiencia por medio de una “identidad narrativa”,²⁴⁸ la colectividad se encuentra

²⁴⁴ Veena, *op. cit.*, p. 33.

²⁴⁵ Referido al postulado de Nietzsche: “Eterno retorno de lo reprimido”, infiriendo una temporalidad repetitiva que sugiere una permanencia de los eventos violentos; la misma violencia ha estado allí siempre y se reproduce sin fin. En esta línea de análisis se inscriben los teóricos que consideran la cultura colombiana violenta por naturaleza, mirada fuertemente criticada.

²⁴⁶ Pécaut, *op. cit.*, p. 25.

²⁴⁷ Gottsbacher y De Boer, *op. cit.*, p. 184.

²⁴⁸ Pécaut, *op. cit.*, p. 28.

a partir de la acción violenta; el ser partícipes de la violencia es una “forma de construcción de sí mismo”.²⁴⁹

Si la comunidad en la que se inscribe la víctima padeció el horror de manera conjunta, se puede generar cierto círculo de apoyo en torno a la violación. Caso distinto resulta de experiencias aisladas en las que la trayectoria personal no se inscribe en el relato conjunto, incluso, son incitadas a procesos de olvido y señalamientos que dejan en duda su narración: “Tanto los límites del relato personal como su separación de un relato colectivo dificultan la consolidación de la identidad personal. En el horizonte del terror, la identidad está a merced de las circunstancias”.²⁵⁰ La solidaridad de quienes han padecido el sufrimiento y los vejámenes derivados de la desaparición ha deparado en el grupo de mujeres y hombres protagonistas de la audiencia la configuración de una identidad colectiva:

... para nosotras es el lugar en el que podemos encontrar verdad, desde donde clamamos justicia y esperamos reparación y garantías de no repetición. Por eso hoy por nuestros familiares y nuestras compañeras que murieron en la lucha, solicitamos a la JEP y a las demás instituciones del Estado que tomen las medidas pertinentes de protección necesarias para que en La Escombrera y el resto de lugares que presentamos hoy se sigan buscando nuestros desaparecidos, por eso aquí estamos, [en coro] Mujeres Caminando por la Verdad, cruzamos fronteras, movimos montañas, escarbamos la verdad, desenterramos al justicia.²⁵¹

El descrito sería, entonces, un escenario de pérdida de subjetividad definida como “una conciencia específicamente cultural e histórica”,²⁵² en tanto se gesta como lugar para catapultar la reflexión de sí mismos, sus intenciones y la búsqueda de sentido hacia el mundo y sobre el mundo. La expresión es la forma de búsqueda y asignación de esos lugares que alojarán subjetividades posteriores a la alteración del tiempo y el espacio producto del acontecimiento violatorio, “la manera en que se enuncia –y dejan de enunciar– las experiencias dolorosas son prácticas de interpretación. Allí yacen claves de sentidos que nos permiten identificar motivaciones personales y cargas afectivas tanto como los acentos y los énfasis culturales en la historia de un grupo social determinado”.²⁵³

Para el caso de las mujeres²⁵⁴ del grupo, desde su dolor, estas lograron integrar un movimiento, identificarse y crear una nueva comunidad en torno y

²⁴⁹ Giorgio Agamben, *Lo que queda de Auschwitz. El archivo y el testigo*, Madrid, Editorial Pre textos, 2001, p. 12.

²⁵⁰ Pécaut, *op. cit.*, p. 30.

²⁵¹ JEP, Audiencia de víctimas de desaparición forzada, *cit.*, 00:08:10.

²⁵² Sherry Ortner, “Geertz, subjetividad y conciencia posmoderna”, *Etnografías Contemporáneas*, año 1, 2005, pp. 25-47. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/284054294_Geertz_subjetividad_y_conciencia_posmoderna

²⁵³ Veena, *op. cit.*, p. 276.

²⁵⁴ Los integrantes son citados con el género femenino al ser mayoría; el artículo no desconoce la presencia y acción de los integrantes masculinos del grupo.

hacia un fin compartido: “la búsqueda de la verdad”. Su voz, capaz de remover emociones en quien las escucha, debería convertirse en solidaridad en los otros ciudadanos y acción institucional en la magistratura, no en dolor. Las acciones que promuevan una mitigación del daño deben proponerse un empoderamiento individual y colectivo que fortalezca la posición crítica de las afectadas en relación con sus realidades; animar a “elaboraciones”, a transformaciones para su beneficio y el de las comunidades que conforman, promoviendo así acciones cívicas y fortaleciendo procesos sociales y políticos en los entornos afectados.



Sentadas, a una altura elevada respecto de los periodistas, desde la mesa donde antes estuvo la magistratura conduciendo el evento judicial, líderes del grupo de Mujeres Caminando por la Verdad respondían preguntas y expresaban las emociones que dejaba la audiencia. Con símbolos identitarios y sus razones de lucha y persistencia sobre corazones, criticaban la desarticulación de las instituciones, resignificaban su territorio, prospectaban y compartían su visión.

Epílogo

Como se ha demostrado, la justicia transicional constituye una plataforma de interacción entre el pasado y el presente; en ese sentido, Rodrigo Uprimny y María Paula Saffon²⁵⁵ han enfatizado en la presencia de una dimensión simbólica que facilite los procesos de reconciliación entre víctimas y Estado; de manera particular,

Diana Guzmán [...] agrega a esa dimensión la idea del *efecto simbólico de doble reconocimiento para las mujeres*, como víctimas de afectaciones específicas y como ciudadanas a las que debe garantizárseles el ejercicio pleno de sus derechos en igualdad de condiciones. Así se contribuye al empoderamiento de las mujeres como ciudadanas activas y a la transformación de relaciones sociales desiguales.²⁵⁶

²⁵⁵ Rodrigo Uprimny y María Paula Saffon, “Reparaciones transformadoras, justicia distributiva y profundización democrática”, en Catalina Díaz, Nelson Sánchez y Rodrigo Uprimny (eds.), *Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión*, Bogotá, Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ) y Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia), 2009, p. 32. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25595.pdf>

²⁵⁶ Donny Meertens, “Restitución de tierras, justicia de género y paz”, *Papeles de Paz y Derechos Humanos*, núm. 1, 2016, p. 10. Disponible en: https://cpri.javeriana.edu.co/documents/2141973/10460517/restitucion_de_tierras_.pdf/600fb432-fcc0-4319-892b-9ab589b7b055

Las formas simbólicas de reconocimiento son muestras de empatía que se accionan para dignificar las pérdidas cuando “las limitaciones y las incongruencias que afloran de los acontecimientos desbordan la capacidad de las prácticas culturales para lidiar con ciertas experiencias”.²⁵⁷ Para activar esta dimensión es imprescindible explorar la emotividad, por lo regular, naciente desde la narración de la experiencia que origina un terreno común entre quien expresa y quien(es) escucha(n); el contenido compartido es interpretado, y la solidaridad que surge de la comprensión de la alteridad erige puentes emocionales que recomponen la subjetividad quebrada.

El canal para exteriorizar tales sentires, significados y simbolismos sin cerrar el mensaje, por el contrario, invitando al expectante a reformularse desde su experiencia, es el arte: “Toda expresión humana puede ser abordada tanto en su aspecto documental como en su contenido emotivo. Lo característico del arte es que ofrece, íntimamente amalgamados, el documento y la emoción”.²⁵⁸ “El arte siempre crea exclusivamente el mundo de los hombres [...] Al contrario de la reflexión científica, en todos los matices de la suya el hombre aparece como determinante; en el arte, el mundo exterior al hombre solo aparece como elemento mediatizador de las preocupaciones y sentimientos de los hombres”.²⁵⁹

Los procesos judiciales transicionales pueden valerse de herramientas innovadoras que aseguren la dimensión emotiva en las actuaciones, las víctimas deben ser partícipes de esas creaciones, con las cuales puedan construir la historia por contar a partir de sus memorias y las de sus entornos o marcos sociales. La naturalidad del proceso evocará la empatía de quien esté involucrado, con lo cual, los cuestionamientos sobre los horrores de la violencia podrían, quizá, generar pautas para asegurar la no repetición. El símbolo, el arte, abren nuevas visiones y se convierten en aliados para la misión descrita. Todo espacio de justicia debe ser restaurador. ¿Cómo trasladar la solemnidad que ha caracterizado los procesos en los tribunales a estos escenarios por inventar?

Bibliografía

- AMÉRY, Jean, *Más allá de la culpa y la expiación*, Valencia, Pretextos, 2001.
- ARENDR, Hannah, *Responsabilidad y juicio*, Barcelona, Paidós, 2003.
- AGAMBEN, Giorgio, *Lo que queda de Auschwitz. El archivo y el testigo*, Madrid, Pretextos, 2001.
- ARTHUR, Paige, “Cómo las ‘transiciones’ reconfiguraron los derechos humanos: una historia conceptual de la justicia transicional”, en Félix

²⁵⁷ Veena, *op. cit.*, p. 259.

²⁵⁸ Jean Paul Sartre, *Estética y marxismo*, Barcelona, Ediciones Martínez Roca S.A, 1969, p. 13.

²⁵⁹ Georg Lukács, *Aportaciones a una historia de la estética* (trad. Manuel Sacristán), Barcelona, Grijalbo, 1966, p. 27.

- REÁTEGUI (ed.), *Justicia transicional: manual para América Latina*, Brasilia, Ministerio de Justicia, Comisión de Amnistía, Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2011. Disponible en: <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Documents/Justicia%20Transicional%20-%20Manual%20versi%C3%B3n%20final%20al%2006-06-12.pdf>
- CARACOL TV, “El duro cuestionamiento de la JEP a la Fiscalía por los desaparecidos en la comuna 13 Medellín”, Bogotá, 2019. Disponible en: <http://amp.noticias.caracoltv.com/antioquia/el-duro-cuestionamiento-de-la-jep-la-fiscalia-por-los-desaparecidos-en-la-comuna-13-de-medellin>
- COLLIER, Paul, *The Political Economy of Ethnicity*, Oxford, University of Oxford, Institute of Economics and Statistics, Centre for the Study of African Economies, WPS/98-8, 1998. Disponible en: <http://invenio.unidep.org/invenio//record/17402/files/paul.pdf>
- COLLIER, Paul y Jan Willem GUNNING, *The IMF's role in structural adjustment*, Washington, D.C. - Oxford, UK, World Bank - University of Oxford, WPS/99-18, 1999. Disponible en: <http://invenio.unidep.org/invenio//record/17447/files/collierpaul.pdf>
- COLOMBIA EN TRANSICIÓN, “En video: audiencia de la JEP para indagar por los desaparecidos de la Comuna 13 en Medellín”, *El Espectador*, 2019. Disponible en: <https://www.elespectador.com/colombia2020/justicia/jep/en-vivo-comienza-audiencia-de-la-jep-para-indagar-por-los-desaparecidos-de-la-comuna-13-en-medellin-articulo-871362>
- CORREA, Cristián, “Programas de reparación para violaciones masivas de derechos humanos: lecciones de las experiencias de Argentina, Chile y Perú”, en Félix REÁTEGUI (ed.), *Justicia transicional: manual para América Latina*, Brasilia, Ministerio de Justicia, Comisión de Amnistía, Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2011. Disponible en: <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Documents/Justicia%20Transicional%20-%20Manual%20versi%C3%B3n%20final%20al%2006-06-12.pdf>
- DE GREIFF, Pablo, “Justicia y reparaciones”, en Félix REÁTEGUI (ed.), *Justicia transicional: manual para América Latina*, Brasilia, Ministerio de Justicia, Comisión de Amnistía, Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2011. Disponible en: <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Documents/Justicia%20Transicional%20-%20Manual%20versi%C3%B3n%20final%20al%2006-06-12.pdf>
- DERRIDA, Jacques, *El siglo y el perdón: entrevista con Michel Wieviorka*, Buenos Aires, Ediciones de la Flor, 2003.
- DURÁN HERRERA, Natalia, “Rogaría por medidas cautelares en La Escombrera’: magistrado de Justicia y Paz”, *El Espectador*, 2019. Disponible

en: <https://www.elespectador.com/colombia2020/justicia/desaparecidos/rogaria-por-medidas-cautelares-en-la-escombrera-magistrado-de-justicia-y-paz-articulo-871396>

- ETXEBERRIA, Xabier, "Ética del reconocimiento y víctimas del terrorismo", *Revista Isegoría*, núm. 46, 2003, pp. 212-232.
- FRASER, Nancy, *Escalas de justicia*, Barcelona, Herder, 2008.
- GOTTSBACHER, Markus y John DE BOER (eds.), *Vulnerabilidad y violencia en América Latina y el Caribe*, México, Siglo XXI, 2018.
- HABERMAS, Jürgen, "La idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos", *Revista de Filosofía Jurídica y Política*, núm. 44, 2010, pp. 105-121.
- HONNETH, Axel, "Integridad y desprecio. Motivos básicos de una concepción de la moral desde la teoría del reconocimiento", *Revista Isegoría*, núm. 5, 1992, pp. 78-92.
- HONNETH, Axel, *La sociedad del desprecio*, Madrid, Editorial Trotta, 2011.
- HOYOS, Guillermo, "El perdón es de lo imperdonable", *El Tiempo*. Disponible en: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-12327159>
- JASPERS, Karl, *El problema de la culpa: sobre la responsabilidad política de Alemania*, Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica, 1998.
- JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ (JEP), *Audiencia de víctimas de desaparición forzada - Comuna 13, Medellín*, 2019 [Archivo de video]. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=YLE8iXDScTM>
- _____, *Audiencia para indagar por los restos de los desaparecidos en zona de influencia Hidroituango*, 2019 [Archivo de video]. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=3FcacchHLpk>
- _____, *Audiencia sobre víctimas de desaparición forzada*, 2019 [Archivo de video]. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=KmiUOlj0Zg0>
- KALDOR, Mary, "'Civilising' Globalisation? The Implications of the 'Battle in Seattle'", *Millennium: Journal of International Studies*, vol. 29, núm. 1, 2000, pp. 115-114. Disponible en: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/03058298000290011001>
- KOLNAT, Aurel, "Forgiveness", *Proceedings of the Aristotelian Society*, núm 74, 1973, pp. 91-106.
- LACAPRA, Dominick, *Historia en tránsito. Experiencia, identidad, teoría crítica*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006.
- LÉVINAS, Emmanuel, *De otro modo que ser o más allá de la esencia*, Salamanca, Ediciones Sígueme, 1987.
- LLEVADOT, Laura, "No hay modo común: Jacques Derrida y la idea de comunidad", *Revista Isegoría*, núm. 49, 2013, pp. 549-566.

- LUKÁCS, Georg, *Aportaciones a una historia de la estética* (trad. Manuel Sacristán), Barcelona, Grijalbo, 1966.
- MARGALIT, Avishai, *La sociedad decente*, Buenos Aires, Paidós Ibérica, 1977.
- MARRADES, Julián, “Resentimiento y verdad. Sobre la réplica de Améry a Nietzsche”, *Revista Isegoría*, núm. 31, 2004, pp. 221-236.
- MEERTENS, Donny, “Restitución de tierras, justicia de género y paz”, *Papeles de Paz y Derechos Humanos*, núm. 1, 2016, pp. 9-41. Disponible en: https://cpri.javeriana.edu.co/documents/2141973/10460517/restitucion_de_tierras_.pdf/600fb432-fcc0-4319-892b-9ab589b7b055
- MÉNDEZ, Juan, “Responsabilización por los abusos del pasado”, en Félix REÁTEGUI (ed.), *Justicia transicional: manual para América Latina*, Brasilia, Ministerio de Justicia, Comisión de Amnistía, Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2011. Disponible en: <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Documents/Justicia%20Transicional%20-%20Manual%20versi%C3%B3n%20final%20al%2006-06-12.pdf>
- MÜNKLER, Herfried, *Viejas y nuevas guerras. Asimetría y privatización de la violencia*, Madrid, Siglo XXI de España Editores, 2005.
- MURPHY, Jeffrie y Jean HAMPTON, *Forgiveness and Mercy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988.
- NIETZSCHE, Friedrich, *El viajero y la sombra*, s. e., Brontes, 1879.
- _____, *Genealogía de la moral*, Madrid, Alianza Editorial, 1983.
- NUSSBAUM, Martha, *Sin fines de lucro*, Bogotá, Katz Editores, 2010.
- ORTNER, Sherry, “Geertz, subjetividad y conciencia posmoderna”, *Etnografías Contemporáneas*, año 1, 2005. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/284054294_Geertz_subjetividad_y_conciencia_posmoderna
- PÉCAUT, Daniel, “Configuraciones del Espacio, el tiempo y la subjetividad en un contexto de terror: el caso colombiano”, *Revista Colombiana de Antropología*, núm. 35, 1999, pp. 8-35.
- PRIMO, Levi, *Los hundidos y los salvados*, Barcelona, Muchnik Editores, 1987.
- REYES MATE, Manuel, *Tratado de la injusticia*, Barcelona, Anthropos, 2011.
- _____, “Sobre la reconciliación o de la memoria al perdón”, *Revista Internacional Estudios Vascos*, núm. 10, 2012, pp. 70-93.
- RIAÑO, Pilar, *Jóvenes, memoria y violencia en Medellín: una antropología del recuerdo y el olvido*, Antioquia, Editorial Universidad de Antioquia, 2006.
- RICOEUR, Paul, *Lo justo*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995.
- ROTH-ARRIAZA, Naomi, “La necesidad de la reconstrucción moral tras violaciones de derechos humanos cometidas en el pasado: una entrevista con José Zalaquett”, en Félix REÁTEGUI (ed.), *Justicia transicional: manual*

para América Latina, Brasilia, Ministerio de Justicia, Comisión de Amnistía, Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2011. Disponible en: <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Documents/Justicia%20Transicional%20-%20Manual%20versi%C3%B3n%20final%20al%2006-06-12.pdf>

SAIDEL, Matías, "Ontologías de lo común en el pensamiento de Giorgio Agamben y Roberto Esposito: entre ética y política", *Revista Isegoría*, núm. 49, 2013, pp. 439-457. Disponible en: <http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/832>

SARTRE, Jean-Paul (ed.), *Estética y marxismo*, Barcelona, Ediciones Martínez Roca, 1969.

STAUB, Ervin, *Overcoming evil: Genocide, violent conflict ant terrorism*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

TEITEL, Ruti, "Genealogía de la justicia transicional", en Félix REÁTEGUI (ed.), *Justicia transicional: manual para América Latina*, Brasilia, Ministerio de Justicia, Comisión de Amnistía, Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2011. Disponible en: <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Documents/Justicia%20Transicional%20-%20Manual%20versi%C3%B3n%20final%20al%2006-06-12.pdf>

TODOROV, Tzvetan, *Los abusos de la memoria*, Barcelona, Paidós, 2000.

TREVI, Mario, *Metáforas del símbolo*, Barcelona, Anthropos, 1996.

UPRIMNY, Rodrigo y María Paula SAFFON, "Reparaciones transformadoras, justicia distributiva y profundización democrática", en Catalina DÍAZ, Nelson SÁNCHEZ y Rodrigo UPRIMNY (eds.), *Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión*, Bogotá, Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ) y Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia), 2009. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25595.pdf>

VAN ZYL, Paul, "Promoviendo la justicia transicional en sociedades postconflicto", en Félix REÁTEGUI (ed.), *Justicia transicional: manual para América Latina*, Brasilia, Ministerio de Justicia, Comisión de Amnistía, Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2011. Disponible en: <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Documents/Justicia%20Transicional%20-%20Manual%20versi%C3%B3n%20final%20al%2006-06-12.pdf>

VEENA, Daas, *Sujetos de dolor, agentes de dignidad*, Bogotá, Editorial Goth's Imágenes, 2008.

VEENA, Daas y Arthur KLEINMAN (eds.), "Introduction", en *Remaking a World. Violence, Social Suffering and Recovery*, Los Ángeles, Universidad de California.

WALKER, Margaret, *Moral repair*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

ZAMORA, José, "El perdón y su dimensión política", en Eduardo MADINA, Reyes MATE, Juan MAYORGA, Miguel RUBIO y José ZAMORA, *El perdón, virtud política: en torno a Primo Levi*, Barcelona, Anthropos, 2008.

Una aproximación a la construcción del régimen de condicionalidad en la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas

«HEYDI BALDOSEA PEREA» Magistrada de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas

Resumen: El artículo destaca que la JEP es prospectiva, transicional y restaurativa; que pone en operación un principio dialógico entre víctimas y victimarios; y que tiene enfoques diferenciales para el análisis de los asuntos sometidos a juzgamiento. Tales rasgos se ven materializados por la aplicación del régimen de condicionalidad. Las características propias de la justicia transicional restaurativa la convierten en un agente de cambio social prospectivo que facilita, a partir del análisis particularizado de los casos y el enfoque diferencial, fijar las condiciones sociales necesarias para el establecimiento de una paz estable y duradera. Todo ese contenido axiológico ha sido aplicado en diferentes actuaciones de la SDSJ en el marco de casos como las ejecuciones extrajudiciales, hechos de protesta social, desapariciones forzadas, crímenes de odio motivados por cuestiones de raza, entre otros.

Palabras clave: justicia transicional, justicia restaurativa, justicia prospectiva, principio dialógico, régimen de condicionalidad, centralidad de las víctimas, enfoque/trato diferenciado.

Abstract: This article highlights the fact that the JEP is prospective, transitional and restorative; that it places in operation a dialogical principle between victims and perpetrators; and that it takes differential approaches for analyzing the issues to be adjudicated. These traits are materialized by the application of the conditionality regime. The characteristics of restorative transitional justice convert it into an agent of prospective social change that facilitates the setting of the necessary social conditions for the establishment of a stable and lasting peace, based on an individualized analysis of the cases using a differential approach. All of that axiological content has been applied in different actions of the SDSJ in the framework of cases involving extrajudicial executions, social protest events, forced disappearances, and racially-motivated hate crimes, among others.

Key words: Transitional justice, restorative justice, prospective justice, dialogical principle, conditionality regime, centrality of victims, differentiated approach/treatment.

Introducción

Indudablemente, la paz se ha convertido en uno de los temas centrales del siglo XXI, al punto que su teorización, la búsqueda de una adecuada sistematización, la necesidad de crear una categoría, el tratamiento y la solución creativa del conflicto¹ y, ante todo, el intento de hacerla efectiva ha llevado a crear toda una tipología de la paz² y del “saber pacífico”³ en la búsqueda de un mundo más justo y renovado. No obstante, el mayor reto y desafío que conlleva la paz no está en sus enfoques epistemológicos o axiológicos, sino en su consolidación a través de estructuras que cimenten su sostenibilidad más allá del simple cese de la confrontación militar, pues la paz, a pesar de ser un fin en sí mismo, no corresponde a un estadio inalterable al que se llega sin un posible retorno, sino que, en tanto se construye en medio de dilemas, dificultades y desconfianzas que produce el conflicto, es posible que sea “reversible, sus fronteras son móviles y su mantenimiento supone una determinada correlación de fuerzas que le dé sustento social y estatal”.⁴

La construcción de una paz estable y duradera es una operación colectiva e individual de amplia complejidad, y, más concretamente, un “proceso social complejo de rehabilitación, reconstrucción y renovación”,⁵ el cual implica la adopción de “medidas destinadas a individualizar y fortalecer estructuras que tiendan a reforzar y consolidar la paz a fin de evitar una reanudación del conflicto”.⁶ Tales medidas comprenden instrumentos humanitarios, asistencia, desmovilización y desarme, pero también figuras estructurales de buen gobierno, justicia transicional, reconciliación, consolidación o fortalecimiento del Estado de derecho o desarrollo sostenible, porque, siguiendo lo anunciado por el entonces Secretario General de las Naciones Unidas,

... los problemas que se plantean después de los conflictos hacen necesario optar por un planteamiento que equilibre múltiples objetivos, entre los que se encuentran la búsqueda de la rendición de cuentas, la verdad y la reparación, la preservación de la paz y la construcción de la democracia y el Estado de derecho. Una estrategia cabal también debe prestar atención especial a los abusos cometidos contra los grupos

¹ Salvador Geovani Salguero, “Hacia la consolidación del derecho humano a la paz”, *Revista de Relaciones Internacionales*, vol. 7, núm. 15, 1998.

² La paz negativa entendida como la ausencia de guerra o conflicto; la paz positiva, como la satisfacción de las necesidades básicas; la paz cultural, negativa y positiva, de Johan Galtung; la paz imperfecta de Francisco A. Muñoz, o la paz neutra reseñada por Francisco Jiménez.

³ Francisco Jiménez Bautista, “Hacia un paradigma pacífico: la paz neutra”, *Convergencia. Revista de Ciencias Sociales*, vol. 16, 2009, pp. 141-189.

⁴ Carlos Sarti, “Construcción de paz y resolución de conflictos”, s. d.

⁵ Volker Matthies (ed.), *Vom Krieg zum Frieden. Kriegsbeendigung und Friedenskonsolidierung*, Bremen, Ed. Temmen, 1995, p. 23; Timothy Murithi, *The Ethics of Peacebuilding*, *Edinburgh Studies in World Ethics*, Edinburgh, EUP, 2009, p. 3; Joris Voorhoeve, *From War to the Rule of Law: Peacebuilding after Violent Conflicts*, Amsterdam, Amsterdam University Press, 2007, p. 19.

⁶ La “consolidación de la paz” aparece por primera vez en 1992 en el informe “Un programa de paz”, del Secretario General de la ONU Boutros B. Ghali.

más afectados por el conflicto, como las minorías, los ancianos, los niños, las mujeres, los prisioneros, los desplazados y los refugiados y establecer medidas particulares para su protección e indemnización en procesos judiciales y de reconciliación.⁷

De esta manera, para su éxito, la culminación de los resultados del Acuerdo Final de Paz en Colombia tiene como punto esencial el direccionamiento que su implementación imponga para la necesaria materialización del andamiaje institucional que nace de dicho acuerdo y, en especial, de los instrumentos jurídicos que, en materia de justicia y reparación a las víctimas, se acojan bajo la mira de un modelo de justicia transicional, restaurativa y prospectiva. Esto, en el entendido que el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No repetición (SIVJRNR) que surge del quinto punto del Acuerdo Final de Paz, denominado “Acuerdo sobre las víctimas del conflicto”, impone para el sistema, y para la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) en particular, unos parámetros que conjugan principios como la centralidad de la víctima y la seguridad jurídica de quienes se someten a este modelo de justicia.

Tal modelo de justicia, entonces, busca la edificación de una sociedad factible, el afianzamiento de la democracia, el fortalecimiento del Estado social de derecho, el respeto de las garantías fundamentales, y la posibilidad de acceder a una vida satisfactoria para todos los ciudadanos y las ciudadanas. Esta aspiración, obviamente, implica grandes desafíos y retos que requieren abordar la cuestión de la JEP bajo tres premisas⁸ que la conceptualizan como componente de justicia del SIVJRNR; i) esta jurisdicción es una justicia que, siendo especial, se caracteriza esencialmente por ser transicional, pero además restaurativa y prospectiva; ii) la puesta en marcha de este tipo de justicia, basada en los principios de centralidad de las víctimas y la seguridad jurídica de los comparecientes, entre otros, conlleva la implementación de criterios reales de participación de las víctimas y la efectividad de las condiciones de acceso y mantenimiento de tratamientos especiales a través del principio dialógico; y iii) el reconocimiento de la incidencia que sobre este modelo de justicia tienen los enfoques diferenciales y el análisis particular de los asuntos.

Enfoque transicional, restaurativo y prospectivo

A partir del Acuerdo Final de Paz, y a través de un desarrollo normativo (constitucional y legal), pero también jurisprudencial, se gesta una JEP que de manera preferente, exclusiva y autónoma administra justicia y se encarga de investigar,

⁷ Naciones Unidas, Informe del Secretario General de las Naciones Unidas sobre “El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos”, S/2004/616, 3 de agosto de 2004, par. 25.

⁸ El desarrollo de este planteamiento fue propuesto por la suscrita en el Foro “Salirle al paso”: desafíos para la reparación de mujeres afrocolombianas en el posacuerdo, organizado por la Universidad Central y la organización Comadre, Bogotá, 6 de junio de 2019.

esclarecer, perseguir y sancionar exclusivamente y de manera transitoria las graves violaciones de los derechos humanos y las graves infracciones al derecho internacional humanitario (DIH) de las conductas relacionadas directa e indirectamente con el conflicto armado.⁹

Desarrolla esta atribución debido a que su naturaleza es la de ser un modelo transicional de justicia, esto es, “una justicia adaptada a sociedades que se transforman a sí mismas después de un período de violación generalizada de derechos humanos”,¹⁰ o en los términos de la Corte Constitucional, aquella que aplica “un conjunto amplio de procesos y mecanismos, judiciales y no judiciales, de carácter excepcional y transitorio, que responden a largos periodos de violencia generalizada, en los que se han cometido constantes violaciones de derechos humanos y al derecho internacional humanitario”¹¹ y cuyos propósitos son: “(i) responder a la violencia generalizada y, por ende, asegurar el derecho a la paz; (ii) garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición de los hechos violentos; (iii) fortalecer al Estado de derecho y a la democracia; y (iv) promover la reconciliación social”.¹²

La justicia transicional aborda el concepto de justicia como un proceso que no solo busca la declaración formal del derecho, sino que persigue la existencia de grandes transformaciones político-sociales¹³ y la reconstrucción de un tejido social que fue gravemente destruido por el conflicto, la guerra y la violencia, a partir de cambios que “permitan la transición con un componente público participativo”.¹⁴ Por ello, la JEP, como instrumento jurídico de la construcción de una paz estable y duradera, materializa la configuración e implementación del Acuerdo a través de unos principios referidos a su carácter excepcional y especial, entre los cuales se destacan la satisfacción y el reconocimiento de los derechos de las víctimas, el esclarecimiento de la verdad,¹⁵ la garantía de no

⁹ Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, Colombia, 24 de noviembre del 2016, p. 129.

¹⁰ Centro Internacional para la Justicia Transicional, ¿Qué es la justicia transicional?, ICTJ, 2004, citado por Corte Constitucional, Sentencia C-711 de 2011.

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia C-007 de 2018; véase Sentencia C-379 de 2016.

¹² *Idem*.

¹³ Cita de la Sentencia C-007 de 2008: “La justicia transicional se compone de un grupo de procesos de ‘transformación social política y profunda’, que comprenden diversos mecanismos dirigidos a lograr la reconciliación y la paz, la vigencia de los derechos de las víctimas y el restablecimiento de la confianza en el Estado, al igual que el fortalecimiento de la democracia. Se trata, entonces, de un conjunto de procesos coordinados que tiene como elemento básico la implementación de cambios políticos que ‘permitan la transición con un componente público participativo’” (véanse sentencias C-771 de 2011, M. P. Nilson Pinilla Pinilla; C-694 de 2015, M. P. Alberto Rojas Ríos; y C-379 de 2016, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva).

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ Esclarecer lo sucedido a lo largo del conflicto, incluyendo sus múltiples causas, orígenes y sus efectos, es parte fundamental de la satisfacción de los derechos de las víctimas y de la sociedad en general. La reconstrucción de la confianza depende del esclarecimiento pleno y del reconocimiento de la verdad.

repetición, la convivencia y reconciliación,¹⁶ la seguridad jurídica,¹⁷ la rendición de cuentas, la centralidad, el reconocimiento y la participación efectiva de las víctimas; la efectividad de la justicia restaurativa y prospectiva, la integralidad e inescindibilidad del SIVJRNR, el enfoque diferencial, territorial, étnico y de género y la condicionalidad del tratamiento especial.

Esta justicia especial, además de su carácter eminentemente transicional, está confeccionada, según el Acuerdo Final de Paz, bajo el paradigma orientador de ser una justicia prospectiva, “en cuanto considera que una época influye ineluctablemente sobre las posteriores. Se trata de una justicia prospectiva respetuosa de los valores del presente y a la vez preocupada por acabar con conflictos que no deben ser perpetuados, en aras de la defensa de los derechos de las futuras generaciones”.¹⁸ Un paradigma de esta naturaleza implica que la justicia no se enmarca solamente en ser un factor de control social y resolución de conflictos, sino que la actividad jurisdiccional también cumple funciones instrumentales y simbólicas.¹⁹

En ese sentido, aplicar un análisis prospectivo, según Juan Llambías de Azevedo,²⁰ supone una relación temporal de la exigencia de la justicia como aquella que alcanza a las generaciones actuales y futuras,²¹ y lleva a dirigir los esfuerzos del presente no en un entendimiento premonitorio que anticipe el futuro, sino en el acercamiento del futuro deseable en uno más probable, desde el saber de la eficacia histórica²² y una edificación reflexiva del derecho y la justicia.

¹⁶ Mediante la construcción de confianza en el otro a partir de las transformaciones positivas que en el seno de la sociedad generen los acuerdos de paz, en especial mediante el reconocimiento de las víctimas, el reconocimiento y establecimiento de responsabilidades, y, en general, el reconocimiento por parte de toda la sociedad de la necesidad de aprovechar esta oportunidad para construir un mejor futuro sobre la base de la justicia social, el respeto y la tolerancia.

¹⁷ Mediante el cumplimiento de las condiciones del SIVJRNR, en particular con la JEP, con las garantías del debido proceso.

¹⁸ Acuerdo Final para la Paz, p. 143.

¹⁹ “El conjunto de las orientaciones sociales con las que los diferentes campos de actuación social constituyen para el mantenimiento o destrucción del sistema social en conjunto” (Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, t. I, Bogotá, Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, 2001), vale decir, a través de esta función se fijan valores y orientaciones hacia valores relevantes dentro de los sistemas sociales.

²⁰ Juan Llambías de Azevedo, *Sobre la justicia prospectiva*, Actas del Primer Congreso Nacional de Filosofía, Mendoza (Argentina), marzo-abril de 1949, t. 2.

²¹ “La dirección prospectiva de la justicia puede ampliarse hasta llegar a alcanzar a las generaciones futuras como a uno de los términos de la relación. Y cuando hablo de ‘generación futura’ no aludo a la que, incipiente, se está formando bajo el amparo paternal de la actualmente adulta, sino a las que absolutamente aún no existen. Dicho de otro modo: las exigencias de la justicia pueden referirse a la relación entre aquellos sujetos, uno de los cuales es la generación actual y el otro la o las generaciones futuras. Dicho de otro modo: las exigencias de la justicia pueden referirse a la relación entre aquellos sujetos, uno de los cuales es la generación actual y el otro la o las generaciones futuras” (*idem*).

²² “Una generación puede prever las consecuencias que sus acciones tendrán sobre las futuras y quererlas con conciencia clara de lo que serán o (esto poco importa) de cómo ella cree que lo

Todo esto requiere una perspectiva holística y a largo plazo, pero, sobre todo, demanda la participación de los protagonistas y afectados por la violencia, tal como lo manifiestan Tomás Miklos y Margarita Arroyo, “en un ejercicio de reflexión colectivo, interactuado y comprometido, propuesto en una metodología que usa la ristra “conocer-diseñar-construir”.²³ Lo anterior comporta, a su vez, un proceso en el que se lleve a cabo en una dinámica “iterativa: una reflexión compartida con amplia participación experta para conocer las necesidades y los deseos sociales, una reflexión estratégica para diseñar/interpretar el futuro deseable y posible, y una reflexión colectiva al confrontar la realidad durante la construcción de un futuro aceptado por expertos y aceptable para la sociedad”.²⁴

En línea con Tomás Miklos y Ma. Elena Tello, el enfoque prospectivo invita a no limitarse a los valores pasados y presentes, sino a situarse en una construcción de sociedad desde una tarea de largo alcance, creativa, transformadora e integral que imagine el futuro; en ese escenario, entonces, la prospectividad es ante todo un acto de imaginación, representación y creación en el que, en primer lugar, se toma conciencia y reflexiona y, posteriormente, se articulan las expectativas, los intereses y la capacidad con que cuenta la sociedad para el alcance real de ese deseable porvenir.²⁵

Por otro lado, como lo señala la Corte Constitucional, en un modelo de justicia transicional coexisten varios elementos complementarios de justicia –“retributiva, preventiva, ejemplarizante, distributiva, representacional y restaurativa”–,²⁶ debido a que su finalidad sobrelleva la intención de superar el prototipo de justicia del castigo, para encarrilarse en un concepto más amplio en el que se propugne la reconciliación o, por lo menos, la convivencia pacífica,

... con particular atención al daño causado a la víctima y a la sociedad, y en la que aquella, por lo mismo, tiene que intervenir dentro del proceso y el resultado restaurativo para asegurar la paz social [...]. De esta forma, la justicia transicional, más allá de las diferencias de los enfoques, hace referencia a reparar o compensar el daño infligido tanto a la víctima en particular como a la sociedad en general.²⁷

serán” (*idem*).

²³ En Heydi Patricia Baldosea Perea, “Justicia transicional y prospectiva: ¿es suficiente una justicia transicional con un exclusivo enfoque pro-víctimas para la consolidación de la paz estable y duradera sin consideración a una visión incluyente de ciudadanos y otros grupos sociales?”, en Carlos Arturo Gómez (dir. y coord.), “*Justicia Especial para la Paz*”. Preguntas y respuestas, Bogotá, Defensoría del Pueblo, junio de 2016.

²⁴ *Idem*.

²⁵ En Sarti, *op. cit.*

²⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-577 de 2014.

²⁷ Al respecto, la Corte Constitucional, en C-579 de 2013 ha expresado: “La justicia restaurativa, o por algunos llamada reparadora, contempla numerosas y diversas formas: reparaciones, daños, remedios, indemnizaciones, restituciones, compensaciones, rehabilitaciones o tributos. En este sentido, existe un consenso internacional en que: 1) el Estado está obligado a dar una compensación a las víctimas de graves violaciones de derechos humanos perpetrados por el Estado; 2) si el gobierno que incurrió en las vulneraciones no compensa, el nuevo gobierno está obligado a rea-

A partir de esta noción, el componente de justicia que prevé el SIVJRNR se establece, además de lo dicho, en un modelo de justicia con carácter prioritario en las medidas restaurativas respecto de las retributivas; en efecto, se trata de una justicia restaurativa “ligada a la afirmación de la dignidad de las víctimas, al reconocimiento de su condición, los procesos de curación de los daños causados por las atrocidades y las iniciativas de reconciliación”.²⁸

En estos términos lo dispone el mandato constitucional para esta jurisdicción, pues el Acto Legislativo 01 de 2017 (art. transitorio 1) al crear el SIVJRNR decreta que este

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

En consonancia, en desarrollo de dicho mandato, las disposiciones legales que rigen a este componente consagraron aspectos como la efectividad de la justicia restaurativa como principio de la jurisdicción, la construcción de la verdad realizada en el marco de una construcción dialógica que tiene en cuenta “las prácticas restaurativas de las justicias étnicas” y el referente al componente restaurativo al que deben atender tanto los proyectos de reparación como las sanciones que se den en la jurisdicción (Ley 1922 de 2018, arts. 1, 27 y 66).

La Ley 1957 de 2019 (art. 4), Estatutaria de la administración de justicia en la JEP, por su parte, establece que

... con la finalidad prevalente de facilitar la terminación del conflicto armado interno y el logro de la paz estable y duradera, la garantía de los derechos de las víctimas y la no repetición, la Jurisdicción Especial para la Paz aplicará como paradigma orientador la justicia restaurativa que busca privilegiar la armonía en el fortalecimiento de relaciones de la sociedad, la restauración del daño causado y la garantía de los derechos de las futuras generaciones.

Y agrega que “uno de los principios orientadores de la JEP será la aplicación de una justicia restaurativa que preferentemente busca la restauración del daño causado y la reparación de las víctimas afectadas por el conflicto especialmente para acabar la situación de exclusión social que les haya provocado la victimización” (art. 13).

lizarlas. En todo caso, la reparación también tiene un ingrediente colectivo, pues en los casos de graves y masivas violaciones a los derechos humanos, la sociedad en su conjunto sufre perjuicios (*spill over effects*) frente a los cuales se deben adoptar medidas”.

²⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-017 de 2018.

Las prácticas restaurativas atienden a un proceso creativo, renovador, de concientización, reparativo y deliberativo que incentiva la recomposición de las relaciones destrozadas por el conflicto y sana las heridas causadas con la violencia, pues en el marco de este enfoque de justicia, el crimen o el delito no se toma solo como la transgresión del precepto legal sino como un fenómeno que crea profundas fracturas, dolor y traumas.²⁹ Este carácter restaurativo de la jurisdicción involucra la activa participación de los interesados (víctimas, agresores y la sociedad) en la determinación de la mejor manera de resolver la cuestión del conflicto, asumir responsabilidades, restituir los valores, reparar el daño y lograr la reconciliación en un esquema multidisciplinario, interdisciplinario y multidimensional.³⁰

De esta forma, unido el componente restaurativo con una lógica transicional, la visión de esta justicia especial también tiene un significado de “cierre” de los efectos destructivos de la guerra y la violencia, con miras a manejar sus implicaciones en el mañana, creando un mejor futuro –enfoque prospectivo– en su dimensión individual y colectiva.

Así ha sido reconocido por la Sección de Apelación, órgano de cierre de la Jurisdicción, cuando advierte:

... la justicia restaurativa es, según esto, en principio aquella que promueve la participación voluntaria, efectiva y suficiente, en primer lugar, de las víctimas y, en segundo lugar, de los presuntos o declarados agresores, con la facilitación proporcionada por la JEP y la intervención circunstancial de otras autoridades o personas que fomenten un desenlace restaurador, entre las cuales pueden encontrarse profesionales que brinden asistencia psicosocial, espiritual o jurídica a los intervinientes en el diálogo, o miembros de la comunidad.³¹

Esta aspiración, entonces, requiere un espacio propicio para que, con la implicación activa de los interesados, se consolide la tarea de reducir la violencia, o en términos de Johan Galtung, de trascender el conflicto;³² en cuanto a esto último, se trata de redefinir el escenario judicial en un laboratorio que lleve, además de su esencia jurídica, a la transformación de las conflictividades en experiencias pedagógicas, alentadoras y de empoderamiento, pues la asunción de tal enfoque “presupone esperanza y la esperanza está localizada en

²⁹ Centro Internacional para la Justicia Transicional, Foro “La Justicia restaurativa en la justicia transicional”, 11 de junio de 2019, expertos John Braithwaite (Universidad Nacional de Australia), Adolfo Ceretti (Universidad de Bicocca, Milán), Roberto Cornelli (Universidad de Bicocca, Milán) y Anna Myriam Roccatello (ICTJ, Nueva York).

³⁰ Karla Villarreal Sotelo, “La víctima, el victimario y la justicia restaurativa”, *Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza*, vol. VII, núm. 1, 2013.

³¹ JEP - Sección de Apelación, Sentencia Interpretativa 01 de 3 de abril de 2019.

³² En Percy Calderón Concha, “Teoría de conflictos de Johan Galtung”, *Revista de Paz y Conflictos*, vol. 2, 2009, pp. 60-81.

visiones de lo positivo, en un futuro constructivo, no en replicar un pasado traumático”.³³

Esta reformulación del espacio judicial requiere, como lo advierte la citada Sección de Apelación, un método basado en la comunicación humana o el diálogo pues

... el ser humano es un ser bio-socio-cultural capaz de crear lenguajes y símbolos mediante los cuales teje un conjunto de estructuras de interacción, que le permite expresar su pensar, sentir y actuar con el mundo natural, consigo mismo y con otros seres humanos. Es a partir del lenguaje como se construyen las relaciones interpersonales, intrapersonales, colectivas, organizacionales, educativas y virtuales en un mundo donde es necesario construir la paz.³⁴

Por esta razón, la JEP, al entender la relevancia del diálogo y la deliberación que en el trabajo por la paz prepara para la coexistencia social, reivindica la concepción dialógica en sus procedimientos, al punto que lo ha elevado a disposición legal como principio y como habilitante para la adopción de medidas que promuevan la construcción colectiva de la verdad (Ley 1922 de 2018, art. 27).

Al respecto, el órgano de cierre de esta jurisdicción señaló que el principio dialógico

... contenido en la Ley 1922 de 2018, referente a todas las actuaciones y procedimientos surtidos en la JEP es, en esencia, un llamado a la construcción colectiva con miras al logro de un propósito común [...]. De la inauguración o reactivación de procesos comunicativos entre víctimas y presuntos responsables, bajo el arbitrio del juez transicional, pueden surgir mejores programas para el esclarecimiento de la verdad, la impartición de justicia, la reparación y el ofrecimiento de garantías de no repetición.³⁵

Pero ese escenario, en tanto es una justicia restaurativa que además consagra la centralidad de las víctimas, debe tener como propio el principio de províctima, el cual exige que “[l]as normas competenciales, sustanciales y procesales que rigen a la Jurisdicción, se aplican de acuerdo con la interpretación que mejor potencie la dignificación de las víctimas”.³⁶

Esto porque el sentido restaurativo de este modelo de justicia transicional no identifica a las víctimas como sujetos menguados, sino como curadores de su destino, exponentes de la resistencia, la dignidad y la resiliencia, y forjadores de la transformación, quienes están en capacidad de hablar con su propia voz en el diálogo que lleve a la recomposición de la sociedad fragmentada, en un “escenario de encuentro u oportunidades de interacción comunicativa”.³⁷ Tal dinámica implica un entorno en el que es necesario reivindicar la participación

³³ *Idem.*

³⁴ Jiménez, *op. cit.*

³⁵ JEP - Sección de Apelación, Auto TP-SA 019 de 2018.

³⁶ JEP - Sección de Apelación, Sentencia Interpretativa, cit.

³⁷ *Idem.*

efectiva de las víctimas, pero no solo en un sentido de intervención judicial sino, y ante todo, en el marco de su reconocimiento como un sujeto de derechos y con dignidad para, entre otros asuntos, “reconfigurar el imaginario social y estructurar el discurso en pro de la resistencia a la injusticia”.³⁸

Al mismo tiempo, dicho espacio requiere “la necesaria consideración del responsable del daño para reincorporarlo en el pacto social”,³⁹ aquel que se somete a los designios de la justicia en busca de tratamientos especiales más benignos para que dentro de una experiencia transformadora comprenda el sentido de responsabilidad más allá de la atribución jurídico-penal, y se apropie de ello como el cumplimiento cabal de los compromisos de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición que repercute directamente en su seguridad jurídica y, a la vez, lo hace corresponsable, con una vocación genuina de contribución con la paz, de la construcción futura de una mejor sociedad.

Las condicionalidades en los tratamientos especiales de la Jurisdicción Especial para la Paz

La edificación de esa confianza es un insumo fundamental en esta clase de escenarios de transición, en tanto les otorga mayor credibilidad a los cambios sociales que se gestan a partir, especialmente, del reconocimiento de las víctimas, el esclarecimiento de responsabilidades y “en general el reconocimiento por parte de toda la sociedad de la necesidad de aprovechar esta oportunidad para construir un mejor futuro sobre la base de la justicia social, el respeto y la tolerancia”.⁴⁰

La creación de confianza y credibilidad mutua es consustancial al Acuerdo Final y a la reconciliación como presupuesto de construcción de una paz estable y duradera en tanto que, junto con la seguridad jurídica, la equidad y la reconciliación, hace parte de la concreción de las garantías de no repetición. De forma precisa, en el Acuerdo, tal principio hace parte del desarrollo mismo del objetivo de “convivencia y reconciliación” que converge en las diversas medidas y mecanismos previstos para el SIVJRNR como quiera que mediante la construcción de la confianza en el otro se fomentan transformaciones positivas en la sociedad que generan consensos a partir, fundamentalmente, del reconocimiento de las víctimas y el esclarecimiento de responsabilidades.

En ese sentido, la JEP debe ser el puente que una y garantice, de una parte, los deberes y obligaciones de los comparecientes, incentivando los compromisos de verdad, reparación, justicia restaurativa y reconciliación, y, de otra, la confianza, tranquilidad y seguridad de las víctimas y de la sociedad en general,

³⁸ *Idem.*

³⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-577 de 2014.

⁴⁰ Acuerdo Final de Paz, punto 5.1. Objetivos.

no solo frente al cumplimiento de dichas obligaciones sino en la construcción de una sociedad que transita hacia la paz.

La finalidad del tratamiento especial que aparece la puesta en marcha de este componente de justicia radica en construir confianza,⁴¹ para facilitar la terminación del conflicto armado interno y contribuir a la paz estable y duradera,⁴² cuyo otorgamiento se hace para lograr, al mismo tiempo, la terminación definitiva del conflicto armado y la máxima satisfacción posible de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición pues, como lo señala la Corte Constitucional,

Estos beneficios deben ser de tal naturaleza que propicien una situación de estabilidad, lo que exige confianza mutua y estabilidad jurídica; un estado de cosas en el que se deje por fin de lado la confrontación armada y no en el que surjan nuevas heridas, nuevas causas de un conflicto ulterior; todo lo anterior, sin que el escenario se convierta en fuente de restricciones absolutas, irrazonables o desproporcionadas a los derechos de las víctimas.⁴³

Pero esta confianza se vería resquebrajada, y la medida de justicia que nació como instrumento de transición hacia un nuevo paradigma de sociedad quedaría convertida en todo lo contrario a lo que se pretendió cuando se fijaron las condiciones estructurales necesarias para una reconciliación nacional, si no se imponen y verifican una serie de obligaciones que en caso de incumplirse acarrearían situaciones adversas. Precisamente se incluyó dentro del proceso transicional de esta Jurisdicción un “régimen de condicionalidades”, el cual permea todo el SIVJRNR y la estructura de la JEP, pues acompaña cada instituto procesal y cada beneficio otorgado, como quiera que es exigencia tanto para el acceso como para el mantenimiento de los derechos, garantías, libertades, tratamientos y renunciaciones del Sistema.

El Acto Legislativo 01 de 2017 determina que el SIVJRNR parte del reconocimiento de las víctimas como ciudadanos de derechos, del deber de verdad plena sobre lo ocurrido, del principio de reconocimiento de responsabilidad por parte de todos los que participaron de manera directa o indirecta en el conflicto, y del principio de satisfacción de los derechos de las víctimas a la verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición. Y agrega dicho instrumento normativo que para acceder por parte de los comparecientes al tratamiento especial, simétrico, simultáneo, equilibrado y equitativo previsto en la ley, es necesario aportar la verdad plena, reparar a las víctimas y garantizar la no repetición, lo

⁴¹ Congreso de Colombia, Acto Legislativo 01 de 4 de abril 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”, (art. trans. 21; Ley 1820 de 2016, arts. 46, 51 y 26).

⁴² *Ibid.*, artículo 1° y artículo transitorio 21.

⁴³ Corte Constitucional, Sentencia C-007 de 2018.

cual es reiterado por la Ley 1820 de 2016 (art. 14) y la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia en la JEP, (art. 20).

Como ha sido enunciado en las decisiones de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas (SDSJ),⁴⁴ la palabra condicionalidad, referida al término condición, significa “acontecimiento futuro e incierto del que por determinación legal o convencional depende la eficacia inicial o la resolución posterior de ciertos actos jurídicos”.⁴⁵ Por su parte ‘régimen’ es el “término mediante el cual se nombra al conjunto de normas que rigen una actividad o una cosa”.⁴⁶ Conforme a esta definición, una situación jurídica solo producirá efectos, o se resolverá, una vez verificado o constatado ese acontecimiento futuro e incierto, de tal forma que no existirán derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas, sino meras expectativas, en tanto y en cuanto no se satisfagan cabalmente los compromisos asumidos. Es decir, el régimen de condicionalidad es el compendio de requisitos que se deben cumplir por parte del compareciente ante la JEP, con miras a acceder o conservar unos beneficios propios del Sistema.

Dicho régimen tiene su antecedente jurisprudencial más inmediato en la Sentencia C-370 de 2006 de la Corte Constitucional, a propósito del pronunciamiento de constitucionalidad que recayó sobre la Ley 975 de 2005 o Ley de Justicia y Paz, en la medida en que allí se dio alcance a una serie de condicionalidades que se establecieron para acceder a los beneficios previstos en la norma, a partir del mismo instante en que se elegía al postulado como beneficiario de ese procedimiento especial. En ese sistema de justicia de transición, la condicionalidad se denomina “elegibilidad”, y en términos de la Corte Suprema de Justicia, ha sido entendida como

... la cualidad de una eventual posibilidad para ser seleccionado como beneficiario de las ventajas punitivas, o mejor dicho, de la renuncia parcial del Estado y las víctimas a la justicia plena, es una condición relacionada, tanto con la actitud, como con el tiempo. Esto es, que la condición de elegibilidad está vinculada con dejar de hacer lo que se había venido realizando. De suerte, que, para poder ejercer la opción de ser favorecido con la pena alternativa, para poder ser beneficiario de la indulgencia punitiva de la justicia transicional, se debe, no sólo expresar, sino materializar la decisión de dejar atrás el accionar violento, lo que concreta el legislador con los requisitos de elegibilidad, se insiste, referidos a lo que los desmovilizados se comprometieron a dejar de hacer.⁴⁷

Para el SIVJRN, tanto el Acuerdo Final de Paz, el Acto Legislativo 01 de 2017, la Ley 1820 de 2016, la Ley 1967 de 2019, así como las Sentencias C-674 de 2017 y C-007 de 2018, invariablemente refieren que ese régimen de condicionalidades se rige por los siguientes compromisos: i) dejar las armas; ii) contribuir

⁴⁴ JEP - SDSJ, resoluciones 000833 de 16 de julio de 2018 y 001051 de 20 de marzo de 2019.

⁴⁵ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 23 ed., 2014.

⁴⁶ *Idem*.

⁴⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso 34423.

activamente a garantizar el éxito del proceso de reincorporación a la vida civil de forma integral; iii) aportar verdad plena en los términos del artículo transitorio 5 del artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2017; iv) garantizar la no repetición y abstenerse de cometer nuevos delitos, o delitos de ejecución permanente, después del primero de diciembre de 2016, en particular, conductas asociadas con cualquier eslabón de la cadena de producción de los cultivos de uso ilícito y sus derivados; v) contribuir a la reparación de las víctimas y, en particular, a decir la verdad en relación con los procedimientos y protocolos para inventariar todo tipo de bienes y activos; y vi) entregar a los menores de edad y, en particular, cumplir las obligaciones específicas establecidas en el numeral 3.2.2.5 del Acuerdo Final.

Dado lo anterior, la Sección de Apelación de la JEP, en sus autos 19, 20 y 21 de 2018, advirtió cómo el fundamento de la justicia transicional está “anclado” a dicho régimen “hasta el punto de que solo si se verifica un aporte global, eficaz y suficiente de este Sistema a la materialización de los derechos de las víctimas, a la consolidación de la paz y a la reconciliación colectiva, se justifican los tratamientos especiales que ella contempla para los victimarios o los procesados por delitos”.⁴⁸ Además, agrega que las instituciones de la jurisdicción deben ser interpretadas desde una visión instrumental a los principios que la justifican (efectividad y eficacia), lo cual cobija al régimen de condicionalidad de manera especial, también porque dicho catálogo de compromisos se construye de manera progresiva, gradual y creciente en un sistema de justicia con visión restaurativa, retributiva, prospectiva y transicional.

Tales compromisos, además, deben involucrar la voluntad de los comparecientes desde el primer día de su sometimiento a la JEP hasta aun con posterioridad al momento en que su situación jurídica le sea resuelta de manera definitiva, pues solo así podrá hablarse de que las víctimas cuentan con un recurso efectivo para su satisfacción de verdad, justicia y reparación. En esta visión también aplica el entendimiento sobre la trascendencia de la condición en los mecanismos de transición ya que, como lo señala la Corte Suprema de Justicia,

... la materia prima con la cual se construyó la esperanza de un mejor país que subyace en la filigrana de la Ley de Justicia y Paz, es la voluntad de sus intervinientes, de tal forma que decidan escoger el camino de la paz en vez del sendero de la guerra; la voluntad, esa facultad intelectual en la que se concentra tanto la fuerza del querer como una motivación, esa tan importante para el devenir social que se identifica con la realización de la paz y la convivencia, presupuestos del orden, la seguridad, el progreso y la justicia. Pero esa voluntad debe tener elementos concretos de evaluación ya que no se puede quedar en vacías declaraciones de meras intenciones, sino

⁴⁸ JEP - Sección de Apelación, Auto 019 de 2018.

que requiere manifestaciones externas, expresiones concretas, tangibles y por tanto evaluables de su sinceridad.⁴⁹

Al mismo tiempo, la vigencia de estas obligaciones y compromisos toma preeminencia cuando deben corresponder al reconocimiento del sufrimiento de las víctimas y a la importancia de su activa y equitativa participación en el componente de justicia del SIVJRNR, en razón de los principios de centralidad de las víctimas, províctima, proverdad, projusticia y propaz. Ante esta circunstancia, y de cara al modelo de justicia del que se viene hablando, la intervención de estas en el moldeamiento y mejoramiento del régimen de condicionalidad es esencial, imprescindible y fundamental pues que “las víctimas sean protagonistas en el Sistema significa que deben ser ellas las principales beneficiarias, pero también, que son ellas quienes, a partir de su experiencia, conocimiento y persistencia, pueden orientar a esta jurisdicción sobre la manera como ha de ser recompuesto lo que el conflicto destruyó”.⁵⁰

Por último, dicho régimen compele a la intervención del juez transicional para verificar la coherencia respecto de los compromisos adquiridos por el compareciente, y, en especial, al cumplimiento progresivo de la obligación de aportar verdad plena,⁵¹ reparación a las víctimas y de garantizar la no repetición,⁵² así como la satisfacción y efectividad de los derechos de ellas. Para ello, radica en la JEP y en la Sala de su competencia, verificar, hacer seguimiento y sancionar el incumplimiento de las obligaciones y condiciones previstas para el acceso y permanencia de los tratamientos especiales, beneficios, renunciaciones, derechos y garantías del SIVRNR.

Implementación del régimen de condicionalidad desde la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas

El Acto Legislativo 01 de 2017 señala que la JEP, como componente judicial del SIVJRNR, conocerá de forma exclusiva y preferente de las conductas cometidas con anterioridad al 1º de diciembre de 2016, por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, por quienes participaron en el mismo, especialmente respecto a conductas consideradas graves infracciones al DIH o graves violaciones de los derechos humanos.⁵³

Por su parte, la Ley 1820 de 2016 tiene por objeto, además de regular las amnistías e indultos por los delitos políticos y conexos, reglamentar lo concerniente al tratamiento penal especial, simétrico, diferenciado, equitativo, equilibrado

⁴⁹ *Idem.*

⁵⁰ *Idem.*

⁵¹ Acto Legislativo 01 de 2017, artículo transitorio 5º.

⁵² Corte Constitucional, sentencias C-007 de 2018 y C-674 de 2017.

⁵³ Acto Legislativo 01 de 2017, artículo 5.

y simultáneo para agentes del Estado –miembros o no de la fuerza pública– y terceros que hayan sido condenados, procesados o señalados de cometer conductas punibles, por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado.⁵⁴

De manera particular, de acuerdo con lo establecido por los artículos 28, 44 y siguientes de la Ley 1820 de 2016, a la SDSJ le corresponde determinar la situación jurídica y el tratamiento especial diferenciado para agentes del Estado.⁵⁵ Adicionalmente, conocerá de las solicitudes que, respecto del régimen de libertad condicionada, transitoria y anticipada, privación de la libertad en unidad militar, suspensión o revocatoria de la medida de aseguramiento y la suspensión de la ejecución de las órdenes de captura, se realicen mientras subsista la privación efectiva de la libertad motivada en medida de aseguramiento de detención preventiva o condena impuestas por delitos ejecutados antes de la entrada en vigencia del Acuerdo Final de Paz.⁵⁶

Estos beneficios anticipados relacionados con el ingreso y el mantenimiento posterior a la concesión de libertad que son propios de este componente de justicia del SIVJRNR, como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional reiteradamente, deben entenderse como mecanismos instrumentales y operativos a los fines mismos del Sistema Integral y en el marco de una justicia transicional que propende a “la reconstrucción de los hechos y la recuperación de memoria histórica para develar la verdad y, a partir de ello, juzgar a los responsables de violaciones a los derechos humanos”.⁵⁷ Por lo anterior, el estudio de su procedencia y mantenimiento “dependen en todo momento de la contribución efectiva a la verdad, cuestión que persigue fines constitucionales legítimos, propios de un sistema de justicia transicional donde la finalidad principal reside en asegurar los derechos de las víctimas”.⁵⁸

El inciso 8 del artículo transitorio 5 del Acto Legislativo 01 de 2017 menciona que aportar verdad plena, reparar a las víctimas y garantizar la no repetición es necesario para el acceso al tratamiento especial previsto en el componente de Justicia del SIVJRNR; en razón de ello, en el desarrollo de su competencia respecto al sometimiento, la concesión, la verificación y el mantenimiento de los beneficios anticipados y la definición de situaciones jurídicas, la Sala ha implementado el régimen de condicionalidad con fundamento en las consideraciones que ha tenido la Corte Constitucional y la Sección de Apelación del Tribunal para la Paz, a través del requerimiento de diversos programas que

⁵⁴ Ley 1820 de 2016, artículo 2.

⁵⁵ *Ibid.*, artículo 44.

⁵⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto interlocutorio de 24 de julio de 2017, proferido dentro del Radicado 43546.

⁵⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-070 de 2018.

⁵⁸ *Idem.*

contengan propuestas claras, concretas y enfocadas en un procedimiento dialógico como parte del reconocimiento de la JEP a la participación de las víctimas, abordando, en algunos casos, los enfoques diferenciales.

Por consiguiente, respecto de los diferentes sujetos sometidos a la JEP y de los cuales es competencia de esta Sala conocer sus solicitudes, esta ha resuelto lo relacionado con el compromiso por parte del compareciente de contribuir a la satisfacción de los derechos de las víctimas como una condición de acceso y referente del deber de cumplir con las obligaciones contraídas con el SIVJRNR. Vale decir, la SDSJ señaló el hecho de que la condicionalidad constituye también un requisito *sine qua non* para el tratamiento judicial transicional, cuyo incumplimiento intencional de cualquiera de las condiciones tendrá consecuencias desfavorables.⁵⁹

Así, en las decisiones iniciales de la SDSJ,⁶⁰ la construcción y difusión del régimen de condicionalidad se basó en el entendimiento de la nueva dinámica que implicaba la puesta en marcha del modelo de justicia restaurativa, y su repercusión en el otorgamiento de beneficios anticipados de raigambre, como la libertad en casos de graves violaciones de los derechos humanos y graves infracciones al DIH, cometidas en medio de la crudeza, barbarie y crueldad del conflicto armado colombiano. En estos casos, el fundamento de las providencias estuvo en el principio de confianza mutua en los términos ya referidos en este artículo y su alcance respecto del relacionamiento entre el compareciente y las víctimas, y entre estos dos y la JEP:

Para una sociedad que transita a una democracia basada en los derechos humanos y la responsabilidad individual y colectiva, la concesión de beneficios de la naturaleza de la libertad condicionada, transitoria y anticipada para casos de graves violaciones contra los Derechos Humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario implica la necesidad de edificar una confianza entre los comparecientes, las víctimas y la sociedad en general que, mediada por la intervención de la Jurisdicción Especial para la Paz, incentiven los compromisos con la verdad, la reparación, la justicia restaurativa y la reconciliación.

[...]

Así, el estricto régimen de condicionalidad previsto en el desarrollo normativo del Acuerdo Final, atendiendo, entre otros, los principios de proporcionalidad y gradualidad, imprime rigurosidad a tal confianza pues quien desconozca los deberes y obligaciones impuestas se expone a las sanciones ordinarias del sistema e incluso en casos de reincidencia penal, a la exclusión del mismo.⁶¹

Por otro lado, la imposición del régimen de condicionalidad se constituyó en la perfecta oportunidad para recordar a los comparecientes que el acogimiento

⁵⁹ Ley 2022 de 2018, artículos 67 y 68.

⁶⁰ Véase, por ejemplo, SDSJ, Resolución 1051 del 13 de agosto de 2018.

⁶¹ JEP - SDSJ, Resolución 0063 de 2018.

derivado de la suscripción del acta formal de sometimiento y, con mayor razón, la concesión de beneficios anticipados conllevan la materialización de los compromisos y la apropiación de tales obligaciones por su parte:

Ahora, la naturaleza de dicha acta está referida, además de la afirmación de estar a disposición de la jurisdicción, también al hecho de que tal sometimiento se efectúa en consonancia con los términos que implica el posible acceso a un Sistema Integral creado a partir de principios como la centralidad de las víctimas, la rendición de cuentas, la garantía de no repetición, el esclarecimiento de la verdad y la seguridad jurídica, entre otros. Por tal razón, este sometimiento conlleva la aceptación de las obligaciones que el suscriptor adquiere al momento de firmarla y que, claramente, deben estar en armonía con la naturaleza y ritualidad tanto del acto como del momento, que sin duda marca un hito procesal dentro del trámite ante esta Jurisdicción: la obligación de aportar verdad plena,⁶² la reparación a las víctimas, la garantía de no repetición,⁶³ el atender los requerimientos de los órganos del Sistema Integral.⁶⁴⁻⁶⁵ Debe recordársele al compareciente que, como consecuencia de sometimiento voluntario a esta Jurisdicción, los compromisos que asume respecto a la efectiva contribución a la verdad, la garantía de no repetición y la reparación de las víctimas, lejos de ser un concepto vacío o meras manifestaciones de acatamiento en la búsqueda de los beneficios del Sistema Integral, deben materializar la confianza que tanto la sociedad como las víctimas han otorgado a través de prácticas que eleven la posibilidad cierta de construir sociedad y a hacer posible la paz por medio del ejercicio de la libertad, que valga decirse no es ilimitada sino condicionada al cumplimiento y satisfacción de los derechos de las víctimas.⁶⁶

La construcción de un régimen inherente a la razón de ser de la JEP fue avanzando en la medida en que la SDSJ abordó tanto las solicitudes de acogimiento como las de concesión de beneficios referidos a la libertad transitoria, condicionada y anticipada, la privación de la libertad en unidad militar, la suspensión de la orden de captura y la sustitución o revocatoria de la medida de aseguramiento, y con ello la garantía para la participación de las víctimas, fundamentalmente cuando el escenario judicial en la Sala tuvo su apertura a la dinámica e interacción de las audiencias públicas; de esta forma, la experiencia de las audiencias de sometimiento⁶⁷ e imposición del régimen de condicionalidad en

⁶² Acto Legislativo 01 de 2017, artículo transitorio 5 del artículo 1.

⁶³ Corte Constitucional, sentencias C-007 de 2018 y C-674 de 2017.

⁶⁴ Corte Constitucional, Comunicado 08 de marzo de 2018, en virtud del cual informa lo decidido en el control automático y definitivo de la Ley 1820 de 2016, en lo que refiere al régimen de condicionalidades del SIVJRN; Acto Legislativo 01 de 2017, artículo transitorio 1º, inciso 5; y Ley 1820 de 2016, artículo 14; Sentencias de constitucionalidad C-674 de 2017, C-007 y C-025 de 2018; Comunicado 13 de 11 de abril de 2018, en donde se hacen precisiones frente a los beneficios consagrados en el Decreto Ley 277 de 2017.

⁶⁵ JEP - SDSJ, 177 de 2018.

⁶⁶ JEP - SDSJ, Resolución 547 de 20 de junio de 2018.

⁶⁷ Radicados 20171510093902 y 20171510093902, compareciente Juan Carlos Barrera Jurado; 20181510115442, compareciente William Hernán Peña Forero; 20181510115442, compareciente Henry Torres Escalante; 2018334160400004E, compareciente Mario Montoya Uribe.

los procesos que la Sala denominó como el Gaula Casanare,⁶⁸ ejecuciones extrajudiciales en el municipio de Soacha,⁶⁹ Protesta Social de Pinchote (Santander)⁷⁰ y Mondoñedo⁷¹ dieron cuenta de la importancia de materializar el principio dialógico en materia de verdad plena y la restauración del daño causado.

Un acento característico se introdujo con los pronunciamientos de la Sección de Apelación en los autos TP-SA 019, 020 y 021 de 2019, en cuanto al análisis que en dichos fallos se dio a la categoría del tratamiento especial de los comparecientes voluntarios a la JEP, es decir, a los agentes del Estado no miembros de la fuerza pública y los terceros civiles no combatientes, en razón de que su ingreso a la Jurisdicción es el primer beneficio del que pueden favorecerse, siempre y cuando cumplan con las previsiones exigibles en el régimen de condicionalidad, vale decir, los compromisos se deberán observar en términos de verdad plena, reparación a las víctimas y no repetición, a través de condiciones *proactivas, detalladas y previas*, las cuales se concretan en un proyecto definido, claro y planificado, pues “la condición de acceso no puede consistir en un convenio genérico, oscuro e impreciso de dignificación de las víctimas que facilite su defraudación. Quienes se acogen a la JEP deben, por ello, expresar un compromiso concreto, programado y claro para ajustarse a los principios constitutivos de este Sistema”.⁷²

En palabras de la Sección de Apelación, el programa es *concreto* respecto a que pretende prestar una contribución positiva a la satisfacción de los principios del sistema;⁷³ *programado* pues “debe presentar un programa aceptable de participación en la justicia transicional, que ha de contener una mínima relación de las condiciones de tiempo (cuándo), modo (cómo o con qué medios de prueba o mecanismos de revelación de la verdad) y, en ocasiones, también de lugar (dónde), en las cuales hará las contribuciones materiales efectivas a los principios de verdad, justicia, reparación y no repetición”. Y *claro*, como quiera que “la realización efectiva de los derechos de las víctimas exige arreglos que,

⁶⁸ Radicado 20-000054-2018, comparecientes Gustavo Montaña Montaña y otros.

⁶⁹ Radicado 54-498-60-011-35-2008-80015 conexo con el 11-001-60-00-099-2008-00028.

⁷⁰ Radicado 50-000001-2018, comparecientes Jesús Duarte Suárez, Jesús Francisco Duarte Romero, Juan Bautista Alonso Ramírez, José María León Benítez, Édinson Enciso Prada, Abel Luna y Manuel Durán Reyes.

⁷¹ Radicado 2017120080102047E, 2018150160100215E (acumulado), comparecientes Héctor Edison Castro Corredor, Carlos Alberto Niño Flórez, Néstor Gabriel Barrera Ortiz, Pablo Salazar Piñeros, Hernando Villalba Tovar, Milton Marino Mora Polanco, Carlos Ferlein Alfonso Pineda y Filemón Fabara Zúñiga.

⁷² Auto 019 de 2018, cit.

⁷³ “Por ende, identificar sobre cuáles hechos aportará relatos veraces, qué parte de la realidad del conflicto coadyuvará a esclarecer, en qué clase de programas de reparación puede participar para resarcir a las víctimas, qué tipo de colaboración puede extender a los demás organismos del SIVJRN, cuáles son sus aportes efectivos a la no repetición, entre otros puntos, todo lo cual debe evaluarse a la luz del deber del compareciente, que opta por el canal de reconocimiento de los hechos, de aportar verdad plena”.

además de ser concretos y programados, sean transparentes para permitirle a la JEP gestionar su cumplimiento”.⁷⁴

La fórmula de un proyecto en estos términos, esto es, que dé cuenta del compromiso concreto, claro y programado, fue incorporada en las exigencias que la SDSJ realiza a los comparecientes voluntarios como criterio de valoración en la aceptación o no de su sometimiento ante la JEP. Se trata de una fórmula que, a la vez, responde al razonamiento de un sometimiento integral, es decir que comprende todas las conductas en que hubiera participado por causa, con ocasión o relación directa e indirecta del conflicto armado, que conozca o haya conocido la Fiscalía General de la Nación y los jueces penales. Además de irreversible, lo que implica que, luego del sometimiento, el compareciente no puede retirarse de la jurisdicción transicional, y los compromisos deben ejecutarse en forma irrestricta ante todos los órganos de la JEP, so pena de perder los beneficios, entre los que se encuentra el ingreso a esta Jurisdicción.⁷⁵

En ese sentido, a quien comparece ante la JEP, en cumplimiento del régimen de condicionalidad, le es dado, entre otros aspectos, identificar los hechos sobre los cuales aportará relatos veraces; en cuanto a la reparación inmaterial deberá expresar en qué clase de programas de reparación puede participar para resarcir a la víctimas, qué tipo de colaboración puede extender a los demás órganos del SIVJRNR, como la Comisión de la Verdad o la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto (UBPD), y señalar cuáles serán sus aportes efectivos a la no repetición.

La Sala comprende claramente que el programa será agotado de manera gradual y progresiva, por lo que no es posible exigir a los comparecientes plenitud y cabalidad en la formulación de los compromisos, máxime cuando se trata de estadios procesales de construcción incipiente y sin la completa intervención de las víctimas; en todo caso, lo fundamental es que el compareciente debe comprender, apropiarse e interiorizar la condición restaurativa de esta forma de justicia, al punto que en atención a ello ajuste su actuar a la dinámica procesal transicional, en la cual se encuentra inmerso:

En todo caso, se debe poner de presente que la propuesta concreta, clara y programada en este estado procesal se constituye en una suerte de hoja de ruta sobre lo que será el proceso de una persona en la Jurisdicción, cuyo incumplimiento puede activar una condición resolutoria, lo cual quiere decir que incluso en casos extremos podría llevar a la pérdida del beneficio primigenio para el compareciente, que es el sometimiento a esta Jurisdicción.

Por ello, en el ajuste propio de tal programa se advierte al compareciente que tal debe ser coherente con una concepción de justicia restaurativa como la se involucra

⁷⁴ JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 19 de 21 de agosto de 2018.

⁷⁵ Quiere decir que las manifestaciones que realice en la JEP deben referirse a todas las conductas que le conciernen.

en este sistema de justicia transicional, pues como lo señala la Sección de Apelación de esta jurisdicción, la justicia retributiva en el sistema es complementada por la restaurativa, la cual se sustenta en la premisa que el “resurgimiento de las condiciones originales tiene el potencial para acabar con el ciclo de vulneraciones que inició con la victimización y, así, poder finalmente dignificar a la persona”;⁷⁶ en ese sentido, dicho proyecto debe incorporar “distintas medidas determinadas no solo por la justicia distributiva sino también por la justicia restaurativa, en cuanto se trata de la dignificación y restauración plena del goce efectivo de los derechos fundamentales de las víctimas.”⁷⁷

De modo que, “a los beneficiarios de los instrumentos de justicia transicional que comportan una flexibilización de la reacción penal, les es exigible un auténtico deber de contribuir de manera genuina y real a la satisfacción, en la mayor medida posible, de los derechos de las víctimas, en procura de alcanzar una verdadera justicia restaurativa, compatible con el espectro de verdad y de reparación que demanda un escenario de justicia transicional”.⁷⁸

Medidas de satisfacción que han de incluir pautas eficaces que consigan la no continuación de las vulneraciones, como “b) La verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad; c) La búsqueda de las personas desaparecidas, de las identidades de los niños secuestrados y de los cadáveres de las personas asesinadas, y la ayuda para recuperarlos, identificarlos y volver a inhumarlos según el deseo explícito o presunto de la víctima o las prácticas culturales de su familia y comunidad [...] e) Una disculpa pública que incluya el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades.”^{79,80}

La presentación de dichas obligaciones, aún en etapa preliminar, debe atender en todo caso a la formulación prevista por la Sección, pues la SDSJ ha interpretado que el abordaje de estos temas de manera oportuna por el compareciente contribuye también a su comprensión acerca del nuevo modelo de justicia al que se encuentra acogido, el cual rompe con la lógica del sistema de justicia ordinario donde fue procesado o incluso condenado, y le otorga tratamientos diferenciales a los cuales podrá acceder y mantener en razón a su propia actividad en la JEP; de esta forma, la seguridad jurídica que le es aplicable como un principio al compareciente, no solo está dada por la actuación de una jurisdicción independiente e imparcial, sino que igualmente en este componente de justicia su vigencia se deriva del cumplimiento de las expectativas, los compromisos y las obligaciones que un sistema integral pone sobre sus hombros:

⁷⁶ [28] Auto 019 de 2018, cit.

⁷⁷ [29] Corte Constitucional, Sentencia C-579 de 2013.

⁷⁸ [30] Corte Constitucional, Sentencia C-007 de 2018.

⁷⁹ [31] ONU, Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 60/147 de 2005, “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”.

⁸⁰ JEP - SDSJ, Resolución 2526 de 31 de mayo de 2019.

La Jurisdicción Especial para la Paz como el estamento instituido constitucionalmente para ser el componente judicial del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR), prevé dentro de su orden jurídico diferentes y diversos tratamientos especiales que conllevan en sí mismos sendos beneficios para sus destinatarios, tanto en su ingreso, permanencia o salida.

Cada uno de estos momentos está supeditado a que el compareciente ante la Jurisdicción cumpla con un catálogo de condiciones que busca garantizarles a las víctimas verdad plena, reparación efectiva y no repetición en tanto son estas el componente central de los procesos transicionales productos de una negociación. La ecuación en perspectiva de esta justicia es así: se establecen tratamientos y beneficios especiales para quienes hayan participado en el conflicto armado interno en la medida en que su hecho tenga conexión directa o indirecta con el mismo y dentro de una temporalidad limitada y definida, y como contrapartida esos beneficiarios deberán inexorablemente cumplir con un régimen de condicionalidad sustrato de la garantía de los derechos de las víctimas y de la sociedad.

El cumplimiento de estas condicionalidades, además de generar confianza y propender por asegurar una paz estable y duradera dejando atrás el conflicto armado y reconstruir el tejido social, les otorga a los comparecientes certeza y previsibilidad de las consecuencias jurídico-procesales del asunto sometido a esta Jurisdicción, lo cual comporta, en su favor, una seguridad jurídica sobre la forma y el momento en que se verificará la solución definitiva de su caso, que en últimas, es el fin buscado por quienes se someten a una jurisdicción como la JEP.

Y se habla de certeza y previsibilidad de los comparecientes, en la medida en que al ser gradual y progresivo el aporte de las condicionalidades, son los mismos comparecientes –orientados por la Jurisdicción– quienes irán, de alguna manera, marcando la pauta para dar el paso siguiente y subir un escalón en la busca de la solución final o, por el contrario, detendrán la marcha y se expondrán a una eventual salida de la JEP que ocasionaría la pérdida de cualquier beneficio en el marco normativo de esta. De ahí, que el código de condiciones a cumplir por los comparecientes tenga un efecto pluridimensional, pues, de un lado, gesta en todos –sociedad y víctimas– un clima de confianza, de otro, garantiza la realización efectiva de los derechos de las víctimas a la verdad, la reparación y la no repetición,⁸¹ y por otro lado, también les confiere a aquellos, tranquilidad en términos de seguridad jurídica procesal, que en un Estado de derecho está ligado al principio de legalidad, al derecho al debido proceso y a la confianza legítima depositada en la administración de justicia, que en el presente caso, se encuentra representada por la Jurisdicción Especial para la Paz.⁸²

Así es como en diferentes resoluciones, la Sala ha insistido a los comparecientes en la modificación, el ajuste y la complementación de la propuesta inicialmente por ellos presentada, de modo que se solicita de manera expresa que dicho programa debe contener cronogramas que indiquen tiempos para dar cumplimiento a las propuestas presentadas, fases de implementación y metas a corto y mediano plazo,⁸³ y la posible develación de alianzas institucionales, políticas,

⁸¹ [18] Acto Legislativo 01 de 2017, artículo 5.

⁸² JEP - SDSJ, Resolución 1570 de 23 de abril de 2019.

⁸³ JEP - SDSJ, Resolución 1637 de 16 octubre de 2018.

electorales o burocráticas,⁸⁴ entre otras, con grupos organizados al margen de la ley, incentivos a actuaciones ilegales, información de las características particulares de la victimización y enfoques diferenciales y, entre otros, la consideración específica del impacto respecto al daño causado por los hechos victimizantes:

Pese a que la descripción normativa específica para el delito de la desaparición forzada estuvo ausente para la época en que fueron cometidos estos hechos, durante este intervalo los atentados a la privación de la libertad estuvieron alojados dentro del tratamiento normativo del delito de secuestro, el cual, en contraste, tuvo un desarrollo mayúsculo, sin embargo, no se puede desconocer que “Es una realidad incontrovertible que Colombia no ha sido ajena a la práctica de la desaparición forzada, de ahí que se haya dispuesto en el artículo 12 de la Carta Política que *‘nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes’*, recogiendo de esta forma en lo sustancial lo dispuesto en el artículo 5° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.”⁸⁵ (Énfasis agregado)

[...] la desaparición de un familiar, genera en sus seres queridos una situación de angustia sostenida que causa profundos trastornos en sus vidas [...] al no saber si el desaparecido está vivo o muerto, se genera una zona de ambigüedad desestructuradora de cada uno de los miembros del núcleo familiar.⁸⁶

[...]

Así las cosas, el compareciente deberá dar cumplimiento al régimen de condicionalidad en los términos que ha sido dispuesto por la Sección de Apelación,⁸⁷ de conformidad con el parágrafo del artículo 59 de la Ley 1922 de 2018, que tiene fuerza vinculante y para lo cual se le advierte que deberá tener en cuenta las solicitudes realizadas por el representante de la víctima y sus legítimas expectativas.⁸⁸

Los enfoques diferenciales y los casos de protesta social y disturbios públicos

Finalmente, la implementación de un régimen de condicionalidad que tenga una visión transformadora y trascienda a la puesta en marcha de una jurisdicción que integra un modelo restaurativo, transicional y prospectivo, requiere ineludiblemente adaptar las exigencias, los compromisos y las obligaciones que condicionan los tratamientos especiales a la realidad de la sociedad en la que se pretende construir una paz estable y duradera, especialmente, atendiendo a los factores estructurales que motivaron e incentivaron la violencia y que crearon o profundizaron condiciones de vulnerabilidad, victimización y discriminación.

⁸⁴ JEP - SDSJ, Resolución 886 de 06 de marzo de 2019. Radicado Orfeo 20193320129701.

⁸⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-317 de 2002.

⁸⁶ El delito de desaparición forzada de personas como mecanismo de protección de los derechos humanos (Julio César Maldonado, Procuraduría General de la Nación. [https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/6\(3\).pdf](https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/6(3).pdf)).

⁸⁷ [20] JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, autos TP-SA 019, 020 y 021 de 2018.

⁸⁸ JEP - SDSJ, Resolución 2242 de 29 de noviembre de 2018.

Un régimen de condicionalidad que aborde los aspectos que se han tocado a lo largo de este escrito demanda énfasis en dos aspectos de suma relevancia y que dan cuenta de los desafíos que conlleva este modelo de justicia: i) la materialización de la transversalidad de los enfoques diferenciales en el marco de las obligaciones y los compromisos del mencionado régimen, y ii) su reconfiguración en los casos de la protesta social y los disturbios públicos.

En cuanto a lo primero –los enfoques diferenciales–, debe recordarse que el mandato constitucional y legal⁸⁹ que rige este componente de justicia señala que el SIVJRNR tendrá un enfoque territorial, diferencial y de género;⁹⁰ ello implica una correspondencia entre la actividad judicial y el reconocimiento de las particulares características de asimetría, desigualdad, discriminación y necesidades⁹¹ que causan en determinadas poblaciones, pueblos, comunidades o individuos un sufrimiento desproporcionado y diferente con ocasión de la guerra, el conflicto y la violencia, lo que obliga a un juez o jueza, en especial en la transición, a tener en cuenta los impactos diferenciados sobre estas personas y colectivos, así como “la importancia de su participación activa y equitativa”.⁹²

En la respuesta de justicia a un conflicto armado como el que ha padecido la población colombiana sería inexcusable desatender la situación de exclusión, discriminación, estigmas y vulnerabilidad que han padecido ciertos sectores poblacionales como las mujeres, los pueblos y las comunidades indígenas, negras, afrocolombianas, raizales, palanqueras y rom, las personas con identidad sexual diversa, la población en condición de discapacidad, los niños, las niñas y los adolescentes víctimas del conflicto armado, entre otros.

En consecuencia, la actividad de la JEP conlleva la transversalización de los enfoques diferenciales de una manera efectiva, material y real que, de una parte, oriente una guía para la acción⁹³ en la que se adopten medidas y estra-

⁸⁹ Ley 1957 de 2019, “Artículo 18. Enfoque diferenciado. El funcionamiento de la JEP dará énfasis a las necesidades de las víctimas mujeres, niñas y niños, quienes sufren de una manera desproporcionada y diferenciada los efectos de las graves infracciones y violaciones cometidas con ocasión del conflicto. Las reparaciones en el SIVJRNR deben responder al llamado de las Naciones Unidas en cuanto a que todo acuerdo de paz debe adoptar un enfoque de género, reconociendo las medidas de reparación y restauración, el sufrimiento especial de las mujeres, y la importancia de su participación activa y equitativa en la JEP. // 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 OIT, el Convenio Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, y demás normatividad aplicable”.

⁹⁰ Acto Legislativo 01 de 2017, artículo 1, parágrafo.

⁹¹ Centro Nacional de Memoria Histórica, *Memoria histórica en el ámbito territorial: orientaciones para autoridades territoriales*, Bogotá, Usaid, OIM, 2014.

⁹² *Idem*.

⁹³ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *¿Qué es el enfoque diferencial?*, OACNUDH, 2014.

tegias diferenciales, incluyentes y adecuadas para atender a diversos grupos poblacionales. Y, de otra, imponga una postura analítica que abandone los falsos neutros en la caracterización de la sociedad, para contemplar en su especificidad los distintos grupos poblacionales, incorpore perspectivas multiculturales, diversos conocimientos y cosmovisiones propios –incluso, en otros, prácticas de justicia–, y reconozca los factores estructurales de discriminación que fomentaron las formas de victimización, así como los impactos desiguales y desproporcionados que el conflicto armado ha tenido sobre grupos inermes de la sociedad. Un cambio de postura analítica que, dicho sea de paso, evite invisibilizar u homogeneizar y considere pautas como la interseccionalidad –“discriminación o desigualdades entrecruzadas”–,⁹⁴ en las que se examinen todos los aspectos, identidades y factores de vulnerabilidad.

Así las cosas, la JEP ha asumido como un deber normativo, ético y moral, la aplicación integral de un enfoque diferencial que garantice la justicia, la verdad y la no repetición de lo ocurrido, incorporando una concepción amplia en la que se reconozcan las diferentes identidades de las que derivaron diversos factores de vulnerabilidad, violencia, exclusión o discriminación en el marco del conflicto armado. Al respecto, la SDSJ ha solicitado el acompañamiento de las comisiones permanentes de género y Étnico-Racial de la JEP, para que en atención a su función consultiva y como escenarios de construcción de medidas y estrategias para la efectividad de los enfoques diferenciales presentaran conceptos en el marco del régimen de condicionalidad.

De suerte que, por ejemplo, en los requerimientos respecto del ajuste del régimen de condicionalidad, la Sala ha exhortado a los comparecientes a tener presentes tales enfoques en la formulación de sus propuestas de restauración y verdad plena:

Determinar la inclusión de manera transversal del enfoque diferencial en cuanto al aporte de la verdad plena, en la reparación y en la no repetición, iniciando por identificar qué grupos étnicos, raciales, o de género hacen parte de la población víctima del conflicto armado del departamento del Cauca; igualmente, determinar la participación efectiva del grupo armado organizado al margen de la ley en delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra u otras conductas delictivas en las diferentes comunidades que confirmen particulares afectaciones en razón a los enfoques diferenciales, y si en ello si hubo participación o anuencia de las autoridades de la región.⁹⁵ [...] determinar la participación efectiva de estos en los proyectos presentados, incorporar en los programas de capacitación la línea del enfoque diferencial. Por lo que se le solicita realizar el ajuste necesario para que en la estructura de la propuesta se aborde esta consideración.⁹⁶

⁹⁴ Corte Constitucional, Sentencia SU-659 de 2015.

⁹⁵ JEP - SDSJ, Resolución 1148 de 28 de marzo de 2019.

⁹⁶ JEP - SDSJ, Resolución 2369 de 27 de mayo de 2019.

Igualmente, respecto de la condición étnica y racial de las víctimas, conjuntamente con los procesos de coordinación interjurisdiccional y comunicación culturalmente pertinente, la Sala ha indagado por la incidencia de dicha calidad en el proceso de victimización, para lo cual el compareciente debe dar respuesta de ello en el proceso de verificación y seguimiento del régimen de condicionalidad:

Teniendo en cuenta las reglas jurisprudenciales sobre “criterios sospechosos de discriminación” que ha venido decantando la Corte Constitucional,⁹⁷ en el presente caso advierte la Subsala una serie de hechos indicadores que permiten colegir que la víctima fue puesta bajo sospecha de los uniformados por su condición de afrodescendiente, lo que llevó a que fuera interrogado y requisado de forma “violenta, grosera e intimidante”, según expresaron diversos testigos que presenciaron los hechos,⁹⁸ acción discriminatoria que tuvo como desenlace el homicidio de la víctima.

Las autoridades judiciales que adelantaron el caso no realizaron una línea de investigación tendiente a profundizar un posible móvil de racismo y discriminación como causa victimizante dentro del presente caso, ni tampoco derivaron alguna consecuencia jurídico penal de esta circunstancia. Por lo tanto, considera esta Subsala necesario aplicar al presente caso un enfoque diferencial a fin de analizar la posible existencia de un patrón o una práctica de crímenes de odio basado en raza, tal como se ha advertido en investigaciones realizadas sobre violencia racial contra personas afrodescendientes dentro del conflicto armado.⁹⁹

⁹⁷ [38] “Se pueden destacar como criterios sospechosos de discriminación los siguientes: - El sexo, la orientación sexual o la identidad de género; - La raza; - El origen nacional o familiar al igual que el étnico o de cualquier índole; - La lengua; - La religión; -La opinión política o filosófica; - La pigmentación o el color de la piel; - La condición social y/o económica; - La apariencia exterior; - La enfermedad, la discapacidad o la pérdida de la capacidad laboral. Ante la verificación de conductas o actos de diferenciación en los presupuestos anteriormente expuestos, el juez constitucional deberá contemplar en cada caso concreto que los criterios sospechosos son categorías que: (i) Se fundamentan en rasgos permanentes y connaturales de las personas, de los cuales no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad o libre desarrollo. (ii) Históricamente han sido sometidos, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlos y/o segregarlos. (iii) No constituyen, *per se*, razonamientos con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales. (iv) Cuando se acude a ellas para establecer diferencias en el trato, salvo la existencia de una justificación objetiva y razonable se presume que se ha incurrido en una conducta injusta y arbitraria que viola el derecho a la igualdad” (Corte Constitucional, Sentencia T-314 de 2011, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio).

⁹⁸ [39] JEP, Cuaderno 1, fls. 42 y ss.

⁹⁹ [43] “Las denuncias de las comunidades negras sostienen que las amenazas y violaciones de sus derechos provienen de diferentes actores del conflicto. En efecto, algunas organizaciones locales de Buenaventura han denunciado desapariciones forzadas, detenciones arbitrarias y ejecuciones extrajudiciales por parte de la Fuerza Pública (Comisión Colombiana de Juristas 2007). La Iglesia Católica también afirma que esta violencia se dirige particularmente a los jóvenes afrocolombianos y denuncia que las detenciones arbitrarias están acompañadas de maltratos verbales y físicos. Muchas veces, como ‘medida preventiva’, la Policía toma fotografías a los jóvenes cuando son detenidos y a sus documentos de identidad, para que posteriormente sean identificados por ‘testigos’, informantes o paramilitares (Comisión Colombiana de Juristas 2007)” (César Rodríguez Garavito, Isabel Cavellier Adarve y Tatiana Alfonso Sierra, *Raza y derechos humanos en Colombia. Informe sobre discriminación racial y derechos de la población afrocolombiana*, Bogotá, Observatorio de Discriminación Racial, pp. 102 y ss.).

Así las cosas, en ejercicio del enfoque diferencial étnico-racial y como un componente del régimen de condicionalidad, se le preguntará al compareciente para que informe dentro de su compromiso concreto, programado y claro sobre las posibles condiciones de discriminación racial que pudieron haber rodeado la muerte del joven (DJL), y se continuará con el presente proceso teniendo en cuenta esta presunta victimización basada en discriminación racial como una variable de verificación del régimen de condicionalidad.¹⁰⁰

Como se anunció, la Comisión de Género, como instancia permanente en la JEP para la promoción del enfoque de género en el componente de justicia del SIVJRNR e instancia consultiva, se ha pronunciado respecto de los criterios para establecer la relación de los delitos de violencia sexual y de género con el conflicto armado,¹⁰¹ y ha formulado los parámetros con enfoque de género para el régimen de condicionalidad.

Además, en los casos en los que la víctima indirecta ha sido mujer, y para el tema en concreto, la SDSJ ha requerido a los comparecientes a atender esta calidad y el impacto desproporcionado de los daños causados:¹⁰²

En general las víctimas del conflicto armado sufren un grado de vulnerabilidad y las convierte en sujetos de especial protección constitucional, también es necesario mencionar que las mujeres atraviesan por una situación donde un mayor grado de vulnerabilidad es manifiesta, se pueden ver sometidas a situaciones más penosas que el resto de las víctimas [...]. Por ello, los procedimientos y actuaciones de la Jurisdicción Especial de Paz deben incluir garantías encaminadas a la efectividad y satisfacción de los derechos de las víctimas con medidas diferenciales y especiales para quienes se consideren sujetos de especial protección constitucional y específicamente los principios de tratamiento penal especial condicionado a la garantía de los derechos de las víctimas y el enfoque diferencial.¹⁰³

En consecuencia, en atención a la intervención por parte de esta jurisdicción que le compete verificar la coherencia de los compromisos adquiridos por el compareciente respecto al régimen de condicionalidad, cuyo cumplimiento debe darse irrestrictamente por quien pretende hacerse destinatario de alguno de los beneficios previstos en la Ley 1820 de 2016, la Sala dispondrá que el compareciente [...] haga expresa

¹⁰⁰ JEP - SDSJ, Resolución 053 de 4 de enero de 2019.

¹⁰¹ Concepto del 25 de junio de 2018: i) La JEP considera que la mujer ha sufrido en el marco del conflicto armado colombiano riesgos desproporcionados, como lo ha reconocido la Corte Constitucional, entre los que se incluye el riesgo de violencia sexual en todas sus modalidades. ii) La JEP estima que en toda decisión debe considerarse la obligación de adoptar en plazos razonables medidas que eviten la materialización de cualquiera de los riesgos de género reconocidos por la Corte Constitucional, en relación con las víctimas directas o indirectas, en especial la revictimización. iii) Los funcionarios de la JEP deben actuar con especial sensibilidad y perspectiva de género, así como la transformación de la cultura institucional frente a la violencia y la discriminación contra la mujer. iv) El beneficio de un tratamiento especial debe aportar verdad a las víctimas, sus familiares y la sociedad, en relación con los hechos victimizantes, libre de prejuicios y sin justificación de los hechos de violencia; con reconocimiento de los factores sociales, culturales, institucionales, organizacionales que hayan incidido, permitido o facilitado la comisión de las conductas.

¹⁰² JEP - SDSJ, Resolución 01713 de 19 de octubre de 2018.

¹⁰³ Acto Legislativo 01 de 2016, artículo 12, parágrafo.

referencia a la situación de la señora [...] en lo que toca con los mecanismos de reparación, reconstrucción de la verdad y la memoria dado el significativo daño causado a la víctima.

Por demás, la SDSJ ha tenido conocimiento de casos en los que niños y adolescentes han sido víctimas de ejecuciones extrajudiciales por integrantes de la fuerza pública; ante la condición de menor de edad de las víctimas, se registró, de cara al enfoque diferencial de la JEP, la especial vulnerabilidad en que aquellos se encontraban y que enmarca su victimización en el deber del Estado de una especial protección, así como en el reconocimiento de un mayor impacto del conflicto armado:

De cara a la normatividad que rige el Sistema Integral, esta Jurisdicción Especial para la Paz tiene un enfoque diferencial,¹⁰⁴ que implica una correspondencia entre la actividad judicial y el reconocimiento de las particulares características de victimización, en especial a la protección y atención prioritaria de las mujeres y de los niños y niñas víctimas del conflicto armado, como quiera que por su especial vulnerabilidad son sujetos que gozan de especial protección o de protección reforzada.¹⁰⁵ Efectivamente, tanto la normativa nacional¹⁰⁶ como los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad,¹⁰⁷ son acordes en afirmar que los derechos de los niños, niñas y adolescentes tienen carácter prevalente e *ius fundamental expreso*.¹⁰⁸

La situación de especial protección para los niños, niñas y adolescentes cobra especial importancia y es determinante en la dinámica del conflicto armado en Colombia y los patrones de violencia que de él se derivan “[...] por ser esta una situación que incrementa los riesgos de afectación de sus derechos [...]”¹⁰⁹ y como quiera que tiene un impacto directo y desproporcionado sobre ellos.¹¹⁰

¹⁰⁴ [40] *Ibid.*, artículo 1, parágrafo.

¹⁰⁵ [41] “34. De la interpretación de estas disposiciones se destaca, en primer lugar, la consideración según la cual los niños, niñas y adolescentes son sujetos de especial protección, cuyo origen se encuentra, entre otras razones, en su falta de madurez física y mental, en la consiguiente vulnerabilidad e indefensión en que se encuentran frente a todo tipo de riesgos, en la necesidad que por consiguiente se deriva, de proveerlos de las condiciones que se requieran para convertirlos en miembros libres, autónomos y partícipes de la sociedad democrática y del orden en ella establecido[13]. Son, en fin, sujetos de especial protección, como forma de consolidar el futuro de la nación y la sostenibilidad de su existencia basada en los valores y principios del constitucionalismo” (Corte Constitucional, Sentencia C-055 de 2015).

¹⁰⁶ [42] Constitución Política, artículo 44.

¹⁰⁷ [43] Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, artículo 25; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo 7; Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, incorporada al ordenamiento jurídico colombiano mediante la Ley 12 de 1991; Protocolo Facultativo sobre la Participación de los Niños en los Conflictos Armados; Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y en sus dos Protocolos Adicionales de 1977, entre otros.

¹⁰⁸ [44] *Ibid.*; Sentencia C-055 de 2015, cit.

¹⁰⁹ [45] Corte Constitucional, Sentencia C-433 de 2017.

¹¹⁰ [46] “Los niños, niñas y adolescentes están expuestos a riesgos especiales en el marco del conflicto armado –v.g. los riesgos (i) de ser víctimas de crímenes individual y deliberadamente cometidos contra su vida e integridad personal por los actores armados, (ii) de reclutamiento forzado por los grupos armados ilegales, (iii) de ser víctimas excesivamente frecuentes de minas antipersonal y material bélico sin explotar, (iv) de ser incorporados a los comercios ilícitos que

Por ello, la Sala no puede desatender en el caso en estudio la calidad de menores de edad de las víctimas, en especial cuando, como lo dispone el artículo 12 parágrafo del Acto Legislativo 01 del 2016, los procedimientos y actuaciones de la Jurisdicción Especial de Paz deben incluir garantías encaminadas a la efectividad y satisfacción de los derechos de las víctimas con medidas diferenciales y especiales para quienes se consideren sujetos de especial protección constitucional [...].

En consecuencia, en atención a la intervención por parte de esta jurisdicción que compele a verificar la coherencia respecto de los compromisos adquiridos por el compareciente respecto al régimen de condicionalidad, cuyo cumplimiento debe darse irrestrictamente por quien pretende hacerse destinatario de alguno de los beneficios previstos en la Ley 1820 de 2016, la Sala dispondrá que el compareciente [...] haga expresa referencia a la situación de los menores [...] en lo que toca con los mecanismos de reparación, reconstrucción de la verdad y la memoria dado el significativo daño causado a las víctimas indirectas.¹¹¹

Para finalizar, y en lo referente a los casos de protesta social y disturbios públicos, dada la competencia para aplicar el tratamiento especial de la cesación de procedimiento, en audiencia de régimen de condicionalidad¹¹² del caso de Protesta Social, la Sala de Definiciones de Situaciones Jurídicas abordó el régimen de condicionalidad desde una óptica particular, al manifestar:

En este nuevo contexto político, social y judicial de paz, la Jurisdicción Especial para la Paz, a través de su Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, oirá a los comparecientes, señalándoles y reiterándoles el escenario privilegiado en el que nos encontramos, el cual desarrolla el enfoque territorial de la Jurisdicción, para transformar paulatina y progresivamente la cultura de violencia por la cultura de paz, un nuevo modelo de sociedad y de convivencia pacífica, una nueva forma de interrelacionarnos personal y socialmente, para así comprender esta nueva lógica de justicia en la cual está permitido la ponderación de derechos y la correlativa restricción de algunos de ellos, con miras al logro que desde un principio se estableció: la paz.

En dicho proceso, la reconfiguración del régimen de condicionalidad comenzó por determinar con claridad la vinculación del tema de la protesta social y los disturbios públicos en el Acuerdo Final (punto 2, dedicado a la participación política), con el propósito de fortalecer su ejercicio como forma de acción política que garantice espacios para canalizar las demandas ciudadanas y, de paso, la inclusión política. Así, el numeral 2.2.2. menciona las garantías para la movilización y la protesta, con lo cual deja en evidencia la profunda y estrecha

soportan a los grupos armados ilegales, (v) de ser víctimas de los alarmantes patrones de violencia sexual contra niñas y adolescentes –y también contra niños–, y (vi) de soportar las estrategias de control social de los grupos armados ilegales que operan en amplias zonas del país, las cuales llevan implícitas pautas de control que restringen y ponen en riesgo a los menores de 18 años. Estos riesgos, a su vez, causan el desplazamiento forzado suyo, de sus familias y sus comunidades” (Corte Constitucional, Auto A-251 de 2008).

¹¹¹ JEP - SDSJ, Resolución 547 de 20 de junio de 2018.

¹¹² JEP - SDSJ, Radicado Orfeo 50-000001 de 2018 en contra de Jesús Duarte y otros.

conexión que existe entre la protesta o la movilización de los ciudadanos y la construcción de la democracia, mientras que en el punto 5.1.2. (componente de justicia), numeral 35, indica que la protesta social pacífica no puede ser por sí misma penalizada, y que en el evento de que se hayan aplicado sanciones, estas recibirán tratamientos especiales que incluso darán lugar a la extinción de la responsabilidad.

Téngase en cuenta que el artículo 37 de la Constitución Política prevé: “Toda parte del pueblo puede reunirse y manifestarse pública y pacíficamente. Sólo la ley podrá establecer de manera expresa los casos en los cuales se podrá limitar el ejercicio de este derecho”; y el artículo 107 de dicha carta reconoce el derecho a celebrar manifestaciones y reuniones públicas de carácter pacífico: “En tanto que el derecho al goce efectivo de este derecho es de vital importancia para la sociedad, para participar y tener injerencia en la elaboración y adopción de políticas públicas”.

Por su parte, la Corte Constitucional, en diferentes decisiones referidas al derecho a la protesta social, lo estructuró como una acción que hace parte de las libertades que se ejercen para el desarrollo de la democracia participativa, la cual va más allá de un simple reproche al Estado; así, dicha corporación dio cuenta de la importancia de la protesta pacífica, al afirmar que mediante su ejercicio se pretende legítimamente “llamar la atención de las autoridades y de la opinión pública sobre una problemática específica y sobre las necesidades [de] ciertos sectores, en general minoritarios, para que sean tenidos en cuenta por las autoridades”.¹¹³ Por ello, todas las decisiones que involucren un escenario de protesta deben atender criterios de razonabilidad y proporcionalidad que están dados por el ámbito de las libertades, nuevas formas de convivencia, pluralismo político y democracia participativa.

Por ello, el reto en un proceso de transición y posconflicto como el que atraviesa Colombia, que en este caso se ejecuta a través de la JEP, plantea el desafío de reformular las políticas de contención social y judicial de la protesta social, entendida esta, se reitera, como otra forma válida de participación política de diversos sectores de la población. Esto, además, en un nuevo marco de paz en el que se requiere obligatoriamente redefinir nuevos modelos democráticos en escenarios de posconflicto, en donde debe haber participación de todas las esferas de la sociedad con un enfoque dialógico, participativo, multi e intersectorial, que sea transversal al proceso transicional.

La SDSJ consideró que los comparecientes en este caso de contexto de *protesta social* deben ser tenidos como personas judicializadas o sujetos que en su momento fueron destinatarios de la acción penal del Estado y, por ello, el catálogo de condiciones proactivas que deben cumplir para acceder a los beneficios

¹¹³ Sentencias T-456 de 1992, C-024 de 1994, C-742 de 2012, entre otras.

o tratamientos especiales de la transición tiene una naturaleza *sui generis* en tanto la garantía de no repetición debe entenderse como la no repetición dentro de un contexto de protesta social violenta.

En efecto, la protección del derecho a la libertad de expresión, de asociación, de reunión, de manifestación, de conciencia, así como a la oposición y a la participación, entre otros, no permite su ejercicio de manera arbitraria o a través de la violencia o el uso ilegítimo de la fuerza, porque ello contravendría la convivencia pacífica y el respeto de los derechos constitucionales de quienes se ven afectados con los métodos utilizados para protestar. Esto comporta una tensión entre el mantenimiento del orden público y el ejercicio de los derechos a la manifestación y a la protesta social, la cual debe ser resuelta con un criterio de proporcionalidad que conlleve la adopción de medidas menos lesivas de los derechos en contienda, debiéndose, en todo caso, imponer límites tanto al ejercicio del derecho a la manifestación pública, cuyo techo sería el uso de la violencia, como a la regulación y contención de la misma, que debe tener como enfoque operacional la garantía del derecho a la participación política y a la manifestación pública por las demandas insatisfechas.

Así, desde esta perspectiva de transición y posconflicto, es que debe entenderse el régimen de condicionalidad que permea todo el Sistema Integral y la estructura de la JEP, referido en el Acto Legislativo 01 de 2017, la Ley 1820 de 2016, la Sentencia C-007 de 2018 y los autos 19, 20 y 21 de la Sección de Apelación del Tribunal para la Paz, en la medida en que se obliga a cumplir por los comparecientes, y se asume como parte de una dinámica de resolución pacífica de conflictos y como medida de cultura de paz, en una sociedad que viene de un pasado reciente, pero extenso, de conflicto armado y que transita hacia un estado de paz.¹¹⁴

Conclusiones

Una jurisdicción que tiene vocación de vigencia temporal y transitoria debe encauzar su actividad a “decir el derecho” como lo harían sus homólogas, pero también a construir sociedad, consolidar profundas transformaciones y reconstruir el tejido social. En eso el componente de justicia prospectiva de la JEP cobra relevancia, es decir, la Jurisdicción debe pensar en la paz como un propósito que trasciende su propia existencia, de modo que en cada paso de su puesta en marcha contemple ese futuro próximo cuando dicho sistema de justicia ya no opere. Este destino certero de la JEP, la impulsa a preparar a la sociedad para una dinámica de cultura de la paz, en un futuro donde la

¹¹⁴ La anterior argumentación fue la expuesta por la ponencia y posterior resolución del régimen de condicionalidad en el caso de Protesta social de Pinchote (Santander).

Jurisdicción solo sea un referente pasado de un proceso de crecimiento social, cultural y generacional.

Esa misión prospectiva habilita a los componentes del SIVJRNR, en especial a su componente judicial, a gestar en los participantes e intervinientes del proceso la siembra de la semilla de la cultura de la paz y de sanación de las heridas causadas por la guerra; dicha semilla se cosecha a partir del relacionamiento entre los “usuarios” de la JEP, la sociedad y la Jurisdicción misma, en tono de reflexión y construcción conjunta.

Para ello, el régimen de condicionalidad es la simiente que se cultiva y que se abona con el proceso dialógico, restaurativo, progresivo y gradual que proponen los principios de la JEP; por tal razón, la condicionalidad tiene una estructura pluridimensional que la convierte en un elemento que de manera concurrente es condición de acceso, sustento del monitoreo de los beneficios anticipados, exigencia de articulación y coordinación de los componentes del SIVJRNR, pero, al mismo tiempo, comporta la construcción de confianza, disposición para el diálogo, fomento de la restauración, carga procesal y seguridad jurídica.

Contrario a lo que pasa en el procedimiento ordinario y, en especial, en la justicia premial, en el componente de justicia del SIVJRNR, la contraprestación por la concesión de beneficios anticipados es el cabal cumplimiento del mencionado régimen; ahora, en tanto este se construye desde un proyecto propuesto por el mismo compareciente, también se traduce en la materialización del principio de seguridad jurídica en la que los comparecientes son evaluados a partir de sus propias propuestas, presentadas desde la óptica realista de sus capacidades, planeación y monitoreo, pero, sobre todo, planteadas en un plano real de justicia restaurativa desde la construcción conjunta de su legítimo receptor: la víctima.

Bibliografía

- CALDERÓN, Percy, “Teoría de conflictos de Johan Galtung”, *Revista de Paz y Conflictos*, vol. 2, 2009, pp. 60-81.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César, Isabel CAVELIER ADARVE y Tatiana ALFONSO SIERRA, *Raza y derechos humanos en Colombia. Informe sobre discriminación racial y derechos de la población afrocolombiana*, Bogotá, Observatorio de Discriminación Racial, 2009.
- DE SOUSA SANTOS, Boaventura y Mauricio GARCÍA VILLEGAS, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, t. I, Bogotá, Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, 2001.
- GALTUNG, Johan, *Paz por medios pacíficos. Paz y conflicto, desarrollo y civilización*, Bilbao, Bakeaz, 2003.
- JIMÉNEZ BAUTISTA, FRANCISCO, “Hacia un paradigma pacífico: la paz neutra”, *Convergencia. Revista de Ciencias Sociales*, vol. 16, 2009.

- LLAMBÍAS DE AZEVEDO, Juan, *Sobre la justicia prospectiva*, Actas del Primer Congreso Nacional de Filosofía, Mendoza (Argentina), marzo-abril de 1949, t. 2.
- MATTHIES, Volker (ed.), *Vom Krieg zum Frieden. Kriegsbeendigung und Friedenskonsolidierung*, Bremen, Ed. Temmen, 1995.
- MIKLOS, Tomás y Margarita ARROYO, *Prospectiva y escenarios para el cambio social*, Bogotá, Convenio Andrés Bello, 2008.
- MIKLOS, Tomás, y María Elena TELLO, *Planeación prospectiva*, México, Centro de Estudios Prospectivos de la Fundación Barros Sierra y Editorial Limusa, 2003.
- MURITHI, Timothy, *The Ethics of Peacebuilding*, Edinburgh, Edinburgh Studies in World Ethics, EUP, 2009.
- SALGUERO, Salvador Geovani, "Hacia la consolidación del derecho humano a la paz", *Revista de Relaciones Internacionales*, vol. 7, núm. 15, 1998.
- SARTI, Carlos, "Construcción de paz y resolución de conflictos", s. d.
- VILLARREAL SOTELO, Karla, "La víctima, el victimario y la justicia restaurativa", *Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza*, vol. VII, núm. 1, 2013.
- VOORHOEVE, Joris, *From War to the Rule of Law: Peacebuilding after Violent Conflicts*, Amsterdam, Amsterdam University Press, 2007.

La justicia transicional, restaurativa y su proyección en el procedimiento dialógico dispuesto para la Jurisdicción Especial para la Paz

«CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA» Magistrado de la Sección de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad

Resumen: La Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) es el componente judicial del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR). Este modelo de justicia transicional busca investigar, establecer responsabilidades y sancionar a quienes, en el marco del conflicto armado, hayan cometido graves violaciones de los derechos humanos o graves infracciones al derecho internacional humanitario, así como garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, la reparación y la no repetición. Esta labor se debe cumplir en diferentes escenarios procedimentales, que determinan diversas rutas procesales inspiradas en lo dialógico o adversarial, como acontece cuando se aporta verdad y se acepta responsabilidad o, *contrario sensu*, cuando no hay aporte de verdad ni aceptación de responsabilidad. El punto de convergencia es un modelo de justicia basado en el concepto restaurativo. Este artículo ofrece una aproximación a la necesidad sistémica en que se han de comprender los conceptos de justicia transicional, justicia restaurativa y procedimiento dialógico.

Palabras clave: justicia restaurativa, justicia transicional, procedimiento dialógico.

Abstract: The Special Jurisdiction for Peace (JEP) is the judicial component of the Comprehensive System of Truth, Justice, Reparation and Non-Repetition (SIVJRNR). This transitional justice model is designed to investigate, establish responsibilities and punish those who have committed serious human rights violations or serious breaches of international humanitarian law in the framework of the conflict, as well as to guarantee the rights of victims to the truth, reparation and non-repetition. This work must be undertaken in different procedural scenarios, which determine diverse procedural pathways inspired by the dialogical or adversarial, as occurs when truth is provided and responsibility is accepted or, *contrario sensu*, when there is no contribution of truth or acceptance of responsibility. The point of convergence is a justice model based on the restorative concept. This article offers an approach to the systemic need in which the concepts of transitional justice, restorative justice and dialogical procedure are to be understood.

Key words: Restorative justice, transitional justice, dialogical procedure.

Introducción

Conforme al Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera y al Acto Legislativo 01 de 2017,¹ el componente de justicia del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR) es la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP). Sus objetivos, respecto a las conductas que se hayan cometido en el marco del conflicto armado y que supongan graves violaciones de los derechos humanos o infracciones al derecho internacional humanitario, son:

... satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia, ofrecer verdad a la sociedad colombiana, proteger los derechos de las víctimas, contribuir al logro de una paz estable y duradera, y adoptar decisiones que otorguen plena seguridad jurídica a quienes participaron de manera directa o indirecta en el conflicto armado interno.²

Adicionalmente, la norma constitucional dispuesta en el artículo 5 transitorio del mencionado Acto Legislativo destaca que en todas y cada una de las actuaciones se deben observar los derechos y las garantías procesales dispuestas en el artículo 29 de la carta política, tales como los principios de imparcialidad, independencia judicial, debida motivación, publicidad, debido proceso, contradicción, derecho a la defensa, presunción de inocencia, favorabilidad, participación de las víctimas (como intervinientes especiales), según los estándares nacionales e internacionales, y libertad de escoger abogado o, de no tenerlo, que se le asigne uno de forma gratuita.

Consecuente con lo anterior, la JEP fue el resultado de un acuerdo entre el Gobierno nacional y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (FARC-EP), que se expresa en el modelo de justicia transicional, orientado a mantener un adecuado balance entre paz, justicia restaurativa y reconciliación, donde el núcleo esencial son las víctimas del conflicto y en el cual se han de adoptar decisiones que otorguen plena seguridad jurídica a quienes participaron de forma directa o indirecta en el conflicto armado interno.

Una aproximación al modelo de justicia transicional

A pesar de no ser un tema novedoso, con la firma del Acuerdo Final, las discusiones sobre lo que es un modelo de justicia transicional y su eficacia han cobrado total vigencia. Por eso resulta oportuno evocar lo señalado por el entonces secretario de las Naciones Unidas cuando señala que la justicia transicional

... 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, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación. Tales mecanismos pueden ser judiciales o extrajudiciales

¹ Declarado Exequible mediante Sentencia C-674 de 14 de noviembre de 2017.

² *Idem*.

y tener distintos niveles de participación internacional (o carecer por completo de ella) así como abarcar el enjuiciamiento de personas, el resarcimiento, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de antecedentes, la remoción del cargo o combinaciones de todos ellos.³

Para Rodrigo Uprimny Yepes, la “justicia transicional es usualmente evocada para hacer referencia al conjunto de mecanismos implementados por algunas sociedades que han enfrentado los legados de violaciones masivas a derechos humanos ocurridas con ocasión de conflictos”.⁴ Por su parte, Jorge Enrique Ibáñez señala:

La justicia transicional implica una nueva concepción de la justicia en el contexto de la comunidad internacional que atiende a la necesidad de alcanzar la efectividad del derecho a la paz en aquellas sociedades en situación de conflicto que operan dentro del tránsito de un periodo de violencia a la consolidación de la paz y vigencia del Estado de derecho. [...] la justicia transicional pretende garantizar los derechos de las víctimas conciliando y sopesando sus demandas de justicia, verdad y reparación, y la adopción de reformas institucionales y otras garantías de no repetición, con la necesidad de lograr acuerdos que permitan alcanzar la paz y el establecimiento o restablecimiento de la democracia.⁵

Esta consideración supone que el modelo de justicia transicional va más allá de un método; es un escenario que permite dar repuestas a las víctimas y a la sociedad al final de un conflicto armado; busca alcanzar la paz, la reconciliación, la reflexión, la verdad, la justicia; pretende establecer responsables de graves crímenes, sancionarlos y promover garantías de no repetición.

Hay sociedades que han acudido al modelo de justicia transicional cuando, tras superar una dictadura, recorren el camino orientado a restaurar su democracia y todo lo que ella encierra; pero un modelo de justicia transicional como el colombiano se expresa en el complejo contexto del conflicto y la institucionalidad, pues aquel coexistió con la vigencia institucional, escenario en el que se produjeron graves violaciones de los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario.

La suscripción de un acuerdo de paz suscita una tensión entre justicia y paz, o, como dijera el profesor y hoy magistrado de la Corte Constitucional

³ Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas, *The Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-conflict Societies*, Security Council United Nations, S/2004/616, 23 de agosto de 2004.

⁴ Rodrigo Uprimny, Nelson Camilo Sánchez y Laura Marcela Lozano, *Introducción al concepto de justicia transicional*, Módulo de formación dirigida, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, s. f.

⁵ Jorge Enrique Ibáñez, *Justicia transicional y comisiones de la verdad*, 2ª. ed., Madrid – Bogotá, Biblioteca de Derechos Humanos, Instituto BERG, 2017, p. 56.

de Colombia Carlos Bernal Pulido, “una aporía” de la justicia transicional y el dilema constitucional:⁶

A pesar de que dicho proceso se lleva a cabo en el marco de la Constitución Política de 1991, que es una Constitución con vocación de permanencia, su desarrollo y sus resultados entrañan alteraciones a la Constitución que representan una sustitución de la misma. Entonces: o la transición es exitosa pero la Constitución pierde su carácter permanente, o la Constitución mantiene su carácter permanente, pero hace imposible la transición. [...] los cambios constitucionales a los que la transición y el postconflicto den lugar se entenderán acordes con la Constitución si, y solo si, están en armonía con el marco internacional y transnacional de la justicia transicional.⁷

Aporía que fue resuelta por los actos legislativos 01 de 04 de abril de 2017 y 02 de 2017, así como por la Corte Constitucional, al declararlos exequibles mediante sentencias C-674 y C-630 de 2017 respectivamente.⁸

El modelo de justicia transicional en Colombia tiene dentro de sus fines terminar el conflicto armado interno, conjurar la violencia, lograr el establecimiento de la paz estable y duradera, brindar garantías de no repetición, investigar las graves violaciones de los derechos humanos y las infracciones al derecho internacional humanitario, reconocer los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición, y la reintegración de los miembros de los grupos armados al margen de la ley al Estado social de derecho.

Si bien es cierto que la paz es fundamental, también lo es que la justicia tiene un papel preponderante para resolver el conflicto; en consecuencia, aquella no releva al Estado de la obligación de investigar, establecer responsabilidades y sancionar a quienes, en el marco del conflicto armado, hayan cometido graves violaciones de los derechos humanos o graves infracciones al derecho internacional humanitario. Por ello, un modelo de justicia transicional que atienda estándares internacionales debe respetar, proteger y garantizar el derecho de las víctimas a la verdad, la reparación y la garantía de no repetición, como también debe establecer responsabilidades frente a los más graves crímenes y solucionar la situación jurídica de los comparecientes, en atención al principio de seguridad jurídica.

Consecuente con lo anterior, un modelo de justicia transicional como el colombiano sugiere avanzar, cambiar, dar un paso hacia adelante sin olvidar el

⁶ Carlos Bernal Pulido, Gerardo Barbosa Castillo y Andrés Rolando Ciro Gómez (eds.), *Justicia transicional. Retos teóricos*, vol. 1, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, pp. 31-32.

⁷ *Idem*.

⁸ 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”; 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”.

pasado. Ese es el camino de la transición del conflicto hacia la paz; de la incertidumbre y la mentira a la verdad; del olvido a la visibilización; de lo ignominioso a la dignificación, y de la impunidad a la justicia.

Mediante la Sentencia C-674 de 14 de noviembre de 2017, la Corte constitucional dispuso:

La constitucionalidad del modelo de justicia transicional centrado en la investigación, juzgamiento y sanción de los máximos responsables de los delitos más graves y representativos, fijando los mínimos irreductibles derivados del deber de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones de los derechos humanos y las infracciones al derecho internacional humanitario en escenarios de transición.⁹

Al respecto, la Corte hizo tres precisiones: en primer lugar, advirtió que el deber anterior implica desplegar la función persecutoria, al menos, respecto de las personas que cumplen un rol esencial en la comisión de delitos que, por su nivel de lesividad y por resultar paradigmáticos de los patrones y de las tipologías de criminalidad ocurridas en el marco de conflictos armados, deben ser reprimidas. Esto es, en quienes tienen una mayor responsabilidad en la comisión de los delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra,¹⁰ de modo que frente a este núcleo criminal, determinado tanto por elementos objetivos como subjetivos, el Estado tiene una obligación incondicionada de desplegar integralmente la función persecutoria, frente a las demás formas y modalidades de criminalidad. En cambio, el Estado podría renunciar a su potestad

⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-579 de 2013, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁰ La Corte Constitucional aclaró que aunque en principio el deber de criminalización se refería a los crímenes de guerra cometidos de manera sistemática, esta sistematicidad no debía ser entendida como la realización metódica, reiterativa y persistente de la misma conducta a lo largo del tiempo, sino como la necesidad de que la conducta criminal se inserte en el escenario del conflicto armado, que tenga un nexo o vínculo con los planes y las políticas de guerra diseñadas en este contexto y que, además, se predique exclusivamente de los crímenes de guerra y no de los delitos de lesa humanidad ni del genocidio: “La expresión ‘crímenes cometidos de manera sistemática’, solamente se refiere a los crímenes de guerra y no a los crímenes de lesa humanidad ni al genocidio [...] la inclusión del elemento ‘cometidos de manera sistemática’ no es absolutamente unívoca en el Acto Legislativo 01 de 2017, por lo cual puede llevar a distintas interpretaciones, según lo ha demostrado el debate surgido en este proceso y en especial en la audiencia pública, como identificarlo con la masividad o extensión de los crímenes [...] en los crímenes de guerra, el contexto de violencia organizada corresponde al conflicto armado en cuyo marco los actos criminales deben ser realizados [...] y no puede entenderse como una referencia a su masividad (como lo sería el elemento de generalidad), sino como la necesidad de que no sea aislado, y particularmente en el caso de los crímenes de guerra a que tenga nexo con el conflicto armado como parte de un plan o política, pues es claro que el conflicto armado exige per se una violencia generalizada contra la población civil que a través de una investigación de contexto permita diferenciarlo de crímenes ordinarios como un daño en bien ajeno o de un homicidio. En este sentido, la doctrina ha señalado que no todos los crímenes cometidos durante el conflicto armado son crímenes de guerra, y en ese sentido, los actos ordinarios criminales (homicidio, violación, hurto, abusos, fraudes), no se convierten automáticamente en crímenes de guerra porque exista una situación de conflicto armado, sino que debe existir un nexo entre los actos y el conflicto, lo cual es muy distinto a señalar que tienen que cometerse de manera masiva”.

sancionatoria, máxime cuando en escenarios de violación masiva y sistemática de derechos, el modelo individual de persecución de los delitos se traduce en una impunidad *de facto*, y cuando más que sancionar a las personas individualmente, se requiere conocer y atacar los patrones de macrocriminalidad.

En segundo lugar, la Corte precisó que cualquier tratamiento especial debe estar supeditado a que sus destinatarios hagan una contribución real, efectiva y proporcional a la consecución de la verdad y de una paz estable y duradera, a la reparación de las víctimas, a la liberación de los secuestrados, a la dejación de las armas, y al reconocimiento de la responsabilidad.¹¹

Finalmente, advirtió que el deber de investigar, juzgar y sancionar comprende el de garantizar una pena efectiva para las personas que son declaradas responsables por la grave violación de los derechos humanos o la infracción al derecho internacional humanitario.¹²

Lo anterior significa que el deber del Estado no queda satisfecho cuando después de haberse adelantado una investigación y un proceso de juzgamiento ajustado al debido proceso se declara a una persona penalmente culpable, sino cuando la condena se concreta, se materializa y se hace efectiva; esto implica que la sanción debe ser real y no meramente simbólica o formal, y que para ello debe contener un componente retributivo que pueda ser considerado como “castigo”, esto es, que implique una restricción objetiva de la libertad.

Por su parte, en la Sentencia C-577 de 2014,¹³ la Corte efectuó el juicio de sustitución frente al segundo núcleo temático del marco jurídico para la paz. Allí determinó que la reincorporación política de los desmovilizados no sustitúa el deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones de los derechos humanos y las infracciones al derecho internacional humanitario, no solo porque la medida apuntaba a fortalecer los procesos de transición mediante la superación de las condiciones de exclusión que dieron lugar al conflicto, sino también porque la citada reincorporación materializa el componente esencial de la carta política relativo a la participación. En cualquier caso, existe un veto para las personas que han cometido delitos de lesa humanidad y genocidio de manera sistemática, y supedita tácitamente la participación en política al cumplimiento de la pena impuesta en el marco de la justicia transicional, así como de las demás condiciones del sistema.¹⁴

Ahora bien, la Sección de Apelación de la JEP resaltó que la justicia transicional supone un marco dialógico que va más allá de los aportes a la verdad, ya que haber tomado parte en la generación de un daño antijurídico, además

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia C-579 de 2013, cit.

¹² *Idem*.

¹³ Corte Constitucional, Sentencia C-577 de 2014, M. P. Martha Victoria Sánchez Méndez.

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

de esclarecer la verdad, obliga a repararlo, a participar en un procedimiento de justicia restaurativa y a garantizar la no repetición.¹⁵

A manera de conclusión, el modelo de justicia transicional en Colombia es una respuesta a la violencia generalizada; busca garantizar la paz estable y duradera; los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición; promover la reconciliación social; establecer las causas estructurales del conflicto, y determinar responsabilidades ante la comisión de los crímenes más graves y representativos, ejecutados en el marco del conflicto armado interno.

La justicia restaurativa

Como punto de partida podríamos afirmar que la justicia restaurativa procura la restauración del daño causado y la reparación de las víctimas, más que restablecer la vigencia de la norma objeto de vulneración, aspiración que no riñe con la obligación de investigar y juzgar graves crímenes, y de establecer perpetradores y responsabilidades.

El modelo de justicia que se dispone desde el Acuerdo Final sugiere la verificación de lo que llamaríamos la tríada: víctima, comunidad y compareciente. Esta afirmación se corresponde con lo señalado en precedencia respecto a que la JEP es el componente judicial del SIVJRNR, y lo que la inspira es la justicia restaurativa, amén de ser “uno de los paradigmas orientadores de la JEP”. Esto implica hacer especial énfasis en las necesidades y la dignidad de las víctimas; comporta, igualmente, garantizar los mecanismos y las medidas orientadas a lograr la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición; vale decir, la esencia del modelo está en las medidas restaurativas y reparadoras, en el reconocimiento y la reparación.

Previo al desarrollo de nuestra idea de justicia restaurativa, quisiéramos recordar que en el mundo contemporáneo se ha venido gestando la reflexión sobre la verdadera eficacia del derecho penal y procesal penal para resolver los fenómenos de criminalidad creciente, así como lo infructuosos que resultan los modelos penales ordinarios de vocación retributiva que se inspiran en aislar, expulsar y castigar para evitar el incremento del delito, para reintegrar socialmente al delincuente y para atender de forma efectiva los derechos de las víctimas. Lo anterior permite afirmar que la justicia tradicional u ordinaria, por su lógica y diseño, no permite resolver de forma efectiva las graves y masivas violaciones de derechos humanos o graves infracciones al derecho internacional humanitario. Al respecto, Iván Camilo Vargas señala:

La venganza es el resultado de una violencia anterior, donde en nombre de la víctima de la violencia se exige el mismo trato con quien causó el acto violento. El riesgo de la venganza es que siempre conduce hacia un fenómeno espiral, donde cada nuevo acto

¹⁵ JEP- Sección de Apelación, Sentencia Interpretativa, TP-SA-SENIT-1 de 3 de abril de 2019.

de venganza exige ser vengado. La venganza se presenta siempre como represalia, y toda represalia provoca nuevas represalias. El crimen que la venganza castiga casi nunca se concibe a sí mismo como inicial; se presenta como venganza de un crimen más original. [...] El perdón se relaciona con la memoria, en el sentido de que no busca olvidar lo anecdótico, sino curar la memoria de las víctimas, el perdón es una suerte de curación de la memoria, librar del peso de la deuda y darle futuro a la memoria, por ende, está íntimamente relacionado con la construcción de la verdad de donde las víctimas se sientan reconocidas.¹⁶

Un modelo de justicia apropiado para enfrentar una situación de conflicto implica sugerir que la justicia no solamente busca la imposición de un castigo a quien de forma grave haya vulnerado los derechos humanos, sino también la satisfacción de las víctimas, la restauración de su dignidad, que su voz sea escuchada; por ello, la pregunta es si tal cometido se alcanza en el modelo de justicia ordinaria, y la respuesta, sin lugar a dudas, es que no.

Vemos por qué el derecho penal basado en principios de oficiosidad aspira a ocuparse de la investigación y el juzgamiento de todos los delitos cometidos por la totalidad de quienes tomaron parte en el conflicto. El derecho penal y procesal penal ordinario están diseñados para estudiar caso a caso los fenómenos del conflicto, lo que hace difícil, por no decir imposible, solucionar problemas de violencia masiva. Al respecto, Yesid Reyes plantea:

... (i) la investigación y el juzgamiento de todos los delitos cometidos por la totalidad de quienes tomaron parte en el conflicto armado de casi cincuenta años tomaría muchas décadas [...] el derecho penal en su estructuración normal alcanza sus límites funcionales al enfrentarse al tratamiento de la violencia masiva. (ii) El derecho penal no está concebido para examinar y pronunciarse sobre esas conductas delictivas como parte de un único fenómeno (el conflicto armado); su función es la de decidir individualmente sobre los delitos que llegan a su conocimiento, prescindiendo del contexto en el que los mismos tienen lugar dentro de ese conflicto. (iii) La tercera, porque el derecho penal está en capacidad de establecer la “verdad” sobre crímenes puntuales de los que se ocupa, pero no de exponer la “verdad” del conflicto armado en su conjunto, elemento imprescindible para su superación. (iv) La cuarta, porque el derecho penal solo puede ordenar indemnizaciones a las víctimas después de proferir sentencias condenatorias contra los responsables de los crímenes, lo cual obligaría a las víctimas a esperar décadas para ser reparadas. (v) La quinta, porque el derecho penal no se ocupa de las causas de la criminalidad (ese es un tema reservado a la criminología y a la política criminal), lo que impediría abordar el estudio de las causas del conflicto como una forma de evitar su repetición.¹⁷

Consecuente con lo anterior, el derecho penal común no está diseñado para resolver los problemas del conflicto. Piénsese en el análisis del delito político que

¹⁶ Reyler Rodríguez y Eduardo Gabriel Osorio, *Justicia restaurativa*, Bogotá, Nueva Jurídica, 2018, p. 187.

¹⁷ Yesid Reyes (ed.), *¿Es injusta la justicia transicional?*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, p. 18.

se concibe como un fenómeno de criminalidad común y que se aborda desde su estructura como delito de mera conducta de carácter doloso, que se traduce en la configuración del injusto; situación diferente acontece en el marco del conflicto y en el escenario de la justicia transicional, donde este tipo de conductas, conforme al artículo 6.5 del Protocolo II, es susceptible de amnistía, tal y como fue concebido por el Acuerdo Final, el Acto Legislativo 01 de 2017 y la Ley 1820 del 30 de diciembre de 2016, “Por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos especiales y otras disposiciones”.¹⁸

En la revista internacional de derecho penal contemporáneo de la Universidad Javeriana se señala:

La justicia restaurativa se encamina a ver y a sentir la presencia de los muertos. Esta cosmovisión, que surge en el ámbito de la victimología y la criminología, reconoce que la conducta punible causa daños concretos a las personas y a las comunidades, e insta a que la justicia repare efectivamente esos daños y que, tanto a la comunidad como a las partes en conflicto, se les permita participar activamente en el proceso de la solución.¹⁹

Por otro lado, la misma investigación sugiere la consolidación de una política de transición con programas de justicia restaurativa, los cuales, atendiendo su esencia, “habilitan a las víctimas, al infractor y a los miembros afectados de la comunidad para que estén directamente involucrados en dar una respuesta al delito”.²⁰

Así las cosas, como un indicador esencial del proceso dialógico, el profesor Sanpedro Arrubla plantea: “El proceso restaurativo debe involucrar a todas las partes como aspecto fundamental para alcanzar el resultado restaurador de reparación y paz social”.²¹ A propósito, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) enfatiza estos aspectos, al establecer que un programa de justicia restaurativa se concibe como “aquel que utilice procesos restaurativos, entendiendo por estos, todo proceso en el que las víctimas, el delincuente y, cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un

¹⁸ Declarada exequible mediante Sentencia C-007 de 01 de marzo de 2018. “Es posible extraer al menos tres premisas para el control de la Ley 1820 de 2016 que, en ocasiones, parecen operar en sentidos distintos. Primero, debe respetarse en la mayor medida posible el pacto alcanzado entre las partes, como garantía de estabilidad, reconciliación y seguridad jurídica; segundo, es necesario preservar una perspectiva amplia frente a las decisiones de configuración de los órganos políticos y, especialmente, del legislador. Y tercero, la Corte debe velar por que todos los beneficios establecidos en la Ley sean compatibles con la satisfacción de los derechos de las víctimas, concebidos desde una perspectiva integral”.

¹⁹ Julio Andrés Sampedro, “¿Qué es y para qué sirve la justicia restaurativa?”, *Revista de Derecho Penal*, núm 12, 2005, p. 1.

²⁰ *Idem*.

²¹ *Idem*.

delito, participen conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del mismo, por lo general, con la ayuda de un facilitador”.²²

Ahora bien, un resultado restaurativo, parafraseando al profesor Sanpedro, debe entenderse como un acuerdo alcanzado a consecuencia de un proceso cuyo contenido sea la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad, encaminados a atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes en conflicto y a lograr la reintegración de las víctimas y el delincuente. En consecuencia,

... la justicia restaurativa constituye una visión alternativa del sistema penal que busca, por una parte, comprender el acto criminal en forma más amplia y reconoce que los infractores dañan a las víctimas, comunidades y aun a ellos mismos y, por la otra, involucrar más partes en repuesta al crimen, y en vez de dar papeles clave solamente al Estado y al infractor, incluye también a las víctimas y a la comunidad [...] La justicia restaurativa apunta a la idea del delito como una oportunidad para la construcción de nuevas relaciones entre las partes involucradas, es una justicia desde y hacia las víctimas que tiene en cuenta el pasado, que busca reconocerlo, regresar a él, pero no para instalarse en el dolor, sino para reconocer que se ha cometido una injusticia –que allí hay derechos pendientes– y a partir de allí visualizar el futuro.²³

Para Howard Zehr, la justicia restaurativa no es un programa orientado al perdón y la reconciliación porque depende exclusivamente de la voluntad de las partes. En tal sentido, el citado autor postula, respecto a la justicia restaurativa:

- Esta no es una mediación porque hay víctima y ofensor y un juez que resuelve.
- Hay un reconocimiento total o parcial de la responsabilidad del ofensor.
- No se diseña para bajar los índices de criminalidad.
- Las necesidades de las víctimas deben ser atendidas, los ofensores deben ser motivados a aceptar su responsabilidad, las personas afectadas deben tener participación en el proceso.
- No es un programa ni proyecto específico, no hay un modelo único, el diálogo y la experimentación generan diversos resultados.
- No está orientada a delitos menores, es para casos más graves.
- No es una panacea ni sustituye el sistema legal, busca dar una visión más equilibrada de justicia.
- No es una alternativa al encarcelamiento, no es el fin, aunque hay actividades restaurativas en paralelo con la prisión.
- No se opone a la retribución.
- Es un enfoque de necesidades y roles.²⁴

Como se ha señalado, uno de los paradigmas orientadores de la JEP es la aplicación de la justicia restaurativa, que preferentemente busca la restauración

²² *Idem.*

²³ *Idem.*

²⁴ Howard Zehr, *El pequeño libro de la justicia restaurativa*, Asunción, Good Books - Centro Evangélico Menonita de Teología, 2007.

del daño causado y la reparación de las víctimas afectadas por el conflicto, tal y como lo prevé el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2017, cuando enfatiza que este modelo de justicia “debe especialmente acabar con la situación de exclusión social que haya provocado la victimización”. Esta aspiración debe alcanzarse con el proceso restaurativo guiado por la administración de justicia en sede de la JEP, que, en su esencia y conforme a la declaración de Costa Rica sobre la justicia restaurativa en América Latina,²⁵ pretende que los actores implicados en la comisión de graves crímenes sean quienes se comprometan con el esclarecimiento de la verdad, la rendición de cuentas, las garantías de no repetición y, finalmente, con la necesaria reconstrucción del tejido social.

Necesidades de las víctimas

Howard Zehr señala que las víctimas tienen necesidades especiales: que sean atendidas adecuadamente, que no se sientan olvidadas ni ignoradas, y que puedan, si lo desean, acceder a los ofensores. Tienen derecho a la información, a saber qué pasó, cómo, por qué, quién lo hizo; a narrar los hechos como los vivió; a contar su historia; a que el ejecutor conozca y dimensione el daño que le causó y el impacto de sus acciones.

La víctima también tiene derecho a controlar su vida, que no la siga agobiando el pasado, que pueda avanzar en sociedad; por ello, es necesaria la restitución o reivindicación, esto es, que el ofensor reconozca su responsabilidad y que la víctima no se sienta culpable.

Sin duda, en un modelo de justicia donde las víctimas son el eje, su presencia y participación son determinantes. Esta es la diferencia con el modelo de justicia ordinaria, en donde en el proceso de partes cada uno defiende su postura, y la víctima queda olvidada, o su pretensión supeditada a determinada etapa procesal o voluntad de quien la representa. En este modelo, sus derechos están garantizados en las diversas etapas del proceso, como lo prevén los artículos 2 y 3 de la Ley 1922 de 2018.²⁶

Al respecto, la Sección de Apelación de la JEP advirtió que la administración de justicia transicional puede convertirse, por sí misma, en una contribución a la reparación, siempre y cuando se propicie su participación. Asimismo, destacó que estas pueden recobrar su dignidad y autoestima si su voz es escuchada con atención y registrada en un procedimiento oficial.²⁷

²⁵ Declaración de Costa Rica: sobre la justicia restaurativa en América Latina, Seminario “Construyendo la justicia restaurativa en América Latina”, Santo Domingo de Heredia, 21-24 de septiembre de 2005.

²⁶ Por medio de la cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la JEP.

²⁷ JEP, Sección de Apelación, cit.

En cuanto a los ofensores

El autor propone que el ofensor debe dimensionar las consecuencias de sus acciones y procurar la empatía con las víctimas, reconocer el mal causado, comprender el alcance de sus acciones y el impacto que generó en las víctimas y en las comunidades que afectó. Debe reparar el daño, comprender el sentido de las reparaciones simbólicas y transformar la vergüenza.²⁸

La justicia restaurativa también reconoce las necesidades del ofensor, esto es, tener oportunidades, tratamiento a sus adicciones o problemas, que se le reconozcan sus genuinas y legales habilidades y destrezas, que se le motive y acepte su proceso de reintegración a la sociedad.²⁹

Respecto de la categoría “ofensor”, es oportuno señalar que el legislador colombiano ha denominado a este tipo de personas, conforme al artículo 5 de la Ley 1922 de 2018, como “compareciente”; así, la persona que se acogió o fue puesta a disposición de la JEP adquiere la calidad de compareciente a partir del momento en que esta asume competencia.

Características de la justicia restaurativa

La justicia y la paz, como señalan Mauricio Martínez y Luigi Ferrajoli,³⁰ son un poder contramayoritario. Por ello, el modelo procesal debe apuntar a dignificar a las víctimas; de ahí, la imperiosa necesidad de la verdad. No se trata de un modelo de “terror penal”, sino de un escenario donde se destaque la verdad que identifique la causa estructural del conflicto; donde se conozca por medio de la víctima y del compareciente qué pasó, cómo ocurrió, por qué, y en el que nos comprometamos a que lo ocurrido jamás vuelva a acontecer.

Debe precisarse que la justicia restaurativa no es un escenario de mediación, es un modelo de justicia en el que han de establecerse responsabilidades, destacando los derechos de las víctimas y sus necesidades, así como la seguridad jurídica y las necesidades del procesado. Por ello, este modelo ha de ser flexible y no sujeto a extremos dogmáticos o procesales rígidos; es un escenario donde la escucha es un componente ontológico que busca responder a los derechos de las víctimas, las visibiliza, las comprende. Es un contexto de armonía social, de comprensión, respeto y dignidad; es un ejercicio de diálogo y de emociones que puede ofrecer el valioso espacio de la sanación para las víctimas, los comparecientes y la sociedad; es el umbral de la reconciliación.

Uno de los retos de la justicia transicional en Colombia y el modelo restaurativo es lograr que esta justicia tenga la capacidad de generar condiciones de

²⁸ Zehr, *op. cit.*

²⁹ *Idem.*

³⁰ Luigi Ferrajoli y Mauricio Martínez, *Fundamentos de la justicia transicional para Colombia. Es tiempo de las víctimas y la reconstrucción*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia - Editorial Ibáñez, 2017, p. 79.

convivencia pacífica, por lo que cobra todo sentido que la justicia restaurativa busque superar el límite del retribucionismo.³¹ Al ser una respuesta al conflicto, a las masivas y graves afectaciones de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, debe generar espacios de restauración que se alcanzan con la verdad, la no repetición, la manifestación del perdón –idealmente su aceptación–, la reconciliación, empatía y compasión; en otras palabras, todo aquello que permita dar una solución y cierre definitivo al conflicto. En contraste, los problemas contemporáneos de la administración de justicia ordinaria son, entre otros, el acceso ineficaz y la pronta, oportuna y cumplida justicia, y el olvido a las víctimas.

Cuando se señala que en la justicia restaurativa se habla de restauración del tejido social, de cohesionar la sociedad, de reconstruir lazos de confianza entre la sociedad y las instituciones, significa que, en el modelo judicial de la JEP, las víctimas, los comparecientes y la sociedad se reconcilien. Lo anterior no ocurre con los modelos procesales inquisitivos o adversariales, por lo que existen reparos al retribucionismo vengativo.

El modelo de justicia restaurativo tiene una visión más amplia que el de la justicia ordinaria. Insiste en que lo restaurativo implica dar la oportunidad a la víctima de ser escuchada una y otra vez, brindarle la oportunidad de que cuente y recuente su vivencia, su dolor, sus angustias, y que el compareciente lo escuche y, en un acto voluntario, lo interiorice, recapacite, reflexione y se exprese a través de la petición de perdón, donde se busca privilegiar la armonía en el restablecimiento de relaciones de la sociedad, la restauración del daño causado y la garantía de los derechos de las futuras generaciones.

Los procesos restaurativos no privilegian la compensación monetaria, sino que constituyen la restitución de los derechos de las víctimas, a través de programas de rehabilitación y medidas simbólicas, como disculpas oficiales, monumentos y ceremonias conmemorativas. Dentro de los Principios de Joinet sobre impunidad y reparaciones se señala que la reparación a las víctimas puede estar compuesta por las siguientes medidas:

- a) Medidas de restitución (tendientes a que la víctima pueda volver a la situación anterior a la violación); b) medidas de indemnización (perjuicio síquico y moral, así como pérdida de una oportunidad, daños materiales, atentados a la reputación y gastos de asistencia jurídica); y c) medidas de readaptación (atención médica que comprenda la atención psicológica y psiquiátrica).

³¹ La teoría de la retribución supone que el sentido de la pena estriba en que la culpabilidad del autor sea compensada mediante un mal penal. La justificación de tal procedimiento no se desprende, para esta teoría, de cualesquiera fines por alcanzar con la pena, sino que lleva su fin en sí misma. Tiene que ser porque tiene que imperar la justicia (Claus Roxin, *Problemas básicos del derecho penal*, Madrid, Universidad Complutense, 2017, pp. 11-36).

En el plano colectivo, los Principios de Joinet también reconocen la importancia de las medidas de carácter simbólico, a título de reparación moral, tales como “el reconocimiento público por parte del Estado de su responsabilidad, las declaraciones oficiales restableciendo a las víctimas su dignidad, las ceremonias conmemorativas, las denominaciones de vías públicas, los monumentos que permiten asumir mejor el deber de la memoria”.³²

En ese sentido, lo fundamental del proceso restaurativo es enfocar sus esfuerzos en atender las demandas de las víctimas a la verdad, la justicia, la justa reparación, y a que se les garantice que los hechos victimizantes que los afectaron no volverán a ocurrir. Al menos, ese es el contenido programático que exige el estándar del derecho internacional de derechos humanos (DIDH).

El procedimiento dialógico

Se ha señalado, insistentemente, que la escucha es el componente ontológico del modelo de justicia restaurativa, premisa que tiene plena vigencia debido a que este es el escenario procesal donde se solaza el procedimiento dialógico. En el escenario de la audiencia pública emerge la capacidad de escucha, la disposición al diálogo entre las víctimas y el compareciente. Este espacio permite que la víctima cuente los hechos, su dolor, el nivel de afectación, que manifieste cómo la impactó y la afectó. Igualmente, posibilita que el compareciente comprenda y dimensione el daño que causó, el nivel de afectación que generó en las víctimas o las comunidades, que recapacite y que, en este ambiente y momento, surja el acto voluntario de arrepentimiento y perdón.

Para la justicia restaurativa y el procedimiento dialógico, la comunicación y el diálogo sincero, sereno y claro son fundamentales, tal como lo sostiene Jürgen Habermas: “El lenguaje y el entendimiento, el alcance y significado de las palabras son determinantes y fundamento de la acción comunicativa”. Es una teoría del significado del lenguaje internamente unida a la dimensión de validez.

Fundamentos de la acción comunicativa de Habermas

En su obra, el filósofo y sociólogo alemán retoma las ideas de Weber, pero las reconstruye en razón de los cambios de la dinámica social, “considera que es viable legitimar la existencia de los derechos humanos mediante un procedimiento dialógico, de tal manera que los actores puedan argumentar sus razones y aspiraciones, las que finalmente deben ser incorporadas al ámbito

³² ONU-Ecosoc, *La administración de la justicia y los derechos humanos de los detenidos. 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, Distr. General E/CN. 4/Sub. 2/1997/20/Rev.1 2 octubre de 1997.

jurídico mediante un discurso procedimental que ha pasado por un proceso deliberativo".³³

Ha de entenderse que el procedimiento donde se identifican las partes puede tener cabida en una comunidad de diálogo, en donde el relato de la víctima es fundamental y las manifestaciones del compareciente generen un proceso deliberativo que lleve al establecimiento de acuerdos que hagan posible la coexistencia social; no así la sanción, porque ella está en manos del poder punitivo del Estado y, en consecuencia, no es negociable. El acuerdo que está sometido a la validez será sobre la forma en que se cumplirá el componente restaurativo de la sanción y las garantías de no repetición. Expone Habermas:

El análisis de estructuras generales de los procesos de entendimiento, de las que puedan deducirse condiciones de participación a las que hay que poder caracterizar formalmente. [...]. Se trata de analizar el saber preteórico de los hablantes competentes, los cuales pueden por sí mismos distinguir intuitivamente cuándo tratan de ejercitar un influjo sobre los otros y cuándo se entienden con ellos; y saben además cuándo fracasan las tentativas de entenderse. Un acuerdo alcanzado comunicativamente, o un acuerdo supuesto en común en la acción comunicativa, es un acuerdo proposicionalmente diferenciado.

Los procesos de entendimiento tienen como meta un acuerdo que satisfaga las condiciones de un asentimiento, racionalmente motivado, al contenido de una emisión. Un acuerdo alcanzado comunicativamente tiene que tener una base racional; es decir, no puede venir impuesto por ninguna de las partes, ya sea instrumentalmente. El acuerdo se basa en convicciones comunes. El acto de habla de un actor sólo puede tener éxito si el otro acepta la oferta que ese acto de habla entraña, tomando postura (siquiera sea implícitamente) con un sí o con un no frente a una pretensión de validez que en principio es susceptible de crítica.³⁴

Habermas desarrolló los conceptos de racionalidad de la acción y racionalización social, los cuales implican saber y comprender lo que se quiere decir; que lo dicho sea fiable, para así entender y validar el significado de una expresión lingüística, sugiere ubicar en el contexto esa expresión para que la podamos aceptar y validar.

Es un asunto de doble vía, esto es, de escucha, diálogo reflexivo y racional, propio del escenario dialógico, en donde se expresa con claridad una pretensión, cuya validez se reconoce al ser aceptada, pero dicha aceptación depende de la verdad, pues si se miente, la comunicación se rompe.

Esta concepción de lo dialógico inspira el ambiente que ha de identificar las audiencias de verdad, reconocimiento de responsabilidad y perdón, como

³³ Andrés de Zubiría Samper, "El proceso de paz y la filosofía política", *Sin fundamento. Revista Colombiana de Filosofía*, núm. 11, 2009, p. 105.

³⁴ Jürgen Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*, Madrid, Taurus, 1987, p. 368.

también la audiencia de verificación o la restaurativa a que aluden las normas de procedimiento de la JEP.³⁵

Al respecto, Luis Garrido Vergara, interpretando a Habermas, esboza que el lenguaje posee una dimensión del significado y una dimensión de la validez, íntimamente unidas. Y refiere:

Una teoría que permitiera identificar grados de acuerdo según el reconocimiento intersubjetivo de validez de una emisión susceptible de crítica. El autor señala que las cuestiones de significado no pueden separarse del todo de las cuestiones de validez. A través de este supuesto señala que lo básico de la teoría del significado es saber qué es lo que se quiere decir o, en otras palabras, cómo entender el significado de una expresión lingüística y bajo cuáles contextos esa expresión puede ser aceptada como válida. Esto es relevante en el sentido de entender el significado de una expresión lingüística en términos de su uso.³⁶

Tratándose del procedimiento dialógico, Roberto Gargarella señala que viene gestándose una práctica de diálogo novedosa y cada vez más frecuente, que se da “típicamente ante litigios de tipo estructural, que involucran problemas públicos de primera importancia, y masivas y graves violaciones de derecho”.³⁷ Señala Gargarella:

Los tribunales, particularmente los constitucionales, se han animado a tomar medidas originales, incluyendo de modo notable convocatorias a audiencias públicas, en las que muy habitualmente participaron no sólo las partes involucradas (encabezadas, normalmente, por representantes estatales de niveles y jurisdicciones diferentes), sino también representantes diferentes de la sociedad civil (desde organizaciones de consumidores, a movimientos de víctimas o asociaciones de consumidores). A través de dichas audiencias, los tribunales i) han dejado de lado una tradicional actitud de auto restricción y deferencia al legislativo; ii) se han comprometido frente a violaciones masivas y graves de derechos, que antes dejaban virtualmente desatendidas; iii) han tendido a destrabar, impulsar y poner en foco público discusiones difíciles y de primera importancia, acerca de cómo resolver esas violaciones

³⁵ Congreso de Colombia, Ley 1922 de 18 de julio 2018, Por medio de la cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la Jurisdicción Especial para la Paz, artículos 27, 27C, 30 y 44.

³⁶ Continúa Garrido: “Todo acto de habla (considerado en conjunto) dice Habermas, puede ser criticado como no verdadero en lo que concierne al enunciado hecho, como no correcto en lo que concierne a los contextos normativos vigentes, y como no veraz en lo que concierne a la intención del hablante. A partir de esto Habermas explica, las consecuencias que tocan en cuanto a las cosas básicas de la teoría del significado: ya no hay que definir a la pretensión de verdad semántica, ni siquiera sólo desde la perspectiva del hablante. Las pretensiones de validez constituyen un punto de convergencia del reconocimiento intersubjetivo por todos los participantes. [...] Un hablante, al asumir con su pretensión de validez susceptible de crítica la garantía de aducir razones que avalen la validez del acto de habla, así como el oyente que conoce las condiciones de aceptabilidad entiende lo dicho, debe tomar una postura racionalmente motivada. Si reconoce la pretensión de validez acepta la oferta que el acto de habla comporta y asume la parte que le toca de obligaciones relevantes para el posterior uso de la interacción” (Luis Garrido, “Teoría de la acción comunicativa”, *Razón y Palabra*, núm. 75, 2011).

³⁷ Roberto Gargarella, “El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos”, *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. 14, 2013, p. 2.

de derechos; iv) y han hecho todo esto sin interferir en el ámbito de decisión democrática propio del poder político, y por tanto sin arrogarse una legitimidad o poderes de los que carecen [...].

La posibilidad de desarrollar prácticas dialógicas ha resultado, desde un comienzo, muy atractiva, aún para personas provenientes de posiciones antagónicas, por razones también diversas. En primer lugar, el lenguaje del diálogo conlleva, ya de por sí, una connotación emotiva favorable, en la medida en que apela a una civilizada y respetuosa resolución de conflictos, en momentos marcados por los antagonismos políticos.³⁸

Como se ha señalado, la JEP es el componente judicial del SIVJRNR, al cual se le impone la obligación de investigar y sancionar los delitos cometidos en el marco del conflicto armado hasta el primero de diciembre de 2016, ámbito de temporalidad que se determina sin limitar el factor de competencia objetivo o material, esto es, ni en el Acuerdo Final, ni en el Acto Legislativo 01 de 2017 se hace distinción sobre la clase de delito, sino que dentro de la órbita de su competencia se establece el conocimiento de toda clase de delitos cometidos en el marco del conflicto, pero se modula al atribuirle la obligación de investigar y sancionar a quienes hayan cometido los más graves y representativos crímenes, y establecer los que hayan tenido una participación determinante.

Cuando se dispone a resolver la situación jurídica de quienes están en el mismo supuesto, pero no tuvieron participación determinante, así como de quienes hubiesen cometido injustos relacionados con el conflicto, pero cuyo delito no tiene entidad de “grave”, este resulta ser amnistiable o declinable de la acción penal. Aquí es oportuno afirmar que la distinción se hace respecto a qué delitos son susceptibles de amnistía o renuncia a la persecución penal y cuáles no. A partir de dicha distinción, se dispone que las graves violaciones de los derechos humanos o las graves infracciones al derecho internacional humanitario no son susceptibles de amnistía o renuncia a la persecución penal, esto es, crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra.

El Acuerdo Final, el Acto Legislativo 01 de 2017 (art. 7), la Ley 1922 de 2018 (tít. III, arts. 27 a 60) y la Ley Estatutaria 1957 de 06 de junio de 2019³⁹ han dispuesto salas, secciones y la Unidad de Investigación y Acusación (UIA), con competencias definidas y procedimientos diferentes, para proceder frente a escenarios de aporte a la verdad y el reconocimiento o no de responsabilidad. Es así como el artículo 73 de la citada Ley Estatutaria prevé dos tipos de procedimientos: en casos de verdad y responsabilidad, y en casos de ausencia de

³⁸ *Ibid.*, pp. 2-3.

³⁹ Cuya constitucionalidad fue declarada mediante Sentencia C-080 de 15 de agosto de 2018, con excepción de los artículos 19, 20, 21, 22, 32, 34, 36, 41, 42, 43, 45, 46, 49, 52, 55, 57, 62, 63, 71, 79, 80, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 91, 93, 95, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 109, 110, 112, 114, 125, 146, 148, 152, 153 y 157.

reconocimiento de verdad y responsabilidad. Aquel tiene una vocación dialógica y de este tamiz.

El proceso penal ordinario de contenido adversarial se caracteriza porque existen dos partes enfrentadas, en condiciones “procesales” de igualdad de armas, ante un juez que dirige la audiencia y ante el que se surte el debate probatorio, escenario donde se construye la verdad, pero supeditada a los efectos del enfrentamiento entre la defensa y la fiscalía (independientemente de si el modelo es inquisitivo o acusatorio). Se trata de una controversia de derechos propios que son defendidos, en donde el núcleo del modelo procesal no es la víctima, sino la responsabilidad del delincuente.

Por eso, con razón se afirma que en el proceso penal hay un imperativo categórico que es la pena y su retribución, en tanto en el modelo transicional el imperativo es moral, y son las víctimas, su derecho a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición.

Un proceso dialógico, entendido como medio, busca generar espacios reglados de discusión, pero orientados a un fin: los derechos de las víctimas y la sanción al compareciente, que se expresa en establecer la verdad, la responsabilidad y las garantías de no repetición; y en determinar la sanción, dosificarla y fijar sus componentes retributivos de restricción de derechos y libertades, así como el componente reparatorio y restaurativo. Este procedimiento tiene etapas procesales deliberativas, donde participan las víctimas y los comparecientes; es un escenario donde la víctima es atendida y escuchada, donde puede expresar y narrar, una y otra vez, los hechos, cómo los vivió y cómo la afectaron.

La dinámica propia de este modelo procesal ha de motivar al compareciente a escuchar a la víctima, a comprender y dimensionar el daño causado; a generar espacios voluntarios de reflexión, vergüenza y arrepentimiento, donde el compareciente ha de expresar cómo fueron los hechos, qué hizo y por qué lo hizo, qué lo llevo a hacerlo, cómo participó en ello y, si lo decide, aceptar la responsabilidad. En suma, es un espacio-escenario basado en un contexto de pretensiones de validez y no en relaciones de poder.

Esta idea de procedimiento dialógico se dispone como principio en la citada Ley 1922 de 2018, cuando en el literal b del artículo 1º dispone:

Procedimiento dialógico. El procedimiento en casos de reconocimiento de la verdad tendrá un carácter dialógico o deliberativo, con participación de las víctimas y de los comparecientes a la JEP. El deber de aportar verdad no implica la obligación de aceptar responsabilidades. Se aplicará de preferencia el principio dialógico sobre el adversarial, respetando y garantizando en todo caso los principios de imparcialidad, independencia judicial, debida motivación, publicidad, debido proceso, contradicción, derecho a la defensa, presunción de inocencia, favorabilidad, libertad escoger profesional del derecho con acreditación, que se encuentra legalmente autorizado por la legislación colombiana para apoderar a personas que deban acudir ante autoridad judicial o administrativa, participación las víctimas y doble instancia.

En definitiva, el procedimiento dialógico impone a la JEP una participación activa de todos aquellos que estuvieron involucrados en la conducta criminal, es decir, victimarios, víctimas, sociedad y Estado, con el fin de recomponer el tejido social y promover la reconciliación nacional. Estas son las grandes exigencias, en un modelo de justicia restaurativa, en un contexto de alta conflictividad como el colombiano.

Conclusión

Como se ha anotado, el modelo de justicia transicional que se ha dispuesto en Colombia, a consecuencia del Acuerdo Final y lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2017, busca garantizar la paz estable y duradera; los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición. De igual forma, dicho modelo debe establecer responsabilidades, imponer sanciones frente a los más graves crímenes cometidos en el marco del conflicto armado y resolver la situación jurídica de todos los comparecientes; todo esto dentro de los trámites judiciales dispuestos para tal fin y conforme a las garantías procesales que se deben observar en los procedimientos con vocación dialógica (con reconocimiento) o adversarial (sin reconocimiento), los cuales encuentran su punto de convergencia en el modelo de la justicia restaurativa, que no desatiende el componente retributivo, pero que garantiza y visibiliza los derechos de las víctimas en todo momento procesal.

Bibliografía

- AMBOS, Kai *et al.* (coords.), *Justicia transicional y derecho penal internacional*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal de Latinoamérica (Cedpal), Instituto de Filosofía de la Universidad de Antioquia, Fundación Konrad Adenauer - Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, 2018.
- BERNAL, Carlos, Gerardo BARBOSA CASTILLO y Andrés Rolando CIRO GÓMEZ (eds.), *Justicia transicional. Retos teóricos*, vol. 1, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-579 de 2013, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- _____, Sentencia C-577 de 2014, M. P. Martha Victoria Sáchica Méndez.
- DE GREIFF, Pablo, *Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición*, Asamblea General de Naciones Unidas, 2012.
- DE ZUBIRÍA, Andrés, "El proceso de paz y la filosofía política", *Sin fundamento. Revista Colombiana de Filosofía*, núm. 11, 2009.

- DECLARACIÓN DE COSTA RICA: SOBRE LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN AMÉRICA LATINA, Seminario “Construyendo la justicia restaurativa en América Latina”, Santo Domingo de Heredia, 21-24 de septiembre de 2005. Disponible en: <http://www.justiciarestaurativa.org/news/crdeclaration/>
- FERRAJOLI, Luigi y Mauricio MARTÍNEZ, *Fundamentos de la justicia transicional para Colombia. Es tiempo de las víctimas y la reconstrucción*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Editorial Ibáñez, 2017.
- FUNDACIÓN HEINRICH BÖLL, *Informe especial de Derechos Humanos. Situación de lideresas y líderes sociales, de defensoras y defensores de derechos humanos y de excombatientes de las FARC-EP y sus familiares*, Bogotá, Fundación Heinrich Böll, 2018. Disponible en: https://co.boell.org/sites/default/files/20180629_ideas_verdes_8_web.ok_.pdf
- GARGARELLA, Roberto, “El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos”, *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. 14, 2013. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/2014-roberto-gargarella.pdf>
- GARRIDO, Luis, “Teoría de la acción comunicativa”, *Razón y Palabra*, núm. 75, 2011.
- GOBIERNO NACIONAL Y FARC-EP, *Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera*, 2016.
- HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa*, Madrid, Taurus, 1987.
- IBÁÑEZ, Jorge Enrique, *Justicia transicional y comisiones de la verdad*, 2ª. ed., Madrid – Bogotá, Biblioteca de Derechos Humanos, Instituto Berg, 2017.
- LEMIEUX, Pierre, *The underground economy. Causes, extent, approaches*, Montreal Economic Institute Research Papers, Department of Management Sciences Université du Québec en Outaouais, 2007. Disponible en: http://www.iedm.org/files/cdr_nov07_en.pdf
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LA PAZ, *Biblioteca proceso de paz -FARC*, t. 8, Bogotá, OACP, 2018.
- OSORIO, Carlos Alberto, Colombia, Estado, conflicto y modernidad, *Colección Académica de Ciencias Sociales*, vol. 3, núm. 2, 2016.
- PRIETO, Rafael, “TADIC: internacionalización de conflictos internos y responsabilidad individual”, *Grandes fallos de la justicia penal internacional*, Bogotá, Universidad Javeriana y Biblioteca Jurídica Díké, 2005.
- ONU-ECOSOC, *La administración de la justicia y los derechos humanos de los detenidos. 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*, Distr. General E/CN. 4/Sub. 2/1997/20/Rev.1 2 octubre de 1997.

- RODRÍGUEZ, Reyler y Eduardo Gabriel OSORIO, *Justicia restaurativa*, Bogotá, Nueva Jurídica, 2018.
- REYES, Yesid (ed.), *¿Es injusta la justicia transicional?*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.
- ROXIN, Claus, *Problemas básicos del derecho penal*, Madrid, Universidad Complutense, 2017.
- SAMPEDRO, Julio Andrés, “¿Qué es y para qué sirve la justicia restaurativa?”, *Revista de Derecho Penal*, núm 12, 2005. Disponible en: http://legal.legis.com.co/document/Zndex?obra=rpenal&document=rpenal_7680752a8057404ce0430a010151404c
- SECRETARIO GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies*, Security Council United Nations, S/2004/616, 23 de agosto de 2004.
- SIMON FRASER UNIVERSITY, *Human Security Report*, Vancouver, Simon Fraser University, 2012.
- SOLÍS UMAÑA, Sonia, *El enfoque de derechos: aspectos teóricos y conceptuales*, San José de Costa Rica, 2003. Disponible en: <http://www.ts.ucr.ac.cr/binarios/docente/pd-000133.pdf>
- UCPD-PRIO, *Uppsala Conflict Data Program and Peace Research Institute Oslo*, 2009. Disponible en: <https://www.prio.org/Data/Armed-Conflict/UCDP-PRIO/>
- UPRIMNY, Rodrigo y Diana GÜIZA, “Pacigerancia: el valor jurídico de los acuerdos de paz en el derecho internacional”, *Latin American Law Review*, núm. 03, pp. 49-78.
- UPRIMNY, Rodrigo, Nelson Camilo SÁNCHEZ y Laura Marcela LOZANO, *Introducción al concepto de justicia transicional*, Módulo de Formación dirigida, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, s. f.
- WESTENDORF, Jasmine-Kim, *Why peace processes fail: Negotiating insecurity after civil war*, Boulder, Lynne Rienner Publishers, 2015.
- ZEHR, Howard, *El pequeño libro de la justicia restaurativa*, Asunción, Good Books - Centro Evangélico Menonita de Teología, 2007.

JEP: expectativas y realidad. Paz imperfecta-Justicia imperfecta

«CATERINA HEYCK PUYANA» Magistrada de la Sección de Revisión del Tribunal para la Paz

Resumen: En este artículo se fundamenta la necesidad de que el juez transicional no tenga sobre sus ojos la venda que metafóricamente se le impone a quien imparte justicia, al tiempo que se invita a que su visión no se limite al marco temporal del pasado, sino que también observe la realidad del presente y, especialmente, que proyecte su vista al futuro. Se invita, además, a que de antemano determine cuáles son las respuestas de justicia que no puede permitirse incumplir, frente a las expectativas de las víctimas, su propia conciencia, el sentido de la justicia restaurativa y la realidad fáctica y temporal de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP).

Para lo anterior se introduce el concepto de 'justicia imperfecta', análogo al de 'paz imperfecta', y se ponen de presente los resultados obtenidos por la Corte Penal Internacional (CPI) frente a las expectativas mundiales en materia de lucha contra la impunidad. De otro lado, se hace un llamado a que el trabajo desarrollado por la justicia ordinaria sea especialmente tenido en cuenta y que, sobre el mismo, se construya en la justicia transicional.

Palabras clave: paz imperfecta, justicia imperfecta, justicia transicional.

Abstract: This article argues that transitional judges should not cover their eyes with the blindfold metaphorically imposed on those who impart justice, while inviting them not to limit their views to the timeframe of the past, but rather to also observe the reality of the present and, especially, to project their views to the future. It also invites them to determine in advance the judicial responses that they cannot fail to provide in light of victims' expectations, their own conscience, the meaning of restorative justice, and the factual and temporal reality of the Special Jurisdiction for Peace (JEP).

For this purpose, the article introduces the concept of 'imperfect justice,' analogous to that of 'imperfect peace,' and it presents the results obtained by the International Criminal Court (ICC) with respect to global expectations regarding the fight against impunity. Furthermore, it urges that special consideration be given to the work developed by the ordinary justice system, and that such work serve as the basis for the construction of transitional justice.

Key words: Imperfect peace, imperfect justice, transitional justice.

Introducción

El modelo de justicia transicional de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) es en extremo ambicioso, como también lo fue la Corte Penal Internacional (CPI) cuando se creó para juzgar crímenes de guerra, de lesa humanidad y genocidio a nivel mundial, o el modelo de Justicia y Paz para juzgar los crímenes del paramilitarismo en Colombia. La diferencia entre expectativas y resultados posibles debe ser considerada por los jueces transicionales teniendo en cuenta la realidad que se vive y el carácter temporal de la JEP, de manera que puedan responder a las expectativas de las víctimas y a sus propias conciencias cuando llegue el fin de su competencia.

También, los jueces transicionales deben tener una visión clara de los hechos que les corresponde juzgar, visión que no solo se circunscribe al pasado como marco temporal de competencia, sino al presente y al futuro, si se tiene en cuenta que se trata de una justicia prospectiva cuyo propósito fundacional es la consolidación de una paz estable y duradera.

Justicia sin venda

La imagen de la justicia vendada, que durante tanto tiempo imperó en las academias de jurisprudencia, en las oficinas de abogados y en los despachos judiciales, no debe existir en las mentes de los magistrados y las magistradas de la justicia transicional. Años atrás, la Corte Constitucional invitó a los jueces a quitarse la venda para ver los hechos que les corresponde juzgar y lo reiteró con fuerza cuando –con ocasión de la demanda contra varios artículos de la Ley de Procedimiento de la JEP, dentro de los cuales estaba la prohibición para la Sección de Revisión (SR) del Tribunal de practicar pruebas en los trámites de garantía de no extradición– contó la curiosa historia de la imposición de aquella venda como limitante de la visión del juez.¹

Cuenta la Corte que una de las primeras referencias a la imagen de la justicia vendada, que demuestra el sinsentido de la misma, corresponde a un grabado del año 1494, atribuido a Durero, que acompaña la obra de Sebastian Brant titulada *La nave de los necios*. Allí aparece la representación de un hombre tonto que viste un sombrero con orejas de asno, poniéndole una venda a la justicia para inducirla a error.² Esto lo pone de presente la Corte para cuestionar la

¹ Corte Constitucional, Sentencia C-112 de 2019, párrs. 59 y ss.

² Esta representación ha sido analizada en estudios sobre la iconografía de la justicia en los siguientes términos: “Las connotaciones negativas de la venda fueron aplicadas a la justicia en uno de los muchos grabados que ilustran un libro, *La nave de los necios*, escrita por Sebastian Brandt y fechada a finales de los años 1400s. Este volumen inmensamente popular, con algunas imágenes atribuidas a Albrecht Dürer, está lleno de instrucción moral. La ilustración de *El tonto vendando a la justicia* acompaña un capítulo titulado ‘Litigando y yendo a la Corte’. Un lector de *La nave de los necios* no hubiera podido tener duda de la negatividad de la ceguera para el autor, quien repetidamente advirtió en contra de ‘la tontería, la ceguera, el error, y la estupidez de todas las

imagen típica del juez, “como un frío e impávido funcionario que se limita a esperar que las partes dispongan sus pretensiones sobre la balanza, ajena al Estado social y democrático de derecho”,³ con lo que llama a los jueces a quitarse la venda.

Este exhorto a ver la realidad tiene, sin duda, aún más sentido en la justicia transicional. Así lo advirtió la Corte para fundamentar la lógica de su decisión, que declaró inexecutable aquella prohibición de practicar pruebas pues estaba en contra del debido proceso, pero también porque detrás de todo está el propósito o la razón de ser de esta forma de justicia, concebida para cerrar un conflicto armado de más de 50 años.

Pero ¿qué puede significar esta remoción de la venda? ¿En qué consiste el deber de “ver”, de observar, en la justicia transicional? ¿Cuál es la venda que se deben quitar los jueces transicionales? Lo obvio o elemental es que puedan ver tanto a las víctimas como a los victimarios, que puedan ver el pasado que les corresponde juzgar. El factor temporal del pasado claramente se encuentra establecido y limitado por el acto legislativo que creó la JEP hasta la firma del Acuerdo de Paz. Sin embargo, ese marco temporal, que tiene como límite el 1 de diciembre de 2016, no puede restringir la visión del juez transicional y ponerle una venda frente a todo lo que ha acontecido después. Por esto, aun cuando no tiene competencia para juzgar los hechos del presente, no puede desconocerlos porque por encima de todo la JEP tiene como razón la consolidación de una paz estable y duradera. En este sentido, además de ver el pasado para juzgarlo, debe tener también una visión del presente y, especialmente, del futuro; debe avizorarlo y planearlo. Está en la obligación de hacerlo.

En junio de 2015, en medio de las conversaciones de La Habana y antes de la firma del acuerdo, vino a Colombia el sudafricano Roelf Meyer, negociador del gobierno de De Klerk con Mandela, quien contó cómo, para llegar a la firma de la paz en Sudáfrica, decidieron focalizar su atención en la visualización del futuro al que querían llegar.⁴ Acordaron privilegiar el futuro por sobre el pasado y, bajo este supuesto, construyeron lo demás. Los relatos que salieron de la Comisión de la Verdad –sobre el pasado– se hicieron, no con el propósito de mirar atrás, sino hacia adelante. Es bien sabido que el modelo sudafricano se focalizó en la consecución de la verdad por encima de la justicia. Sin embargo, y como bien lo explicó Roelf Meyer, esa verdad, más que observar el pasado, imaginaba el futuro de Sudáfrica, un futuro sin discriminación racial ni violencia.

estaciones y tipos de hombres” (traducción libre) (Judith Resnik y Dennis Curtis, *Representing Justice: From Renaissance Iconography to Twenty-First-Century Courthouses*, Yale, Yale Law School, 2017, pp. 162-164).

³ Corte Constitucional, Sentencia SU-768 de 2014.

⁴ Roelf Meyer, “La paz de un país se logra solo cuando ganan todos”, *El Colombiano*, 30 de mayo de 2015.

Visión y justicia del pasado

En Colombia, los miles de libros, artículos, informes, testimonios, reportes, documentos y, en particular, las miles de sentencias condenatorias relativas al conflicto armado llenan de contenido la tarea que sobre el pasado tiene la JEP. Sin duda, para los jueces transicionales, el problema con el pasado no será de falta de visión, sino de exceso; incluso, de “saturación visual”, que tiene el riesgo de llevar a la pérdida de foco. El gran desafío será determinar qué corresponde escoger de ese pasado para ver, para juzgar: si lo obvio que salta a la vista o lo que ha permanecido escondido y que jamás se ha avizorado –lo que nadie ha visto o ha querido ver–.

Dentro de aquello que podemos llamar obvio en el conflicto armado está el secuestro. Nadie en este país ignora que en Colombia hubo secuestro. Todo el mundo sabe que la mayoría de las víctimas de este flagelo –sin ser las únicas– fueron empresarios, personas con dinero cuyas familias pagaron los rescates exigidos y que con esto la guerrilla se financió. La situación fue tan dramática que se llegó al absurdo de que el Congreso prohibiera el pago de estos rescates y convirtiera dicha actuación desesperada en delito.⁵ La Corte declaró, luego, inexecutable esta ley⁶ porque iba en contra del más elemental supuesto jurídico del Estado de necesidad y en contradicción con el deber de solidaridad consagrado en la Constitución Política.

El país tampoco ignora que del secuestro económico, la guerrilla pasó al secuestro político como una estrategia, ya no de financiación, sino de presión para lograr el canje y el diálogo con el Gobierno. Secuestrados como Ingrid Betancourt, Clara Rojas, Sigifredo López, Alan Jara, entre otros, están en la memoria de los colombianos y las colombianas, que quizá recuerden más a quienes sobrevivieron que a quienes murieron esperando la realización de un acuerdo humanitario que nunca se dio. De seguro el país ignora por qué unos sí pudieron sobrevivir, en tanto que otros quedaron olvidados para siempre en la selva.

Con ocasión del aniversario número 12 de la masacre de los diputados del Valle del Cauca, sus familiares firmaron un comunicado en el que, además de reiterar su compromiso con la reconciliación y la construcción de la paz, instaron a que se respondieran varios de los interrogantes planteados desde tiempo atrás, dentro de los cuales están las razones por la alegada mora de la justicia ordinaria en fallar la demanda interpuesta ante lo contencioso administrativo y por qué, si se firmó la paz, nunca fue posible suscribir un acuerdo humanitario para la libertad de los secuestrados.⁷ Otra habría sido la historia de sus seres queridos si se hubiera accedido al diálogo.

⁵ Ley 40 de 1993.

⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-542 de 1993.

⁷ *El Tiempo*, “La dura carta que familias de diputados asesinados hicieron al Estado”, 18 de junio de 2019.

Luego de siete años de cautiverio –y tras recobrar la libertad después de haber sido capturado absurdamente por la Fiscalía General de la Nación (FGN), acusado de autosequestro–, el exdiputado Sigifredo López publicó varios de los poemas que escribió en la selva en un libro que tituló *Rescatado por la poesía*,⁸ muchos de los cuales están dedicados a sus compañeros de la Asamblea del Valle asesinados. En uno de los poemas, titulado “La niña dulce”, aparece una menor. No se sabe cuál era su condición, si reclutada, guerrillera, secuestrada o víctima. En términos metafóricos, señala que su camuflado no era un disfraz y que mientras perdía su alegría, inocencia y ternura, en lugar de jugar con muñecas, jugaba a escondidas con la muerte. Termina advirtiendo su temor de que una mañana deambulara como un ángel, olvidándose de la tierra.

Una de las principales conclusiones de la investigación sobre el secuestro, *Derecho internacional, acuerdo humanitario y resolución pacífica del secuestro*,⁹ es que en el conflicto armado unos fueron los secuestrados que el país conoció y conoce, especialmente los que salieron con vida, mientras que muchos otros jamás han sido vistos como tales y fueron los reclutados. El excongresista Óscar Tulio Lizcano da testimonio de cómo la mayoría de los guerrilleros con los que trató eran analfabetas, con historias de abandono y hambre. Rememora al guerrillero “comidita”, un niño a quien frecuentemente castigaban por robarse y comerse crudas las lentejas de la dotación, quien finalmente fue ajusticiado por tratar de huir del reclutamiento al que había sido sometido.¹⁰

En relación con la situación real del reclutamiento de menores es preciso llamar la atención sobre la ambigüedad de la ley, la jurisprudencia y la respuesta del Estado. En la investigación sobre el reclutamiento de niños y niñas por las FARC-EP, realizada por la Universidad Sergio Arboleda en el año 2014, se encontró que el 47 % de los integrantes de esta extinta organización armada fueron reclutados siendo menores de edad.¹¹ La Corte Constitucional, en la Sentencia C-240 de 2009, señaló que los derechos reconocidos en el artículo 44 de la Constitución Política “suponen para el Estado, la sociedad y la familia, el deber de asistir y proteger a los menores a fin de que logren el ejercicio pleno de sus derechos y su desarrollo armónico e integral”. También resaltó que los derechos de los menores son prevalentes y que el Estado debe garantizar su bienestar debido a su situación de debilidad e indefensión.¹²

⁸ Sigifredo López, *Rescatado por la poesía*, Ibagué, Caza de Libros, 2013.

⁹ Caterina Heyck, *Derecho internacional, acuerdo humanitario y resolución pacífica del secuestro*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2011.

¹⁰ Óscar Tulio Lizcano, *Años en silencio*, Bogotá, Editorial Planeta, 2009, pp. 185 y 186.

¹¹ Luis Fajardo, *Reclutamiento de niñas y niños como crimen de internacional de las FARC en Colombia*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2014.

¹² Corte Constitucional, Sentencia C-240 de 2009, mediante la cual se declaró la exequibilidad del inciso primero del artículo 14 de la Ley 418 de 1997 y del artículo 162 de la Ley 599 de 2000.

Con ocasión de la aprobación de la Ley de Víctimas (Ley 1448 de 2010), en el debate que se dio en el Congreso frente a la situación de los menores reclutados, los congresistas Guillermo Rivera y Luis Carlos Avellaneda dejaron sendas constancias en contra de la limitación de la protección de los menores. Luego de la aprobación de la Ley 1448, el artículo 3 fue demandado y la Corte Constitucional, en Sentencia C-253A de 2012, señaló la doble condición de víctima y victimario de los menores, y la necesidad de su inclusión en los programas de reincorporación del Estado. No obstante la claridad dada por la Corte sobre la doble condición de víctima y victimario, en la realidad de lo que fue el conflicto armado en Colombia, frente a los casos de secuestro y reclutamiento de menores no logra entenderse por qué un grupo de niños o niñas, cuando cumplen la mayoría de edad, siguen siendo víctimas si son catalogados como “secuestrados”, en tanto que a los reclutados a los 18 años los convierten en victimarios, con todas las consecuencias jurídicas que esto implica.

Al respecto, vale la pena poner de presente que muchos de los casos adelantados por la FGN contra guerrilleros tuvieron que ver con reclutados cuya condición no fue considerada en la aplicación del derecho penal. Como ejemplo, se puede traer a colación la vinculación de una joven mujer (cuyo nombre se reserva), madre de dos niños pequeños, a los procesos que se adelantaron por la muerte de nueve campesinos en hechos cometidos por el Frente 22 de las FARC-EP en Caparrapí, Cundinamarca.

Con ocasión del testimonio rendido por dos postulados de Justicia y Paz (cuyo nombre tampoco se menciona), quienes la señalaron como miembro del referido grupo y obtuvieron beneficios, la mujer fue vinculada a la investigación y llevada a la cárcel. Sus hijos quedaron solos. En repetidas ocasiones, ella comentó que había sido reclutada cuando tenía 14 años, al salir de su casa para cumplir un encargo de su madre. También afirmó que no participó en los hechos, que su labor en la guerrilla era “ranchar” (cocinar), y que un buen día, a los 18 años, logró escaparse de la guerrilla. Contó que se fue a vivir a la ciudad y engendró dos hijos. La FGN la capturó por órdenes de un fiscal de derechos humanos. Luego de dos años de privación de la libertad, el caso fue llevado a un comité técnico-jurídico dado que había varias investigaciones abiertas. Se decidió acumularlas en cabeza de una fiscal de lucha contra el terrorismo, con años de experiencia y conocimiento de las FARC-EP quien, finalmente, lo cerró.

Se puede decir que esta joven mujer nunca esperó el reconocimiento de su condición de víctima por parte del Estado. De hecho, cuando en las averiguaciones se contactó a su madre, la señora corroboró la circunstancia del reclutamiento, al tiempo que no se le hizo extraña la suerte de su hija. A diferencia de los secuestrados, nunca esperó el pago de un rescate económico por parte de sus padres, pues eran campesinos pobres. Tampoco podemos saber si le resultó

extraño terminar en la cárcel o si su familia se habría sorprendido al enterarse, tal vez, de que su vida había terminado en un bombardeo.

Lo anterior es tan solo un ejemplo de lo complejo y paradójico que resulta para la justicia abordar el reclutamiento de menores. Para este crimen, más que nada, se requiere que el fiscal, el juez ordinario y, sobre todo, el transicional, se quiten la venda para ver la realidad en toda su dimensión. No basta con el simple cotejo de los hechos con el artículo 4, numeral 3, literal c) del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1977, que prohíbe el reclutamiento de menores de 15 años, o el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, que elevó la edad a 18 años. La complejidad del reclutamiento forzado en Colombia trasciende la comprobación de los hechos con los lineamientos normativos nacionales e internacionales.

Pasando a otro fenómeno, el de las ejecuciones extrajudiciales cometidas por la fuerza pública –los mal llamados falsos positivos–, se puede afirmar que el país tampoco las desconoce, que sabe de ellas. Para la JEP no es nuevo que el Ejército mató –“dio de baja”– a miles de personas a fin de reportar sus cadáveres como resultados de éxito en la guerra y así obtener permisos, premios, vacaciones y réditos laborales o políticos. El país lo sabe, otra cosa es que lo haya comprendido en toda su dimensión; que haya tomado conciencia de su significado. Los falsos positivos son una obviedad que se concretó en miles de víctimas, más de cinco mil investigaciones, más de mil sentencias condenatorias,¹³ cuyos condenados hoy día, en su mayoría, se encuentran en libertad gozando de los beneficios de la Ley 1820 de 2016.

El trabajo de la JEP respecto a las ejecuciones extrajudiciales –del pasado– debe también mirarse con la lente del presente y la perspectiva del futuro, pues justamente uno de los propósitos fundamentales de la justicia transicional es la garantía de no repetición. Por esto, la visión del presente de la que aquí se habla no puede ser ajena a noticias como el homicidio del desmovilizado Dimar Torres y los intentos de presentarlo como una “legítima” acción militar; a las que han denunciado el regreso de los falsos positivos (el conocido artículo del *New York Times*¹⁴) o las relacionadas con la situación de amenaza y asesinato de líderes sociales y de quienes están adelantando su proceso de reintegración.

Y sobre la visión del futuro, de cara a la referida garantía de no repetición, por más elemental que parezca, a la JEP le bastará con hacer recordar una norma olvidada de la Constitución Política colombiana, el artículo 11, que establece: *El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte.*

¹³ *El Herald*, “El informe de ‘falsos positivos’ que entregó la Fiscalía a la JEP”, 27 de mayo de 2019.

¹⁴ *The New York Times*, “Las órdenes de letalidad del ejército colombiano ponen en riesgo a los civiles, según oficiales”.

Aun cuando, según la normatividad de la JEP, el concepto de ‘calificación jurídica propia’ es el marco sobre el cual esta debe adoptar sus decisiones, es decir, basándose en el Código Penal colombiano, el derecho internacional humanitario, de los derechos humanos y penal internacional, con aplicación obligatoria del principio de favorabilidad, el logro de una paz estable y duradera obliga a que ese artículo 11 deba tenerse en consideración.

Para la no repetición y la consolidación de la paz, la recordación de este artículo constitucional como imperativo en un Estado de derecho, sin conflicto armado, debe ser obligatoria. Lo contrario sería violar la Constitución Política vigente desde el año 1991, la cual, dentro de los tantos cambios que estableció, eliminó la figura del estado de sitio, que tiempo atrás permitió suspender de manera indefinida el Estado de derecho. El artículo 11 debe tener plena e indiscutible aplicación, de manera que ya no se entienda como “normal” que las autoridades reporten más “bajas, abatidos, neutralizados o afectaciones de N/A”. Tampoco puede continuar aquella errónea interpretación –por decir lo menos– de la normativa internacional, según la cual el derecho internacional humanitario (DIH) es el marco normativo que permite derogar el referido artículo 11 de la Constitución Política, o el artículo 2, donde se señala que las autoridades están instituidas para proteger la vida de todas las personas residentes en Colombia –de todas, no de algunas–, incluyendo la vida de los delincuentes.

En relación con la vigencia del derecho a la vida en medio de un conflicto armado y la comprensión del DIH como fuente normativa que se estructura en el principio de distinción entre combatiente y no combatiente, es importante traer a colación la llamada “relación de complementariedad entre el DIH y el derecho internacional de los derechos humanos [DIDH]”. Inicialmente, bajo el entendido de que dentro del derecho internacional público el DIH es una regulación especial, se aplicó como norma preferente frente a los derechos humanos.

Tal fue la aplicación dada al DIH como *lex specialis* en el caso que llevó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sobre el ataque a la base militar de La Tablada en Argentina, en el que por primera vez se utilizó el DIH como referente normativo especial por parte de este órgano de derechos humanos,¹⁵ así como la Opinión Consultiva sobre la amenaza y el uso de armas nucleares expedida por la Corte Internacional de Justicia (CIJ) de La Haya en 1996.¹⁶ Sin embargo, años después, la CIJ desarrolló el concepto de “aplicación complementaria” de los derechos humanos y el DIH en la Opinión Consultiva sobre las “Consecuencias de construir un muro en el territorio palestino

¹⁵ CIDH, Informe 55/97, Caso 11.137, Juan Carlos Abella vs. Argentina, 18 de noviembre de 1997.

¹⁶ CIJ, Opinión Consultiva sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares, 19 de julio de 1996.

ocupado”, del 9 de julio de 2004.¹⁷ Por otra parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en el caso *Isayeva vs. Rusia* de 2005, requirió, para la aplicación del DIH, como legislación especial aplicable dentro del análisis sobre la privación del derecho a la vida, la declaración de emergencia, de ley marcial y la notificación de derogación, de conformidad con el artículo 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, pues de lo contrario, afirmó, el paradigma de *law enforcement* (aplicación de la ley) habría sido el aplicable.¹⁸

En Colombia, la incorporación jurídica del DIH a la legislación interna fue en extremo tortuosa. A pesar de que el Estado participó en la aprobación de los convenios de Ginebra de 1949, solamente vinieron a ser aplicables a nivel interno varias décadas después. Frente a los protocolos adicionales de 1977, el Estado ejerció una férrea oposición en “particular” alianza con países como Camboya y Chile, dado el consabido temor al reconocimiento de beligerancia de los grupos guerrilleros. Solo hasta la aprobación de la Constitución de 1991, el DIH tuvo libre el camino para su vigencia y aplicación interna.

Así fue como se incorporó en la Carta Política el artículo 214, en el cual se estableció la regulación de los estados de excepción en los siguientes términos:

Artículo 214. Los Estados de Excepción a que se refieren los artículos anteriores se someterán a las siguientes disposiciones:

[...]

2. No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. *En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario.* Una ley estatutaria regulará las facultades del Gobierno durante los estados de excepción y establecerá los controles judiciales y las garantías para proteger los derechos, de conformidad con los tratados internacionales. Las medidas que se adopten deberán ser proporcionales a la gravedad de los hechos.

Obsérvese cómo, si una de las grandes modificaciones que introdujo la carta política del 91 fue la eliminación del “estado de sitio”, como justificativo legal que se ejercía de manera permanente para limitar la vigencia del Estado de derecho, y en su lugar se establecieron los estados de excepción y la incorporación del DIH, este no puede interpretarse en lógica de “licencia para matar”, tanto más si se tiene en cuenta la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre los protocolos I y II adicionales a los Convenios de Ginebra que claramente desarrollan el fundamentos del mismo (sentencias C-574 de 1992 y C-225 de 1994).

Al margen de la discusión sobre la relación entre DIH y derechos humanos y su aplicación concreta en la judicialización del conflicto armado colombiano, lo definitivo es que el Acto Legislativo 01 de 2017, en su artículo 5º, estableció como fundamento jurídico de las decisiones de la JEP el concepto de

¹⁷ CIJ, Opinión Consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, 13 de julio de 2004.

¹⁸ TEDH, Caso *Isayeva vs. Rusia*, Decisión del 24 de febrero de 2005.

‘calificación jurídica propia del sistema’, el cual comporta la implementación de los referidos cuerpos normativos internacionales más el Código Penal colombiano, en aplicación obligatoria del principio de favorabilidad. Este principio, sin duda, llevará de manera indirecta a aplicar el criterio primigenio de *lex specialis* del DIH, el cual no puede entenderse en el sentido de legitimar –a futuro– la inaplicación del artículo 11 de la Constitución Política. En otras palabras, ni el DIH es licencia para matar, ni puede validarse aquel entendimiento según el cual si las fuerzas militares actúan dentro del “marco del DIH” pueden “dar de baja” –en lugar de capturar a los delincuentes–, en tanto que si actúan en el “marco de los derechos humanos” les corresponde hacer respetar la vida.

Por esto, el día que en el país exista conciencia sobre la ilegalidad de la muerte de una persona a manos del Estado, sea de las disidencias o de las bandas criminales (bacrim), y en cambio la sociedad reclame que los hechos se investiguen y judicialicen, ese día se podrá decir que el capítulo del conflicto armado quedó atrás y que realmente Colombia es un Estado de derecho. Para este propósito, la JEP debe jugar un papel fundamental de manera que la consolidación de la paz sea una realidad jurídica y fáctica. Es este el mayor y mejor sentido de la garantía de no repetición.

También, dentro de la visión que debe tener el juez transicional está la realidad política que la rodea y la comprensión de cómo la JEP reemplazó la cortina de humo del conflicto armado, que por años sirvió para esconder otros fenómenos sociales como la corrupción o la inexistencia de las instituciones básicas del Estado a nivel local. Así como tiempo atrás enarbolar la bandera de la guerra generaba réditos electorales, en el presente agitar la de la desconfianza frente a la justicia produce ganancias seguras, tanto más si se sabe que la JEP no va a poder dar el cien por ciento de los resultados que de ella se espera.

Por lo anterior, el juez transicional debe encarar la desconfianza que padece y las enormes expectativas de las víctimas. Es a ellas a quienes no se puede defraudar. El reto es demasiado grande para un conflicto de más de cincuenta años y un tiempo muy corto; un tiempo que no puede extenderse. Los recursos son finitos y, más temprano que tarde, todo lo que se gasta en esta justicia del pasado debe destinarse a los jueces y fiscales llamados a atender la demanda de justicia del presente, a investigar y a juzgar la trata de personas, la violencia doméstica de género, la corrupción en Buenaventura, Inírida o Tumaco, y en tantos territorios huérfanos de derecho. Por esto, éticamente, el modelo colombiano debe exigirse superar al sudafricano que prefirió la justicia del presente y la del futuro sobre la del pasado.

Con el fin de explicar lo anterior en términos sencillos, se puede decir que para lograr la paz en Sudáfrica se acordó la libertad de los victimarios a condición de que contaran la verdad. No hubo judicialización de los hechos; no se creó un aparato judicial. La libertad se dio como consecuencia del aporte a la

verdad, no a la justicia. El proceso se dio antes de la vigencia del Estatuto de Roma y del establecimiento en el derecho internacional de la prohibición de otorgar amnistías por graves violaciones de los derechos humanos. En contraposición, el modelo colombiano estableció una paz con justicia en el Acto Legislativo 01 de 2017, pero, al mismo tiempo, en la Ley 1820 de 2016 estableció la libertad condicional y condicionada de cientos de personas comprometidas con graves violaciones de los derechos humanos.

En otras palabras, en Sudáfrica el camino fue verdad y, en consecuencia, libertad. En Colombia, en contraposición, el camino es concesión de libertad previa (condicional o condicionada), creación de un andamiaje judicial complejo y, más adelante –mucho más adelante–, en un lapso que puede llegar hasta los 20 años, justicia. Esta justicia se impartirá frente a personas que en la actualidad están en libertad, muchas de ellas condenadas por la justicia ordinaria, para quienes la ley estableció –luego de la judicialización–, en un proceso mixto que combina derecho procesal clásico con mecanismos transicionales, un abanico de posibilidades como sanción. He ahí el gran desafío.

Mirando entonces hacia el futuro, es fácil predecir que la JEP no podrá cumplir todas y cada una de las expectativas de los miles de víctimas de un conflicto de más de medio siglo. ¡Es imposible! Decirlo puede sonar desesperanzador, pero es una realidad que se avizora de antemano. La vastedad y complejidad del reto que en el papel tiene la JEP no se compadece con sus posibilidades logísticas y humanas, y con el diseño de un sistema tan complejo y ambicioso, cimentado en supuestos jurídicos contradictorios: ortodoxia jurídica procesal frente a principios de priorización y selección; análisis de contexto frente a resolución jurídica de situaciones individuales –el caso a caso–. Por esto, los magistrados y las magistradas transicionales deben encarar las expectativas del país y de las víctimas y, desde ya, tener claro cuáles no podrán permitirse incumplir, para sus propias conciencias.

Vale la pena, entonces, traer a colación las palabras de Federico Mayor Zaragoza, exdirector general de la Unesco y presidente de la Fundación Cultura de Paz de España, quien parafraseando a Camus, en numerosos escritos y discursos expresados en su campaña a nivel mundial por el desarme y el respeto de los derechos de los migrantes, ante altas autoridades estatales increpó: “Les desprecio porque pudiendo tanto, se han atrevido a tan poco”.¹⁹

La mayoría de las instituciones, a diferencia de los seres humanos, no tienen una fecha de caducidad o terminación. A pesar de que la muerte es lo más seguro que tienen los hombres y las mujeres, rara vez piensan en ella ni se

¹⁹ Federico Mayor Zaragoza, “Derechos humanos, democracia y cultura de paz: un nuevo comienzo”, Conferencia pronunciada el 15 de octubre de 2014 en el Salón de Actos del Ateneo de Madrid.

preparan para ese día. Dicen que minutos antes de morir, los moribundos por lo general miran atrás y solo lamentan lo que dejaron de hacer, no lo que hicieron, aun cuando hubiera sido equivocado o doloroso. Este inventario de expectativas mínimas fundamentales y concretas le corresponde hacerlo –desde ya– a la JEP, porque es la única institución judicial con fecha cierta de su fin.

Nótese cómo, cuando un magistrado de una alta corte culmina su periodo, lo llenan de agasajos, gratitud y reconocimientos. Por lo general, los demandantes o denunciadores ignoran el cúmulo de tareas pendientes en los anaqueles de aquellos despachos, pues se entiende que los expedientes pasan a quien sigue en el cargo, dado que la institución, con la partida del funcionario, no se acaba. Esto no sucederá con la JEP que, legalmente, tiene una fecha de caducidad. De antemano, se puede pronosticar que será muy criticada, como siempre y más. Esas críticas serán importantes, pero no serán la medida con la que se deberá evaluar la labor de esta Jurisdicción. Lo que más debe importar es que cuando la JEP se acabe, los magistrados y las magistradas puedan decirle al mayor número posible de víctimas, y a sus conciencias: hicimos todo lo que pudimos y más, para que la guerra en Colombia no se repita y la vida se respete.

Paz imperfecta–Justicia imperfecta

Ante la realidad de lo que se prevé será el futuro, es importante traer a colación el concepto de paz imperfecta para entender uno nuevo asociado al mismo: la justicia imperfecta. Dentro de los estudios para la paz, el concepto de ‘paz imperfecta’ se desarrolló como una línea de pensamiento que pretende deslindarla de la guerra, dejarla de entender solamente como la “ausencia de guerra”, al tiempo que promueve una visión holística de la misma. Así es como se distingue el concepto de ‘paz negativa’ del de ‘paz positiva’, asociado a valores positivos y perdurables, capaz de cimentar mecanismos de integración política y social y de satisfacer las necesidades humanas.²⁰

El historiador Francisco Muñoz, quien desarrolló el concepto de paz imperfecta, la definió como “aquellas situaciones en las que conseguimos el máximo de paz posible de acuerdo con las condiciones sociales y personales de partida”.²¹ Dentro de la paz imperfecta incluye la regulación pacífica de los conflictos y la satisfacción de las necesidades de los grupos humanos. Explica que la lógica del calificativo ‘imperfecta’ tiene que ver con el propósito de evidenciar su componente humano, falible; en el hecho de que a pesar de que haya paz, los conflictos subsisten, en su carácter dinámico, inacabado e incierto.²²

²⁰ Mario López Martínez (dir.), *Enciclopedia de paz y conflictos*, Granada, Instituto de la Paz y Conflictos de la Universidad de Granada, 2004, p. 887.

²¹ *Ibid.*, p. 898.

²² *Ibid.*, pp. 898-890.

El mencionado autor señala que entender la paz como “imperfecta” permite planificar un futuro necesariamente conflictivo e incompleto, planteamiento que está ligado a la visión del futuro que, como aquí se propone, le corresponde tener al juez transicional. Por esto, así como dentro de los estudios para la paz se distingue la paz neutra, la positiva, la negativa, la violencia directa y la estructural, en la justicia transicional debe también considerarse la justicia imperfecta a fin de planificar su futuro y su propia imperfección.

Desde el campo de la justicia internacional y con el objeto de tener sentido de realidad sobre las dificultades concretas para lograr grandes objetivos, resulta útil mirar la experiencia de la CPI, la cual, a diferencia de la JEP –valga destacar–, tiene carácter permanente.

Las expectativas existentes a nivel mundial con la aprobación del Estatuto de Roma, en julio de 1998, en materia de lucha contra la impunidad frente a crímenes de guerra y de lesa humanidad, eran enormes. Sin duda, después de su entrada en vigencia y luego de 17 años de operación, los resultados son más que distantes de lo que se esperaba tiempo atrás, cuando entró a operar. No se trata aquí de hacer eco a la repetida crítica del foco dado por la Corte al continente africano y su aparente obsesión con el mismo, sino de poner sobre la mesa los escasos resultados obtenidos para aproximarnos a aprender la lección.

En el Preámbulo del Estatuto de Roma se afirma que “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo” y que los Estados parte están decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes. A la fecha, la CPI reporta tan solo nueve sentencias, cinco de las cuales corresponden a casos cerrados, tres que están en reparaciones²³ y una condena proferida recientemente en el caso de Bosco Ntaganda.²⁴ Dentro de las condenas se destaca la proferida en el caso contra Al Mahdi, sentenciado por crímenes de guerra por los ataques a monumentos históricos y religiosos en Timbuktu (Mali).²⁵ También, el caso Lubanga, quien fue líder del movimiento rebelde congolés, sentenciado a 14 años de cárcel por crímenes de guerra,²⁶ y el de Katanga, condenado por crímenes de guerra y lesa humanidad en la República Democrática del Congo.²⁷

²³ CPI, “Facts and figures”, *Trying Individuals for Genocide, War Crimes, Crimes Against Humanity, and Aggression*.

²⁴ CPI, *Prosecutor vs. Bosco Ntaganda*, Sentencia de Juzgamiento ICC-01/04-02/06 de 8 de julio de 2019.

²⁵ CPI, *Prosecutor vs. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, Sentencia de Juzgamiento ICC-01/12-01/15 de 27 de septiembre de 2016.

²⁶ CPI, *Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo*, Sentencia de Juzgamiento ICC-01/04-01/06 de 10 de julio de 2012.

²⁷ CPI, *Prosecutor vs. Germain Katanga*, Sentencia de Juzgamiento ICC-01/04-01/07 de 23 de mayo de 2014.

Lo anterior contrasta con el caso cerrado contra Kenyatta (acusado de cinco cargos por crímenes de lesa humanidad en Kenia), pues por falta de evidencia no se confirmaron los cargos y la Fiscalía los retiró en el año 2014.²⁸ Similar situación se presentó en el caso contra Abu Garda, coordinador de las operaciones militares del Frente de Resistencia Unido en Darfur, señalado como responsable indirecto de múltiples crímenes cometidos en Sudán y del ataque a la misión de Mantenimiento de la Paz de la ONU en el año 2007. En este caso, la Sala de Juzgamiento no confirmó los cargos y negó la apelación presentada por la Fiscalía, por lo que fue cerrado.²⁹ Adicionalmente, contrasta también el hecho de que 11 de los 13 casos que se encuentran en la Sala Preliminar de la CPI no han podido continuar su trámite a la Sala de Juzgamiento debido a que esta Corte depende de la comparecencia voluntaria de los acusados o la cooperación de los Estados parte para su captura. Tales circunstancias dan cuenta de que el funcionamiento de la Corte está muy lejos de representar los ideales que dieron origen a su creación.

El caso reciente más sonado de la Corte fue la absolución del exvicepresidente congolés Jean Pierre Bemba, por la Sala de Apelaciones de la CPI, acusado y condenado a 18 años de privación de la libertad en el año 2016 por crímenes de lesa humanidad y de guerra cometidos por su ejército en la República Central Africana.³⁰ Esta sentencia absolutoria, que se basó en fundamentos de estricto derecho penal relacionados con la teoría de la responsabilidad de mando, sin duda marcó un hito en la historia del derecho penal internacional (DPI) y refleja la divergencia existente entre expectativas y realidad.

Es indiscutible que la CPI no es un tribunal transicional y no le corresponde aplicar justicia restaurativa, cerrar un conflicto y consolidar una paz estable y duradera. Sin embargo, la absolución de Bemba comporta dejar fuera del ámbito de la responsabilidad penal internacional la creación, el montaje y el préstamo de un peligroso y desbordado aparato paramilitar, lo que obviamente está a años luz del anhelo de justicia de las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos en este país centroafricano.

Sin duda, la Sala de Apelaciones aplicó el Estatuto de Roma con el mayor rigor jurídico, para concluir que debía echar abajo el trabajo de la Fiscalía y de la Sala de Instancia al absolver a Jean Pierre Bemba. Obviamente, esa sentencia es, por sí misma, justicia. Sin embargo, al margen de la discusión sobre la sentencia absolutoria de la Sala de Apelaciones y el análisis teórico sobre la responsabilidad

²⁸ CPI, *Prosecutor vs. Uhuru Muigai Kenyatta*, Decisión que retira los cargos en contra del señor Kenyatta, ICC-01/09-02111 de 13 de marzo de 2015.

²⁹ CPI, *Prosecutor vs. Bahar Idriss Abu Garda*, Sala Preliminar, Decisión sobre la confirmación de cargos, C-02/05-02/09 de 8 de febrero de 2010.

³⁰ CPI, *Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo*, Decisión de Apelación ICC-01/05-01/08 A de 8 de junio de 2018.

de mando, lo cierto es que aquella no se corresponde con las expectativas que existían en el momento de creación de la Corte. La ventaja que tiene es que no es temporal y siempre se puede esperar que en los años venideros sorprenda a la comunidad internacional con más y mejores resultados. De hecho, las indagaciones por las violaciones presentadas en Afganistán por parte de la fiscal Fatou Bensouda –considerando incluso las dificultades presentadas con su visa a Estados Unidos–³¹ han generado grandes expectativas. Además, y por encima de todo, la CPI continúa siendo una organización que infunde temor y, al margen de los escasos resultados, al menos como referente de tales características, funciona.

Por otra parte, y a nivel local, vale la pena mirar la experiencia de la Ley 975 de Justicia y Paz con los grupos paramilitares. *Ad portas* de cumplir 15 años arroja como resultado un total de 60 sentencias, de las cuales 14 corresponden a macrocondenas. En 22 de esas sentencias se ha condenado a algún máximo responsable y en 42 de ellas a mandos medios, mientras que la mayoría de condenados han sido miembros operativos sin posición de mando. La primera sentencia fue dictada en 2010, después de transcurridos cinco años desde su entrada en vigencia.

Cuatro años después de esa primera sentencia, se profirió la primera macrocondena de Justicia y Paz, en el marco de la política de priorización, contexto y asociación de casos. Fue la que se dio contra Salvatore Mancuso y 12 postulados más el 20 de noviembre de 2014, pronunciamiento que abarcó 1.426 hechos –en los que resultaron afectadas 8.347 víctimas– constitutivos de graves violaciones de los derechos humanos, dentro de los cuales se condenó por tortura, violencia sexual, desplazamiento forzado y por la masacre de El Salado, en la que 450 paramilitares asesinaron, en febrero del año 2000, a por lo menos 66 personas y empalaron mujeres en la plaza de aquel corregimiento, en medio de una gran fiesta con tamboras y baile.³² Se estima que, a pesar de todo lo anterior, frente a Mancuso –quien fue extraditado a Estados Unidos–, Justicia y Paz tan solo alcanzó el 30 % de la judicialización de sus hechos. El 70 % restante sigue sin judicializar.

Pero más allá de este pendiente y de todo lo alcanzado, llama la atención que el paramilitarismo, a diferencia de lo que fue el fenómeno del secuestro en Colombia, no es una obviedad. Aun cuando no hay una encuesta que así lo soporte, se puede afirmar que la gran mayoría de los colombianos –al menos entre la población urbana– ignoran lo que fue este fenómeno. Solo los fiscales y magistrados de Justicia y Paz lo conocen. Y las víctimas, por supuesto. Salvo

³¹ *El País*, “Estados Unidos retira el visado a la fiscal de la Corte Penal Internacional”, 6 de abril de 2019.

³² Centro Nacional de Memoria Histórica, *La masacre de El Salado. Esa guerra no era nuestra*, Bogotá, Taurus, Semana, 2009.

académicos y teóricos interesados en el tema, muy pocos han leído las sentencias de Justicia y Paz.

El desconocimiento de las sentencias de Justicia y Paz por parte de la sociedad colombiana, no solo pasa por la falta de lectura de las mismas, sino también porque los medios de comunicación, por diferentes razones, han preferido darles poco o nulo cubrimiento. Asimismo, porque los jueces tradicionalmente han entendido su labor como limitada a la escritura de los centenares de folios que contienen jurisprudencia, referencias normativas y terminología jurídica de difícil comprensión para el ciudadano. Así como no puede negarse que al proceso de paz le faltó pedagogía, hasta el punto de que ganó el “No” en el plebiscito, en la justicia transicional debe darse una audaz estrategia de comunicación si realmente se pretende cumplir con sus objetivos constitucionales de ofrecer verdad a la sociedad colombiana y contribuir al logro de una paz estable y duradera. En la justicia transicional, aquel viejo adagio de que los jueces solo se pronuncian mediante sus decisiones, no solo es inaplicable y obsoleto, sino peligroso. Un juez transicional que no logre comunicar ni explicar sus decisiones a la gente, no está cumpliendo realmente su labor. Recuérdese una vez más que se trata de consolidar la paz. No es algo menor.

Lecciones aprendidas

Sin duda, la demora y los escasos resultados de la CPI –e incluso de la Ley de Justicia y Paz–, muchos de ellos justificables por la magnitud de los hechos y de las violaciones de los derechos humanos que les correspondió juzgar, e incluso por la circunstancia de la imposibilidad de las capturas, son críticas que la JEP no se puede dar el “lujo de tener”. Las lecciones aprendidas de estas experiencias deben ser un imperativo para la Jurisdicción, especialmente porque de ella depende en gran medida la legitimidad del proceso de paz y del complejo modelo que le apostó a la salida negociada del conflicto armado al tiempo que su judicialización. Una judicialización que el derecho internacional exigía en contraposición a la práctica de otorgar “la amnistía más amplia posible”, establecida en el artículo 6, numeral 5, del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra, práctica incluso llamada por el profesor alemán Claus Kress como de “carácter consuetudinario”, sobre la base de entender la consecución de la paz como el fundamento del derecho internacional.³³

Además, es menester reiterar de manera enfática que la JEP, a diferencia de la CPI, es transicional y transitoria. A diferencia de la CPI, no solo no puede, cuando llegue al último día de su vigencia, entregar un número reducido de

³³ Conferencia pronunciada por el profesor Claus Kress en el marco del Primer Congreso Internacional de Fortalecimiento de la Fiscalía General de la Nación en Justicia Transicional, realizado en la ciudad de Cartagena los días 14 y 15 de noviembre de 2013.

sentencias sobre obviedades, sino que debe ir entregando resultados tempranos –en el corto plazo– y de manera frecuente, decisiones judiciales definitivas de carácter novedoso y restaurativo con las que se garantice o afiance la no repetición del conflicto armado y la consolidación de la paz.

Por otra parte, la JEP deberá tener en cuenta no solo el Acto Legislativo 01 de 2017, su Ley Estatutaria y la de procedimiento, sino también y muy especialmente, el Marco Jurídico para la Paz (Acto Legislativo 01 de 2012). Resulta fundamental que se atreva a tener la audacia de priorizar casos complejos que lleven a la consecución de los propósitos fundacionales de su creación y que evite caer en la inercia de circunscribir su actuación a “lo que llega a los escritorios, a los despachos, a las secretarías judiciales”, dentro de la lógica clásica de la justicia ordinaria, al margen de una planeación estratégica y de una política de selección y priorización. Así lo ha reconocido la propia Corte Constitucional, que al respecto ha dicho:

No llevar a cabo la selección podría conducir a un desconocimiento de los derechos de las víctimas, en tanto el volumen de los posibles responsables y hechos podría exceder la capacidad de la jurisdicción especial, y, por tanto, resultaría imposible garantizar a las víctimas el acceso a la justicia. Más aún, cuando este tipo de estrategias penales han sido ampliamente reconocidas no solo como oportunas sino necesarias cuando se están afrontando escenarios de violaciones masivas, como las que se evidencian en el caso colombiano.³⁴

A diferencia de la CPI, de los tribunales internacionales de Ruanda y Yugoslavia, e incluso del procedimiento colombiano especial de Justicia y Paz, los cuales se construyeron sobre la base de la nada, sobre la inexistencia casi que absoluta de judicialización previa, la indocumentación de los casos y la ausencia de resultados judiciales, la JEP también deberá tener claro qué va a hacer frente a todo el trabajo de la justicia ordinaria, que no puede ignorar ni botar a la caneca.³⁵ La definición de la situación jurídica de los miles de sentencias condenatorias proferidas previamente por los jueces ordinarios del país no es solo un imperativo legal, escasamente regulado y mínimamente comprendido, es un deber ético de la JEP.

Aunque parezca absurdo mencionarlo y reconocerlo, en Colombia –tiempo antes– sí hubo tren y líneas férreas. En el siglo pasado, muchos ciudadanos pudieron atravesar el país y cruzar sus montañas gracias a los rieles que la ingeniería bien supo construir a pesar de las dificultades de la geografía. Hoy

³⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-080 de 2018.

³⁵ A manera de ejemplo, el juez español Baltasar Garzón, en su conferencia del Primer Congreso Internacional de Fortalecimiento de la Fiscalía General de la Nación en Justicia Transicional, realizado en la ciudad de Cartagena los días 14 y 15 de noviembre de 2013, destacó que ya muchos de los delitos cometidos por las FARC-EP han sido investigados y que, incluso, existen varias condenas, a diferencia de experiencias previas de otros países en materia de justicia transicional o de justicia penal internacional.

en día, aquellos rieles más que subutilizados, están comidos por la maleza, no existen proyectos ferroviarios y los problemas de transporte son una causa más del atraso económico. Esto no puede suceder con el trabajo de la justicia ordinaria. Durante años, fiscales y jueces, a pesar de las dificultades, incluso a riesgo de sus propias vidas, lograron judicializar muchas de las violaciones acaecidas durante el conflicto armado. Las sentencias suman por miles, no están ubicadas, registradas ni contabilizadas.

El principio básico de la cosa juzgada no puede quedar relegado al papel, al olvido. Así como la infraestructura ferroviaria sobre la cual años atrás rodó el desarrollo terminó carcomida por el óxido, la maleza y el descuido, la justicia especial no puede cimentarse en el desconocimiento del trabajo de jueces y fiscales anónimos, que por años reconocieron víctimas y victimarios, y quienes, con los expedientes a cuestas, recorrieron el país también en búsqueda de justicia.

En mayo de 2016, en el foro “Reconciliación, más que realismo mágico”, realizado antes de la firma del Acuerdo de Paz, Ingrid Betancourt vino a Colombia en su condición de víctima sobreviviente del secuestro para expresar su voz de apoyo al proceso de paz. En su sentida presentación, en la que relató parte de los horrores de los que fue víctima, de las difíciles condiciones de vida en la selva –en sus palabras, un lugar infestado de bichos antediluvianos, de pitos, mañiñas, congas, tarántulas, tigres y serpientes enormes, como la anaconda de nueve metros que sus guardias decapitaron a machetazo limpio frente a ella cuando salió de lavarse en un caño y que aún la perseguía en sus pesadillas– compartió que nada le hizo más daño que “el corazón deshumanizado del ser humano”.³⁶

Concluyó que en la selva todos habían sido víctimas de la deshumanización, los secuestrados y los secuestradores, y que la gran mayoría intentaba frenar y revertir ese proceso con los medios que tenía para, de ese modo, terminar con el ciclo de vivir y morir comiendo del otro, pues ese “otro” éramos “nosotros”, afirmó.

Con palabras premonitorias señaló que “muchas veces, aquellos que más han sufrido con la guerra, son los que más buscan la reconciliación”, y que aquellos que menos han estado expuestos a los rigores de la violencia son los más intransigentes. Con contundencia dijo que así todos quieran la paz, “son siempre los sobrevivientes de un mal quienes primero aportan fondos en la búsqueda de una cura”.

Conclusiones

Para finalizar, es preciso insistir en la necesidad de que la JEP se quite su venda y que, además de ver el pasado –cuyos hechos le corresponde juzgar por

³⁶ Palabras de Ingrid Betancourt en el Foro “Reconciliación, más que realismo mágico”, mayo de 2016.

competencia-, observe también el presente y se proyecte en el futuro. Que de antemano se prepare para responder a las críticas por el incumplimiento del sinfín de expectativas que necesariamente se verán insatisfechas, porque así como la paz es imperfecta, la justicia también lo es, de manera que la JEP pueda estar en consonancia con la definición de paz que tiempo atrás dio la Corte Constitucional: “Paz no es la ausencia de conflictos sino la posibilidad de tramitarlos pacíficamente”.³⁷

En este sentido, la justicia transicional no es ni puede ser la judicialización de todos los hechos victimizantes del conflicto armado, sino aquella que permita reconciliar a los ciudadanos hasta el punto de que en Colombia se entienda que los problemas se pueden resolver sin violar el más elemental de los derechos, el de la vida.

Y frente al derecho de aquellos secuestrados que nunca volvieron, quienes no solo perdieron la libertad, sino la vida, y frente a aquellas víctimas del futuro cuya vida se debe salvaguardar, basta solo repetir las palabras con las que Ingrid Betancourt finalizó su intervención:

Escuchando el clamor mudo de aquellos que quedaron encadenados por siempre a la selva, le formulo hoy a Colombia una sola súplica: que tenga la audacia de confiar en sí misma y abrazar con todas las fuerzas de su alma, el grandioso prospecto de la paz, para que nuestros hijos puedan –por fin– respirar el perfume de la libertad hasta en los últimos confines de nuestra sagrada tierra.³⁸

Quizá la consolidación de la paz, propósito que parece tan difícil de conseguir, es más elemental de lo que se cree. Tiene que ver con lo que fue la eliminación del permanente estado de sitio en la Constitución del 91 como excusa para relativizar la vigencia de la ley y de los derechos humanos, bajo el pretexto del orden público; también, con evidenciar ese modo equivocado de entender el DIH como licencia para matar.

Justamente, la paz pasa por comprender que, terminada la guerra, lo que sigue es consolidar –o construir– un Estado de derecho en el que la vida no sea relativizada dentro de la lógica de la ventaja militar o del daño colateral, en el que a los delincuentes –tanto a los que delinquen desde las ciudades como quienes lo hacen desde el campo– se les capture en lugar de “dárseles de baja”; que no haya diferenciación conceptual ni jurídica entre los menores que de manera forzada pierden su libertad, dependiendo del lugar o del hogar del que fueron violentamente raptados.

Sin duda, el día en que la ciudadanía cuestione el uso de la fuerza letal en reemplazo del debido proceso judicial, ese día se podrá decir que realmente en Colombia cesó el conflicto armado y la paz puede ser estable y duradera. Confío

³⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-579 de 2013.

³⁸ Betancourt, cit.

que la JEP, a la que le corresponde juzgar los hechos del pasado del conflicto armado, tenga claro que también debe ver el presente, quitarse la venda, visualizar el futuro y, sobre esa visión, aportar desde la justicia para la no repetición.

Bibliografía

- BETANCOURT, Ingrid, *Reconciliación, más que realismo mágico*, Bogotá, Cámara de Comercio, 2016. Disponible en: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/Prensa/Paginas/2016/mayo/Palabras-de-Ingrid-Betancourt-en-el-Foro-de-Reconciliacion-Colombia.aspx>
- CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA, *La masacre de El Salado. Esa guerra no era nuestra*, Bogotá, Taurus, Semana, 2009.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH), Informe 55/97, Caso 11.137, Juan Carlos Abella vs. Argentina, 18 de noviembre de 1997. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/97span/Argentina11.137.htm>
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA (CIJ), *Opinión consultiva sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, 19 de julio de 1996. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/files/advisory-opinions/advisory-opinions-1996-es.pdf>
- _____, Opinión Consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, 13 de julio de 2004. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/files/advisory-opinions/advisory-opinions-2004-es.pdf>
- CORTE PENAL INTERNACIONAL (CPI), *Prosecutor vs. Bosco Ntaganda*, Sentencia de Juzgamiento ICC-01/04-02/06 de 8 de julio de 2019. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2019_03568.PDF
- _____, *Prosecutor vs. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, Sentencia de Juzgamiento ICC-01/12-01/15 de 27 de septiembre de 2016. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016_07244.PDF
- _____, *Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo*, Sentencia de Juzgamiento ICC-01/04-01/06 de 10 de julio de 2012. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2012_07409.PDF
- _____, *Prosecutor vs. Germain Katanga*, Sentencia de Juzgamiento ICC-01/04-01/07 de 23 de mayo de 2014. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2015_19319.PDF
- _____, *Prosecutor vs. Uhuru Muigai Kenyatta*, Decisión que retira los cargos en contra el señor Kenyatta, ICC-01/09-02/11 de 13 de marzo de 2015. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2015_02842.PDF
- _____, *Prosecutor vs. Bahar Idriss Abu Garda*, Sala Preliminar, Decisión sobre la confirmación de cargos, C-02/05-02/09 de 8 de febrero de 2010. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2010_00753.PDF

- _____, *Prosecutor vs. Jean Pierre Bemba Gombo*, Decisión de Apelación ICC-01/05-01/08 A de 8 de junio de 2018. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2018_02984.PDF
- EL HERALDO, “El informe de ‘falsos positivos’ que entregó la Fiscalía a la JEP”, 27 de mayo de 2019. Disponible en: <https://www.elheraldo.co/mundo/el-informe-de-falsos-positivos-que-entrego-la-fiscalia-la-jep-635858>
- EL PAÍS, “Estados Unidos retira el visado a la fiscal de la Corte Penal Internacional”, 6 de abril de 2019. Disponible en: https://elpais.com/internacional/2019/04/05/actualidad/1554451028_360379.html
- EL TIEMPO, “La dura carta que familias de diputados asesinados hicieron al Estado”, 18 de junio de 2019.
- FAJARDO, Luis, *Reclutamiento de niñas y niños como crimen de internacional de las FARC en Colombia*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2014. Disponible en: <https://www.eltiempo.com/colombia/cali/la-dura-carta-que-familias-de-diputados-asesinados-hicieron-al-estado-377204>
- HEYCK, Caterina, *Derecho internacional, acuerdo humanitario y resolución pacífica del secuestro*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2011.
- INTERNATIONAL CRIMINAL COURT (ICC), “Facts and figures”, *Trying Individuals for Genocide, War Crimes, Crimes Against Humanity, and Aggression*. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/about>
- LIZCANO, Óscar Tulio, *Años en silencio*, Bogotá, Editorial Planeta, 2009.
- LÓPEZ MARTÍNEZ, Mario (dir.), *Enciclopedia de paz y conflictos*, Granada, Instituto de la Paz y Conflictos de la Universidad de Granada, 2004.
- LÓPEZ, Sigifredo, *Rescatado por la poesía*, Ibagué, Caza de Libros, 2013.
- MAYOR ZARAGOZA, Federico, “Democracia y cultura de paz: un nuevo comienzo”, conferencia pronunciada el 15 de octubre de 2014 en el Salón de Actos del Ateneo de Madrid. Disponible en: <http://www.revistapanacea.com/derechos-humanos/>
- MEYER, Roelf, “La paz de un país se logra solo cuando ganan todos”, *El Colombiano*, 30 de mayo de 2015. Disponible en: <http://www.elcolombiano.com/internacional/la-paz-de-un-pais-se-logra-solo-cuando-ganan-todos-JJ2038209>. Actualmente disponible en <https://www.ecospoliticos.com/principales/733-la-paz-de-un-pais-se-logra-solo-cuando-ganan-todos-roelf-meyer>
- RESNIK, Judith y Dennis CURTIS, *Representing Justice: from renaissance iconography to twenty-first-century courthouses*, Yale, Yale Law School, 2017.
- THE NEW YORK TIMES, “Las órdenes de letalidad del ejército colombiano ponen en riesgo a los civiles, según oficiales”, 2019. Disponible en: <https://www.nytimes.com/es/2019/05/18/colombia-ejercito-falsos-positivos/>

PARTE 2. EXPERIENCIAS DEL FUNCIONAMIENTO DE LA JEP



La Jurisdicción Especial para la Paz: paz negociada, reconocimiento de las víctimas y rendición de cuentas *

«CATALINA DÍAZ GÓMEZ» Magistrada de la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas

Resumen: Este artículo narra la historia de la creación del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, con particular énfasis en sus principales características. Hace notar, por ejemplo, que el propósito principal de la conformación de la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición fue el reconocimiento de las víctimas, los victimarios y la sociedad; que la amnistía fue pensada como parte integral de la rendición de cuentas, y que la actual composición de jueces nacionales de la Jurisdicción Especial para la Paz es producto de la renegociación posterior al plebiscito. Adicionalmente, se muestran las distintas variables que permitieron alcanzar el acuerdo sobre la Jurisdicción, en donde sobresale el análisis acerca de la fortaleza del movimiento social e institucional en derechos humanos en Colombia y la lucha contra la impunidad.

Palabras clave: historia, SIVJRNR, reconocimiento de víctimas, efectos del plebiscito, eficacia del movimiento social colombiano.

Abstract: This article recounts the history of the creation of the Comprehensive System of Truth, Justice, Reparation and Non-Repetition, with particular emphasis on its main characteristics. For example, it notes that when the Truth Commission was created, its main purpose was recognition –of victims, of perpetrators, of society; that amnesty was considered to be an integral part of accountability, and that the current composition of national judges of the Special Jurisdiction for Peace is a product of the renegotiation, following the plebiscite. In addition, the article shows the different variables that allowed the agreement on the Jurisdiction to be reached, highlighting the analysis of the strength of the social and institutional human rights movement in Colombia and the fight against impunity.

Key words: History, SIVJRNR, recognition of victims, effects of the plebiscite, effectiveness of the Colombian social movement.

* Este capítulo corresponde a una versión revisada y actualizada de la conferencia que dictó la autora en la Universidad de Essex (Reino Unido) en junio de 2016, con ocasión de la reunión anual de la Red de Justicia Transicional de la Universidad. La autora agradece a Sandra Santa Mora, Mario David Fernández, Laura Gabriela Gutiérrez y Carolina González su asistencia en la investigación, y a Manuela Rubiano-Groot su colaboración con la traducción del documento original.

El 24 de noviembre de 2016, el presidente de la República y el comandante de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (FARC-EP) firmaron el Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera en el Teatro Colón de Bogotá, después de dos meses de intensas renegociaciones para darle trámite a las objeciones de varios sectores de la sociedad que rechazaron, en el plebiscito del 2 de octubre de 2016, el primer Acuerdo suscrito en Cartagena el 27 de septiembre de ese mismo año.¹ El Acuerdo Final de Paz fue refrendado por el Congreso de la República el 30 de noviembre de 2016, procedimiento que fue avalado por la Corte Constitucional.² Así, se puso fin al conflicto armado interno más largo del hemisferio occidental con la guerrilla marxista más antigua del mundo.³

¹ La agenda de la renegociación incluyó una serie de propuestas de los voceros del No con relación al punto 5 del Acuerdo sobre el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR), especialmente sobre la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP): los términos en que las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) debían contribuir material y efectivamente a la reparación de las víctimas; el fortalecimiento de la búsqueda de las personas secuestradas que permanecen desaparecidas; el límite temporal de la JEP; la legislación aplicable en la jurisdicción especial; la articulación de la JEP con la justicia ordinaria; la exclusión de magistrados extranjeros; la participación de las víctimas en los procesos ante la JEP; la precisión del alcance de la restricción efectiva de la libertad; los criterios que deben guiar a los magistrados para imponer las sanciones propias, y el régimen de vigilancia y control de las sanciones, entre otros. (Presidencia de la República, Oficina del Alto Comisionado para la Paz, “De la refrendación al Acuerdo del Colón”, en *Biblioteca del Proceso de Paz con las FARC-EP*, t. VIII, Bogotá, Presidencia de la República, 2019, pp. 352-359).

² En el numeral 53 de la Sentencia C-160 de 2017, la Corte Constitucional señaló: “Para esta Sala resulta probado que se cumplió con los requisitos establecidos en la Sentencia C-699 de 2016 respecto de la refrendación popular del Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”. En la Sentencia C-630 de 2017, la Corte precisó: “[el Acuerdo] se sujetó a una refrendación mediante un sistema de participación ciudadana (plebiscito) que dio lugar a cambios del acuerdo inicial. Por último, se llevó a cabo una refrendación por una corporación pública elegida mediante sufragio (Congreso de la República, 29 y 30 nov./16)”.

³ Infortunadamente, el fin del conflicto armado interno con las FARC-EP no ha significado el fin de la guerra en Colombia. De acuerdo con el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), el país enfrenta cinco conflictos armados internos con los grupos armados organizados: Ejército de Liberación Nacional (ELN), el Ejército Popular de Liberación (EPL), las Autodefensas Gaitanistas de Colombia (AGC), las estructuras de las FARC-EP del antiguo bloque Oriental, que no se acogieron al proceso de paz, y el enfrentamiento del ELN con el EPL. (CICR, *Retos Humanitarios 2019*. Disponible en: https://www.google.com/search?hl=eo&sxsrf=ACYBGNTu-xzJPAE1erTWURF2z_L69RcRw1g%3A1580345805253&ei=zSkyXuSSD6is5wLV6p6IDQ&q=CICR%2C+Retos+Humanitarios+2019&oeq=CICR%2C+Retos+Humanitarios+2019&gs_l=psy-ab.12...275033.275033..276640...0.0.0.0.....0.....2j1..gws-wiz.JoE6pWLhiFU&ved=0ahUKewikreDyjqrnAhUo1lkkHVW1B9EQ4dUDCAo). Además, el 29 de agosto de 2019 se conoció públicamente un video en el cual antiguos combatientes de las FARC-EP, vestidos con uniformes camuflados, portando armas largas y cortas, y liderados por Iván Luciano Márquez Marín, quien fuera el jefe del equipo negociador de las FARC-EP en La Habana, anunciaron que retomaban las armas contra el Estado colombiano y que buscarían coordinar acciones con la guerrilla del ELN. En respuesta a dicha declaración, Rodrigo Londoño, jefe del partido político Fuerza Alternativa Revolucionaria del Común (FARC), afirmó, sin embargo, que se trata de unos pocos desertores del proceso de paz y que la inmensa mayoría de los excombatientes permanecen fieles a su compromiso de abandonar las armas y construir la paz.

El capítulo 5 del Acuerdo, “Acuerdo sobre las víctimas del conflicto: Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No repetición, incluyendo la Jurisdicción Especial para la paz y compromiso sobre derechos humanos”, constituye un punto de inflexión en el campo de la justicia transicional. Esta es la primera vez que, en el marco de una negociación política para ponerle fin a una guerra, las partes acuerdan la creación de un sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición, que incluye no solo una comisión de la verdad, sino también un foro especial para la rendición de cuentas judicial por los crímenes internacionales y las graves violaciones de los derechos humanos cometidas por todas las partes en el conflicto –la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP)–.

Varios acuerdos de paz habían previsto la creación de comisiones de la verdad –como fue el caso de El Salvador y Guatemala a mediados de los años noventa y los casos de Sierra Leona, Burundi, Nepal y Kenia durante la última década–. Sin embargo, ningún acuerdo de paz había creado todo un conjunto articulado de mecanismos extrajudiciales y judiciales de justicia transicional, ni había establecido un foro especial donde se atribuyera responsabilidad penal individual. El Acuerdo del Teatro Colón es pionero en la materia.

El acuerdo sobre el sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición puede ser entendido como la materialización de la idea promovida en el campo de la justicia transicional de que es posible alcanzar un acuerdo de paz y, al mismo tiempo, honrar el deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar los crímenes internacionales y las graves violaciones de los derechos humanos cometidas por las mismas partes en el conflicto.⁴ En este sentido, el acuerdo constituye una fórmula para resolver el llamado dilema de paz frente a justicia⁵

¿Cuáles fueron los factores clave y las condiciones que hicieron posible este acuerdo? ¿Cuáles fueron las fórmulas de transacción?

En primer lugar, explicaré el acuerdo sobre el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR) en cierto detalle, haciendo

⁴ Pablo de Greiff, *Report of the Special Rapporteur on The Promotion of Truth, Justice, Reparation and Guarantees of Non-Recurrence*, New York, United Nations General Assembly, pp. 6-7. Véase también: Catalina Botero y Esteban Restrepo, “Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia”, en Rodrigo Uprimny Yepes, María Paula Saffon Sanín, Catalina Botero Marino, Esteban Restrepo Saldarriaga (coords.), *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, Bogotá, Dejusticia, 2006, pp. 45-108, y Cherif Bassiouni, *Los principios de Chicago sobre justicia transicional*, Chicago, International Human Rights Law Institute, Chicago Council on Global Affaire, Istituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali, Association Internationale de Droit Pénal, 2007, pp. 1-36.

⁵ Ruti Teitel, “Transitional justice genealogy”, *Harvard Human Rights Journal*, vol. 16, 2003, pp. 69-94. Véase también Rodrigo Uprimny Yepes, “Las enseñanzas del análisis comparado: procesos transicionales, formas de justicia transicional y el caso colombiano”, en Rodrigo Uprimny Yepes, María Paula Saffon Sanín, Catalina Botero Marino, Esteban Restrepo Saldarriaga (coords.), *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, Bogotá, Dejusticia, 2006, pp. 19-21.

énfasis en la JEP y, especialmente, en los puntos que, en mi opinión, obran como condiciones de posibilidad del Acuerdo Final de Paz. Me referiré también, brevemente, a la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición (CEVCNR), a la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado (UBPD) y a las medidas de reparación integral para la construcción de la paz, abordando la complementariedad que debe existir entre los distintos mecanismos del SIVJRNR y el papel de la JEP como órgano encargado de verificar el cumplimiento de las condiciones para acceder y mantener los beneficios, respecto de todo el SIVJRNR. En la segunda parte del capítulo identificaré algunos factores clave del contexto que, desde mi perspectiva, contribuyeron a hacer posible el Acuerdo Final de Paz.

Este trabajo se concentra en el diseño del SIVJRNR y de la JEP y en identificar los factores y las razones que explican los elementos centrales de dicho arreglo de justicia transicional. No es mi propósito aquí describir ni discutir la implementación del SIVJRNR, sus avances y desafíos a la fecha, ni las decisiones judiciales ni administrativas que ha tomado la JEP desde su creación.

El Acuerdo Final de Paz: un sistema integral para hacer justicia y resolver la situación jurídica de quienes participaron en la guerra

Encontrar una fórmula para resolver el dilema de paz frente a justicia fue un enorme reto. Mientras la negociación de cada uno de los primeros tres puntos de la agenda –reforma rural integral, solución al problema de las drogas ilícitas y participación política– tomó un tiempo aproximado de seis meses en promedio por punto, cerrar el Acuerdo Final de Paz sobre cómo satisfacer los derechos de las víctimas tomó más de un año y medio. También requirió la participación de una comisión de negociación especial *ad hoc*, conocida como la Comisión de Juristas.⁶ Fue un proceso largo y difícil.

Desde el inicio del proceso de negociación, el Gobierno nacional promovió la idea de que “las víctimas están en el centro del proceso de paz”. De hecho, el acuerdo (agosto de 2012) que marcó el comienzo de la fase pública de las conversaciones –y a través del cual las partes adoptaron la agenda de negociación– estableció que “resarcir a las víctimas está en el centro del acuerdo entre

⁶ “En julio de 2015, después de que el Gobierno y las FARC acordaron ‘agilizar en La Habana y desescalar en Colombia’, el Gobierno anunció que un grupo de juristas entraría a acelerar las negociaciones: los exmagistrados de la Corte Constitucional Manuel José Cepeda y Juan Carlos Henao y el jurista estadounidense Douglass Cassel. Por el lado de las FARC lo harían el político español Enrique Santiago, el exministro conservador Álvaro Leyva y el activista de derechos humanos Diego Martínez”. (Bermúdez Liévano, Andrés (ed.), *Los debates de La Habana: una mirada desde adentro*, Bogotá, IFIT, 2018. Disponible en: <https://www.ifit-transitions.org/resources/publications/major-publications-briefings/the-colombian-peace-talks-practical-lessons-for-negotiators-worldwide/los-debates-de-la-habana.pdf/view>, p. 210). Véase también Juan Manuel Santos, *La batalla por la Paz*, Bogotá, Planeta, 2019, p. 355.

el Gobierno y las FARC-EP". Más que retórica, esta idea se tradujo en eventos y procedimientos concretos.

El primer movimiento en esa dirección, antes de empezar con el punto 5 de la agenda, fue la adopción, en junio de 2014, de una declaración de 10 principios que servirían de guía durante las negociaciones sobre ese punto. Los 10 principios son los siguientes:

El reconocimiento de las víctimas: es necesario reconocer a todas las víctimas del conflicto, no solo en su condición de víctimas, sino también y principalmente, en su condición de ciudadanos con derechos; 2) El reconocimiento de responsabilidad: cualquier discusión de este punto debe partir del reconocimiento de responsabilidad frente a las víctimas del conflicto. No vamos a intercambiar impunidades; 3) Satisfacción de los derechos de las víctimas: los derechos de las víctimas del conflicto no son negociables; se trata de ponernos de acuerdo acerca de cómo deberán ser satisfechos de la mejor manera en el marco del fin del conflicto; 4) La participación de las víctimas: la discusión sobre la satisfacción de los derechos de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario con ocasión del conflicto, requiere necesariamente de la participación de las víctimas, por diferentes medios y en diferentes momentos; 5) El esclarecimiento de la verdad: esclarecer lo sucedido a lo largo del conflicto, incluyendo sus múltiples causas, orígenes y sus efectos, es parte fundamental de la satisfacción de los derechos de las víctimas, y de la sociedad en general. La reconstrucción de la confianza depende del esclarecimiento pleno y del reconocimiento de la verdad; 6) La reparación de las víctimas: las víctimas tienen derecho a ser resarcidas por los daños que sufrieron a causa del conflicto. Restablecer los derechos de las víctimas y transformar sus condiciones de vida en el marco del fin del conflicto es parte fundamental de la construcción de la paz estable y duradera; 7) Las garantías de protección y seguridad: proteger la vida y la integridad personal de las víctimas es el primer paso para la satisfacción de sus demás derechos; 8) La garantía de no repetición: el fin del conflicto y la implementación de las reformas que surjan del Acuerdo Final, constituyen la principal garantía de no repetición y la forma de asegurar que no surjan nuevas generaciones de víctimas. Las medidas que se adopten tanto en el punto 5 como en los demás puntos de la agenda deben apuntar a garantizar la no repetición de manera que ningún colombiano vuelva a ser puesto en condición de víctima o en riesgo de serlo; 9) Principio de reconciliación: uno de los objetivos de la satisfacción de los derechos de las víctimas es la reconciliación de toda la ciudadanía colombiana para transitar caminos de civilidad y convivencia; 10) Enfoque de derechos: todos los acuerdos a los que lleguen las partes sobre los puntos de la agenda, y en particular sobre el punto 5 "Víctimas", deben contribuir a la protección y la garantía del goce efectivo de los derechos de todos y todas.⁷

Este decálogo fue muy bien recibido por distintos sectores de la sociedad. El compromiso específico de las partes para entender que el acuerdo no constituiría un intercambio de impunidades llamó la atención del público de manera

⁷ Alto Comisionado para la Paz, *10 principios para la discusión del punto 5 de la agenda: "víctimas"*, 7 de junio de 2014. Disponible en: http://www.altocomisionadopalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/proceso-de-paz-con-las-farc-ep/Documents/Principios_discusion_victimas.pdf

particular. Los distintos medios de comunicación nacionales registraron la importancia de estos principios. La revista *Semana*, por ejemplo, reportó:

El punto sobre las víctimas del conflicto armado, el quinto en discutirse en La Habana es lacónico: ‘Resarcir a las víctimas está en el centro del acuerdo Gobierno nacional-FARC-EP. En ese sentido se tratarán: Derechos humanos de las víctimas. Verdad’. Eso es todo. O lo era, hasta la noche del pasado viernes 6 de junio, cuando el Gobierno y las FARC se pusieron de acuerdo en un trascendental documento de dos páginas y media que delinea cómo se disponen a abordar el que es quizás el punto nodal de la negociación.⁸

Al mismo tiempo, las organizaciones de víctimas empezaron a demandar ser formalmente escuchadas por las dos partes en la mesa de negociación en La Habana.⁹ Atendiendo a ese llamado, en julio de 2014 las delegaciones acordaron invitar a 60 víctimas para ser escuchadas en la mesa de negociación, en cinco sesiones especiales, y acordaron además el mecanismo para elegir las. La Oficina de las Naciones Unidas en Colombia y el Centro de Pensamiento y Seguimiento a los Diálogos de Paz de la Universidad Nacional de Colombia fueron designados para elegir a las cinco delegaciones de víctimas que participarían en los cinco ciclos propuestos. Cada delegación debía estar compuesta por doce víctimas directas del conflicto armado, que reflejaran todo el universo de graves violaciones de los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario (DIH) ocurridas durante el conflicto armado interno.¹⁰

Durante un periodo de varios meses y en una atmósfera solemne, los integrantes de las delegaciones del Gobierno y las FARC-EP en el proceso de negociación de paz escucharon a 60 víctimas directas de la guerrilla, de agentes del Estado y de grupos paramilitares, que ilustraron el panorama completo de la victimización ocurrida durante el conflicto colombiano. Las delegaciones incluyeron víctimas de las diferentes regiones de país –incluso personas indígenas y afrocolombianas–, víctimas de los distintos hechos de violencia que han marcado la guerra en Colombia y víctimas con largas trayectorias públicas, así como

⁸ *Semana*, “La hora de las víctimas en La Habana”, 7 de junio de 2014. Disponible en: <http://www.semana.com/nacion/articulo/la-habana-la-hora-de-las-victimas/390727-3>. Véase, además, los siguientes registros de prensa: *El Tiempo*, “Paso histórico: por primera vez las FARC reconocen a sus víctimas”, 7 de junio de 2014. Disponible en: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-14088315> Véase también: *El País*, “Las FARC dan paso histórico para reconocer a víctimas del conflicto armado”, 8 de junio de 2014. Disponible en: <http://www.elpais.com.co/judicial/las-farc-dan-paso-historico-para-reconocer-a-victimas-del-conflicto-armado.html>

⁹ Ministerio de Justicia y del Derecho, *La justicia transicional vista desde las regiones*, 2013, p. 30. Disponible en: <https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/Justicia%20Transicional%202021-04-2014%20Ebook.PDF>.

¹⁰ Joint Communiqué Havana, 17 de julio de 2014. Disponible en: <https://www.mesadeconversaciones.com.co/comunicados/comunicado-conjunto-la-habana-17-de-julio-de-2014>

personas que por primera vez hablaban sobre lo sucedido ante las autoridades¹¹ y ante los jefes de la guerrilla de las FARC.

Estas visitas fueron ampliamente cubiertas por la prensa. Por ejemplo, Constanza Turbay, una empresaria víctima de las FARC, comentó sobre su experiencia al periódico *El Tiempo*:

Lo perdí todo, pero tengo claro que nada de esto debe volver a ocurrir, y por eso vengo a La Habana sin odios, con una gran esperanza en este proceso de paz. La verdad nos sana a todos y vengo por la verdad sobre todo lo que hubo detrás del exterminio de mi familia. Se pueden negociar las penas, se puede negociar la reparación, pero no se puede negociar la verdad.¹²

Jineth Bedoya, una periodista sobreviviente de hechos de violencia sexual cometidos por paramilitares explicó:

Las once personas que desnudamos nuestro dolor en La Habana el pasado 2 de noviembre, en la mesa de negociaciones, regresamos a Colombia con un peso menos, pero con una responsabilidad inmensa. La misma que tienen las víctimas de las otras delegaciones: no permitir que los negociadores se levanten de la mesa.¹³

El 15 de diciembre de 2015, exactamente un año después de que el último grupo de víctimas visitara La Habana, con el apretón de manos entre el presidente de la República Juan Manuel Santos y el máximo comandante de las FARC, Timoleón Jiménez, las partes hicieron público el acuerdo para la creación de un “Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición”. El SIVJRNR está compuesto por una serie de mecanismos judiciales y extrajudiciales: i) la CEVCNR, ii) la UBPD, iii) la JEP, iv) medidas de reparación integral para la construcción de la paz y v) las garantías de no repetición. La CEVCNR, la UBPD y las medidas de reparación integral para la construcción de paz son, por definición, mecanismos no judiciales. Por su parte, la JEP es, como su nombre lo indica, un conjunto de órganos de carácter judicial.

Conforme a lo acordado, los objetivos del SIVJRNR son: i) alcanzar el mayor nivel posible de satisfacción de los derechos de las víctimas; ii) asegurar la rendición de cuentas por lo ocurrido; iii) garantizar seguridad jurídica para quienes participen en el Sistema Integral, y iv) contribuir a la promoción de la coexistencia, la reconciliación y la no repetición del conflicto.

¹¹ Roddy Brett, *La voz de las víctimas en la negociación: sistematización de una experiencia*, Bogotá, PNUD, 2017.

¹² Marisol Gómez Giraldo, “Esperó 19 años para preguntar a las FARC por qué mataron a su familia-Constanza Turbay viajó a Cuba para pedir la verdad sobre los crímenes de su mamá y sus hermanos”, 16 de agosto de 2014. Disponible en: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-14392396>

¹³ Jineth Bedoya, “Jineth Bedoya relata cómo fue el encuentro de víctimas en La Habana”, 9 de noviembre de 2014. Disponible en: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-14808935>

De manera expresa, las partes adoptaron un enfoque de género y diferencial para el SIVJNR. Se trata de enfoques que deben responder a las características particulares de victimización de los distintos territorios y a las características de victimización específicas de personas y grupos diferenciados (especialmente mujeres, niñas y niños).

La concepción del SIVJNR, como un conjunto de mecanismos judiciales y extrajudiciales articulados, parte del entendimiento de dos asuntos clave, estrechamente interrelacionados. Por una parte, que los múltiples requerimientos de la transición en el campo de la justicia –la resolución pronta de la situación jurídica de quienes participaron en el conflicto armado, la respuesta a una sentida demanda de justicia de la sociedad y la satisfacción de los derechos de las víctimas– exigen instrumentos distintos, pero complementarios. Por otra parte, que ningún mecanismo de justicia transicional es capaz, por sí solo, de satisfacer los derechos de las víctimas de manera adecuada y efectiva en un contexto de violaciones masivas, como lo demostró claramente la implementación del proceso penal especial de justicia y paz en Colombia¹⁴ y como lo ha advertido Pablo de Greiff desde sus trabajos iniciales.¹⁵ Dicha comprensión conlleva la idea de que los distintos mecanismos de justicia transicional deben apoyarse entre sí, potenciando cada uno sus fortalezas y cubriendo las debilidades propias del otro.

En el marco del SIVJNR, la complementariedad está particularmente bien demarcada en el campo de la reparación a las víctimas y la búsqueda de personas dadas por desaparecidas en el contexto del conflicto armado. De nuevo, aprendiendo de la experiencia del proceso penal especial de justicia y paz, el SIVJNR incluye un significativo fortalecimiento del programa administrativo de reparación vigente en Colombia, en vez de reproducir el esquema fallido de reparación judicial conforme a los estándares ordinarios. Como reconocimiento al enorme desafío que significa la búsqueda de las personas desaparecidas en el marco del conflicto armado, el SIVJNR también incluye un mecanismo extrajudicial especializado en ello –la UBPD–, en vez de asignarle esta tarea a la JEP o a la CEVCNR, como fue el caso de las comisiones de la verdad de Sudáfrica y del Perú. Volveré al asunto de la distribución estratégica de tareas entre la JEP y la UBPD en la sección dedicada a esta última.

Ahora, el alcance de la complementariedad entre la JEP y la CEVCNR no está del todo definido en el Acuerdo Final de Paz. En primer lugar, es importante notar que la CEVCNR fue concebida como un órgano de clara naturaleza extrajudicial y, en ese sentido, no duplicará las tareas de la JEP. En Colombia se ha avanzado significativamente en comprender la diferencia entre la verdad

¹⁴ Catalina Díaz Gómez, “Justicia transicional en Colombia: de dónde venimos y para dónde vamos”, *Revista Jurídica Ministerio de Justicia y del Derecho*, 2013.

¹⁵ Pablo de Greiff, “Repairing the past: Compensation for victims of human rights violations”, en *The Handbook of Reparations*, New York, Oxford, 2006, pp. 1-18.

judicial y la verdad histórica –y en su carácter no intercambiable–. Por una parte, hoy es claro que la justicia penal cumple una función insustituible de atribuir responsabilidad penal individual por la comisión de crímenes y de imponer las respectivas sanciones.

Por otra parte, es claro que no es posible exigirles a los jueces un esclarecimiento de la verdad de la misma manera en que lo harían los científicos sociales y, en este sentido, la verdad judicial parecería no ser la más adecuada para abordar las cuestiones sobre las causas y las explicaciones macro de los fenómenos sociales. Así, le corresponde a la CEVCNR el esclarecimiento de la verdad en términos de las causas políticas, económicas, geográficas, históricas de lo ocurrido en la guerra en Colombia; la interpelación a la sociedad en términos políticos y la promoción de escenarios de debate público con fuerte sentido territorial.

Sin embargo, en mi opinión, persisten dos campos donde la delimitación de las funciones de uno y otro mecanismo no es del todo clara: i) la construcción de patrones de violencia en contextos específicos para dar cuenta de prácticas o políticas que permitan, dado el caso, evidenciar la ocurrencia de crímenes internacionales, y ii) la participación de las víctimas. Tanto la CEVCNR como la JEP tendrán que actuar en ambos campos. Respecto del segundo punto persiste la pregunta sobre cómo la existencia de la Comisión de la Verdad –con una función central de oír a las víctimas– debe modular o no la participación de estas en los procesos ante la JEP. Esto teniendo en cuenta que la JEP se ha definido como un modelo de justicia restaurativa, donde deben considerarse seriamente los derechos y las necesidades de las víctimas.

Finalmente, la integralidad del SIVJRN hace referencia no solamente a la complementariedad entre los distintos mecanismos judiciales y extrajudiciales, sino a la idea de que el tratamiento penal especial está condicionado a la contribución a la satisfacción de los derechos de las víctimas. El propio Acuerdo Final de Paz describe dicha idea en los siguientes términos:

Los distintos mecanismos y medidas de verdad, justicia, reparación y no repetición, en tanto parte de un sistema que busca una respuesta integral a las víctimas, no pueden entenderse de manera aislada. Estarán interconectados a través de relaciones de condicionalidad y de incentivos para acceder y mantener cualquier tratamiento especial de justicia, siempre fundados en el reconocimiento de verdad y responsabilidades. El cumplimiento de estas condicionalidades será verificado por la Jurisdicción Especial para la Paz.¹⁶

Este principio fue desarrollado a través de diversas reglas específicas por la Ley 1820 de 2016 –Ley de Amnistía, Indulto y Tratamientos Penales Especiales– tanto para efectos de la amnistía y el indulto como para efectos de otras formas

¹⁶ Acto Legislativo 1 de 2017, artículo transitorio 1, inciso 5.

de resolución de la situación jurídica aplicables a los agentes del Estado. En el capítulo de principios aplicables se incluyó uno denominado “Contribución a la satisfacción de los derechos de las víctimas”:

Contribución a la satisfacción de los derechos de las víctimas. La Concesión de amnistías o indultos o de cualquier tratamiento especial, simétrico, simultáneo, equilibrado y equitativo no exime del deber de contribuir individual o colectivamente al esclarecimiento de la verdad o del cumplimiento de las obligaciones de reparación que sean impuestas por la Jurisdicción Especial para la Paz.

Si durante los cinco años siguientes a la concesión de la amnistía, indulto o de cualquier tratamiento especial, simétrico, simultáneo, equilibrado y equitativo, se rehusaran de manera reiterada e injustificada a cumplir los requerimientos del Tribunal para la Paz de participar en los programas de contribución a la reparación de las víctimas, o acudir ante la Comisión de Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición, o ante la Unidad de Búsqueda de las Personas dadas por Desaparecidas cuando exista obligación de comparecer ante las anteriores, perderán el derecho a que se les apliquen las sanciones propias de la Jurisdicción Especial para la Paz o las equivalentes previstas en cualquier tratamiento de los definidos como especial, simultáneo, equilibrado y equitativo, en el evento de que llegaran a ser declarados responsables por alguna de las conductas que se les atribuyan al interior de la misma.¹⁷

Dentro del título sobre tratamientos penales especiales diferenciados para agentes del Estado, también se incluyó una cláusula en el mismo sentido del referido artículo 14, pero con algunas diferencias que hacen más estricta su aplicación. Conforme a lo previsto en el artículo 50, el incumplimiento con la contribución a la satisfacción de los derechos de las víctimas, por rehusarse a cumplir los requerimientos del Tribunal para la Paz (TP) en materia de reparaciones, a atender el llamado de la CEVCNR o de la UBPD, dará lugar a la pérdida del “derecho a que se les apliquen los beneficios previstos en cualquier tratamiento de los definidos como especial, simultáneo, equilibrado y equitativo”, no solamente a la pérdida de la sanción propia que eventualmente se llegara a imponer. Esto quiere decir que, para el caso de los agentes del Estado, la falta de contribución a la satisfacción de los derechos de las víctimas puede acarrear la pérdida de los beneficios penales de renuncia a la persecución penal, cesación de procedimiento, suspensión de la ejecución de la pena y extinción de responsabilidad por cumplimiento de la sanción, entre otros.¹⁸

¹⁷ Ley 1820 de 2016, artículo 14.

¹⁸ Estos dos artículos fueron objeto de revisión por la Corte Constitucional y en la Sentencia C-007 de 2018, en la que analizó la constitucionalidad de esta Ley de Amnistía, los declaró exequibles en el entendido de que “la contribución a la satisfacción de los derechos de las víctimas se enmarca dentro del régimen de condicionalidades del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, con fundamento en los siguientes parámetros: i) El compromiso de contribuir a la satisfacción de los derechos de las víctimas es una condición de acceso y no exime a los beneficiarios de esta Ley del deber de cumplir con las obligaciones contraídas con el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición. ii) El cumplimiento de los deberes de contribución

La Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición

Las partes eligieron como una puerta de entrada relativamente fácil a la negociación sobre cómo hacer efectivos los derechos de las víctimas, a la CEVCNR. El punto 5 de la agenda había incluido de manera expresa la “verdad” como uno de sus dos ítems específicos. El Gobierno, por su parte, había presentado en 2012 una reforma constitucional que establecía que un proceso de justicia transicional debía incluir, precisamente, una comisión de la verdad. Sin embargo, muy pronto se evidenció que esta no sería una conversación fácil; en realidad, no solo implicaba negociar con la delegación de la guerrilla en La Habana, sino involucrar a las Fuerzas Armadas como actores clave cuya opinión era necesaria para la viabilidad misma de la CEVCNR. Finalmente, en junio de 2015, fue publicado el borrador del acuerdo sobre la Comisión de la Verdad.

La CEVCNR es una comisión sumamente ambiciosa. Fue diseñada teniendo en cuenta, por un lado, la experiencia comparada y las buenas prácticas de otras comisiones de la verdad alrededor del mundo y, por otro lado, el contexto colombiano y sus retos específicos. La Comisión de la Verdad está compuesta por 11 comisionadas y comisionados y operará por un período de tres años –con un período adicional de seis meses para trabajo preparatorio–. Las once comisionadas y comisionados serían elegidos por el mismo Comité de Escogencia creado para elegir a los magistrados de la JEP.¹⁹ El Comité de Escogencia debería organizar un proceso de selección amplio y participativo que garantizara legitimidad, imparcialidad e independencia. Este proceso de elección debería, además, orientarse por criterios de equidad de género, pluralismo, interdisciplinariedad y representación regional.

La CEVCNR, como el SIVJRNR en su conjunto, tiene un énfasis especial en el reconocimiento más allá del conocimiento de la verdad. La promoción y la contribución al reconocimiento es uno de los objetivos específicos que las partes le atribuyeron a esta Comisión: el reconocimiento de las víctimas como

a la satisfacción de los derechos de las víctimas se exigirá a los beneficiarios de esta Ley, por el término de vigencia de la Jurisdicción Especial para la Paz, sin perjuicio de la condición especial de acceso a las sanciones propias del sistema prevista en el inciso segundo de los artículos 14 y 33 de la Ley 1820 de 2016. iii) Los incumplimientos al Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición deberán ser objeto de estudio y decisión por la Jurisdicción Especial para la Paz, conforme a las reglas de procedimiento de que trata el inciso 1º del Artículo transitorio 12 del Artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2017; lo que supone analizar, en cada caso, si existe justificación y la gravedad del incumplimiento. Este análisis deberá regirse por el principio de proporcionalidad y podrá dar lugar a la pérdida de beneficios previstos en esta Ley”. En esta ocasión, la Corte no hizo referencia a la diferencia entre el Artículo 14 y el Artículo 50, por el contrario, en el análisis de constitucionalidad del artículo 50 señaló: “926. La Sala se remite a las consideraciones efectuadas al analizar la sujeción al ordenamiento constitucional del artículo 14, en idénticos términos” (Corte Constitucional, Sentencia C-007 de 2018, M. P. Diana Fajardo Rivera).

¹⁹ Decreto 587 de 5 de abril de 2017.

ciudadanas y ciudadanos cuyos derechos fueron vulnerados; el reconocimiento voluntario de responsabilidades individuales y colectivas por parte de todas las personas que participaron en el conflicto, y el reconocimiento “por parte de toda la sociedad de la necesidad de aprovechar esta oportunidad para construir un mejor futuro sobre la base de la justicia social, el respeto y la tolerancia”.²⁰ Además, en el Acuerdo Final de Paz, el Gobierno nacional y las FARC se comprometieron a contribuir de manera decisiva en el proceso de búsqueda de la verdad y a reconocer sus responsabilidades respectivas ante la CEVCNR. Por su parte, el Gobierno asumió el compromiso de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la contribución de otras instituciones del Estado y de terceros ante la Comisión.

De hecho, el mandato expreso de la CEVCNR no consiste solo en esclarecer la verdad, sino también en promover el reconocimiento de una serie de elementos, comenzando por los hechos y las prácticas que, en el marco del conflicto armado, constituyeron graves violaciones de los derechos humanos e infracciones al DIH; además de la complejidad de los contextos y las dinámicas territoriales en que estos hechos ocurrieron. La lista de elementos que componen el mandato de la CEVCNR incluye entre otros: el esclarecimiento de la responsabilidad colectiva del Gobierno, las FARC-EP y los grupos paramilitares, al igual que la responsabilidad por parte de cualquier otro grupo, organización o institución nacional o internacional; el impacto humano y social del conflicto en la garantía de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales; las distintas formas en que el conflicto armado afectó a las mujeres, a los niños, niñas, adolescentes, jóvenes y adultos mayores, a las personas en situación de discapacidad, a los pueblos indígenas, a las comunidades campesinas, a las personas en razón de su religión, opiniones o creencias; a las poblaciones afrocolombianas, negras, palenqueras y raizales, y al pueblo rrom, a la población de lesbianas, gays, bisexuales, personas transgénero e intersexuales (LGBTI); a las personas desplazadas y exiliadas; a los defensores y las defensoras de derechos humanos, sindicalistas, periodistas, agricultores y agricultoras, ganaderos y ganaderas, comerciantes empresarios y empresarias;²¹ el contexto histórico, los orígenes y las causas múltiples del conflicto y los factores que contribuyeron a su ocurrencia y persistencia, y la transformación positiva de instituciones y organizaciones, la resiliencia colectiva y la reconstrucción del tejido social afectado por el conflicto.

La CEVCNR no solo fue pensada como un grupo de académicos con sede en la capital del país, sino como un foro vibrante y proactivo para debates

²⁰ Acuerdo Final de Paz, punto 5: “Víctimas”, p. 129. Disponible en: <http://www.altocomisionadopalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf>

²¹ *Ibid.*, pp. 131-132.

locales que fortalezcan y permitan la coexistencia democrática. En este sentido, además de las funciones investigativas usuales, la Comisión de la Verdad deberá celebrar audiencias y discusiones públicas, así como ceremonias culturales que permitan escuchar todas las voces, especialmente las de las víctimas. En estos espacios públicos diversos, las personas responsables deben reconocer su responsabilidad y pedir perdón a las víctimas, explicar sus actos, comprometerse a no recurrir nuevamente a la violencia y contribuir a las reparaciones y la construcción de la paz. La CEVCNR también debe implementar “una estrategia de difusión, pedagogía y relacionamiento activo con los medios de comunicación para dar cuenta, durante su funcionamiento, de los avances y desarrollos en el cumplimiento de todas las funciones de la Comisión, y asegurar la mayor participación posible”.²²

La CEVCNR no fue concebida como un reemplazo o como una mejor opción en ausencia de justicia penal. Por el contrario, la Comisión de la Verdad es parte de un sistema integral en el que la responsabilidad penal tendrá lugar a través de la JEP. Esta es la razón por la cual esta Comisión tiene un marcado carácter no judicial. A la CEVCNR no le fueron concedidos poderes judiciales ni cuasijudiciales. De hecho, sus actividades son definidas como extrajudiciales y no pueden implicar la atribución de responsabilidades penales ni acusaciones contra quienes participen en ella.²³ En este mismo sentido, el Acuerdo Final de Paz establece que “la información que reciba o produzca la Comisión de la Verdad no podrá ser trasladada por esta a autoridades judiciales para ser utilizada con el fin de atribuir responsabilidades en procesos judiciales o para tener valor probatorio; ni las autoridades judiciales podrán requerírsela”.²⁴ La lógica tras esta cláusula se encuentra en el propósito de estimular la contribución al esclarecimiento de la verdad y el reconocimiento de responsabilidad.

Las partes hicieron un esfuerzo por incluir en la CEVCNR un enfoque de género explícito. El enfoque de género es, entonces, uno de sus criterios orientadores; de hecho, en el cumplimiento de su mandato y funciones debe tener en cuenta las experiencias diversas, el impacto diferenciado y las condiciones particulares de las personas víctimas del conflicto, atendiendo a su sexo y género. Debe darse especial atención a la victimización sufrida por las mujeres. El Acuerdo Final de Paz incluyó también la creación de un grupo de trabajo de género “que contribuya con tareas específicas de carácter técnico, de investigación, preparación de audiencias [...] la revisión de metodologías para que todos

²² *Ibid.*, p. 136.

²³ La relación entre la Comisión de la Verdad y la administración de justicia fue uno de los principales asuntos objeto de discusión alrededor de la creación de la Comisión de la Verdad. Véase Presidencia de la República, Oficina del Alto Comisionado para la Paz, “La discusión del punto 5”, en *Biblioteca del Proceso de Paz con las FARC-EP*, t. V, *op. cit.*, pp. 117-118.

²⁴ Acuerdo Final de Paz, punto 5: “Víctimas”, *cit.*, p. 134.

los instrumentos de la Comisión tengan este enfoque, y de la coordinación con organizaciones de mujeres y LGBTI".²⁵ Todo ello orientado a incorporar un enfoque de género transversal a toda la labor de la CEVCNR.

La Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto

De acuerdo con las estadísticas oficiales depuradas por el Centro Nacional de Memoria Histórica, en Colombia 60.630 personas han sido víctimas de desaparición forzada en el contexto del conflicto armado interno entre 1970 y 2015.²⁶ En el curso de los últimos 15 años, con la participación activa de las familias de las víctimas y la comunidad de derechos humanos, el Gobierno nacional ha puesto en marcha una serie de políticas, instituciones y mecanismos para buscar, localizar, identificar y entregar los restos a las familias.²⁷ A pesar del progreso alcanzado, el reto de garantizar y responder adecuadamente a los derechos de las víctimas es aún enorme.

En vez de asignar la labor de búsqueda de personas dadas por desaparecidas a la CEVCNR –como ha ocurrido en otras comisiones de la verdad–, las partes en el proceso de negociación acordaron crear una nueva unidad especial de alto nivel, dedicada a la búsqueda, no solo de las víctimas de desaparición forzada, sino de aquellas otras personas que, por diversas razones, han desaparecido. Esto incluye a personas que murieron en manos de organizaciones armadas ilegales, población civil que fue separada de sus familiares a causa del conflicto armado y personas que participaron directamente en las hostilidades y cuyos paraderos no han sido identificados. Esta nueva unidad de búsqueda manejará, coordinará e implementará acciones humanitarias para la búsqueda, localización, identificación y entrega de restos a las familias de las víctimas. A las víctimas, familiares y organizaciones de derechos humanos les fue reconocido un rol activo en todo el proceso de diseño y puesta en marcha de esta nueva unidad especial pues participarán en la definición de las prioridades para la búsqueda y en procesos específicos de búsqueda, ubicación, identificación y entrega de restos.

Al igual que la CEVCNR, la UBPD tiene un marcado carácter no judicial. De manera explícita, las partes acordaron que las actividades de esta Unidad no sustituirán ni impedirán la investigación judicial para establecer responsabilidades penales asociadas con hechos de desaparición forzada.²⁸ Con el propósito

²⁵ *Ibid.*, p. 137.

²⁶ Centro Nacional de Memoria Histórica, *Hasta encontrarlos. El drama de la desaparición forzada en Colombia*, Bogotá, Imprenta Nacional, 2016, pp. 16-17 y 74.

²⁷ *Ibid.*, pp. 43-45.

²⁸ "La búsqueda de restos por parte de la UBPD no inhabilitará a la Jurisdicción Especial para la Paz y demás órganos competentes para adelantar las investigaciones que considere

explícito de estimular la entrega de información relevante para la ubicación de personas dadas por desaparecidas, el Acuerdo Final de Paz establece que la información recibida o producida por la UBPD “no podrá ser utilizada con el fin de atribuir responsabilidades en procesos judiciales o para tener valor probatorio, a excepción de los informes técnico-forenses y los elementos materiales asociados al cadáver”.²⁹

De hecho, se espera que la UBPD sea capaz de lograr avances significativos en el proceso de búsqueda de personas desaparecidas, teniendo como base nueva información, proporcionada a través de entrevistas voluntarias y confidenciales con aquellas personas que participaron –directa o indirectamente– en las hostilidades. Para dar sentido a la integralidad del sistema, el Gobierno nacional y las FARC-EP acordaron que la contribución de información a la UBPD podrá ser tenida en cuenta “para recibir cualquier tratamiento especial en materia de justicia”.³⁰

La Jurisdicción Especial para la Paz

En el entendido de que los crímenes internacionales y las graves violaciones de los derechos humanos no pueden ser objeto de amnistía, las partes acordaron la creación de la JEP.³¹ Se trata de una jurisdicción totalmente nueva y especial, compuesta por el Tribunal para la Paz, la Unidad de Investigación y Acusación (UIA), la Secretaría Ejecutiva y tres Salas de Justicia: la Sala de Amnistía o Indulto (SAI), la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas (SRVRDH) y la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas (SDSJ). El mandato de esta jurisdicción incluye “luchar contra la impunidad”, satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia y honrar el deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar los crímenes internacionales y las graves violaciones de los derechos humanos. Igualmente, la nueva jurisdicción busca otorgar “seguridad jurídica completa” a todos aquellos que han participado directa o indirectamente en el conflicto armado interno y cometido graves violaciones de los derechos humanos o graves infracciones al DIH.

necesarias para esclarecer las circunstancias y responsabilidades de la victimización del caso asumido por la UBPD” (Acuerdo Final de Paz, punto 5: “Víctimas”, cit., p. 141).

²⁹ *Ibid.*, pp. 141-142.

³⁰ *Ibid.*, p. 142.

³¹ En un trabajo reciente, Diego Alejandro Martínez Castillo, quien fuera uno de los tres integrantes de la Comisión de Juristas por parte de las FARC, afirma que una de las “zonas comunes” más importantes al interior de la Comisión de la Verdad fue el reconocimiento de que los crímenes de guerra y los demás crímenes internacionales conforme al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI) no son amnistiables (Diego Alejandro Martínez Castillo, “Hacia una ampliación del concepto de justicia. La Jurisdicción Especial para la Paz en Colombia”, en Camilo Eduardo Umaña Hernández (ed.), *La justicia al encuentro de la paz en contextos de transición. Reflexiones actuales para desafíos colombianos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018).

El acuerdo sobre la JEP constituye un triunfo de la idea desarrollada en el marco del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) según la cual, la responsabilidad penal individual por los crímenes internacionales y las graves violaciones de los derechos humanos debe ser atribuida por un tribunal de justicia, incluso en el contexto de una negociación política para poner fin a un conflicto armado.³² La experiencia colombiana demuestra que, bajo ciertas condiciones, incluso una guerrilla marxista puede aceptar un arreglo institucional nacional de justicia penal en un contexto de justicia transicional. Por supuesto, el acuerdo que surge de esta negociación política tiene unas características particulares, pero mantiene la esencia de la justicia penal.

Discutiré la naturaleza, la estructura y los procedimientos de la JEP con el fin de identificar los elementos clave que, desde mi punto de vista, fueron las condiciones que posibilitaron el Acuerdo Final de Paz:

- El otorgamiento de la “amnistía más amplia posible” por delitos políticos y conexos, que recuperó la tradición colombiana en materia de amnistía e incluyó la amnistía por muertes en combate y por retención de combatientes enemigos, compatibles con el DIH, pero excluyó la amnistía para crímenes internacionales y graves violaciones de los derechos humanos.
- El tratamiento diferenciado en algunos aspectos y simétrico en otros, pero siempre inescindible, equitativo, equilibrado y simultáneo de los agentes del Estado.
- La competencia no solo sobre los combatientes –guerrillas y agentes del Estado–, sino sobre los civiles que hubieran participado y cometido delitos en el marco del conflicto armado interno.
- La creación de una jurisdicción especial totalmente nueva con un Tribunal para la Paz que originalmente no estaba sujeto a la jerarquía ordinaria de las cortes en Colombia, con el mandato de, por un lado, investigar, juzgar y sancionar los crímenes internacionales y las graves violaciones de los derechos humanos cometidas por todas las partes en el conflicto armado interno (especialmente a sus partícipes determinantes) y, por otro, resolver la situación jurídica (y garantizar la seguridad jurídica) de quienes participaron en la guerra.
- Nuevos magistrados elegidos por un panel especial (internacional y nacional) –cuyos miembros fueron designados por instituciones definidas por la Mesa de Conversaciones–.

³² “Afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia” (Parágrafo 4 del Preámbulo del Estatuto de Roma de la CPI. Disponible en: [https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)).

- La imposición de “sanciones propias” de la JEP a aquellos que reconocen verdad y responsabilidad con un componente de “restricción de libertades y derechos” que no equivale a prisión ordinaria, y otro componente restaurativo y reparador.

Demostraré que estos elementos constituyen fórmulas creativas que, por un lado, hacen compatible la rendición de cuentas con la dignidad política de las partes,³³ pero, por otro, honran los principios del derecho internacional sobre el deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar los crímenes internacionales. Así, el DIH obró, no solo como restricción a lo posible, sino como terreno y lenguaje común que permitió la responsabilización penal individual por los crímenes de la guerra. La inclusión de las fuerzas militares en la discusión sobre el arreglo de justicia transicional para el fin de la guerra fue también un elemento clave de su éxito.

La fórmula del derecho internacional humanitario: la amnistía más amplia posible

Primero, el acuerdo sobre la JEP no habría podido ver la luz si no hubiera sido por la inclusión de un fuerte componente de amnistía aplicable a los delitos políticos y conexos. Desde mi punto de vista, como indican *Las pautas de Belfast sobre amnistía y responsabilidad*,³⁴ el caso colombiano demuestra que las amnistías pueden entenderse como parte integral de un proceso más amplio de rendición de cuentas –específicamente, de atribución de responsabilidad penal individual–. De hecho, la experiencia colombiana presenta argumentos sólidos para entender las amnistías como uno de los mecanismos de justicia transicional. Considero que desarrollar seriamente todas las posibilidades de las amnistías dentro del campo de la justicia transicional contribuye a aumentar las posibilidades de responsabilidad penal por crímenes internacionales en el marco de negociaciones de paz.

En el contexto de una negociación política para la terminación del conflicto armado, las amnistías por delitos políticos traen consigo un significado trascendental de honor y dignidad política. En este tipo de contextos, la amnistía permite entender a la insurgencia como un actor político, cuya racionalidad y agencia permiten, a su vez, responsabilizar individualmente a sus miembros por las infracciones al derecho de la guerra. En mi opinión, es solo a partir del reconocimiento de su agencia política que los insurgentes pueden moverse

³³ Véase Iván Orozco, *Sobre los límites de la conciencia humanitaria. Dilemas de la paz y la justicia en América Latina*, Bogotá, Temis-Universidad de los Andes, 2005. Véase también Iván Orozco, *Justicia transicional en tiempos del deber de memoria*, Bogotá, Temis-Universidad de los Andes, 2009.

³⁴ Universidad de Ulster y Transitional Justice Institute, *Las pautas de Belfast sobre amnistía y responsabilidad*. Disponible en: https://www.ulster.ac.uk/__data/assets/pdf_file/0005/79070/1SPANISH-GuidelinesonAmnestyandAccountability_000.pdf

hacia el reconocimiento de sus responsabilidades y la rendición de cuentas. A mi manera de ver, el reconocimiento de la agencia política y moral del insurgente –que en el campo legal se traduce en la amnistía– es la otra cara de la moneda de la responsabilización penal.

En un trabajo reciente sobre la JEP, como una forma de ampliar el concepto de justicia, Diego Alejandro Martínez Castillo, quien fue uno de los tres miembros de la Comisión de Juristas designado por las FARC, explicó que la delegación de la guerrilla comenzó la discusión sobre el componente de justicia del SIVJRNR “partiendo de la necesidad del reconocimiento de su carácter político-militar, del derecho a la rebelión y, por esa vía, del delito político”.³⁵ Sin embargo, al mismo tiempo, Martínez afirma que las FARC no estaban pidiendo una amnistía general como lo refirió el abogado español Enrique Santiago, quien también fuera miembro de la Comisión de Juristas, al decir: “Todos en La Habana son muy conscientes de que los crímenes internacionales no están cubiertos por ninguna amnistía”.³⁶

Citando el artículo 6.5 del Protocolo II de los Convenios de Ginebra, el Acuerdo Final de Paz otorga la “amnistía más amplia posible” a los rebeldes que hacían parte de la organización que lo suscribió. La cuestión de la amnistía era tan sensible para la negociación que las partes decidieron incluir un anteproyecto completo de ley de amnistía como parte integral del Acuerdo Final de Paz, la Ley de Amnistía, Indulto y Tratamientos Penales Especiales. El Gobierno se comprometió a presentar ante el Congreso de la República el proyecto de ley incluido en el Acuerdo Final de Paz, a la mayor brevedad tras la firma de este. De hecho, la Ley de Amnistía, junto con el Acto Legislativo 01 de 2016, que incorpora la JEP a la Constitución Política, fue considerada como prioridad absoluta dentro del calendario de implementación normativa incluido dentro del Acuerdo Final de Paz.³⁷ El proyecto de ley fue radicado el 13 de diciembre de 2016,³⁸ surtió el trámite especial para la implementación de los acuerdos de paz previsto en el Acto Legislativo 01 de 2016 y fue aprobado por el Congreso de la República el 30 de diciembre del mismo año (Ley 1820 de 2016).

³⁵ Diego Alejandro Martínez Castillo, “Hacia una ampliación del concepto de justicia. La Jurisdicción Especial para la Paz en Colombia”, en Camilo Eduardo Umaña Hernández (ed.), *La justicia al encuentro de la paz en contextos de transición. Reflexiones actuales para desafíos colombianos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, p. 81.

³⁶ *Ibid.*, p. 85.

³⁷ Alto Comisionado para la Paz, Acuerdo Final de Paz, 6.1.9, “Prioridades para la implementación normativa”, cit., p. 201.

³⁸ Proyecto de Ley “Por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales. [Amnistía]”. Disponible en: <https://congresovisible.uniandes.edu.co/proyectos-de-ley/por-medio-de-la-cual-se-dictan-disposiciones-sobre-amnistia-indulto-y-tratamientos-penales-especiales-amnistia/8755/#tab=2>

El régimen de amnistía incluido en el Acuerdo Final de Paz y consignado detalladamente en la Ley de Amnistía y en sus decretos reglamentarios es complejo. Puede decirse que tiene cuatro grandes componentes: i) la amnistía *de iure*; ii) la amnistía a cargo de la SAI de la JEP; iii) el régimen de libertades, y iv) los tratamientos penales especiales diferenciados para agentes del Estado. La doble aproximación a la amnistía –*de iure*, de un lado, y caso a caso, de otro– parte de la diferencia que existe entre dos grandes grupos de delitos: aquellos que pueden razonablemente presumirse como conexos con los delitos políticos y por ello no habría que examinar los hechos del caso y aquellos que requieren de un estudio de los hechos, pues bien puede tratarse de crímenes de guerra, delitos comunes o delitos amnistiables, como son los casos paradigmáticos del homicidio, el secuestro, el terrorismo y el narcotráfico.

La amnistía *de iure* procede para aquellos excombatientes de las FARC, tanto privados de la libertad como concentrados en las Zonas Veredales Transitorias de Normalización (ZVTN). Conforme a lo previsto en la Ley 1820 de 2016, la amnistía *de iure* procede respecto de una lista cerrada de delitos políticos y conexos: rebelión, sedición, asonada, conspiración, seducción, usurpación y retención ilegal de mando, porte ilegal de armas, utilización ilegal de uniformes e insignias, constreñimiento para delinquir, violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial, utilización ilícita de redes de comunicaciones, falsedad personal, obtención de documento público falso, fraude en inscripción de cédulas, fuga y espionaje, entre otros. La lista fue cuidadosamente formulada de manera que no se incluyera ningún delito que pudiera llegar a constituir un crimen de guerra –ni mucho menos un crimen de lesa humanidad–.

Conforme a la Ley 1820 de 2016, la amnistía *de iure* para los excombatientes ubicados en las ZVTN sería aplicada individualmente por el presidente de la República, una vez se acreditara la dejación de armas. A través de los Decretos 1096, 1165, 1033 y 1565 de 2017 y el Decreto 731 de 2018, el presidente Santos aplicó la amnistía a 6005 excombatientes que se encontraban en las ZVTN. Respecto de aquellos excombatientes privados de la libertad –investigados, procesados o condenados– la amnistía *de iure* debía ser aplicada por el juez ordinario que conoce del caso. A julio de 2017, los jueces ordinarios habían aplicado la amnistía *de iure* a 454 excombatientes guerrilleros. Conforme a lo previsto en la Ley de Amnistía, si pasados 45 días desde la entrada en vigencia de dicha ley, las autoridades ordinarias correspondientes no han aplicado la amnistía *de iure*, el interesado puede solicitar la amnistía a la SAI de la JEP.

Para efectos de la procedencia de la amnistía caso a caso (en la SAI de la JEP), la Ley 1820 de 2016 establece unos criterios guía. Así, se entienden conexos con el delito político aquellos que reúnan alguno de los siguientes criterios: i) delitos específicamente relacionados 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”; ii) los delitos cometidos contra el Estado y el régimen constitucional, y iii) las conductas dirigidas a facilitar, apoyar, financiar u ocultar el desarrollo de la rebelión.

Por otro lado, el Acuerdo Final de Paz deja claro que hay una serie de crímenes que no pueden ser amnistiados, incluidos los crímenes internacionales, tal y como los define el Estatuto de Roma de la CPI. En una cláusula específica, el Acuerdo Final de Paz establece que los siguientes crímenes no pueden ser objeto de amnistía: genocidio, crímenes de lesa humanidad, graves crímenes de guerra, toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, tortura, ejecuciones extrajudiciales, desaparición forzada, acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, desplazamiento forzado, sustracción de menores, y reclutamiento de menores conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma. Esta cláusula fue bienvenida por actores clave de la comunidad internacional, incluida la fiscal de la CPI.³⁹

A través del dispositivo de la amnistía caso a caso, el Acuerdo Final de Paz y la Ley 1820 de 2016 reconocen que investigaciones, procesos y sentencias contra excombatientes de las FARC por hechos que fueron calificados como homicidio, secuestro y terrorismo, entre otros delitos, si se reexaminan a la luz del DIH bien pueden no corresponder a crímenes de guerra y ser actos compatibles con el mismo. A pesar de no ser necesariamente crímenes de guerra, las conductas de dar muerte en combate a un combatiente enemigo o su aprehensión en operaciones militares habían sido excluidas por la Ley y por la Corte Constitucional de los indultos y las amnistías.⁴⁰ Por su parte, la amplitud del tipo penal de terrorismo permitía que una serie de conductas, que no constituían crímenes de guerra, fueran penalizadas.⁴¹ Revertir dichos dispositivos que la doctrina ha calificado como expresiones del derecho penal de enemigo,⁴² tiene una importancia trascendental en términos del reconocimiento del honor político de las FARC.

Además de las disposiciones sobre amnistía –cuya consecuencia inmediata es la libertad definitiva–, el Acuerdo Final de Paz y la Ley de Amnistía previeron que tanto los excombatientes guerrilleros como los agentes del Estado que hubieren estado privados de la libertad –condenados o procesados– por cinco

³⁹ Véase Corte Penal Internacional, *Declaración de la Fiscal de la CPI, Fatou Bensouda, sobre la conclusión de las negociaciones de paz entre el Gobierno de Colombia y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo*. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=160901-otp-stat-colombia>

⁴⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-456 de 1997. Véase también al respecto el inciso 3 del artículo 50 de la Ley 418 de 1997.

⁴¹ Código Penal Colombiano, artículo 144.

⁴² Alejandro David Aponte Cardona, *Guerra y derecho penal del enemigo: reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2009.

años o más por delitos no amnistiados, esperarían la definición de su situación jurídica por la JEP, en libertad. Esto en virtud de la “libertad condicionada” para excombatientes guerrilleros y la “libertad transitoria, condicionada y anticipada” para los agentes del Estado.

Para obtener el beneficio, tanto los excombatientes guerrilleros como los agentes del Estado deben suscribir un acta ante el Secretario Ejecutivo de la JEP comprometiéndose a someterse y quedar a disposición de la Jurisdicción, a informar todo cambio de residencia a la JEP, y a no salir del país sin previa autorización judicial. Esta libertad condicionada no significa una decisión de fondo sobre la situación jurídica de quien recibe el beneficio. En abril de 2018, 1009 excombatientes guerrilleros habían recibido la libertad condicionada.

Para aquellos excombatientes guerrilleros que hubieran estado privados de la libertad menos de cinco años, el Acuerdo Final de Paz y la Ley de Amnistía previeron el traslado a las ZVTN “donde permanecerán privados de la libertad”.⁴³ Durante la vigencia del Pabellón Especial para la Paz de la zona veredal de Mesetas en el Meta, 522 excombatientes guerrilleros fueron trasladados allí en condición de privación de la libertad.⁴⁴

La competencia sobre los agentes del Estado: tratamiento diferenciado en algunos aspectos y simétrico en otros, pero siempre inescindible, equitativo, equilibrado y simultáneo

La competencia de la JEP sobre los agentes del Estado es una de las condiciones esenciales de la existencia de esta Jurisdicción. Por un lado, era claro el hecho de que la gran mayoría del sector Defensa quería que este arreglo de justicia transicional incluyera a miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía. A diferencia de lo que ocurrió en el pasado con algunas amnistías para las guerrillas y de arreglos especiales de justicia penal para los grupos paramilitares, en esta ocasión, voces influyentes al interior de las Fuerzas Armadas expresaron el deseo de que sus miembros se beneficiaran de estos mecanismos de justicia transicional. Entre oficiales de alto rango se volvió común escuchar que, en esta oportunidad, no permitirían que sus hombres pagaran treinta años de cárcel mientras los integrantes de la guerrilla se convertían en senadores y gobernadores.⁴⁵ Además, no era raro escuchar, entre el personal de alto rango militar,

⁴³ Ley 1820 de 2016, inciso 3, artículo 35.

⁴⁴ *El Tiempo*, “Solo quedan nueve presos en la ‘cárcel’ para ex-Farc”, 19 de marzo de 2018. Disponible en: <https://www.eltiempo.com/justicia/jep-colombia/libertad-de-guerrilleros-que-habian-sido-trasladados-a-zonas-veredales-195534>

⁴⁵ En ese sentido, el general (r) Óscar Naranjo, vicepresidente de la República durante el Gobierno del presidente Juan Manuel Santos, señaló en un foro realizado en la Universidad de Rosario en la ciudad de Bogotá el 20 de abril de 2017: “[La JEP] en el caso colombiano corrige errores del pasado y no permitirá asimetrías para que haya juzgamientos diferenciales entre guerrilleros y

que “cualquier beneficio que sea concedido a la guerrilla, deben también recibirlo nuestros hombres”.⁴⁶

Desde el comienzo de las conversaciones, el Gobierno había imaginado un arreglo especial de rendición de cuentas que cubriera tanto a los excombatientes guerrilleros como a agentes del Estado. Así quedó consignado en la reforma constitucional impulsada por el Gobierno durante el primer semestre de 2012, mientras se adelantaba aún la fase secreta de las conversaciones.⁴⁷ La enmienda constitucional, llamada Marco Jurídico para la Paz, que aplicó las lecciones recibidas de casi diez años de proceso penal especial de Justicia y Paz, y que se proponía abrir el camino legal para una estrategia de justicia transicional para el fin de la guerra, disponía que “una ley estatutaria podrá autorizar que, en el marco de un acuerdo de paz, se dé un tratamiento diferenciado para los distintos grupos armados al margen de la ley que hayan sido parte en el conflicto armado interno y también para los agentes del Estado, en relación con su participación en el mismo”⁴⁸ (énfasis agregado).

Por otro lado, un prerequisite clave para que las FARC aceptaran la creación de una jurisdicción especial, que conociera de los crímenes internacionales y las graves violaciones de los derechos humanos en los que pudieran estar involucradas, fue la posibilidad que también debería tener la nueva jurisdicción de abordar la responsabilidad de agentes del Estado y civiles que hubieran cometido crímenes con ocasión o en relación con el conflicto armado interno. En julio de 2015, el abogado español y activista de Izquierda Unida que actuó como el principal asesor jurídico de las FARC, Enrique Santiago, explicó a la revista *Semana* que las FARC no aceptarían la creación de un tribunal para poner exclusivamente a las guerrillas en juicio. “Esa no es una alternativa porque esto no es una derrota ni una rendición”, dijo.⁴⁹ Santiago señaló que, si los máximos responsables dentro de las guerrillas iban a ir a prisión, los máximos responsables dentro de los agentes de Estado debían ir también y concluyó diciendo

agentes del Estado, en el entendido de que es una Jurisdicción para todos”. Disponible en: <https://www.urosario.edu.co/Home/Principal/Eventos/Foro-Justicia-para-la-Paz-un-reto/?viewmode=0>

⁴⁶ El presidente Juan Manuel Santos, el 21 de noviembre de 2017, señaló: “Son muchos los miembros de la Fuerzas Armadas que ahora estarán tranquilos de que no se repetirá, que quienes defienden la Constitución terminen en las cárceles y que quienes la ataquen terminen libres o puestos de elección popular” (Caracol Radio, “Nunca más se repetirá que quienes defienden la Constitución terminen en las cárceles: Santos”, 21 de noviembre de 2017. Disponible en: https://caracol.com.co/radio/2017/11/22/judicial/1511308511_072077.html)

⁴⁷ De acuerdo con lo señalado por el Instituto para las Transiciones Integrales (IFIT): “La negociación con las FARC tuvo dos momentos claramente definidos: un encuentro exploratorio de siete meses (entre febrero y agosto de 2012) y una Mesa de Conversaciones de cuatro años (entre octubre de 2012 y noviembre de 2016)” (Bermúdez Liévano, *op. cit.*, p. 21).

⁴⁸ Acto Legislativo 1 de 2012, artículo 1.

⁴⁹ *Semana*, “¿Qué es lo que plantea el abogado de las FARC?”, 25 de julio de 2015. Disponible en: <http://www.semana.com/nacion/articulo/exclusivo-habla-el-abogado-de-las-farc/436150-3>

que lo que las FARC buscaban era equilibrio y equidad en la resolución del conflicto.

Así, en el texto del Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto “Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición” que la Mesa de Conversaciones hizo público el 15 de diciembre de 2015,⁵⁰ y que incluía el acuerdo para la creación de la JEP, se incorporó el principio según el cual “El tratamiento de justicia para los integrantes de las FARC-EP, para los agentes del Estado y para otros actores que hayan participado en el conflicto, ya sea como combatientes o como no combatientes, cuando hayan cometido delitos, puede ser diferente pero equilibrado y equitativo”.⁵¹ Ahora, cada concepto, fórmula legal y redacción de la estrategia de justicia transicional para los agentes del Estado habían sido meticulosamente discutidos en Bogotá con el sector Defensa.⁵²

El 19 de diciembre de 2015, cuatro días después de la publicación del Acuerdo sobre el SIVJRNR, los ministros de Defensa y de Justicia de la época, Luis Carlos Villegas y Yesid Reyes, suscribieron públicamente, durante una ceremonia de ascenso militar en el Cantón Norte de Bogotá, un “compromiso” de diez puntos, denominado “Los compromisos del Gobierno Nacional en el marco del fin del conflicto armado, para la aplicación de la Jurisdicción Especial para la Paz a los ‘Agentes del Estado’”,⁵³ sobre la forma en que la JEP aplicaría para los miembros de la fuerza pública. Rápidamente, el Ministerio de Defensa imprimió un folleto de bolsillo con los diez puntos del compromiso, que fue ampliamente distribuido entre las fuerzas militares. Cito a continuación íntegramente estos diez puntos por su gran valor explicativo:

1. Deber de garantía y presunción de legalidad: En el caso de los Agentes del Estado, la aplicación de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) parte del reconocimiento

⁵⁰ “5. Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto: ‘Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición’, incluyendo la Jurisdicción Especial para la Paz; y Compromiso sobre Derechos Humanos”. Disponible en: <http://wp.presidencia.gov.co/sitios/especiales/Documents/20150921-declaracion-proceso-paz/docs/Punto5-Victimas.pdf>

⁵¹ *Ibid.*, numeral 34.

⁵² En ese sentido, el mayor general Juan Guillermo García Serna, que en la época hacía parte del Comando General de las Fuerzas Militares, señaló en el foro “Justicia para la Paz: un reto”, realizado en la Universidad de Rosario en la ciudad de Bogotá el 20 de abril de 2017: “Yo, hablando en nombre de todos los policías y soldados de Colombia, nosotros, tenemos la tranquilidad de participar en esta Jurisdicción Especial para la Paz y tenemos la tranquilidad porque de una manera directa o indirecta hemos participado en la construcción de esta normatividad”. Disponible en: <https://www.urosario.edu.co/Home/Principal/Eventos/Foro-Justicia-para-la-Paz-un-reto/?viewmode=0>

⁵³ Véase *El Colombiano*, “Agentes del Estado tendrán jurisdicción especial en la paz”, 20 de diciembre de 2015. Disponible en: <https://www.elcolombiano.com/colombia/paz-y-derechos-humanos/agentes-de-estado-tendran-jurisdiccion-especial-en-la-paz-MD3317925>. Véase también “Los compromisos del Gobierno Nacional en el marco del fin del conflicto armado, para la aplicación de la Jurisdicción Especial para la Paz a los ‘Agentes del Estado’”. Disponible en: <http://es.presidencia.gov.co/noticia/Compromiso-del-Gobierno-Nacional-en-el-Marco-del-Fin-del-Conflicto-Armado-para-la-Aplicación-de-la-Jurisdicción-Especial-para-la-Paz>

de que el Estado tiene como fin esencial proteger y garantizar los derechos de todos los ciudadanos, y debe contribuir al fortalecimiento de las instituciones y de su legitimidad. Sus agentes, en particular los miembros de la Fuerza Pública ostentan el ejercicio legítimo de la fuerza y sus acciones se presumen legales.

2. Seguridad jurídica: La seguridad jurídica para los miembros de las Fuerzas Militares, la Policía Nacional y en general los Agentes del Estado, se deriva de la participación de estos en los diferentes mecanismos del Sistema Integral, así como de la investigación, juzgamiento y sanción por parte de la Jurisdicción Especial para la Paz, en particular, del Tribunal para la Paz, instancia máxima de cierre de esta Jurisdicción. Todas las decisiones de la Jurisdicción Especial para la Paz harán tránsito a cosa juzgada y se garantizará su inmutabilidad. Dichas decisiones solo podrán ser invalidadas o dejadas sin efecto por el mismo Tribunal.
3. Tratamiento diferenciado, independencia e imparcialidad: El acuerdo firmado en La Habana incorpora el carácter inescindible de la Jurisdicción Especial para la Paz. En relación con los Agentes del Estado que hubieren realizado conductas punibles por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, el tratamiento será simétrico en algunos aspectos, diferenciado en otros, pero siempre equitativo, equilibrado y simultáneo. La Jurisdicción Especial para la Paz, tanto en su forma de selección de los magistrados como en su funcionamiento, deberá dar las mayores garantías de independencia, probidad, objetividad e imparcialidad.
4. Prevalencia de la Jurisdicción Especial para la Paz: La Jurisdicción Especial para la Paz prevalecerá sobre las actuaciones penales, disciplinarias o administrativas por conductas cometidas por miembros de la Fuerza Pública por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, al absorber la competencia exclusiva sobre dichas conductas.
5. Finalidad y configuración de las sanciones: Las sanciones previstas en la Jurisdicción Especial para la Paz, aplicables a los Agentes del Estado, tendrán como finalidad esencial satisfacer los derechos de las víctimas y consolidar la paz. La configuración definitiva de las sanciones del Sistema Integral para los Agentes del Estado será propuesta por el Gobierno Nacional antes de la firma del Acuerdo Final. El tiempo de duración de las sanciones –que son de naturaleza propia, alternativa y ordinaria–, que se impongan a los Agentes del Estado, será en todo caso el mismo definido en la Jurisdicción Especial para la Paz para todos los responsables.
6. Sanciones: Las sanciones a miembros de la Fuerza Pública, que impliquen privación efectiva de la libertad, se cumplirán en todo caso en los establecimientos previstos en el régimen penitenciario y carcelario establecido para ellos, conforme al principio de tratamiento diferenciado. Cuando se trate de sanciones de restricción efectiva de libertad y derechos, se reglamentarán las diferentes modalidades de ejecución, garantizando mecanismos idóneos de monitoreo, vigilancia y control del cumplimiento de dichas sanciones.
7. Responsabilidad del mando y otros superiores: La Jurisdicción Especial para la Paz aplicará, en el caso de los miembros de la Fuerza Pública, el Derecho Internacional Humanitario y las reglas operacionales de la Fuerza Pública en relación con el DIH, como ley especial. La determinación de la responsabilidad del mando no podrá fundarse exclusivamente en el rango, la jerarquía, o el ámbito de jurisdicción. La responsabilidad de los miembros de la Fuerza Pública por los actos de sus subordinados deberá fundarse en el control efectivo de la respectiva conducta,

en el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante, y después de la realización de la respectiva conducta, así como en los medios a su alcance para prevenirla, siempre y cuando las condiciones fácticas lo permitan, y de haber ocurrido, promover las investigaciones precedentes.

8. Revisión de sentencias: La Jurisdicción Especial para la Paz consagra que, a petición del condenado, la Sección de Revisión del Tribunal revisará las sentencias proferidas por la justicia por inexistencia del hecho, error manifiesto en la calificación jurídica, por conductas cometidas por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, siempre que se cumplan las condiciones del Sistema Integral.
9. Resolución de la situación jurídica: La Sala de Definición de Situaciones Jurídicas tendrá la función de resolver la situación jurídica de los Agentes del Estado, que hayan participado en el conflicto armado, cuando no hayan tenido la mayor responsabilidad de los delitos más graves y representativos. En estos casos, frente a quienes hayan cumplido las condiciones del Sistema Integral, la Jurisdicción Especial para la Paz podrá aplicar, según el nivel de responsabilidad, medidas de resolución de la situación jurídica, como, por ejemplo, la suspensión de la ejecución de la pena y la renuncia a la persecución penal, entre otras.
10. Integralidad y condicionalidad del Sistema: Para acceder a cualquier tratamiento especial de justicia prevista en la Jurisdicción Especial para la Paz del Sistema Integral, los Agentes del Estado deberán contribuir al esclarecimiento de la verdad, reparar a las víctimas y garantizar la no repetición. Quien aporte de manera dolosa información falsa perderá el tratamiento especial de justicia. El Gobierno nacional impulsará las leyes que definan la naturaleza, alcance y contenidos de las medidas de reparación de víctimas por parte de los Agentes del Estado.

Estos diez puntos fueron la guía fundamental para el desarrollo legal de la justicia transicional para los miembros de la fuerza pública tanto en la Ley 1820 de 2016 (Ley de Amnistía, Indulto y otros Tratamientos Penales Especiales), como luego en el Acto Legislativo que incorporó a la Constitución Política el SIVJRNR y en la Ley Estatutaria de la JEP. El Gobierno honró rigurosamente el compromiso con la fuerza pública e incluyó en el proyecto de Ley de Amnistía e Indulto –que se incorporó como parte integral del Acuerdo Final de Paz firmado el 24 de noviembre de 2016 en el Teatro Colón– un título especial sobre los “Tratamientos penales especiales diferenciados para agentes del Estado”.⁵⁴

El tratamiento diferenciado, pero simétrico, equitativo, equilibrado y simultáneo también se hizo evidente en la incorporación en la Constitución Política, en el Acto Legislativo que crea la JEP, de un capítulo especial con las “normas aplicables a los miembros de la fuerza pública para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera”.⁵⁵ Este capítulo se encarga de desarrollar cuidadosamente el tratamiento jurídico que recibirán los miembros de la fuerza pública en la JEP, con la plena garantía de

⁵⁴ Ley 1820 de 2016, Título 4.

⁵⁵ Acto Legislativo 1 de 2017, capítulo VII.

que será equitativo, equilibrado, simétrico y simultáneo al de los miembros de las antiguas FARC-EP.

La incorporación del título especial en la Ley 1820 de 2016 es una clara expresión de la fórmula de la “inescindibilidad” del arreglo de justicia transicional para los miembros de la fuerza pública, acordada por el Gobierno nacional con el sector Defensa. Como lo explica Humberto de la Calle, quien fuera el jefe negociador por parte del Gobierno en La Habana, el concepto era “la trenza”: el tratamiento entreverado, de manera que la suerte de unos quede inescindiblemente amarrada a la de los otros.⁵⁶ Dice textualmente el artículo 9 de la citada Ley:

Tratamiento penal especial, simétrico, simultáneo, equilibrado y equitativo. Los agentes del Estado no recibirán amnistía ni indulto. Los agentes del Estado que hubieren cometido delitos con ocasión, por causa, o en relación directa o indirecta con el conflicto armado antes de la entrada en vigor del Acuerdo Final de Paz, recibirán un tratamiento penal especial diferenciado, simétrico, equitativo, equilibrado y simultáneo de conformidad con esta ley.⁵⁷

Con el fin de materializar dicho tratamiento diferenciado, simétrico, equitativo, equilibrado y simultáneo, la Ley 1820 de 2016 incorpora tanto el beneficio de la renuncia a la persecución penal como un régimen de libertades en favor de los miembros de la fuerza pública. El beneficio equivalente a la amnistía para excombatientes guerrilleros es la renuncia a la persecución penal para los agentes del Estado, mecanismo que había sido previsto desde la reforma constitucional –Acto Legislativo 01 de 2012– llamada Marco Jurídico para la Paz. Ley 1820 de 2016 define la renuncia a la persecución penal como un mecanismo diferenciado para los agentes del Estado “necesario para la construcción de confianza y para facilitar la terminación del conflicto armado interno, debiendo ser aplicado de manera preferente en el sistema penal colombiano, como contribución al logro de la paz estable y duradera”.⁵⁸ Como en el caso de la amnistía, la Ley 1820 de 2016 establece que la renuncia a la persecución penal extingue la acción penal, responsabilidad penal y sanción penal.

De manera equivalente al régimen de libertades para los excombatientes guerrilleros, la Ley 1820 de 2016 incluyó también un capítulo específico con el régimen de libertades aplicable a los agentes del Estado. Dicho régimen prevé: primero, el beneficio de la libertad transitoria condicionada y anticipada aplicable a los agentes del Estado que, al momento de entrar en vigencia la ley, estuvieran detenidos o condenados y manifestaran su sometimiento a la SDSJ de la JEP y que i) estuvieran condenados o procesados por haber cometido conductas

⁵⁶ Humberto de la Calle, *Revelaciones al final de una guerra*, Bogotá, Debate, 2019, p. 110.

⁵⁷ Artículo 8 del texto original incluido en el Acuerdo Final de Paz y Ley 1820 de 2016, artículo 9.

⁵⁸ Artículo 45, Ley 1957 de 2019.

punibles por causa, con ocasión, o en relación directa o indirecta con el conflicto armado interno y ii) hubiesen estado privados de la libertad un tiempo igual o superior a cinco años, en los casos en los que se tratara de crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra, y segundo, el beneficio de privación de la libertad en una unidad militar o policial para integrantes de las fuerzas militares y policiales detenidos o condenados que manifiesten o acepten su sometimiento a la JEP y lleven privados de la libertad menos de cinco años.

Gracias a estas disposiciones, en febrero de 2019, de los 1958 miembros de la fuerza pública de Colombia sometidos a la JEP, según un balance de la SDSJ, 1529 ya habían recibido algún tipo de beneficio jurídico. De estos, 1051 obtuvieron el beneficio de libertad transitoria, condicionada y anticipada (68,7% del total de miembros de la fuerza pública que han recibido beneficios de la Ley 1820 de 2016). Los resultados también señalan que un porcentaje menor, 19%, obtuvo la revocatoria o la sustitución de la medida de aseguramiento, y que un 12,3%, privado de la libertad, fue trasladado a unidades militares.⁵⁹

Ahora, la competencia de la JEP sobre agentes del Estado no miembros de la fuerza pública fue radicalmente modificada por la Corte Constitucional cuando revisó el Acto Legislativo por el cual se incorporó la JEP a la Constitución Política. En el texto del Acuerdo Final de Paz y del Acto Legislativo, a la JEP le había sido conferida competencia compulsiva tanto sobre excombatientes de las antiguas FARC y excombatientes de las fuerzas militares del Estado colombiano como sobre otros agentes del Estado civiles. Sin embargo, la Corte Constitucional, en su revisión de la constitucionalidad de este Acto Legislativo, decidió declarar inexecutable esta facultad compulsiva de la Jurisdicción. De esta manera, en la actualidad, la competencia de la JEP frente a agentes del Estado no miembros de la fuerza pública y terceros civiles es exclusivamente voluntaria.⁶⁰

⁵⁹ JEP, “1.529 miembros de la fuerza pública ya han recibido algún beneficio de la JEP”, 2 de febrero de 2019. Disponible en: <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Paginas/-1.529-miembros-de-la-fuerza-p%C3%BAblica-ya-han-recvibido-alg%C3%BAn-beneficio-de-la-JEP.aspx>

⁶⁰ El artículo original del Acto Legislativo señalaba: “Artículo transitorio 16. Competencia sobre terceros. Las personas que, sin formar parte de las organizaciones o grupos armados, hubieren contribuido de manera directa o indirecta a la comisión de delitos en el marco del conflicto, podrán acogerse a la JEP y recibir el tratamiento especial que las normas determinen, siempre que cumplan con las condiciones establecidas de contribución a la verdad, reparación y no repetición. Lo anterior, sin perjuicio de las competencias de la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad y de la Sección de Revisión del Tribunal para la Paz, respecto de la comparecencia de aquellos terceros que hubieran tenido una participación activa o determinante en la comisión de los siguientes delitos: el genocidio, delitos de lesa humanidad, 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, todo ello conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma. Se entiende por participación determinante

Para el 13 de junio de 2019, 52 agentes del Estado no miembros de la fuerza pública habían solicitado voluntariamente su acogimiento a la JEP y suscrito el acta respectiva.⁶¹

La competencia sobre los terceros civiles: una apuesta ambiciosa que quedó a mitad de camino

Extender la competencia personal de la JEP a civiles que ayudaron o apoyaron a grupos armados ilegales, especialmente a aquellos que financiaron o colaboraron con grupos paramilitares, fue otra condición de posibilidad del Acuerdo Final de Paz. Desde la perspectiva del Gobierno, el fin de la guerra también debería ofrecerle a los civiles que participaron en crímenes con ocasión o en relación con el conflicto armado interno, la oportunidad de resolver su situación jurídica en el marco de la justicia transicional.

En este sentido, el expresidente de la República César Gaviria Trujillo publicó en el periódico *El Tiempo* una columna pionera explicando la conveniencia de que el arreglo de justicia transicional alcanzara a los terceros civiles. En esa ocasión el expresidente Gaviria señaló:

La decisión fundamental que debemos tomar los colombianos es si le vamos a poner o no fin al conflicto armado. Si le vamos a poner punto final a la guerra mediante la negociación de la paz, debemos cerrar la puerta a actuaciones judiciales que sigan buscando responsables por las acciones de la guerra. De lo que se trata entonces es de ponerle fin a la guerra de manera definitiva y de definir de una vez por todas las responsabilidades judiciales de los distintos actores [...] Esta idea de justicia transicio-

para estos efectos aquella acción eficaz y decisiva en la realización de los delitos enunciados. En el ejercicio de esas competencias, las mencionadas Sala y Sección no podrán fundamentar su solicitud y decisión exclusivamente en los informes recibidos por la JEP, sino que deberán corroborarlos a través de otros medios de pruebas". El texto tachado fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, señalando que "la Corte encuentra que la competencia obligatoria de la JEP respecto de los terceros civiles [...], para juzgar las infracciones cometidas por estos en el marco del conflicto armado, desconoce las garantías orgánicas, procesales y sustantivas de un juicio justo e imparcial, desde al menos tres perspectivas.5.5.2.7. En primer lugar, el Acto Legislativo dispuso, *ex post* y *ad hoc*, una reasignación competencial para la investigación, juzgamiento y sanción de las infracciones cometidas en el marco del conflicto armado cometidas antes del 1º de diciembre de 2016, por lo cual, los terceros civiles, en los casos previstos en el Artículo 16, se encuentran sujetos, en relación con estas infracciones, a reglas de competencia dictadas a posteriori en función de las necesidades que distintos actores políticos identificaron dentro del proceso de paz.5.5.2.8. En segundo lugar, el Acto Legislativo 01 de 2017 sometió a los terceros civiles, a un órgano judicial creado *ex post* y *ad hoc*.[...] Así las cosas, la creación de tribunales *ex post*, la inexistencia de un marco o referente preciso para cumplir su rol de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y las infracciones al Derecho Internacional Humanitario, y la configuración *ad hoc* de tales instancias que las expone a ser estructuralmente tendenciosas y parciales, si bien puede justificarse en un escenario transicional orientado a la consecución de la paz, impide extender su competencia a los terceros civiles, por los delitos cometidos en el marco del conflicto armado" (Corte Constitucional, Sentencia C-674 de 2017, M. P. Luis Guillermo Guerrero).

⁶¹ JEP, Infografías. Disponible en: <https://www.jep.gov.co/Infografias/cifras-junio-12.pdf>

nal para todos se podría entender como la decisión política que involucre a todos los sectores de la sociedad que vivieron el conflicto, directa o indirectamente, y que se exprese en un conjunto de decisiones que garanticen la restauración del orden, la seguridad jurídica y la armonía social y política, condicionado este tratamiento a la no repetición, a la verdad y a la reparación, en aras de reconocer el daño causado a los civiles que han sido víctimas del conflicto armado.⁶²

Por su parte, las FARC-EP aceptaban la posibilidad de examinar la responsabilidad penal de los guerrilleros, solo si los agentes del Estado y los civiles que hubieran cometido crímenes graves a través de la instigación, el apoyo, la complicidad y la colaboración (de diversas formas) con grupos paramilitares se sometían a esta nueva jurisdicción especial para la paz. En julio de 2015, Enrique Santiago afirmó, en una entrevista con la revista *Semana*, que los mayores nichos de impunidad en Colombia se relacionan, por un lado, con aquellos que instigaron a grupos paramilitares y, por otro, con los grupos políticos que se encuentran tras los crímenes cometidos por agentes estatales.⁶³

El Acuerdo Final de Paz incluyó entonces una cláusula amplia en términos de competencia personal, la cual establece:

Las personas que, sin formar parte de las organizaciones o grupos armados, hayan contribuido de manera directa o indirecta a la comisión de delitos en el marco del conflicto, podrán acogerse a los mecanismos de justicia, sin perjuicio de lo establecido en el numeral 48t de este documento, y recibir el tratamiento especial que las normas determinen siempre que cumplan con las condiciones establecidas de contribución a la verdad, reparación y no repetición.⁶⁴

El Acuerdo Final de Paz se refiere de manera específica a la competencia que tendrá la JEP sobre “las conductas de financiación y colaboración con los grupos paramilitares, que no sean resultado de coacciones”.

En un sentido similar al compromiso del Gobierno nacional con el sector Defensa y la fuerza pública para que la justicia transicional cubriera “inescindiblemente” a los miembros de esta última, de manera simétrica en algunos aspectos, diferenciada en otros, pero siempre equitativa, equilibrada y simultánea, el Gobierno hizo público un comunicado con la estrategia de justicia transicional para los terceros civiles. En los diez puntos de este comunicado denominado “Elementos básicos de la aplicación de la Jurisdicción Especial para la Paz a terceros civiles”, el Gobierno señaló:

⁶² *El Tiempo*, “Justicia transicional para todos’, pide César Gaviria. Llama a ‘blindar’ a la fuerza pública para que no ocurra lo vivido en otros países de A. Latina”, 14 de febrero de 2015. Disponible en: <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-15249538>

⁶³ *Semana*, “¿Qué es lo que plantea el abogado de las FARC?”, 25 de julio de 2015. Disponible en: <http://www.semana.com/nacion/articulo/exclusivo-habla-el-abogado-de-las-farc/436150-3>

⁶⁴ Alto Comisionado para la Paz, Acuerdo Final de Paz, punto 5: “Víctimas”, numeral 63, cit., p. 167.

El conflicto armado ha afectado de diferentes formas a la sociedad, incluyendo a civiles, quienes han sido víctimas de diferentes tipos de delitos, como el secuestro, la extorsión, y los atentados a la infraestructura, entre otros; a la vez, algunos civiles se han visto involucrados a nivel individual, de diferentes formas y en diferentes grados, en la comisión de delitos en el contexto y en razón del conflicto armado, como consecuencia de su relación, cuando no haya sido el resultado de coacción, con algunas de las diferentes organizaciones armadas ilegales que participaron de manera directa en el conflicto; las personas que sin hacer parte orgánica de grupos armados al margen de la ley tuvieron relaciones con cualquiera de estos y se vieron involucrados en la comisión de conductas punibles en el contexto y en razón del conflicto armado, podrán acudir a reconocer su responsabilidad de manera voluntaria ante la JEP; el Tribunal para la Paz concentrará sus esfuerzos de juzgamiento y sanción en los casos en los que haya existido participación determinante en la comisión de los delitos más graves y representativos, en particular aquellos que adquieran la connotación de crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio; así mismo, la SDSJ tendrá la función de resolver la situación jurídica de los terceros que hayan participado en el conflicto armado, cuando no hayan tenido una participación determinante en los delitos más graves y representativos; la finalidad y tiempo de duración de las sanciones que imponga el Tribunal Especial para la Paz respecto de terceros civiles que habiendo participado de manera indirecta en el conflicto armado hayan tenido responsabilidad en los crímenes más graves y representativos, serán en todo caso los mismos definidos en la JEP para todos los responsables.⁶⁵

En el texto del Acuerdo Final de Paz ya era claro, y luego fue precisado en el Acto Legislativo 01 de 2017, que la JEP tiene dos tipos de jurisdicción: i) voluntaria y ii) compulsiva. En este sentido, tratándose de terceros civiles, podrán acogerse a la JEP todas las personas que, sin formar parte de las organizaciones o grupos armados, hayan contribuido de manera directa o indirecta a la comisión de delitos en el marco del conflicto. Ahora, el texto original del Acto Legislativo señalaba que la JEP solo podría ejercer compulsivamente su competencia respecto de “aquellas personas que hubieran tenido una participación determinante en una de las conductas de que trata el numeral 40”.⁶⁶ Las conductas listadas en el numeral 40 son los crímenes que no podrán ser objeto de amnistía, ni indulto ni de ningún beneficio equivalente, entre ellos el genocidio, los delitos de lesa humanidad y los graves crímenes de guerra.

⁶⁵ Presidencia de la República, “Elementos básicos de la aplicación de la Jurisdicción Especial para la Paz a terceros civiles”, 25 de mayo de 2016. Disponible en: http://es.presidencia.gov.co/Documents/20160525_AplicacionJurisdiccionPaz.pdf

⁶⁶ “Cuando tres meses antes de presentar la resolución de conclusiones, a juicio de la Sala una persona respecto de la cual hubiere fundamentos claros y suficientes que hagan presumir su participación determinante en una de las conductas de que trata el numeral 40, deba ser incluida en la resolución de conclusiones o ser remitida a la Unidad de Investigación y Acusación, pero la persona se hubiere negado a comparecer, la Sala deberá solicitarle a la sección de revisión del Tribunal que la obligue a efectuar tal comparecencia ante la Jurisdicción Especial para la Paz” (Alto Comisionado para la Paz, Acuerdo Final de Paz, punto 5: “Víctimas”, cit., p. 157).

Como se señaló, por decisión expresa de la Corte Constitucional, de la misma manera que para los agentes del Estado no miembros de la fuerza pública, la competencia de la JEP sobre los terceros civiles quedó supeditada a su acogimiento voluntario a la jurisdicción. Al revisar el acto legislativo que incorporó la JEP a la Constitución Política, la Corte Constitucional consideró que la competencia de la JEP surgida de la negociación política entre el Estado y la guerrilla sobre los no combatientes violaba el principio del juez natural. La Corte Constitucional argumentó en esa ocasión, que

...en relación con quienes no tienen la calidad de combatientes y no se someten voluntariamente a la Jurisdicción Especial para la Paz, [y] los destinatarios de los fueros constitucionales [...] el acceso forzoso a la JEP sí suprime la garantía del juez natural, en la medida en que, por un lado, se dispuso un traslado de atribuciones de la jurisdicción ordinaria a la JEP, en asuntos que comprometen directamente la libertad individual por referirse a la investigación y sanción de los delitos, y en la medida en que, por consiguiente, bajo el nuevo modelo competencial se produjo una alteración *ex post* y *ad hoc* de las reglas de competencia, del órgano judicial, y del régimen jurídico al que se encuentran sometidos dichos sujetos, en relación con las infracciones cometidas en el marco del conflicto armado antes del 1º de diciembre de 2016.⁶⁷

Por otro lado, la Corte Constitucional establece:

... aunque en principio la creación de una instancia *ad hoc* y *ex post* según las directrices de un acuerdo de paz suscrito entre el gobierno nacional y uno de los combatientes en el conflicto armado podría ser admisible en el presente escenario de transición de cara a la garantía del juez natural, lo es únicamente en relación con los combatientes, pero no para someter de manera forzosa a los demás actores, y en particular, a los no combatientes, como los terceros civiles, los agentes del Estado que no integran la fuerza pública, y los propios aforados constitucionales.⁶⁸

La creación de una nueva jurisdicción especializada en los crímenes del conflicto armado interno

Tras reconocer que ni los crímenes internacionales ni las graves violaciones de los derechos humanos son amnistiables, la pregunta era cómo satisfacer el deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar dichos crímenes y cómo tramitar los miles de procesos e investigaciones adelantados y las sentencias impuestas en ausencia por dichos crímenes. La amnistía general nunca fue una opción. Por parte del Gobierno existía la convicción moral de que los responsables de los crímenes más graves de la guerra debían rendir cuentas ante la justicia, especialmente quienes tuvieran la máxima responsabilidad. Era una cuestión de principios, ligada además con la idea de que el fortalecimiento del Estado de derecho es un factor del desarrollo y con la conciencia de la demanda de justicia por

⁶⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-674 de 2017, M. P. Luis Guillermo Guerrero, párr. 5.5.2.4.

⁶⁸ *Ibid.*, párr. 5.5.2.8, penúltimo inciso.

parte de la sociedad colombiana.⁶⁹ La justicia sobre los crímenes de la guerra siempre fue vista por el Gobierno como un elemento crítico de la legitimidad de todo el proceso de paz.

Por otra parte, existía una fuerte preocupación tanto entre los miembros de la delegación del Gobierno como entre los líderes de las FARC sobre la seguridad jurídica de los miembros de la fuerza pública y de los excombatientes guerrilleros en el corto, mediano y largo plazo. Los equipos jurídicos de las dos partes coincidían en que lo que podía otorgar mayor seguridad jurídica sería llevar a cabo domésticamente investigaciones y juicios legítimos y serios con el fin de materializar la cosa juzgada. En una entrevista reciente, Enrique Santiago explicó que él alentó a las FARC a obtener seguridad jurídica a través de instituciones legales domésticas. Optar por la vía de amnistías generales podría significar pasar el resto de sus vidas defendiéndose ante todo tipo de tribunales, explicó.⁷⁰ Esta preocupación, además, contrastaba con la presión internacional al Estado colombiano de pactar un acuerdo respetuoso de las obligaciones en materia de derechos humanos y DIH del Estado y que, en especial, garantizara que los responsables de las graves violaciones de los derechos humanos e infracciones al DIH fueran sancionados.

El contexto político del fin de la guerra con las FARC en Colombia, obviamente, no era el de una clara derrota militar que pudiera llevar a la imposición de una justicia de vencedores como la que impusieron los aliados sobre la Alemania nazi, sino el de una negociación. La fórmula de justicia debía, al mismo tiempo, permitir la investigación, el enjuiciamiento y la sanción de los responsables de los crímenes más graves de la guerra y ser aceptable por ambas partes. Como lo explicó recientemente el Instituto para las Transiciones Integrales (IFIT, por sus siglas en inglés), las FARC propusieron inicialmente un tribunal creado a instancias de Unasur con magistrados extranjeros.⁷¹ Para el Gobierno esto fue completamente inaceptable.

En este marco surgió entonces la idea de crear una jurisdicción especial doméstica, completamente nueva, que no estuviera sujeta a la jerarquía ni a la estructura de la justicia ordinaria. Así, ambas partes se someterían a la jurisdicción especializada de un nuevo tribunal cuyo mandato central sería hacer justicia sobre los crímenes más graves de la guerra, ofrecer seguridad jurídica a los excombatientes de las dos partes resolviendo su situación jurídica y, de esta

⁶⁹ Humberto de la Calle, "Paz y Justicia no son agua y aceite", en *Revelaciones al final de una guerra*, Bogotá, Debate, 2019, p. 98.

⁷⁰ *Semana*, "El camino de Enrique Santiago y Roy Barreras a La Habana", 21 de mayo de 2016. Disponible en: <http://www.semana.com/nacion/articulo/dialogos-roy-barreras-y-enrique-santiago-arquitectos-de-blindaje-juridico/474463>

⁷¹ Bermúdez Liévano, *op. cit.*, p. 235.

manera, cerrar jurídicamente el conflicto armado interno.⁷² La JEP decidiría entonces, de manera “exclusiva y excluyente”, sobre aquellos hechos y conductas relacionadas con el conflicto armado interno. Las decisiones del Tribunal para la Paz serían definitivas y no estarían sujetas a apelación ni a ninguna forma de revisión posterior por parte de la Corte Suprema de Justicia.

El texto inicial del Acuerdo sobre la JEP disponía que esta estaría conformada por 38 nuevos magistrados y magistradas de nacionalidad colombiana y podría contar, además, con hasta 10 magistradas y magistrados extranjeros que podrían ser convocados para conocer de los casos en las salas y secciones a solicitud de los comparecientes.⁷³ Los magistrados del Tribunal para la Paz debían cumplir los mismos requisitos exigidos por la ley para ser magistrado de la Corte Suprema de Justicia. Todos los magistrados serían escogidos por un Comité de Escogencia independiente integrado por un delegado de las siguientes cinco instituciones nacionales e internacionales: la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, la Comisión Permanente del Sistema Universitario del Estado Colombiano, el Secretario General de las Naciones Unidas, la Corte Europea de Derechos Humanos y la Delegación en Colombia del Centro Internacional de Justicia Transicional.⁷⁴ Las partes establecieron específicamente en el Acuerdo que la JEP se integraría teniendo en cuenta criterios de equidad de género y de respeto por la diversidad étnica y cultural de la nación.

Teniendo en cuenta que la cláusula inicialmente acordada sobre la participación de magistrados extranjeros generó particular rechazo por parte de algunos sectores de la sociedad que se expresaron en el plebiscito, el Gobierno se propuso eliminar este componente durante la renegociación y las FARC aceptaron. La participación extranjera en la JEP se redujo entonces a un grupo de 10 *amicus curiae*, que podrían ser eventualmente llamados por los magistrados para ofrecer sus conceptos que en ningún caso serían vinculantes. Así quedó finalmente regulado el asunto en la Ley Estatutaria de Administración de Justicia en la JEP.⁷⁵ A la fecha, solo en dos casos la SAI ha solicitado la opinión de los *amicus curiae* –ninguna otra sala o sección lo ha hecho–.

El Comité de Escogencia organizó una convocatoria pública y abierta sin precedentes en la selección de altos funcionarios del Estado colombiano y

⁷² Véase Presidencia de la República, Oficina del Alto Comisionado para la Paz, “Comunicado conjunto. Acuerdo de creación de una Jurisdicción Especial para la Paz”, en *Biblioteca del Proceso de Paz con las FARC-EP*, t. V, *op. cit.*, p. 358; y “De la referendación al Acuerdo del Colón”, en *Biblioteca del Proceso de Paz con las FARC-EP*, t. VIII, *op. cit.*, pp. 352-359.

⁷³ Acuerdo Final de Paz, numerales 65 y 66, pp. 148-149. Disponible en: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf>

⁷⁴ La conformación y el procedimiento del Comité de Escogencia fue luego regulada en el Decreto 587 de 2017.

⁷⁵ Ley 1957 de 2019, artículo 98.

escogió 20 magistradas y 18 magistrados entre 2135 aplicaciones. Por primera vez en la historia de Colombia, un alto tribunal quedó integrado en su mayoría por mujeres y cuenta con la participación de 4 magistrados indígenas y 4 magistrados afrocolombianos.⁷⁶

En su diseño original, la JEP incluía una serie de dispositivos que buscaban salvaguardar su independencia y jerarquía respecto de la justicia ordinaria. Esto era particularmente evidente en los mecanismos creados para resolver los conflictos de competencia entre la JEP y la jurisdicción ordinaria, y para la eventual revisión de las decisiones judiciales de la Jurisdicción por parte de la Corte Constitucional en sede de acción de tutela. Sin embargo, estos mecanismos *sui generis* no fueron avalados por la Corte Constitucional y, en la sentencia en la que revisó la constitucionalidad del Acto Legislativo 01 de 2017, declaró inexecutable el artículo que creaba una sala incidental para la resolución de conflictos de competencia entre la JEP y otras jurisdicciones, y las disposiciones que limitaban el alcance de la revisión que la Corte Constitucional podría realizar de las decisiones de la Jurisdicción vía acción de tutela.⁷⁷ En ambos

⁷⁶ Véase Comité de Escogencia del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, *Composición del Tribunal para la Paz y de las Salas de la JEP*, 26 de septiembre de 2017. Disponible en: <http://www.comitedeescogencia.com>

⁷⁷ Los artículos iniciales del Acto Legislativo 01 de 2017 señalaban: “i) Artículo transitorio 8°. Acciones de tutela contra acciones u omisiones de la JEP. La acción de tutela procederá contra las acciones u omisiones de los órganos de la Jurisdicción Especial para la Paz, que hayan violado, violen o amenacen los derechos fundamentales. La acción de tutela en contra de las providencias judiciales que profiera la JEP procederá solo por una manifiesta vía de hecho o cuando la afectación del derecho fundamental sea consecuencia directa por deducirse de su parte resolutoria y se hubieran agotado todos los recursos al interior de la Jurisdicción Especial para la Paz, no existiendo mecanismo idóneo para reclamar la protección del derecho vulnerado o amenazado. En el caso de violaciones que se realicen por afectación al debido proceso, deberá interponerse tras haber agotado el recurso precedente ante los órganos de la JEP. Las peticiones de acción de tutela deberán ser presentadas ante el Tribunal para la Paz, único competente para conocer de ellas. La primera instancia será decidida por la Sección de Revisión. La segunda por la Sección de Apelaciones. El fallo de tutela podrá ser revisado por la Corte Constitucional de conformidad con las siguientes reglas: La decisión sobre la selección del fallo a revisar en tutela será adoptada por una sala conformada por dos Magistrados de la Corte Constitucional escogidos por sorteo y dos magistrados de la Jurisdicción Especial para la Paz. El fallo será seleccionado si los cuatro magistrados votan a favor de la selección. Las sentencias de revisión serán proferidas por la Sala Plena de la Corte Constitucional. Si esta encuentra que el derecho invocado ha sido vulnerado, así lo declarará precisando en qué consiste la violación, sin anular, invalidar o dejar sin efectos la decisión del órgano de la Jurisdicción Especial para la Paz ni tampoco excluirse los hechos y conductas analizados en la acción de tutela de la competencia de la Jurisdicción Especial para la Paz. La sentencia será remitida al Tribunal para la Paz para que adopte la decisión que corresponda respetando el derecho amparado. La providencia, resolución o acto del órgano de la JEP expedido en cumplimiento de la sentencia de la Corte Constitucional no podrá ser objeto de una nueva acción de tutela” (el texto tachado fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional). “ii) Artículo transitorio 9°. Asuntos de competencia. Los conflictos de competencia entre cualquier jurisdicción y la JEP serán dirimidos por una Sala Incidental conformada por 3 magistrados de la Corte Constitucional elegidos por esta y 3 magistrados de las salas o secciones de la JEP no afectadas por dicho conflicto jurisdiccional. Estos últimos serán elegidos por la plenaria de la JEP.

campos –la resolución de conflictos de competencia y el alcance de la revisión de las decisiones de la JEP por parte de la Corte Constitucional vía acción de tutela– rigen entonces las normas ordinarias. Así, la Corte Constitucional sigue siendo la máxima instancia de la jurisdicción constitucional y conserva sus plenos poderes de revisión respecto a las decisiones de la JEP así como su plena competencia para resolver autónomamente los conflictos de competencia que se lleguen a presentar entre la JEP y la justicia ordinaria.

La “sanción propia” de la JEP para quienes reconocen verdad completa, detallada y exhaustiva y responsabilidad: restricción efectiva de libertades y derechos y restauración o reparación

Un factor crítico, *sine qua non*, que hizo posible el acuerdo para la atribución de responsabilidad penal individual en sede judicial por los crímenes más graves de la guerra, fue la naturaleza de la sanción. En cierto sentido, el acuerdo sobre la JEP vuelve sobre la transacción fundamental de la justicia transicional sudáfricana: reconocimiento de verdad completa, detallada y exhaustiva a cambio de no ir a prisión. En el caso colombiano se da, sin embargo, un paso adelante sin precedentes en la rendición de cuentas en el marco de una transición negociada: la atribución de responsabilidad penal individual y la imposición de una sanción por un tribunal de justicia.

Como lo narraron el entonces presidente de la República Juan Manuel Santos y el jefe del equipo negociador por parte del Gobierno, Humberto de la Calle, el Gobierno se empleó a fondo en convencer a las FARC de que aceptaran una fórmula de rendición de cuentas judicial sobre los crímenes más graves de la guerra. Las partes lograron ponerse de acuerdo sobre la creación de un nuevo tribunal de justicia al cual se acogerían, la competencia de dicho tribunal para atribuir responsabilidad penal individual, y el carácter no amniable de los crímenes internacionales y las graves violaciones de los derechos humanos. Pero a pesar de sus ingentes esfuerzos, el Gobierno no consiguió que las FARC

La decisión se adoptará en la Sala Incidental por mayoría simple y en caso de no alcanzarse una mayoría, en aplicación del carácter preferente de la Jurisdicción Especial para la Paz, resolverá el presidente de esta Jurisdicción. Los conflictos de competencia entre la JEP y la Jurisdicción Especial Indígena serán dirimidos por una Sala Incidental conformada por dos (2) magistrados de las salas o secciones de la JEP no afectadas por dicho conflicto jurisdiccional y dos (2) autoridades tradicionales del pueblo indígena que ejerció o está ejerciendo jurisdicción en el caso concreto. La decisión se adoptará en la Sala Incidental por mayoría simple y en caso de no alcanzarse una mayoría; en aplicación del carácter preferente de la Jurisdicción Especial para la Paz, resolverá el presidente de esta Jurisdicción. En el reglamento de la JEP se establecerán los mecanismos de articulación y coordinación con la Jurisdicción Especial Indígena y se incluirán la forma y la oportunidad en que las decisiones adoptadas o por adoptar por las autoridades tradicionales correspondientes sobre conductas de competencia de la JEP pasarán a conocimiento de esta” (todo el artículo 9 fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, Sentencia C-674 de 2017, M. P. Luis Guillermo Pérez).

aceptaran una fórmula de pena privativa de la libertad. Como lo reportó recientemente el IFIT, las FARC insistían: “No vamos a ser la primera guerrilla del planeta que firme un acuerdo de paz para irse a la cárcel”. Se acordó entonces un esquema de sanciones en función de la contribución al esclarecimiento de la verdad y el reconocimiento de responsabilidad.

Aquellas personas que reconozcan “verdad completa, detallada y exhaustiva” y su responsabilidad en los hechos tendrán derecho a recibir una “sanción propia” de la JEP de entre 5 y 8 años de duración. Esta sanción especial tiene dos componentes. Por un lado, la restricción efectiva de libertades y derechos, incluidas restricciones a la libertad de residencia y movimiento.⁷⁸ En el Acuerdo Final de Paz se dispuso claramente que, en ningún caso, la restricción efectiva de la libertad se entenderá como cárcel o prisión.⁷⁹ En el Acuerdo Final de Paz también se previó expresamente que las partes llegarían a un acuerdo sobre un mecanismo nacional o internacional especial que supervisara la ejecución de dicha sanción –el artículo 92 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia en la JEP estableció, por su parte, que la Sección de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad del Tribunal para la Paz designará los “órganos y mecanismos de monitoreo y verificación” que la apoyarán en la supervisión del cumplimiento efectivo de las sentencias–.⁸⁰ Por otro lado, la sanción propia incluye una dimensión de justicia restaurativa. Quienes reconozcan verdad completa, detallada y exhaustiva en la SRVRDH pueden proponer ante esta un proyecto restaurativo detallado, bien sea individual o colectivo. Esta Sala tiene la facultad de decidir si el reconocimiento de verdad y responsabilidad deberá realizarse en audiencia pública con participación de las víctimas. En dicho proyecto restaurativo “se indicarán obligaciones, objetivos, fases temporales, horarios y lugares de la ejecución, así como las personas que los ejecutarán, y el

⁷⁸ “Las sanciones propias de la JEP, que se impondrán a quienes reconozcan verdad y responsabilidad ante la Sala de Reconocimiento, respecto a determinadas infracciones muy graves, tendrán un mínimo de duración de cumplimiento de las funciones reparadoras y restauradoras de la sanción de cinco años y un máximo de ocho años. El periodo máximo de cumplimiento de sanciones propias, por la totalidad de las sanciones impuestas, incluidos los concursos de delitos, será de ocho años. Comprenderán restricciones efectivas de libertades y derechos, tales como la libertad de residencia y movimiento, que sean necesarias para su ejecución, y además deberán garantizar la no repetición” (Alto Comisionado para la Paz, Acuerdo Final de Paz, pp. 164-165. Disponible en: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf>).

⁷⁹ Véase Presidencia de la República, Oficina del Alto Comisionado para la Paz, “Comunicado conjunto. Acuerdo de creación de una Jurisdicción Especial para la Paz”, en *Biblioteca del Proceso de Paz con las FARC-EP*, t. V, op. cit., p. 359.

⁸⁰ Acuerdo Final de Paz, numeral 62, p. 166. Disponible en: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf>. El mecanismo internacional también es contemplado en el artículo 137 de la Ley Estatutaria de la JEP.

lugar donde residirán”.⁸¹ Conforme a lo previsto en el Acuerdo Final de Paz, los proyectos pueden incluir, entre un amplio espectro de posibilidades, la construcción o reconstrucción de infraestructura; la sustitución de cultivos ilícitos; la recuperación ambiental, así como la limpieza y erradicación de restos explosivos de guerra, municiones sin explotar y minas antipersonal. El proyecto restaurador debe ser consultado con las comunidades en las que busca implementarse. Una vez la SRVRDH apruebe el proyecto, lo incluirá en la Resolución de Conclusiones. Por último, al imponer la sentencia condenatoria, el Tribunal Especial para la Paz tomará la decisión final sobre la sanción y el lugar en que la persona responsable residirá.

Un incentivo fuerte para decir la verdad y reconocer responsabilidad recae en las miles de investigaciones, procesos y sentencias proferidas por jueces ordinarios, tanto respecto de guerrilleros de las FARC como de miembros de la fuerza pública, en el transcurso de las últimas décadas. Por otro lado, el incentivo se encuentra en la importante labor investigativa y en los reportes realizados por las organizaciones de derechos humanos. El funcionamiento de la SRVRDH se basará en ambos: por un lado, la Fiscalía General de la Nación, la administración de la Rama Judicial ordinaria y otras instituciones estatales competentes (como la Procuraduría General de la Nación y la Justicia Penal Militar) deberán entregar a la SRVR sus respectivos informes con la identificación de todas las investigaciones, procesos y sentencias judiciales relacionadas con conductas cometidas con ocasión del conflicto armado interno. Estos informes deben agrupar los casos de acuerdo con las personas presuntamente responsables y las categorías de las conductas punibles. Y, por otro lado, las víctimas y las organizaciones de derechos humanos podrán entregar informes a la SRVRDH con la identificación de los presuntos responsables y la agrupación de dichos casos por categorías. La Sala deberá entonces contrastar toda la información disponible y, con base en ella, examinar si el reconocimiento de verdad y responsabilidad ha sido completo y exhaustivo.

Para los casos en que exista reconocimiento de verdad y responsabilidad, la SRVRDH proferirá una resolución de conclusiones en la que identificará a la persona responsable, la conducta específica atribuible y su calificación jurídica. Dicha resolución de conclusiones deberá remitirse a la Sección con Reconocimiento del Tribunal Especial para la Paz para la imposición de la sanción correspondiente.

En aquellos casos en que no exista reconocimiento de verdad y responsabilidad o cuando dicho reconocimiento sea incompleto, la SRVRDH deberá remitir el caso a la UIA de la JEP. La UIA, en la práctica, funcionará como una fiscalía especial de la JEP. Garantizando estrictamente los derechos a la defensa

⁸¹ Alto Comisionado para la Paz, Acuerdo Final de Paz, *op. cit.*, p. 172.

y el debido proceso, la UIA deberá tomar la decisión de iniciar o no una investigación y acusar a las personas responsables para llevarlas, posteriormente, ante el Tribunal Especial para la Paz. Si en este proceso la persona es declarada culpable, recibirá una pena privativa de la libertad ordinaria, entre quince y veinte años de prisión.

Esta fórmula recoge el mejor acuerdo posible. Al mismo tiempo, honra la obligación del Estado colombiano de investigar, juzgar y sancionar los crímenes más graves del conflicto armado interno y le da una salida razonable a la imposibilidad política de la prisión.⁸² La fórmula incluye un componente retributivo de la sanción que se materializa en la restricción efectiva de libertades y derechos, y potencializa el componente restaurativo dirigido a contribuir a la satisfacción de los derechos de las víctimas, en particular el derecho a la reparación. De esta forma, la sanción propia de la JEP encarna la fórmula de justicia transicional colombiana, según la cual, los tratamientos penales especiales solo son admisibles si existe una contribución real y efectiva a la satisfacción de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

Medidas de reparación integral para la construcción de paz

El Acuerdo sobre el SIVJRNR incluye también un acápite específico sobre reparación. Dicho capítulo es, en cierta medida, distinto a los demás, pues se funda en el programa administrativo de reparación integral existente y en sus instituciones y mecanismos (programa creado bajo la Ley 1448 de 2011, Ley de Víctimas y Restitución de Tierras). Pero a la vez, el Acuerdo pretende enfrentar las limitaciones y dificultades que el programa ha tenido en su implementación. La lógica subyacente es, por un lado, que el fin del conflicto representa una oportunidad única para fortalecer la política de reparaciones que adelanta el Gobierno nacional.⁸³ Por otro, que las FARC-EP deben contribuir tanto colectiva como individualmente a la reparación de las víctimas.⁸⁴

En dicho marco, las partes acordaron siete nuevas medidas de reparación para fortalecer el programa administrativo existente: i) actos tempranos de reconocimiento de responsabilidad colectiva: actos públicos formales en todo el territorio nacional, en los que los perpetradores reconocerán su responsabilidad, pedirán perdón y se comprometerán con la reparación de las víctimas; ii)

⁸² Sobre esta posición de las FARC-EP, véase, entre otros, Bermúdez Liévano, *op. cit.* En particular, en el capítulo 6, denominado “¿Cárcel o no cárcel?”, los autores señalan: “Desde el principio, las FARC rechazaron de plano cualquier pena carcelaria. ‘No vamos a ser la primera guerrilla del planeta que firme un acuerdo de paz para irse a la cárcel’, decían en la mesa”, p. 238.

⁸³ Véase Presidencia de la República, Oficina del Alto Comisionado para la Paz, “Documento de trabajo: Visión de las medidas de reparación integral para la construcción de la paz”, en *Biblioteca del Proceso de Paz con las FARC-EP*, t. V, *op. cit.*, p. 432.

⁸⁴ Véase Presidencia de la República, Oficina del Alto Comisionado para la Paz, “Documento de trabajo: Reparaciones 2”, en *Biblioteca del Proceso de Paz con las FARC-EP*, t. V, *op. cit.*, p. 316.

acciones concretas de contribución a la reparación, por parte de quienes causaron daño: el Gobierno nacional fortalecerá el proceso colectivo de reparación actual y las FARC-EP, como parte del proceso de reintegración, participarán en diversas acciones para la reparación de las víctimas, incluidas la reconstrucción de infraestructura y su participación en procesos de limpieza en los territorios;⁸⁵ iii) fortalecimiento de los procesos de reparación colectiva y su coordinación con programas de desarrollo: el Gobierno nacional asesorará el proceso de reparación colectiva y garantizará la implementación de planes y programas de la reforma rural, contando con un enfoque reparador;⁸⁶ iv) ampliación y fortalecimiento de las estrategias de rehabilitación psicosocial a nivel individual y comunitario: a) medidas individuales para la recuperación emocional, con las cuales el Gobierno se compromete a mejorar la oferta y cobertura nacional y los programas existentes, y b) Plan de Rehabilitación Psicosocial para la Convivencia Pacífica y la No Repetición: el compromiso del Gobierno es crear nuevas estrategias para la rehabilitación social que contribuyan a la reconstrucción del tejido social⁸⁷; v) implementación de procesos colectivos de retorno para personas en situación de desplazamiento y reparación de víctimas en el exterior: se divide en dos medidas: primero, los procesos de retorno colectivo adicionales a los procesos aplicables actualmente, teniendo en cuenta los elementos desarrollados en el punto 1 de la Mesa de Negociación en La Habana y, segundo, la reparación de las víctimas en el exterior, incluyendo a refugiados(as) y personas exiliadas a causa del conflicto armado interno;⁸⁸ vi) medidas sobre restitución de tierras: fortalecer los procesos de restitución bajo un enfoque territorial; vii) adecuación y fortalecimiento participativo de la Política de Atención y Reparación Integral a Víctimas: a) el programa especial de reparación será modificado con la participación de las víctimas y debe ser adecuado para responder a los requerimientos de estas.

El Acto Legislativo 01 de 2017 dispuso que, en el marco del SIVJRNR, “el Estado garantizará el derecho a la reparación a las víctimas [...] de manera integral, adecuada, diferenciada y efectiva, priorizando la distribución de las medidas de reparación entre las víctimas teniendo en cuenta el universo de víctimas

⁸⁵ Presidencia de la República, Oficina del Alto Comisionado para la Paz, Acuerdo Final de Paz, punto 5.1.3.2, “Acciones concretas de contribución a la reparación”, cit.

⁸⁶ Presidencia de la República, Oficina del Alto Comisionado para la Paz, Acuerdo Final de Paz, punto 5.1.3.3, “Reparación colectiva en el fin del conflicto”, cit.

⁸⁷ Presidencia de la República, Oficina del Alto Comisionado para la Paz, Acuerdo Final de Paz, p. 181. Disponible en: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf>

⁸⁸ Presidencia de la República, Oficina del Alto Comisionado para la Paz, Acuerdo Final de Paz, punto 5.1.3.5. “Procesos colectivos de retornos de personas en situación de desplazamiento y reparación de víctimas en el exterior”, cit.

del conflicto armado”;⁸⁹ asimismo, se estableció que “en el caso de miembros de la fuerza pública que hayan cometido conductas punibles por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado interno, no procederá la acción de repetición y el llamamiento en garantía establecidos en el Artículo 90 de la Constitución Política”.⁹⁰

Al revisar la enmienda, la Corte Constitucional avaló este esquema y explicó claramente que no habrá compensación económica individual en la JEP. Así, la integralidad del modelo de justicia transicional adoptado por Colombia requiere la continuidad del programa administrativo masivo de reparaciones desarrollado por la Ley 1448 de 2011. Si el Estado decide no prorrogar dicho programa, el derecho a la reparación de las víctimas deberá canalizarse integralmente por la vía judicial –bien sea la contencioso-administrativa o la transicional–.⁹¹

Algunos elementos clave del contexto

En la primera parte de este trabajo identifiqué los elementos que, en mi opinión, constituyen condiciones de posibilidad del acuerdo sobre la Jurisdicción Especial para la Paz: los arreglos específicos del diseño y las fórmulas de transacción que la hicieron posible. En esta parte, exploraré las variables más contextuales que, desde mi perspectiva, también fueron críticas para alcanzar el acuerdo sobre la JEP.

Dichas variables son las siguientes:

- Se trató de una negociación de paz fomentada por un Gobierno democrático con una agenda de derechos humanos del siglo XXI, seriamente comprometido con la rendición de cuentas y con un precedente doméstico importante: diez años de implementación del proceso penal especial de justicia y paz en un marco de justicia transicional.
- La importancia atribuida por las FARC a ciertos movimientos sociales y a la comunidad histórica de derechos humanos. En ese sentido se elevaba el costo de ir en contravía de décadas de demandas sobre rendición de cuentas judicial.
- La decisión de que este arreglo de justicia transicional debería cubrir también –de manera inescindible, simultánea y simétrica– a los agentes del Estado.
- El activo involucramiento de la comunidad internacional comprometida con la rendición de cuentas.

⁸⁹ Acto Legislativo 01 de 2017, artículo transitorio 18.

⁹⁰ *Ibid.*, artículo transitorio 26.

⁹¹ Corte Constitucional, Sentencia C-674 de 2017, M. P. Luis Guillermo Guerrero, párrs. 5.3.2.5. y ss.

- La aplicación de la estrategia de complementariedad positiva por parte de la Fiscalía de la CPI.

La negociación de paz de La Habana fue conducida por un Gobierno democrático con una agenda sofisticada de derechos humanos. El Estado colombiano es parte de todos los instrumentos internacionales de derecho humanitario y de la inmensa mayoría de tratados internacionales de derechos humanos, incluido el Estatuto de Roma de la CPI y cuenta con una batería sofisticada de políticas, agencias e instituciones en derechos humanos, incluido el programa masivo administrativo de reparación a víctimas más ambicioso del mundo.⁹²

Colombia tiene una comunidad de derechos humanos muy activa y una jurisprudencia constitucional sobre derechos fundamentales considerada como una de las más progresistas de la región, que hace parte de su capital social. A pesar de haber sido condenado en trece ocasiones por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Estado colombiano siempre ha apoyado activamente el sistema interamericano de protección de derechos humanos (SIPDH). También ha logrado responder satisfactoriamente, hasta la fecha, al examen preliminar de la Fiscalía de la CPI durante quince años.

Además, Colombia cuenta con un precedente muy importante sobre el diseño e implementación de un arreglo especial de rendición de cuentas penal que respondió a la negociación política entre el Gobierno y los grupos paramilitares (consignado en la Ley 975 de 2005, conocida como la Ley de Justicia y Paz). En el marco del proceso penal especial de justicia y paz, las salas de justicia y paz de Bogotá, Medellín y Barranquilla han condenado, a la fecha, a 205 excombatientes paramilitares en 50 decisiones. Esas decisiones han reconocido a 28.055 personas como víctimas.⁹³

Como quedó consignado en la reforma constitucional llamada Marco Jurídico para la Paz, desde el comienzo de las conversaciones de paz el Gobierno había imaginado como posible un paquete comprehensivo de justicia transicional que incluía justicia penal selectiva contra aquellos máximos responsables

⁹² Kathryn Sikkink, Bridget Marchesi, Peter Dixon y Federica D'Alessandra, *Reparaciones integrales en Colombia: logros y desafíos*, Cambridge, Mass., Harvard Kennedy School Carr Center for Human Rights Policy, 2014. Disponible en: http://static.iris.net.co/semana/upload/documents/Documento_409315_20141116.pdf

⁹³ Fiscalía General de la Nación, *Resultados Ley 975 de 2005*, 2017. Disponible en: <http://www.fiscalia.gov.co/jyp/wpcontent/uploads/2017/06/Estadistica-2017-JUN-06.pdf>. Estas cifras fueron retomadas por el Centro Nacional de Memoria Histórica en 2018 (al respecto véase Centro Nacional de Memoria Histórica, *Justicia: balance de la contribución del CNMH al esclarecimiento histórico*, Bogotá, CNMH, 2018). En 2017, la Contraloría reportó 47 sentencias condenatorias contra 195 postulados, por 5.401 hechos delictivos y donde se reconocieron 26.778 víctimas, lo anterior hasta el 2016 (al respecto véase Contraloría General de la Republica, *Análisis sobre los resultados y costos de la Ley de Justicia y Paz*, 2017. Disponible en: <https://www.contraloria.gov.co/documents/20181/466201/An%C3%A1lisis+sobre+los+resultados+y+costos+de+la+Ley+de+Justicia+y+Paz/dcce2907-f669-42b8-8857-7e14750cc467?version=1.0>).

de los crímenes más graves, entre ellos los crímenes internacionales. No había ninguna posibilidad de que el Gobierno colombiano hubiera propuesto una amnistía para los crímenes internacionales.

Por otra parte, tras una revisión sistemática de los comunicados públicos expedidos por las FARC durante el periodo de las negociaciones –especialmente de la negociación del punto 5– es claro que la organización reivindicaba las demandas de ciertos movimientos sociales y de la comunidad doméstica de derechos humanos. En muchas ocasiones, por ejemplo, las FARC denunciaron lo que llamaban violaciones de los derechos humanos contra campesinos, líderes comunitarios y defensores de derechos humanos. También promovieron la participación directa de ciertos líderes y activistas de derechos humanos en varios escenarios de la Mesa de Conversaciones, como fue el caso de la Subcomisión de Género.

Desde hace décadas, la “lucha contra la impunidad” ha estado en el centro de la agenda de la comunidad de derechos humanos colombiana. Desde sus comienzos, las organizaciones de derechos humanos han usado el discurso sobre el deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar para demandar la rendición de cuentas judicial por graves violaciones de los derechos humanos. De hecho, existe un ejemplo muy interesante sobre cómo las organizaciones históricas de derechos humanos concibieron arreglos de justicia penal compatibles con la negociación política del fin de la guerra: en abril de 2013, el Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo, uno de los grupos colombianos defensores de derechos humanos más importantes y que litiga nacional e internacionalmente en casos de graves violaciones de los derechos humanos, propuso la creación de un tribunal especial con mayoría de jueces internacionales para juzgar los crímenes internacionales cometidos tanto por las Fuerzas Armadas del Estado como por unidades de las FARC.⁹⁴

Parecía imposible para las FARC pretender reivindicar la agenda de la comunidad de derechos humanos y, al mismo tiempo, proponer una amnistía general que cubriera crímenes internacionales. Haber limitado la rendición de cuentas a la CEVCNR, dándole el poder de otorgar amnistías individuales condicionadas, hubiera debilitado la construcción del deber de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones de los derechos humanos, cosa que está en el centro de la agenda de las organizaciones de derechos humanos colombianas.

Tradicionalmente, en la lucha contra la impunidad de las organizaciones de derechos humanos ha tenido un lugar especial la rendición de cuentas de los agentes del Estado, particularmente de los altos mandos de las Fuerzas

⁹⁴ Corporación Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo, *El camino de la paz pasa por la justicia*, 9 de abril de 2013. Disponible en: https://www.colectivodeabogados.org/IMG/pdf/propuesta_para_medios_justicia_para_la_paz_vf_250315.pdf

Armadas. Resultaba obvio que las FARC no hubieran podido aspirar razonablemente a una amnistía general y, al mismo tiempo, exigir persecución penal ejemplar y castigo para los agentes del Estado. Las FARC tenían que acordar un arreglo de justicia transicional que resultara razonable también para las Fuerzas Armadas. La evolución de la ecuación sobre el tratamiento equitativo, simétrico y simultáneo para los agentes del Estado incrementó la posibilidad de un componente de justicia penal dentro de la estrategia de justicia transicional.

Finalmente, la contribución de la comunidad internacional fue crítica para alcanzar el Acuerdo sobre el punto 5 referente a las víctimas. Presento aquí dos ejemplos que muestran cómo se logró poner el derecho internacional en acción al servicio de un arreglo de justicia transicional que hiciera compatible el logro de la paz negociada y la rendición de cuentas.

En enero de 2014, el Gobierno de Noruega organizó una iniciativa que luego se conocería como “El grupo de Nueva York”. El grupo estaba compuesto por expertos colombianos e internacionales cuya misión era ilustrar a las partes sobre el marco legal internacional en que cualquier arreglo de justicia transicional debía caber y proponer ideas sobre cómo lograrlo. Del grupo hicieron parte la norteamericana Priscilla Hayner, Morten Bergsmo, el vasco Carlos Martín Beristain y los juristas colombianos Rodrigo Uprimny y Luis Guillermo Pérez.⁹⁵ Entre sus invitados permanentes estuvieron Enrique Santiago y Carlos Alberto Ruiz, los dos asesores jurídicos de las FARC. A lo largo de veinte meses el grupo se reunió en doce ocasiones en las ciudades de Nueva York, Panamá, Madrid y La Habana, y también en varias fechas con miembros de las delegaciones del Gobierno y las FARC en la Mesa de Conversaciones.

Desde mi perspectiva, una de las contribuciones más importantes del grupo de Nueva York fue exponer, particularmente a la delegación de las FARC, las limitaciones reales que el derecho internacional –incluido el SIPDH y la CPI– representaba para la fórmula de justicia transicional del acuerdo de paz. Pero, por otra parte, también fue crítica la comprensión por parte del grupo acerca del alcance de las normas de derecho internacional en función del contexto particular de la negociación política del fin de un conflicto armado interno.

Finalmente, Colombia es un caso exitoso de la estrategia de complementariedad positiva de la Fiscalía de la CPI. Puede decirse que el “fantasma” de la CPI estuvo presente en las discusiones entre las partes y al interior de cada delegación no solamente durante los años de las negociaciones, sino incluso durante los años anteriores. El asesor de las FARC, Diego Martínez, explicó en su trabajo reciente que la Fiscalía de la CPI tuvo un papel de “acompañante

⁹⁵ *El Espectador*, “Los arquitectos del Acuerdo”, 26 de septiembre de 2015. Disponible en: <https://www.elespectador.com/noticias/politica/los-arquitectos-del-acuerdo-articulo-588936>

constructivo” durante el proceso de paz en Colombia.⁹⁶ Como reportó la prensa doméstica, los comandantes de las FARC, miembros de la delegación a la Mesa de Conversaciones, incluso se reunieron con el exfiscal de la CPI, Luis Moreno Ocampo, en agosto de 2015. La reunión fue organizada con el auspicio del líder espiritual indio Sri Ravi Shankar. El propósito de la reunión era examinar los desarrollos en derecho penal internacional y cómo jugaban en el arreglo de justicia transicional que las partes estaban discutiendo. Por su parte, la conferencia que dictó el fiscal adjunto de la CPI, James Stewart, en la Universidad del Rosario, el 13 de mayo de 2015, se ha convertido en referencia obligada sobre los estándares internacionales aceptables en materia de sanciones alternativas para crímenes internacionales.⁹⁷

Conclusión

La experiencia colombiana muestra que es posible negociar con una insurgencia –en el marco de un proceso de paz– la creación de un arreglo especial de rendición de cuentas judicial para la investigación, el enjuiciamiento y la sanción de crímenes internacionales y graves violaciones de los derechos humanos. Pero, como lo demostré, esto fue solo posible con la inclusión de una serie de instrumentos especiales asociados a hacer compatibles la rendición de cuentas judicial con el honor político. El campo de la justicia transicional tendrá que asimilar lo que ha surgido del caso colombiano para refinar su comprensión sobre cómo negociar el fin de una guerra y, al mismo tiempo, promover la rendición de cuentas judicial de las personas responsables de los crímenes internacionales. Nuestra experiencia también resulta relevante para la discusión sobre el contenido y alcance del deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar los crímenes internacionales y las graves violaciones de los derechos humanos en el contexto de una transición política negociada. Finalmente, el campo debe ser muy cuidadoso con cualquier intento de trasplantar el modelo colombiano del SIVJRN y de la JEP, y tomar en serio los factores del contexto en que se produjo el Acuerdo Final de Paz.

Bibliografía

APONTE CARDONA, Alejandro David, *Guerra y derecho penal del enemigo: reflexión crítica sobre el eficientísimo penal de enemigo*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2009.

⁹⁶Diego Alejandro Martínez Castillo, “Hacia una ampliación del concepto de justicia. La Jurisdicción Especial para la Paz en Colombia”, en Camilo Eduardo Umaña Hernández (ed.), *La justicia al encuentro de la paz en contextos de transición. Reflexiones actuales para desafíos colombianos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, p. 86.

⁹⁷James Stewart, *La justicia transicional en Colombia y el papel de la Corte Penal Internacional*, 13 de mayo de 2015. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/otp-stat-13-05-2015-SPA.pdf>

BASSIOUNI, Cherif, *Los principios de Chicago sobre justicia transicional*, Chicago, International Human Rights Law Institute, Chicago Council on Global Affaire, Istituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali, Association Internationale de Droit Pénal, 2007.

BEDOYA, Jineth, "Jineth Bedoya relata cómo fue el encuentro de víctimas en La Habana", 9 de noviembre de 2014. Disponible en: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-14808935>

BERMÚDEZ LIÉVANO, Andrés (ed.), *Los debates de La Habana: una mirada desde adentro*, Bogotá, IFIT, 2018.

BOTERO, Catalina y Esteban RESTREPO, "Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia", en Rodrigo UPRIMNY YEPES, María Paula SAFFON SANÍN, Catalina BOTERO MARINO, Esteban RESTREPO SALDARRIAGA (coords.), *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, Bogotá, Dejusticia, 2006.

BRETT, Roddy, *La voz de las víctimas en la negociación: sistematización de una experiencia*, Bogotá, PNUD, 2017.

CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA, *Hasta encontrarlos. El drama de la desaparición forzada en Colombia*, Bogotá, Imprenta Nacional, 2016.

_____, *Justicia: balance de la contribución del CNMH al esclarecimiento histórico*, Bogotá, CNMH, 2018.

COMITÉ DE ESCOGENCIA DEL SISTEMA INTEGRAL DE VERDAD, JUSTICIA, REPARACIÓN Y NO REPETICIÓN, *Composición del Tribunal para la Paz y de las Salas de la JEP*, 26 de septiembre de 2017. Disponible en: <http://www.comitedeescogencia.com>

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, *Análisis sobre los resultados y costos de la Ley de Justicia y Paz*, Bogotá, 2017. Disponible en: <https://www.contraloria.gov.co/documents/20181/466201/An%C3%A1lisis+sobre+los+resultados+y+costos+de+la+Ley+de+Justicia+y+Paz/dcce2907-f669-42b8-8857-7e14750cc467?version=1.0>

CORPORACIÓN COLECTIVO DE ABOGADOS JOSÉ ALVEAR RESTREPO, *El camino de la paz pasa por la justicia*, 9 de abril de 2013. Disponible en: https://www.colectivodeabogados.org/IMG/pdf/propuesta_para_medios_justicia_para_la_paz_vf_250315.pdf

CORTE PENAL INTERNACIONAL, Declaración de la Fiscal de la CPI, Fatou Bensouda, sobre la conclusión de las negociaciones de paz entre el Gobierno de Colombia y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=160901-otp-stat-colombia>

DE GREIFF, Pablo, "Repairing the past: compensation for victims of human rights violations", en *The Handbook of Reparations*, New York, Oxford, 2006.

_____, *Report of the Special Rapporteur on The Promotion of Truth, Justice, Reparation and Guarantees of Non-Recurrence*, New York, United Nations General Assembly, 2015.

DE LA CALLE, Humberto, *Revelaciones al final de una guerra*, Bogotá, Debate, 2019.

DÍAZ GÓMEZ, Catalina, "Justicia transicional en Colombia: de dónde venimos y para dónde vamos", *Revista Jurídica Ministerio de Justicia y del Derecho*, 2013.

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, *Resultados Ley 975 de 2005*, 2017.

Disponible en: <http://www.fiscalia.gov.co/jyp/wpcontent/uploads/2017/06/Estadistica-2017-JUN-06.pdf>

GÓMEZ GIRALDO, Marisol, "Esperó 19 años para preguntar a las FARC por qué mataron a su familia-Constanza Turbay viajó a Cuba para pedir la verdad sobre los crímenes de su mamá y sus hermanos", 16 de agosto de 2014. Disponible en: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-14392396>

JOINT COMMUNIQUÉ HAVANA, 17 de julio de 2014. Disponible en: <https://www.mesadeconversaciones.com.co/comunicados/comunicado-conjunto-la-habana-17-de-julio-de-2014>

SANTOS, Juan Manuel, *La batalla por la Paz*, Bogotá, Planeta, 2019.

JEP, "1.529 miembros de la fuerza pública ya han recibido algún beneficio de la JEP", 2 de febrero de 2019. Disponible en: <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Paginas/-1.529-miembros-de-la-fuerza-p%C3%BAblica-ya-han-recibido-alg%C3%BAn-beneficio-de-la-JEP.aspx>

MARTÍNEZ CASTILLO, Diego Alejandro, "Hacia una ampliación del concepto de justicia. La Jurisdicción Especial para la Paz en Colombia", en Camilo Eduardo UMAÑA HERNÁNDEZ (ed.), *La justicia al encuentro de la paz en contextos de transición. Reflexiones actuales para desafíos colombianos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.

MESA DE CONVERSACIONES DE LA HABANA, *Borrador conjunto del acuerdo sobre las víctimas del conflicto*. Disponible en: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/mesadeconversaciones/PDF/borrador-conjunto-acuerdo-sobre-las-victimas-del-conflicto-1450190262.pdf>

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO. *LA JUSTICIA TRANSICIONAL VISTA DESDE LAS REGIONES*, 2013. Disponible en: <https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/Justicia%20Transicional%202021-04-2014%20Ebook.PDF>

OROZCO, Iván, *Sobre los límites de la conciencia humanitaria. Dilemas de la paz y la justicia en América Latina*, Bogotá, Temis-Universidad de los Andes, 2005.

_____, *Justicia transicional en tiempos del deber de memoria*, Bogotá, Temis-Universidad de los Andes, 2009.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, “Elementos básicos de la aplicación de la Jurisdicción Especial para la Paz a terceros civiles”, 25 de mayo de 2016. Disponible en: http://es.presidencia.gov.co/Documents/20160525_AplicacionJurisdiccionPaz.pdf

_____, “Los compromisos del Gobierno Nacional en el marco del fin del conflicto armado, para la aplicación de la Jurisdicción Especial para la Paz a los ‘Agentes del Estado’”. Disponible en: <http://es.presidencia.gov.co/noticia/Compromiso-del-Gobierno-Nacional-en-el-Marco-del-Fin-del-Conflicto-Armado-para-la-Aplicación-de-la-Jurisdicción-Especial-para-la-Paz>

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, Concepto núm. 6285. Disponible en: https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/concepto_procurador//1030_RPZ-001.pdf

SIKKINK, Kathryn, Bridget MARCHESI, Peter DIXON y Federica D’ALESSANDRA, “Reparaciones integrales en Colombia: logros y desafíos”, Cambridge, Mass., Harvard Kennedy School Carr Center for Human Rights Policy, 2014. Disponible en: http://static.iris.net.co/semana/upload/documents/Documento_409315_20141116.pdf

TEITEL, Ruti, “Transitional justice genealogy”, *Harvard Human Rights Journal*, vol. 16, 2003, pp. 69-94.

UNIVERSIDAD DE ULSTER Y TRANSITIONAL JUSTICE INSTITUTE, *Las pautas de Belfast sobre amnistía y responsabilidad*. Disponible en: https://www.ulster.ac.uk/__data/assets/pdf_file/0005/79070/1SPANISHGuidelinesonAmnestyandAccountability_000.pdf

UPRIMNY YEPES, Rodrigo, “Las enseñanzas del análisis comparado: procesos transicionales, formas de justicia transicional y el caso colombiano”, en Rodrigo UPRIMNY YEPES, María Paula SAFFON SANÍN, Catalina BOTERO MARINO, Esteban RESTREPO SALDARRIAGA (coords.), *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, Bogotá, Dejusticia, 2006.

Prensa

CARACOL RADIO, “Nunca más se repetirá que quienes defienden la Constitución terminen en las cárceles: Santos”, 21 de noviembre de 2017. Disponible en: https://caracol.com.co/radio/2017/11/22/judicial/1511308511_072077.html

- EL COLOMBIANO*, “Agentes del Estado tendrán jurisdicción especial en la paz”, 20 de diciembre de 2015. Disponible en: <https://www.elcolombiano.com/colombia/paz-y-derechos-humanos/agentes-de-estado-tendran-jurisdiccion-especial-en-la-paz-MD3317925>
- EL ESPECTADOR*, “Los arquitectos del Acuerdo”, 26 de septiembre de 2015. Disponible en: <https://www.elspectador.com/noticias/politica/los-arquitectos-del-acuerdo-articulo-588936>
- EL PAÍS*, “Las FARC dan paso histórico para reconocer a víctimas del conflicto armado”, 8 de junio de 2014. Disponible en: <http://www.elpais.com.co/judicial/las-farc-dan-paso-historico-para-reconocer-a-victimas-del-conflicto-armado.html>
- EL TIEMPO*, “Paso histórico: por primera vez las FARC reconocen a sus víctimas”, 7 de junio de 2014. Disponible en: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-14088315>
- _____, “‘Justicia transicional para todos’, pide César Gaviria. Llama a ‘blindar’ a la fuerza pública para que no ocurra lo vivido en otros países de A. Latina”, 14 de febrero de 2015. Disponible en: <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-15249538>
- _____, “Solo quedan nueve presos en la ‘cárcel’ para ex-Farc”, 19 de marzo de 2018. Disponible en: <https://www.eltiempo.com/justicia/jep-colombia/libertad-de-guerrilleros-que-habian-sido-trasladados-a-zonas-veredales-195534>
- SEMANA*, “La hora de las víctimas en La Habana”, 7 de junio de 2014. Disponible en: <http://www.semana.com/nacion/articulo/la-habana-la-hora-de-las-victimas/390727-3>
- _____, “¿Qué es lo que plantea el abogado de las FARC?”, 25 de julio de 2015. Disponible en: <http://www.semana.com/nacion/articulo/exclusivo-habla-el-abogado-de-las-farc/436150-3>
- _____, “El camino de Enrique Santiago y Roy Barreras a La Habana”, 21 de mayo de 2016. Disponible en: <http://www.semana.com/nacion/articulo/dialogos-roy-barreras-y-enrique-santiago-arquitectos-de-blindaje-juridico/474463>

Reflexiones sobre los principales desafíos de la Sala de Reconocimiento de la Jurisdicción Especial para la Paz en sus inicios

«ÓSCAR PARRA VERA» Magistrado de la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas

Resumen: En este texto se analizan ocho grandes desafíos que ha enfrentado en sus inicios la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas de la Jurisdicción Especial para la Paz: i) desafíos en el sistema de presentación de informes y en el funcionamiento de la Sala de Reconocimiento como “puerta de entrada”; ii) desafíos para la priorización; iii) desafíos en torno a las versiones voluntarias, las actividades de contrastación y las etapas procesales previas a la Resolución de conclusiones; iv) desafíos asociados a la participación de las víctimas en los procedimientos ante la Sala; v) desafíos relacionados con el reconocimiento de responsabilidad; vi) desafíos en cuanto al régimen de condicionalidad en la Sala de Reconocimiento, particularmente respecto a los incidentes de verificación de cumplimiento de las condiciones; vii) desafíos frente a las medidas cautelares respecto a los archivos del extinto DAS y otras medidas cautelares sobre archivos; y viii) desafíos de la articulación de la Sala de Reconocimiento con la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad.

Palabras clave: Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, priorización, selección, participación de las víctimas, contrastación, régimen de condicionalidad.

Abstract: This text analyzes eight major challenges faced by the JEP’s Chamber for the Recognition of Truth, Responsibility and Determination of Facts and Conduct in its beginnings: challenges related to the system for the submission of reports and the operation of the Recognition Chamber as an “entryway;” challenges related to prioritization; challenges related to voluntary versions, verification activities, and the procedural stages prior to the resolution of conclusions; challenges associated with victims’ participation in the Chamber’s proceedings; challenges associated with the recognition of responsibility; challenges associated with the conditionality regime in the Recognition Chamber, particularly with respect to verifying compliance with the conditions; challenges associated with the precautionary measures related to the files of the extinct DAS and other file-related precautionary measures; and challenges related to the coordination between the Recognition Chamber and the Truth Commission.

Key words: Recognition Chamber, prioritization, selection, participation of victims, verification, conditionality regime.

Introducción

Desde textos clásicos como *Eichmann en Jerusalén* de Hannah Arendt,¹ pasando por *Juicio al mal absoluto* de Carlos Santiago Nino,² hasta los trabajos de Claudia Hilb sobre el juicio a las juntas militares en Argentina,³ las preguntas sobre el diseño e implementación de investigaciones y juicios por graves y sistemáticas violaciones de los derechos humanos han adquirido cada vez más un nivel de especial complejidad en términos jurídicos, políticos y morales. Hannah Arendt planteaba, por ejemplo, que cierto nivel de atrocidades “ni se pueden castigar ni perdonar”, aludiendo a las especiales dificultades para consolidar un procesamiento jurídicamente adecuado y moral, y políticamente sostenible cuando se trata de atrocidades masivas, normalizadas en diversos aparatos legales o ilegales. Por su parte, distintos tribunales penales internacionales enfrentaron diversidad de retos en cuanto a la magnitud de su competencia y el alcance de las atrocidades valoradas.⁴ Asimismo, la complejidad de algunos casos particulares también ha ilustrado los desafíos de este tipo de juicios⁵ y los retos específicos cuando se trata de valorar la responsabilidad por crímenes de carácter colectivo.⁶

Varios autores concuerdan en aludir a una función de “representación de la atrocidad masiva” o a un “expresivismo narrativo” al valorar criminológicamente la función expresiva del juzgamiento de crímenes internacionales, de tal forma que tanto las investigaciones como los juicios pueden constituir espacios narrativos que permitan un tránsito desde hechos aislados hasta narraciones históricas, y desde castigos hacia la explicación de los procesos sociales y políticos que determinaron lo ocurrido.⁷ Desde este punto de vista, el procesamiento

¹ Hannah Arendt, *Eichmann en Jerusalén. Un estudio sobre la banalidad del mal*, Barcelona, Lumen, 1999 [1963]. Así mismo, véase Damien Rogers, *Law, Politics and the Limits of Prosecuting Mass Atrocity*, Palgrave, 2018.

² Carlos Santiago Nino, *Juicio al mal absoluto*, Buenos Aires, Emecé, 1997.

³ Claudia Hilb, “De Eichmann en Jerusalén a los ‘juicios’ en Argentina (reflexiones situadas)”, *Estudios Sociales*, núm. 48, 2015, pp. 91-103.

⁴ Robert Cryer, “Prosecuting the leaders: Promises, politics and practicalities”, *Gottingen Journal of International Law*, núm. 1, 2009, p. 45; Michael Reed Hurtado (ed.), *Judicialización de crímenes de sistema*, Bogotá, ICTJ, 2008.

⁵ La literatura sobre la gestión de casos judiciales complejos en derecho penal internacional es enorme. Un ejemplo paradigmático lo constituyó el juicio contra Slobodan Milosevic, y las lecciones sobre la necesidad de que la persecución penal sea focalizada, gestionable, manejando adecuadamente los problemas jurídicos de representación y los problemas generales de recursos, entre otros elementos (Timothy William Waters (ed.), *The Milosevic Trial. An Autopsy*, Oxford University Press, 2014).

⁶ Leora Bilsky, “The Eichmann trial: Towards a jurisprudence of eyewitness testimony of atrocities”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 12, núm. 1, 2014. En este artículo se abordan los aportes de este juicio, entre otros, a la discusión sobre responsabilidad burocrática y otros modos de responsabilidad en la comisión de crímenes colectivos y el rol de los testimonios de las víctimas en la reconstrucción de la atrocidad masiva.

⁷ Anette Bringedal Houge, “Narrative expressivism: A criminological approach to the expressive function of international criminal justice”, *Criminology and Criminal Justice*, vol. 19, núm. 3, 2019, pp. 277-293.

de las atrocidades, es decir, la forma en que se llevan a cabo los juicios, tiene igual relevancia que el castigo o la sanción que se adopte, dado el profundo impacto que el juzgamiento puede alcanzar para una comunidad y para la representación de la atrocidad masiva.⁸

Este breve recuento sobre literatura acerca de los desafíos del juzgamiento de atrocidades masivas constituye un referente introductorio respecto a ciertos retos jurídicos y políticos que han surgido en el primer año y medio de funcionamiento de la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas (SRVRDH) de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP). A continuación describo en forma general ocho desafíos en torno a algunas de las principales funciones y facultades de la SRVRDH. En esos desafíos indico algunas preguntas que en el marco de las tareas de la SRVRDH dentro de la JEP replican muchas de las preguntas jurídicas y políticas que han tenido que enfrentar los órganos de juzgamiento de atrocidades masivas y de justicia transicional. Asimismo, y atendiendo al sentido contextual que tiene la justicia transicional,⁹ resalto que el proceso de preparación y alistamiento antes del surgimiento de la JEP (2017)¹⁰ y los primeros dos años de trabajo de dicha institución (2018-2019) han estado marcados por diversos contextos sociopolíticos que desafiaron el modelo que teóricamente se diseñó para la SRVRDH.

Algunos de estos desafíos están asociados a las tareas de la SRVRDH como órgano encargado de la gestión de un volumen enorme de información para preparar la intervención de otras salas y secciones de la JEP. Este diseño de gestión judicial es de especial novedad en el caso colombiano y por ello ha generado discusiones, incluso, por la coexistencia de procesos que todavía estaban en curso en la jurisdicción penal ordinaria. De otro lado, un aspecto transversal

⁸ Esteban Restrepo ha señalado la existencia de una serie de limitaciones que afectan la capacidad del derecho penal de representar efectivamente la atrocidad masiva, entre otras, su incapacidad para desincentivar la ocurrencia de nuevas atrocidades, el hecho de que los procesos adelantados generalmente tienen como procesado a individuos de mandos subalternos y no a los mayores responsables, el estado de las garantías procesales en cada caso, y los obstáculos surgidos del contexto político y social en que se adelanta el proceso penal (Esteban Restrepo, "Justicia de las imágenes, justicia por las imágenes: algunos apuntes para pensar la relación entre derecho penal y representación de la atrocidad masiva", en VV. AA., *Derechos humanos: posibilidades teóricas y desafíos prácticos*, Buenos Aires, Librería, 2014).

⁹ Rodrigo Uprimny Yepes y Nelson Camilo Sánchez, "Transitional justice in conflict: Reflections on the colombian experience", en Roger Duthie y Paul Seils (eds.), *Justice Mosaics: How Context Shapes Transitional Justice in Fractured Societies*, New York, International Center for Transitional Justice, 2017.

¹⁰ Este proceso estuvo concentrado, entre otros, en el desarme, en el surgimiento de zonas transitorias de normalización y espacios de capacitación y reincorporación, así como en actividades asociadas al otorgamiento de libertades condicionadas y suspensiones de órdenes de captura para guerrilleros y militares involucrados en crímenes relacionados con el conflicto armado. Asimismo, este proceso implicó diversos escenarios de preparación institucional para el surgimiento de la JEP y el traslado de procesos de la justicia ordinaria a esta nueva jurisdicción.

a todos estos desafíos se relaciona con una pregunta general: ¿qué significa que la SRVRDH sea una instancia no adversarial, anclada en una construcción dialógica de la verdad y con marcado énfasis en la justicia restaurativa? A lo largo de este escrito retomo esta pregunta, analizando la forma en que el impulso de procedimientos frente a crímenes de tan especial gravedad y masividad ha estado acompañado por una “lucha por el reconocimiento”, esto es, un esfuerzo dirigido a que la Sala de Reconocimiento no se convierta en una instancia adversarial como aquella que está prevista en los procesos de ausencia de reconocimiento ante el Tribunal para la Paz.

Asimismo, diseñar una SRVRDH cuya vocación primordial fuera la gestión judicial de información sobre macrocriminalidad tiene como trasfondo reconocer que no es posible utilizar las herramientas de gestión judicial ordinaria para valorar, en un tiempo relativamente corto, la masividad de hechos graves y representativos asociados a más de 50 años de conflicto armado. Por las diversas tareas que cumple, la SRVRDH en algunos momentos actúa como una fiscalía, a veces como una comisión de la verdad y en otros momentos como lo hacen jueces de instrucción en el derecho comparado.¹¹ En tanto la JEP es una institución *sui generis* de justicia transicional, fue difícil regular *ex ante*, en forma exhaustiva, todo aquello que la SRVRDH estaba llamada a realizar en los procedimientos, dado el nivel de flexibilidad que podría exigir el impulso de macrocasos desde una visión no adversarial. Ello acrecienta, en el marco de la justicia transicional, las tensiones entre medios y fines que autores como Mirjan Damaška han encontrado en los diseños procesales de los tribunales penales internacionales. Damaška resalta las dificultades de introducir, en el marco de una intervención judicial penal que por regla general es individualizada, objetivos de consolidación de verdad, rendición de cuentas respecto a atrocidades masivas, participación de las víctimas y, a la vez, garantizar el debido proceso y la celeridad de los juicios.¹²

¹¹ En general, toda la JEP es un organismo *sui generis*. En la Sentencia C-007 de 2018, la Corte Constitucional precisó: “Si bien la [JEP] es en cierto sentido un juez penal, no es *solamente*, ni *principalmente*, ello. Es, con más precisión, un órgano destinado a aplicar reglas especiales, propias de la transición del conflicto a la paz, para satisfacer tres finalidades complementarias. [...] Primero, investigar, juzgar y, de ser el caso, sancionar las graves violaciones de derechos humanos y las graves infracciones al derecho internacional humanitario; segundo, propiciar la reconciliación y la estabilidad del Acuerdo Final [...] y, en esa dirección, propiciar la amnistía más amplia posible y determinar la viabilidad de otros beneficios. Y, tercero, contribuir decididamente a la satisfacción de los derechos de las víctimas”.

¹² Mirjan Damaška, “Problematic features of international criminal procedure”, en Antonio Cassese (ed.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2009. Asimismo, Damaška critica el rol que pueden tener los jueces como “historiadores” y resalta el riesgo respecto a que los victimarios utilicen estos juicios como una tribuna para diseminar ideas contrarias a los derechos humanos.

He mencionado que no ha surgido una regulación exhaustiva de todos los escenarios procesales de trabajo de la SRVRDH. Es posible que, en ciertos momentos, diversos vacíos o silencios de la regulación tengan que ser enfrentados por esta Sala de Reconocimiento, lo cual se evalúa en algunos de estos desafíos y se enmarca en la construcción de una estrategia de rendición de cuentas que pareciera no tener muchos antecedentes en el mundo en cuanto a la magnitud de las graves violaciones de derechos humanos que deben ser valoradas por un solo órgano judicial. Asimismo, la valoración de estos desafíos involucra, en forma transversal, el dilema de impulsar la justicia restaurativa en un contexto sociopolítico tan complejo y polarizado como el colombiano y con especiales dificultades para la centralización de información institucional destinada a la rendición de cuentas.

Desafíos en el sistema de presentación de informes y en el funcionamiento de la Sala de Reconocimiento como “puerta de entrada”

Una de las más importantes funciones de la SRVRDH es la de recibir informes asociados a los más graves crímenes cometidos durante el conflicto armado. La valoración y sistematización de esos informes será la base para la construcción de la estrategia de rendición de cuentas en el marco de la cual serán llamados a declarar los máximos responsables de dichas atrocidades.

La pertinencia de una “puerta de entrada” global de la información relevante se deriva de las lecciones propias del Proceso Penal Especial de Justicia y Paz. Dicho proceso, luego de varios años de funcionamiento, adoptó metodologías específicas de análisis de contexto, priorización, selección e identificación y gestión judicial de patrones de macrocriminalidad, luego de varios años de debates y críticas asociadas a cómo debía operar la persecución penal del paramilitarismo.¹³ En la JEP, el sentido de una puerta global está asociado a que quien vaya a contribuir con la verdad no tenga el control absoluto sobre la narrativa que va a exponer (como ocurrió en etapas tempranas de Justicia y Paz), sino que, por el contrario, la instancia judicial sea la que controle el mayor nivel de información y conduzca la estrategia a la luz de los objetivos de indagación de dicha instancia.

Algunas de las críticas contra el proceso penal transicional de Justicia y Paz impactaron en el diseño de la JEP y su vocación de concentrarse en los patrones y hechos más graves y representativos. Por ejemplo, el Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ, por sus siglas en inglés) ha considerado que, en alguna medida, no fue posible investigar, por ejemplo, a quienes

¹³ ICTJ, *La reorientación del proceso penal de Justicia y Paz: Lecciones para la Jurisdicción Especial para la Paz*, Bogotá, ICTJ, 2018.

financiaron las conductas o a quienes tomaron decisiones o definieron planes criminales. Además, el ICTJ señala que el hecho de que la Fiscalía General de la Nación (FGN) predeterminara como máximos responsables de estos grupos a las cabezas visibles del componente armado del fenómeno paramilitar y de autodefensa, tuvo como consecuencia la invisibilización de otros sujetos –no necesariamente miembros del brazo armado de las estructuras– que tuvieron iguales o mayores responsabilidades que los comandantes militares.

Igualmente, el ICTJ expone que la sobrerregulación de algunas materias generó contradicciones en la aplicación de los criterios, pues expresiones como ‘contexto’, ‘gravedad y representatividad’ o ‘patrón de macrocriminalidad’ fueron definidas de diferentes formas en los distintos instrumentos normativos. Surgió también el debate respecto a si el contexto es entendido como un elemento que debe ser incluido en la identificación de patrones de macrocriminalidad o si constituye un factor adicional a ser considerado para poder determinar el plan criminal de la respectiva estructura.¹⁴

Según los críticos, la aplicación práctica de dichos criterios por parte de la FGN también adoleció de un método específico que permitiera que el rótulo de patrón de macrocriminalidad contribuyera a superar un enfoque basado en el *cómo*, para pasar a identificar el *para qué*. Los jueces tampoco desarrollaron una línea jurisprudencial uniforme sobre el concepto de patrón de macrocriminalidad. Asimismo, la incomprensión sobre la noción de patrones de macrocriminalidad generó que la investigación se concentrara en la forma de ejecución de los hechos individuales,

... agrupando hechos similares, pero sin que dicha agrupación permitiera organizarlos e identificar la forma de operación de los grupos armados para determinar las motivaciones o móviles que la estructura tuvo para cometerlos. En la práctica, los patrones terminaron por ser identificados con los tipos penales, principalmente el homicidio, la desaparición forzada, el reclutamiento ilícito y el desplazamiento forzado.

Por todo ello, el ICTJ resaltó que era necesario un cambio de enfoque en la investigación:

... la importancia de romper con la lógica del caso a caso permite analizar cada crimen no como una conducta aislada (por más gravosa y reiterada que haya sido) sino como parte de un plan o política que solo puede ser cometida por un aparato criminal sofisticado y más complejo aún que una estructura militar por poderosa que sea. Ello implica tener un propósito común y único de todos los esfuerzos dirigidos a

¹⁴ Sobre los debates en torno al valor probatorio del “contexto”, véase Gerardo Barbosa y Carlos Bernal (eds.), *El análisis de contexto en la investigación penal: crítica del trasplante del derecho internacional al derecho interno*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015; y Alejandro Ramelli Arteaga, “El análisis en contexto: aspectos probatorios”, en *XXXVIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Bogotá, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2017, pp. 225-251.

identificar los planes criminales y atribuir responsabilidad y sancionar a quienes los decidieron e implementaron.

Ello implica superar la demostración de circunstancias de modo, tiempo y lugar de los hechos para dar paso a la demostración de patrones de criminalidad para identificar los planes criminales que los motivaban y orientaban. Asimismo, debe tener igual importancia la determinación del funcionamiento de las estructuras militares de operación, por ejemplo, sus componentes económicos y políticos, así como las relaciones criminales y de poder que permiten la comisión de un gran cúmulo de violaciones de derechos humanos.

Teniendo en cuenta el énfasis que el nuevo modelo tiene en la demostración de las principales y más altas responsabilidades, el ICTJ resalta que ello

... exige limitar el grado de esclarecimiento que se obtendrá de delitos particulares y de sus autores materiales, incluso de aquellos que puedan ser muy graves. Implica también dejar para otros estudios el esclarecimiento de contextos o de factores históricos, políticos o económicos que no sean conducentes a determinar responsabilidades penales.

En alguna medida, estos debates constituyeron un escenario inicial a partir del cual se pudo pensar la estrategia de recepción de informes por parte de la SRVRDH, precisamente para contar con información de contexto y de patrones en forma previa a los llamados a versiones de los comparecientes. Con un especial énfasis en análisis de macrocriminalidad, la FGN terminó en marzo de 2019 la presentación de 17 informes que se construyeron a partir de un equipo especial de aproximadamente 200 profesionales de varias direcciones, los cuales agruparon durante casi tres años los procesos que la Fiscalía abrió, desde su creación, contra exintegrantes de las desmovilizadas FARC-EP, agentes del Estado y otras personas que hicieron parte o auxiliaron ilegalmente a las estructuras ilegales.¹⁵ Asimismo, la Procuraduría ha presentado algunos informes, y otras instituciones están por hacerlo.

Sin embargo, el déficit de información individualizada por cada compareciente sigue siendo un gran desafío. La falta de digitalización, sistematización y centralización/unificación de información judicial que está dispersa por todo el país dificulta contar con información fundamental en el momento de llamar a versión voluntaria a los comparecientes. El punto de partida para que la JEP cumpla adecuadamente su trabajo (una amplia sistematización de la información disponible) no se ha logrado consolidar.

¹⁵ Fiscalía General de la Nación, "Fiscalía cumple con la entrega total a la JEP de los informes sobre los delitos del conflicto", *Boletín* 26320, Bogotá, 27 de marzo de 2019. Disponible en: <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/fiscal-general-de-la-nacion/fiscalia-cumple-con-la-entrega-total-a-la-jep-de-los-informes-sobre-los-delitos-del-conflicto/>

A ello se suma que la Rama Judicial ha tenido diversas interacciones con el SIVJRN. El diseño tiene prevista la llegada de expedientes judiciales de todo el país, pero en la lógica de informes anclados en patrones de macrocriminalidad o a solicitud de la SRVRDH ante la inminencia de la emisión de la Resolución de Conclusiones. Sin embargo, en 2017, algunos jueces y fiscales empezaron a enviar expedientes ante la JEP en orden a no continuar con investigaciones en la materia, lo cual llevó a precisiones por parte de la Corte Constitucional y la Ley Estatutaria de la JEP respecto de hasta dónde podían avanzar las investigaciones y los juicios, una vez la JEP iniciara su trabajo. La Sección de Apelación y la Corte Constitucional también han precisado en qué casos procede devolver los expedientes y en cuáles la JEP y la SRVRDH deben proceder a avocar conocimiento e involucrar dicha información en sus respectivas estrategias investigativas.¹⁶ Por su parte, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia resaltó el carácter de juez natural de la JEP respecto a los casos del conflicto armado y, a partir de esto, impulsó una remisión inicial de varios de ellos durante el primer semestre de 2018.

Los diálogos entre la Rama Judicial y la JEP han tenido varios momentos. El Poder Judicial no tuvo un protagonismo central en la negociación en La Habana (lo cual generó algunas críticas dentro de la rama), pero sí lo ha tenido en la implementación. En manos de los jueces estuvo el otorgamiento de amnistías *de iure* y libertades condicionadas en 2017, aspecto fundamental para que fuera posible el desarme de las antiguas FARC en dicho año. De un momento a otro, los jueces de ejecución de penas, fiscales y diversos jueces de instancia se convirtieron en jueces transicionales, lo cual no estuvo exento de numerosas tensiones, particularmente porque tuvieron que otorgar libertades a personas condenadas o imputadas por crímenes internacionales antes de que la Corte Constitucional definiera la constitucionalidad de las normas que regulaban estos beneficios, las cuales generaban dudas entre los operadores sobre su compatibilidad con los tratados de derechos humanos. Algunos criterios fueron disímiles y existió una variada comprensión del acceso a la libertad condicionada entre las distintas instituciones. Con el tiempo, a pesar de varios debates, el diálogo se ha fortalecido.

Respecto a los informes que deben ser presentados por la sociedad civil, en mayo de 2018 la SRVRDH emitió una “guía” para la presentación de informes elaborados por organizaciones de víctimas, indígenas, negras, afrocolombianas, raizales, palenqueras, rrom y de derechos humanos colombianas. La Sala hizo énfasis en que los informes debían tener una vocación colectiva, es

¹⁶ Véase en este punto los diversos conflictos de competencia decididos por la Corte Constitucional y, en particular, la vocación de algunos de los últimos pronunciamientos de direccionar muchos procesos hacia la JEP (Auto 348 de 2019, donde, en el marco de un conflicto de competencias, se asignó a la JEP un caso no priorizado).

decir, no concentrarse en la presentación de denuncias individuales, pues la FGN mantenía su competencia en la investigación de estos casos y, además, el modelo de la JEP está anclado en la valoración de patrones asociados a los hechos más graves y representativos. Asimismo, la SRVRDH resaltó criterios de acceso a la justicia en orden a que la presentación de informes no estuviera condicionada a formalidades desproporcionadas, teniendo en cuenta los sujetos de especial protección que deben tener amplio protagonismo en la presentación de informes.

Sin embargo, en la práctica, se han observado diversos desafíos para la implementación de un proceso idóneo de presentación de informes. En primer lugar, muchas organizaciones no contaron con suficientes recursos humanos ni logísticos para ofrecer una sistematización de patrones de macrovictimización en la que se enmarcaran los casos individuales que la organización conoció en torno a la determinación de responsabilidades penales por planes, patrones y políticas. Este punto es relevante, pues una cosa son informes sobre violaciones de derechos humanos y otra son informes encaminados a impulsar estrategias de atribución de responsabilidad penal. Podría generar muchos desafíos para la priorización aquella información en la que no se presenta, si quiera de forma preliminar, información sobre responsabilidades penales en torno a los hechos que se documentan. De otro lado, 16 organizaciones de derechos humanos manifestaron la necesidad de ampliar el plazo para la presentación de informes, dado el vencimiento del término en marzo de 2020, argumentando que:

... es la primera vez que se tiene la posibilidad de entregar este tipo de informes a la justicia colombiana, razón por la cual se trata de un gran volumen de datos y pruebas que las organizaciones de víctimas y representantes tenemos para presentar, pues recogen hechos y testimonios de los últimos 60 años del conflicto armado y la violencia sociopolítica. Un trabajo que representa grandes esfuerzos humanos y económicos, imposibles de alcanzar en el término de tiempo actual.¹⁷

Atendiendo a estos desafíos, y para garantizar la debida participación de las víctimas en los procedimientos ante la JEP, la SRVRDH prorrogó el plazo de las organizaciones de la sociedad civil para la presentación de informes y lo extendió hasta marzo de 2021.¹⁸ Sin embargo, es aún incierto que ese plazo resulte suficiente.

¹⁷ Asociación Minga, *Víctimas y asociaciones de DDHH solicitan ampliación del plazo para presentar informes a la JEP*, 3 de septiembre de 2019. Disponible en: <http://asociacionminga.co/index.php/2019/09/03/victimas-y-organizaciones-de-ddhh-solicitan-ampliacion-dloel-plazo-para-presentar-informes-a-la-jep/>

¹⁸ JEP - SRVRDH, Auto 222 de 8 de octubre de 2019.

En segundo lugar, la sola documentación de los casos, en ciertas ocasiones, involucra diversos niveles de riesgo y por ello el contexto sociopolítico de violencia impacta en la tarea de presentar informes, hasta tal punto que algunas organizaciones han solicitado mantener en reserva que han hecho la presentación de un informe o la información remitida.

En tercer lugar, la SRVRDH ha insistido en que la presentación de informes no puede ser similar a la de una denuncia individual sobre ciertos hechos, ya que la FGN no ha perdido su competencia ni el objetivo de la JEP es un análisis caso a caso de los hechos ocurridos en el conflicto armado. Sin perjuicio de ello, la Sala ha tratado de involucrar un criterio lo más amplio posible en la recepción inicial de informes y ha empleado criterios creativos para la incorporación de información estratégica para la rendición de cuentas. Un ejemplo lo constituye la oportunidad de presentar informes mixtos, es decir, informes que involucran tanto un componente oral como uno escrito y donde resulta de especial importancia visibilizar una voz que no se había escuchado en la justicia ordinaria. En este sentido, los procesos para el impulso, la elaboración y entrega de los informes vienen involucrando diversos niveles de movilización legal con componentes simbólicos y de empoderamiento colectivo.¹⁹

En este punto también es importante resaltar que en algunos casos la presentación de informes ha estado anclada en lo que resulta estratégico para las organizaciones, lo cual puede ser diferente a la estrategia y política de justicia transicional de la JEP. Algunas comunidades, por ejemplo, han planteado que no pueden entrar a fragmentar la violencia que sufrieron presentando informes sobre ejecuciones o secuestros sin tomar en cuenta el despojo de tierras, el desplazamiento, entre otras graves violaciones. Por su parte, otras organizaciones han hecho énfasis en algunos temas y autorías que pudieran diferir de los puntos de partida que ha tomado la JEP en los macrocasos. En mi opinión, el objetivo hacia futuro es que esas visiones que, en un punto de partida, pudieran ser diferentes, puedan converger hacia un tronco común de rendición de cuentas.

En el momento de finalizar este escrito, la SRVRDH se encuentra por definir un esquema de rendición de cuentas propio sobre el manejo y trámite de

¹⁹ En particular, véanse diversos informes en temas como violencia sexual: *Mi verdad cuenta* (disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=vNd5qoRgNQM>), en cuya entrega participó la artista Doris Salcedo, y otros informes asociados a violencia de género contra grupos LGTBBI: *Colombia Diversa y Caribe Afirmativo entregaron informes sobre violencia sexual a la JEP* (disponible en: <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Paginas/Colombia-Diversa-y-Caribe-Afirmativo-entregaron-informes-sobre-violencia-sexual-a-la-JEP.aspx>). En la mayoría de entrega de informes se impulsan actos simbólicos de reivindicación de la dignidad de las víctimas (Colombia en Transición, *El despojo y desplazamiento forzado en el Meta llega a la JEP*, 26 de julio de 2019. Disponible en: <https://www.elespectador.com/colombia2020/justicia/jep/el-despojo-y-desplazamiento-forzado-en-el-meta-llega-la-jep-articulo-873024>). Sobre movilización social/ legal en relación con la justicia transicional, véase César Rodríguez Garavito y Meghan L. Morris, *Hacer justicia en tiempos de transición*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2018.

los más de 100 informes recibidos hasta ahora. La Sala ha sido insistente en que la presentación de informes no genera un derecho a la priorización de determinados casos o hechos, sino que se trata de tomar todos esos insumos para construir una estrategia de rendición de cuentas. No se prioriza, entonces, por demanda. Sin embargo, las víctimas deben contar con detalles sobre el manejo que se le ha dado a la información presentada y los horizontes posibles de priorización en el futuro.

Asimismo, la SRVRDH debe definir un calendario específico para la presentación de informes por parte de algunas instituciones y pronunciarse sobre la calidad y el alcance de la información recibida y la pertinencia de complementos en esta materia. Además, la SRVRDH debe responder a cada organización de la sociedad civil sobre el manejo que haya tenido todo informe presentado ante la Sala. Resultará fundamental el trabajo estratégico entre la Sala de Reconocimiento y el Grupo de Análisis e Información (GRAI) en orden a una gestión adecuada de la información en clave estratégica de las priorizaciones, cuyos desafíos se analizarán a continuación.

Desafíos para la priorización

Una de las principales lecciones de los procedimientos de Justicia y Paz consiste en que no es adecuado que un sistema de justicia transicional de esta naturaleza opere por demanda, a la luz de solicitudes individualmente consideradas o según el primer informe, caso o expediente que haya llegado a la JEP. Lo que corresponde a la SRVRDH, es gestionar judicialmente una estrategia consistente con el juzgamiento de patrones asociados a la participación determinante de personas en los casos más graves y representativos.

Consolidar una estrategia de ese tipo enfrenta diversos niveles de complejidad. Al respecto, la SRVRDH, a partir de experiencias similares, como la de la Corte Penal Internacional (CPI)²⁰ y la de la Fiscalía General de la Nación (*Guía práctica para la priorización*) recogió un documento de política (guía) denominado *Criterios y metodología de priorización de casos y situaciones*, en el que se adoptaron, como punto de partida, lineamientos en materia de priorización y se decidió diferir para etapas procesales posteriores la discusión sobre selección. Asimismo, el documento precisa las fases (agrupación, concentración y priorización) y algunos criterios de priorización, tanto subjetivos como objetivos, como el de impacto de los hechos, la vulnerabilidad de las víctimas, entre otros.²¹ En los

²⁰ CPI, Office of the Prosecutor, *Policy paper on case selection and prioritization*, 15 de septiembre de 2016.

²¹ JEP - SRVRDH, *Criterios y metodología de priorización de casos y situaciones*, Bogotá, 28 de julio de 2018. Disponible en: <https://www.jep.gov.co/Documents/CriteriosYMetodologiaDePriorizacion.pdf>

diversos autos de los siete casos priorizados hasta el momento se aplican dichos criterios en el caso o la situación objeto de análisis.²²

Sin embargo, la discusión sobre priorización y selección dista de ser pacífica y necesariamente su aplicación práctica determinará el rumbo de la JEP en esta materia. En este texto no me pronunciaré en modo alguno sobre la selección, debido a que constituye uno de los aspectos que en 2021 generará el mayor nivel de debate en la JEP, teniendo en cuenta los avances de algunos de los casos ya priorizados. Analizaré entonces, en forma casi que enunciativa, algunos de los desafíos que subyacen a esta primera etapa de priorización que impulsó la SRVRDH y los retos para aquellas que surjan en el futuro.

Como punto de partida, resalto la discusión pública que surgió antes de la emisión de la guía de priorización, particularmente en una audiencia convocada por la SRVRDH en relación con el tema.²³ Algunas de las organizaciones de víctimas solicitaron que se definiera con claridad cómo iba a operar la selección de casos, pues no estaban dispuestas a impulsar la presentación de informes si no era claro que lo presentado fuera a ser seleccionado. Dichas organizaciones señalaron que podría surgir un importante nivel de revictimización si las tareas de priorización y selección no eran transparentes en sus pasos y si no contaban debidamente con la participación de las víctimas. En similar sentido, otras posturas consideraban que la priorización operaba en relación con lo ya seleccionado y se exteriorizaron diversas posturas sobre cómo tenía que operar la selección. Sin embargo, en el punto inicial de una tarea tan compleja, para la SRVRDH era realmente imposible una precisión definitiva en materia de selección, más aún si no se contaba con los informes y el conjunto global de expedientes judiciales que permitieran la toma de decisiones sobre qué casos no serían materia de juicio y sanción. En mi opinión, la selección se viene manejando como un punto de llegada y no como un punto de partida.

Por ello, durante su primer año de funcionamiento y en atención a la información disponible (algunos de los primeros informes remitidos, lo cual era claramente limitado si se consideran las dimensiones que ha tenido un conflicto armado como el colombiano), la SRVRDH determinó los primeros pasos en tareas de priorización ancladas en casos nacionales y territoriales. La sola definición de lo que es un “caso” para la JEP establece muchos debates. Por ejemplo, ¿cómo debe operar la estrategia en cada caso priorizado?; en otras palabras, ¿cómo dar prelación dentro de cada caso priorizado? La magnitud

²² Se han priorizado siete casos, tres de ellos territoriales (situación Tumaco-Ricaurte-Barbacoas, situación Urabá, situación Cauca) y cuatro casos de alcance nacional (secuestro, ejecuciones extrajudiciales, reclutamiento y victimización al partido político UP).

²³ La audiencia se llevó a cabo el 13 de junio de 2018 y participaron aproximadamente 25 organizaciones de la sociedad civil, 7 universidades, varios centros de pensamiento y diversas instituciones.

de los *macrocasos* priorizados evidencia que no será factible investigar todos los hechos y a todos los procesados. ¿Cómo determinar a quiénes procede llamar a versión voluntaria o a otras diligencias y en qué orden? ¿Qué debe hacer la SRVRDH, dar prioridad a nuevos casos adicionales o posponer mientras se termina con los ya priorizados, y, en esa forma, evidenciar las potencialidades y los límites del modelo? ¿Qué diferencias podrían existir en las estrategias de rendición de cuentas asociadas a los casos nacionales *vis à vis* los casos territoriales? ¿Es pertinente desagregar los casos territoriales y los casos nacionales en subcasos específicos? ¿Cómo procesar a quienes tienen que rendir cuentas tanto en un caso nacional como en uno territorial? ¿Cuáles serían las diferencias en el procesamiento de hechos y personas respecto a los cuales no existe mayor documentación y judicialización, y aquellos exhaustivamente valorados judicialmente?

De otra parte, un importante debate está asociado al concepto y tipo de macrocasos que deba priorizar la SRVRDH. Sobre la marcha ha sido necesario empezar a pensar qué procede hacer con lo que se podría denominar, siguiendo a la Corte Constitucional, un caso aislado, o, siguiendo a la Sección de Apelación de la JEP,²⁴ uno en el que la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas (SDSJ) puede solicitar una moción de apertura.

En efecto, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-080 de 2018, indicó que es obligatoria la selección de todos los crímenes internacionales (y en el caso de los crímenes de guerra, aquellos cometidos de manera sistemática), pero que se pueden seleccionar las graves violaciones de los derechos humanos que no sean masivas ni sistemáticas.

Dijo la Corte: “Las graves violaciones a los derechos humanos no requieren, para que lo sean, ser masivas ni sistemáticas, razón por la que un *delito aislado* o que no sea producto de un plan o política, puede constituir una grave violación a los derechos humanos” (énfasis agregado).

La Corte, en esta misma sentencia, dijo que la JEP deberá *privilegiar* la construcción de *macroprocesos*, lo cual excluye, en principio, la investigación caso a caso. Señaló que la selección está orientada a la construcción de *macroprocesos*. Finalmente, agregó que la atribución de responsabilidad a quienes han tenido una participación activa o determinante y a los máximos responsables estará basada en un enfoque de crímenes de sistema, entendidos como “manifestación de criminalidad organizada determinada por políticas, planes y prácticas que se caracterizan por involucrar un *continuum* de poderes e intereses”. Lo anterior pareciera no excluir la posibilidad de seleccionar casos aislados, los cuales pueden también constituir graves violaciones de los derechos humanos.

²⁴ JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Sentencia Interpretativa TP-SA-SENIT-01 de 3 de abril de 2019.

Considero que este concepto de “delito aislado constitutivo de grave violación de derechos humanos” podría ser útil para dar prelación, dentro de la SRVRDH, a algunos de los casos que la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas ha ido priorizando en el marco de la vigilancia del régimen de condicionalidad. De todas maneras, lo que resulta crucial es la armonización del trabajo de priorización que viene desarrollando la SRVRDH con el de la Sala de Definición. En el momento de finalizar este escrito están empezando diligencias de contribución a la verdad en los asuntos de parapolítica (comparecientes: David Char y Álvaro Ashton), de tal forma que se viene consolidando un carril de contribución por fuera de la SRVRDH que tiene que ser concertado entre las diversas estrategias de rendición de cuentas de esta.

Finalmente, también en el momento de terminar este informe, la SRVRDH aún no ha definido lo que constituiría una segunda ronda de priorizaciones. El desafío está asociado con la forma como debe hacerlo, atendiendo a la sistematización y el análisis de los más de 100 informes que ha recibido. Uno de los debates asociados a una posible segunda fase está relacionado con el tipo de análisis del universo global de casos recibidos. Existen debates sobre cómo valorar dicho universo. En su aclaración de voto a la priorización del último caso (el 007 sobre reclutamiento de niñas y niños por parte de las FARC), el magistrado Iván González se refirió a algunos de estos debates en los siguientes términos:

... a mi juicio, avocar conocimiento del caso, a pesar de la importancia del tema del que trata y de la obligación constitucional que al respecto tiene la JEP, no fue, como se dice en el auto, el resultado de un ejercicio de priorización de conformidad con las reglas que la propia SRVR ha establecido. [...] Para el momento de la decisión de avocar conocimiento del reclutamiento y utilización de niñas y niños en el conflicto armado, la SRVR no ha terminado de catalogar, analizar y establecer los hechos que son de su competencia y que se encuentran en los diferentes informes presentados a la Sala, de manera que no conoce realmente su carga de trabajo ni puede, en estricto sentido, priorizar la investigación de unos respecto de otros. [...] Por esta razón, a mi juicio, la decisión de la Sala debió ser simplemente la de avocar su conocimiento, dejando para una oportunidad posterior –cuando se haya fijado el total de la carga de trabajo– el examen del orden en el que debe ser despachado, atendiendo a los criterios de priorización concretados en la guía, aplicados a todos los hechos que deben ser de su competencia. Lo anterior no implica, sin embargo, que se deba dejar de lado la investigación del caso.²⁵

²⁵ Aclaración del magistrado Iván González al Auto núm. 29 de 1 de marzo de 2019, emitido por la SRVRDH, mediante el cual fue priorizado el Caso 07 sobre reclutamiento de niñas y niños.

Difiero de la posición del magistrado González, dado que en cada uno de los casos que se han avocado, la Sala ha hecho previamente una valoración de la carga de trabajo y un análisis del universo de información de referencia en el momento de la priorización. Es cierto que dicho proceso debe ser mucho más explícito en algunos de sus pasos. Sin embargo, esta crítica es útil para señalar que la agrupación y concentración en determinados casos exigirá cada vez más una precisión detallada sobre cómo se está gestionando, sistematizando y analizando toda la información que llega a la JEP, a la SRVRDH y al GRAI, grupo conformado en la JEP en el que se focaliza el análisis de contexto y la caracterización de los actores del conflicto, entre otras tareas de análisis.

Finalmente, existen algunos desafíos en torno a la proyección del enfoque territorial en las tareas de priorización. Actualmente hay tres casos (02, 04 y 05) asociados a la prevalencia de territorios y un caso, el 03, que decidió dar prelación a seis territorios de análisis. Al respecto, surgen algunas preguntas: ¿bajo qué criterios podría proceder la apertura de nuevos casos territoriales? ¿Cómo armonizar el enfoque territorial con la posible derivación de subcasos de dichos casos territoriales? ¿Cómo operarían las reglas de imputación de responsabilidad y derivación de patrones en este tipo de casos?

En este punto quisiera resaltar que, en términos generales, el territorio es entendido como el espacio representado y que se apropia políticamente, y tiene una noción histórica y política que se manifiesta en su representación discursiva/narrativa. Puede ser también comprendido como unidad imaginada.²⁶ Desde esa perspectiva, en la forma como la rendición de cuentas se articule con algún nivel de *territorialización*, es importante reconocer que el territorio no es estático, sus cambios se manifiestan en forma dinámica y sus fronteras son porosas, lo cual implica que los límites establecidos por algún nivel de regionalización requieren flexibilidad.

Asimismo, el territorio es también construido socialmente, es decir, que no es una realidad física, sino que responde a dinámicas sociales y, en particular, a la dinámica del conflicto armado en los territorios. Pueden existir territorios superpuestos, razón por la cual la geografía política ha puesto en cuestión la idea estática y fija de la soberanía asociada a un espacio físico con fronteras o de una territorialidad transparente. Para analizar esta discusión se ha propuesto la categoría de territorialidades superpuestas, que permite entender la coexistencia de autoridades y formas de regulación sobre un mismo espacio geográfico, así como conflictos por el territorio. En Colombia, la coexistencia de distintas formas de regular el territorio se ha visto agenciada por los grupos armados al

²⁶ Rita Laura Segato, "En busca de un léxico para teorizar la experiencia territorial contemporánea", en Diego Herrera y Carlo Piazzini, *(Des)territorialidades y (no) lugares. Procesos de configuración y transformación social del espacio*, Medellín, La Carreta Editores, 2006, pp. 75-94.

margen de la ley, los territorios colectivos de población afrocolombiana y los resguardos indígenas que, en algunos casos, han resultado en disputas y conflictos territoriales y, en otros, en pacíficas coexistencias.²⁷

Desde esta perspectiva, la noción del espacio y la relación de las comunidades con este pueden generar desde distintas perspectivas definiciones del territorio que se superpongan. Para efectos de construir una metodología y unas reglas para la territorialización es importante considerar que, además de las reglas institucionales y estatales para entender el espacio, son complementarias con otro tipo de nociones y reglas para comprender procesos históricos, políticos y sociales, formas de interacción que se traducen en una multiplicidad de fronteras, según la perspectiva asumida para este proceso.

De acuerdo con lo anterior, un análisis territorial podría permitir, a partir de distintos elementos, aludir a territorios o regiones, pero desborda los criterios político-administrativos, por lo que deben separarse. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que los factores institucionales van a ser determinantes y, en algunos casos, podrán ser coincidentes las delimitaciones construidas a partir de las distintas variables del conflicto con las establecidas administrativamente (municipio, departamento, etc.). Por último, debe diferenciarse la dinámica que tuvo el conflicto en zonas urbanas de la dinámica en zonas rurales.²⁸

Lo que ha resaltado la SRVRDH es la pertinencia de entender la dinámica concreta del conflicto armado que explica las formas de violencia específica en los territorios bajo análisis, tanto en un caso nacional (03) como en situaciones territoriales (02, 04, 05). Y, en el marco de las tareas de la SRSJ, con especial énfasis en los patrones y factores comunes que permiten entender la sistematicidad de determinadas violaciones de derechos. Este análisis resalta la importancia de entender los fenómenos de victimización en conjunto, así como otros factores que pueden ser relevantes, en la medida en que los delitos individualmente considerados pueden fragmentar el proceso de esclarecimiento de la verdad y perder de vista la importancia del conflicto en el control poblacional y del territorio, y la generación de procesos de extracción de recursos y generación de mercados alrededor de los cuales se desarrollaron las distintas formas de violencia.²⁹ Como se observa, los métodos en esta materia no deben ser estáticos

²⁷ John Agnew y Ulrich Oslender, "Territorialidades superpuestas, soberanía en disputa: lecciones empíricas desde América Latina", *Tabula Rasa*, núm. 13, 2010, pp. 191-213.

²⁸ Sobre estas diferencias, véase Carlos Mario Perea Restrepo, "Resituar la ciudad: conflicto violento y paz", *Análisis Político*, vol. 26, núm. 77, 2013, pp. 3-38. El autor aborda el tema de la ciudad para evidenciar su singularidad como productora de violencias y su conexión con las dinámicas del conflicto.

²⁹ Carlos Duarte, Grace Boffey, Dayver Betancourt y Maritza Tangarife, "Así debería priorizar su trabajo la JEP y la Comisión de la Verdad", *La Silla Vacía*, 6 de marzo de 2018. Disponible en: <http://lasillavacia.com/silla-llena/red-rural/historia/asi-deberia-priorizar-su-trabajo-la-jep-y-la-comision-de-la-verdad>.

ni deben considerar un solo factor ni una sola escala geográfica. Lo que resulta fundamental es que el análisis de los patrones de violencia y macrocriminalidad con un enfoque territorial debe estar alineado con la determinación de responsabilidades individuales frente a esos planes y patrones.

Desafíos en torno a las versiones voluntarias, las actividades de contrastación y las etapas procesales previas a la resolución de conclusiones

La SRVRDH inició actividades de contrastación de información el 15 de marzo de 2018, es decir, el mismo día en que se abrieron sus puertas al público y se recibió en las salas de la JEP el informe presentado por la Secretaría Ejecutiva sobre los datos disponibles respecto a los comparecientes sometidos. Posteriormente, se fueron recibiendo más informes, documentos y pruebas, y comenzaron las acciones de priorización de los primeros macrocasos. En ese marco, empezaron también las primeras diligencias de versión voluntaria, es decir, el llamamiento de algunos comparecientes voluntarios ante la JEP, que resultaran relevantes para la estrategia de rendición de cuentas y la determinación de los hechos y las conductas.

La versión voluntaria es una figura *sui generis* del nuevo diseño transicional que se enmarca en el principio de no autoincriminación y en el régimen de condicionalidad. Es una figura llamada a tener un rol relevante en los procesos restaurativos que impulsa la JEP, pues se trata de indagar a profundidad en la situación particular de cada compareciente, su historia y el alcance de su involucramiento en los hechos más graves y representativos durante el conflicto armado y su conocimiento de los patrones asociados a dichos hechos. Si bien tiene algún tipo de relación con las entrevistas que se realizan en procesos judiciales ordinarios o con la versión libre que se tenía prevista en los procesos de Justicia y Paz, lo cierto es que se trata de una figura novedosa que debe dotarse de sentido y alcance durante la práctica de la SRVRDH.

Normativamente, se ha previsto que lo que se indique en la versión voluntaria es una confesión, pero esto se debe entender en contexto, es decir, como un punto de partida en un proceso de varias etapas de reconocimiento de verdad y responsabilidad en el marco de la justicia transicional. Se demandó incluso la norma que establecía dicho valor de confesión a lo señalado en la versión voluntaria, por presuntamente vulnerar el paradigma restaurativo y el principio dialógico de la JEP y asimilar dicha versión a la búsqueda de prueba para condena como ocurre en los procesos ordinarios. Sin embargo, la Corte Constitucional se declaró inhibida en este punto. Los magistrados Antonio Lizarazo y Alberto Rojas señalaron en su aclaración de voto que i) la confesión por sí misma no habilita el otorgamiento del tratamiento penal especial en la JEP, pues debe ser sometida a los procedimientos de contrastación probatoria definidos

en el marco jurídico de dicha jurisdicción, y que ii) la confesión tampoco constituye prueba suficiente para condenar en el procedimiento adversarial de la jurisdicción ordinaria.³⁰

En todo caso, la SRVRDH tendrá que ir decantando el valor restaurativo de la versión voluntaria y su rol en la construcción de verdad. Allí surgen diversas preguntas, habida cuenta de que se trata de macrocasos que involucran cientos o miles de hechos y personas. ¿Quiénes deben ser llamados en primer lugar y quiénes deben seguir? La experiencia de los tribunales penales internacionales demuestra la coexistencia de diversos modelos, algunos en los que se convocó inicialmente a personas de rango inferior para luego citar a los más altos mandos (casos de base), y otras experiencias a la inversa (casos de liderazgo), teniendo en cuenta, a su vez, las hipótesis de imputación, las restricciones que surgen de la disponibilidad de recursos y el límite temporal de juzgamiento.³¹ La ventaja que tenían los tribunales penales internacionales, a diferencia de la JEP, es que los perpetradores no determinantes o quienes no eran máximos responsables serían juzgados a través de otros mecanismos sancionatorios nacionales y locales (tribunales nacionales en la ex-Yugoslavia o en Ruanda, sumado a las cortes gacaca en este último país), que funcionarían de forma paralela.

En el caso de la JEP, estos procesos de convocatoria a versión voluntaria dependen de las estrategias, hipótesis y la disponibilidad de información asociada a cada caso, así como de los informes presentados. Igualmente, en la *Guía de priorización*, la SRVRDH precisó que, en forma preliminar, y como punto de partida, no adoptaba una noción de máximo responsable anclada en la jerarquía o rango que tuviera un determinado compareciente.³² La SRVRDH también tendrá que establecer si existe alguna diferencia relevante entre el lenguaje utilizado por el Marco Jurídico para la Paz (que habló de máximos responsables) y el diseño del Acuerdo Final que se concentró en la figura de “participación determinante”.

Ahora bien, ¿qué tipo de interrogatorio o cuestionario es el que procede efectuar en las versiones voluntarias si se trata de un escenario no adversarial?, ¿deben ser públicas o reservadas?, ¿deben participar las víctimas?, ¿en qué momento y cómo podrían ser colectivas? Si se hacen versiones en forma escrita, ¿qué desafíos surgen de cara a la construcción dialógica de la verdad? Todas

³⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-348 de 2019.

³¹ Sobre la experiencia del Tribunal de la ex-Yugoslavia en este punto, véase Carla del Ponte, “Investigation and Prosecution of Large-Scale Crimes at the International Level: The Experience of the ICTY”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 4, núm. 3, 2006, pp. 539-558. Véase, asimismo, Daniel Castellanos Guarín, *(De)velando pasados de violencia para futuros de esperanza: una aproximación crítica a las políticas de selección de casos en la JEP*, Tesis de maestría, Universidad de los Andes, 2019.

³² JEP - SRVRDH, *Criterios y metodología de priorización de casos y situaciones*, cit., n. 46.

estas preguntas han ido emergiendo al impulsar las casi 200 versiones que la SRVRDH ha desarrollado hasta el momento.

En el marco del Caso 03, denominado “Muertes ilegítimamente presentadas como bajas en combate”, las versiones voluntarias, si bien retoman casos individuales ya judicializados, también se han concentrado en muchos temas que no habían sido valorados por la jurisdicción ordinaria. Por ejemplo, la posibilidad de agrupar un universo de casos individuales para tratar de identificar diversas conexiones entre ellos. Esta forma de análisis fue muy marginal en la justicia ordinaria, pero en la JEP ha sido prevalente y ha permitido avanzar en importantes reconstrucciones de contexto.

Las versiones voluntarias, en un caso como el 03, han avanzado en relación con personas que han estado, en la mayoría de casos, inmersas en diversos procesos judiciales durante varios años. Esta es una importante diferencia con las versiones voluntarias del Caso 01 (sobre secuestro), dado que en dicho caso todos los comparecientes del antiguo Secretariado de las FARC y de su Estado Mayor no habían enfrentado en forma presencial proceso judicial alguno por los graves crímenes cometidos.

Un desafío importante en las versiones voluntarias y en la contrastación es hasta dónde deben ir las tareas de esclarecimiento. Es un hecho que, en versiones voluntarias, no podrán ser analizados todos los casos que cobijan a muchos de los comparecientes ¿Cómo proceder? ¿Sobre cuáles casos preguntar y sobre cuáles casos considerar que ya existió suficiente avance por parte de la jurisdicción ordinaria? ¿Qué tipo de diferencias en estrategias de priorización pueden estar relacionadas con estructuras criminales que han sido judicializadas exhaustivamente y aquellas donde la jurisdicción ordinaria no logró mayor avance? ¿Una persona puede ser versionada en un macrocaso por unos temas y hechos y en otro macrocaso por otros temas? ¿Es posible desarrollar varias *resoluciones de conclusiones* en relación con una sola persona?

El régimen probatorio también suscita importantes controversias. ¿Qué nivel de exhaustividad en la contrastación probatoria deberían tener los casos donde exista un alto nivel de reconocimiento? ¿Cuál sería la diferencia entre el nivel de exhaustividad probatoria que debería existir entre la Sala de Reconocimiento, la Unidad de Investigación y Acusación (UIA) y la Sección con Ausencia de Reconocimiento, es decir, qué diferencias podría llegar a tener el régimen probatorio en las etapas adversariales y en las no adversariales? Estas preguntas se hacen aún más complejas si se observa que la Sala de Reconocimiento tiene una vocación marcadamente restaurativa y con especial énfasis en el impulso de reconocimientos asociados a la voluntariedad de aquellos comparecientes que quieren aspirar a una sanción no carcelaria. La pregunta también se hace más compleja si se toman en cuenta los desafíos asociados a la gestión de un macrocaso y la producción de prueba dentro del mismo. En

efecto, todos los casos involucran cientos o miles de hechos, involucran cientos de víctimas y cientos de procesos judiciales. ¿Tiene sentido que en las fases no adversariales se desarrolle el formalismo propio de los procesos adversariales que impulsará el Tribunal para la Paz?

La SRSJ tendrá que definir algunos cierres propios del proceso de contratación, por ejemplo, a través de la emisión de escritos o documentos de determinación de hechos y conductas en los que se exponga lo que es considerado como probado por la Sala en el marco no adversarial. En ese camino surgirán preguntas adicionales: ¿puede proceder el rompimiento de unidad procesal en algunos casos? ¿Puede hacerse una remisión a la UIA en forma previa a la resolución de conclusiones?

Desafíos asociados a la participación de las víctimas en los procedimientos ante la Sala de Reconocimiento

El principio de centralidad de las víctimas es uno de los ejes del Acuerdo Final de Paz, el cual es la condición de posibilidad para su legitimidad y sostenibilidad. Por tal motivo, el alcance de la participación de las víctimas es uno de los temas más relevantes en toda la puesta en marcha de los procedimientos ante la JEP. Sin perjuicio de ello, en la literatura de justicia transicional existe un fuerte debate sobre cómo emerge el “poder de señalar”, las posibles diferencias o jerarquías entre grupos de víctimas, el debate sobre autenticidad en la voz o en la representación, entre muchas complejidades más.³³

Para la SRVRDH, un desafío especial surge respecto a la participación de las víctimas en el marco de los macrocasos. Teniendo en cuenta que en el Caso 01 ya son más de 1.000 las víctimas acreditadas y en el Caso 03 cerca de 500, ¿procede la participación de las víctimas en una forma similar a como opera en procesos judiciales individuales en la justicia ordinaria?, ¿qué diferencias podrían regularse?, ¿es una participación similar en todos los macrocasos o podrían justificarse diferencias atendiendo a la incomparabilidad entre estos?

Por lo pronto, la SRVRDH ha impulsado la participación de las víctimas en el diseño de las guías de informes y de priorización, a través de las audiencias en las que se escucharon a diversas organizaciones de víctimas. Posteriormente, luego de la apertura de macrocasos, ha iniciado procesos de acreditación de víctimas con algunas particularidades que explicaré a continuación. Cuando se acreditan, las víctimas pueden acceder al expediente, remitir preguntas o demandas de verdad para que sean solventadas en versiones voluntarias o momentos procesales posteriores; además, pueden participar en dichas versiones y presentar observaciones, sea por escrito o a través de audiencias previstas

³³ Kieran McEvoy y Kirsten McConnachie, “Victims and transitional justice: Voice, agency and blame”, *Social and Legal Studies*, núm. 23, 2013, pp. 489-513.

para tal fin.³⁴ Asimismo, se podrán presentar observaciones a la determinación de hechos y conductas desarrolladas por la SRSJ, a la resolución de conclusiones y participar en diversas formas en las propuestas de sanción propia y actividades con contenido restaurador o reparador. Los incidentes de verificación del cumplimiento de condiciones, asociados al régimen de condicionalidad, también involucrarán diversas formas de participación de las víctimas.

Al observar los desafíos de gestión de macrocasos, vale la pena señalar algunas de las particularidades de la acreditación. Hasta octubre de 2019, la SRVRDH ha acreditado, como se dijo, más de 1000 personas en el Caso 01 y cerca de 500 en el Caso 03. Al acreditarse, se puede participar con observaciones frente al macrocaso y no solamente en torno al caso individual. Esto es de la mayor importancia puesto que el nivel de determinación de hechos tiene la vocación de no estar asociado a casos individuales sino a patrones, a la conexión de diversos casos entre sí, y por ello la posibilidad de participar no está anclada en un interés directo conectado con un hecho concreto, sino en la inserción de la víctima dentro del patrón de macrovictimización. En el Caso 03 se han impulsado reuniones donde han participado cerca de ocho organizaciones de derechos humanos vinculadas al tema y más de 20 abogados adscritos a ellas. Cuando se ha tratado de acreditación de pueblos étnicos, se ha tenido en cuenta la pertinencia del diálogo interjurisdiccional correspondiente y por ello se han tenido varias reuniones de coordinación con las autoridades tradicionales para valorar el manejo del impacto diferenciado de la violencia contra estas comunidades.

Un debate importante que surgió en el primer año de versiones voluntarias se relaciona con la participación de las víctimas en estas. Durante los primeros 10 meses de desarrollo de versiones voluntarias no se previó esa participación y solo se permitió a través de preguntas asociadas a escritos que fueron remitidos en el Caso 03 para tal efecto o a demandas de verdad en casos concretos asociados al Caso 01.

Un recurso interpuesto por algunas organizaciones de víctimas generó un cambio en la visión de la SRVRDH sobre la participación de las víctimas en estas versiones. Me referiré a continuación a una aclaración de voto que hice en relación con dicha decisión, adoptada mediante Auto 080 el 28 de mayo de 2019. Si bien comparto la orientación general de la decisión, en tanto se defiende que la participación de las víctimas contribuye a mejores resultados restaurativos, estimé pertinente precisar con mayor detalle algunos de los desafíos que hacen más compleja dicha participación en una etapa tan preliminar como la asociada a las versiones voluntarias. Estos desafíos se entienden en el marco

³⁴ En el Caso 03 se realizó la primera audiencia de observaciones el 17 de octubre de 2019, con especial énfasis en escuchar el punto de vista de las madres de Soacha en relación con las versiones voluntarias que se han desarrollado hasta el momento sobre los llamados falsos positivos.

de los retos generales que involucra la materialización de la justicia restaurativa en un proceso de justicia transicional.

En el Auto 080, la SRVRDH identificó estos desafíos y se pronunció en torno a dos tipos de riesgos de esta participación: por un lado, las víctimas pueden verse afectadas por las afirmaciones que los responsables hagan sobre los hechos ocurridos y sobre sus familiares, y, por otro lado, una intervención de los abogados en la versión voluntaria que no se acomode a la naturaleza y los objetivos de la versión puede transformar el escenario en uno adversarial, y desdibujar su carácter, lo que provocaría que no se alcancen los objetivos planteados. Asimismo, planteé de vital importancia la consideración de la Sala de Reconocimiento en el Auto, en el sentido de que “la versión voluntaria no es el escenario ideal para llevar a cabo el primer ‘encuentro víctima- victimario’ y, por el contrario, sí es un espacio útil para medir y evaluar la disposición restaurativa de los comparecientes”.

En ese momento resalté en mi aclaración que uno de los grandes retos se encuentra en el riesgo de trasladar el enfoque monológico de la justicia ordinaria, donde las partes están exclusivamente focalizadas en su litigio, y los más afectados e involucrados en los hechos (víctimas y victimarios) pueden no encontrar un espacio para hablar entre sí.³⁵ Consideré entonces que abrir un escenario de posibles interacciones entre comparecientes y víctimas podría desdibujar los diálogos restaurativos que impulsa la JEP.

La SRVRDH analizó, en el Auto 080, los riesgos asociados a los encuentros víctima/victimario sin la debida preparación y los diversos problemas que en Justicia y Paz se presentaron en términos de revictimización. En mi aclaración de voto estimé pertinente profundizar en el principio de acción sin daño³⁶ porque, en mi opinión, constituye uno de los elementos centrales asociados a la práctica que en su momento desarrolló la Sala en el sentido de postergar la participación de las víctimas en el diálogo con los comparecientes hasta etapas procesales posteriores.

El enfoque de acción sin daño enfatiza la forma en que ciertas intervenciones, a pesar de sus buenas intenciones y finalidades sostenibles, pueden “exacerbar conflictos, generar dependencias, anular las capacidades de las personas”,³⁷ entre otros posibles daños. De este enfoque es relevante el rol del contexto, en la medida en que se asume que la intervención, aunque en ocasiones se pretende neutral, está determinada, en parte, por las condiciones en las que se desarrolla: los significados sociales, las historias personales, las

³⁵ Chris Cunneen y Carolyn Hoyle, *Debating Restorative Justice*, vol. 1, Oxford, Hart, 2010.

³⁶ Aura Patricia Bolívar Jaime y Olga del Pilar Vásquez Cruz, *Justicia transicional y acción sin daño: una reflexión desde el proceso de restitución de tierras*, Bogotá, Dejusticia, 2017.

³⁷ *Ibid.*, p. 20.

experiencias previas en justicia ordinaria, la percepción sobre el daño, entre otros factores del contexto.

Desde esta perspectiva, es necesaria una lectura cuidadosa de los contextos de la intervención para disipar riesgos de revictimización y de producción de nuevos daños. De allí la importancia de las formas asociadas a las medidas que adopte la JEP frente a estos desafíos, en particular, frente a la coherencia entre los principios y la implementación de las prácticas de justicia restaurativa; el análisis y la caracterización de los actores y las partes involucradas; sus respuestas frente a las medidas adoptadas por la Jurisdicción; los contenidos de dichas medidas; el equipo de profesionales escogido; el reconocimiento de los impactos diferenciales del proceso, entre otros elementos, que podrían contener cualquier riesgo de revictimización, de exacerbación de conflictos preexistentes o impacto negativo en las relaciones locales o dentro de comunidades.

En mi opinión, la forma en que se habían venido desarrollando los procesos judiciales en la justicia ordinaria es un elemento del contexto de especial relevancia para entender el diseño de las versiones voluntarias en la JEP. En relación con algunos de dichos procesos se alega (y ello es parte del debate probatorio en el Caso 03) la presunta utilización de cierto tipo de intimidaciones, amenazas, manipulaciones, dilaciones, entre otras actuaciones, que rompieron las relaciones de confianza entre las partes. En otros casos se alega que el desarrollo del proceso judicial ordinario fue manipulado o sesgado. Asimismo, muchas víctimas manifiestan ante la justicia transicional que jamás habían sido escuchadas en los procesos ordinarios respectivos y que solo ahora, a través de la presentación de informes ante la JEP o de observaciones a versiones voluntarias, empiezan a proyectar su voz sobre los hechos.

En este sentido, tal como enfatiza el Auto 080, se requiere un trabajo específico con la defensa de los comparecientes, que está llamada a entender estos procesos de manera diferente a como operaban en la justicia ordinaria, teniendo en cuenta la centralidad de los derechos de las víctimas, el rol del reconocimiento de los daños causados y la exigencia estricta de admitir la verdad plena, sin ambigüedades. Además, la justicia restaurativa exige un trabajo con la comunidad en forma paralela a estas versiones para que, en un momento posterior, tenga lugar la confluencia del trabajo con la víctima, el compareciente y comunidad. Impulsar este escenario de participación mancomunada y preverlo antes del desarrollo de la versión voluntaria constituye un reto especialmente complejo de abordar.

En este punto es fundamental el rol de la articulación de estos procesos restaurativos con diversas intervenciones con la comunidad, considerando los daños específicos cometidos contra las comunidades y los colectivos. Los procesos restaurativos están llamados a involucrar a tres actores: víctimas, victimarios y comunidades (estas últimas entendidas como aquellas afectadas o aquellas en

las que se insertan los procesos restaurativos). En este escenario, la comunidad no puede ser entendida como “el público” al que se exponen las acciones, ni tener una actitud pasiva en el diálogo, por el contrario, el diálogo restaurativo requiere intervenciones en varias vías, etapas y escenarios.³⁸

Todo lo anterior no constituye un enfoque en el que se descarte el conflicto ni la distancia, ni tampoco la tensión que pueda existir entre las víctimas y los comparecientes. Es probable que ello ocurra en diversos momentos del proceso, más aún, si se tiene en cuenta la especial gravedad de estos crímenes de competencia de la JEP. Sin embargo, la justicia restaurativa tiene, entre sus diversos objetivos, la adopción de medidas para reducir esas tensiones, particularmente, a través de estrategias y rutas en las que se puedan abrir escenarios de comunicación entre víctimas y victimarios.

Por todo ello, y dado que el contexto previo de la justicia ordinaria se desarrolló desde un enfoque eminentemente adversarial entre víctima y victimario, que pudo profundizar la desconfianza entre las partes, el enfoque de diálogo restaurativo que impulsa la JEP ha de asumir una serie de pasos orientados a la reconstrucción de la confianza entre las partes para que los nuevos procesos tengan una vocación restaurativa. Esto se logra a través de un espacio donde los comparecientes, por un lado, y las víctimas, por otro, en algunos momentos, en forma separada, desarrollen un proceso de involucramiento con el nuevo escenario de justicia.

Las medidas dispuestas por la SRVRDH, al final del Auto 080, procuran enfrentar estos desafíos y tienen en cuenta las tensiones existentes en este tipo de procesos. Dichas medidas ofrecen un lugar especial a la preparación de las víctimas y de las partes para que su intervención se enmarque en sus propias agendas restaurativas, otorgando especial valor a su autonomía y libertad. También, se tiene en cuenta una de las lecciones del proceso de Justicia y Paz, en el sentido de la pertinencia de un apoyo psicológico y jurídico antes, durante y después de las actuaciones judiciales respectivas y considerando las diversas expectativas de las víctimas. La Sala respetará el manejo que las víctimas estimen oportuno otorgar a esta participación, más aún si se tiene en cuenta que muchas de ellas acompañaron los procesos de justicia ordinaria durante varios años.

Lo que resalté en mi aclaración es que, en mi opinión, y desde un punto de vista asociado a un enfoque de justicia restaurativa, la práctica de la SRVRDH de no haber permitido hasta el momento la participación de las víctimas en las versiones voluntarias tenía como objetivo garantizar que los diálogos entre víctimas, representantes de víctimas, comparecientes y comunidad estuvieran

³⁸ Sobre este rol de la comunidad, véase Fernanda Rosenblatt, *The role of community in Restorative Justice*, London, Routledge, 2015.

antecedidos por unas condiciones y unos procesos específicos que resulta difícil garantizar en forma previa a las versiones voluntarias.

Como se observa, el hecho de intentar evitar que el compareciente enfrente un careo que pueda llegar a afectar su inserción en el nuevo sistema de justicia y su compromiso con la verdad plena tiene una explicación. Y, por su parte, también se explica que las víctimas no tengan que interactuar con un compareciente que pueda no tener mayor interés en contribuir con la verdad y que, por el contrario, esté con una vocación de desconocer lo ya avanzado rigurosamente en la jurisdicción ordinaria, lo que en definitiva puede plantear un escenario de revictimización.

Habida cuenta de lo anterior, las versiones voluntarias pueden también funcionar como un filtro para diferenciar entre quienes genuinamente quieren contribuir con verdad plena y quienes no, para que la interacción con las víctimas esté focalizada en quienes tienen clara vocación restaurativa. Este aspecto es aún más relevante si se tiene en cuenta que en el procedimiento adversarial existirán nuevas etapas de intervención de las víctimas, luego del envío de los casos a la UIA.

El cambio que surge con la decisión de la SRVRDH en el Auto 080 es que ese trabajo previo y, en particular, esa perspectiva de la versión voluntaria, como escenario de identificación de actores con vocación restaurativa de sus víctimas, tienen ahora que comenzar antes de la versión voluntaria y ello genera desafíos y complejidades que será necesario atender progresivamente. No se trata, insisto, de una postura paternalista respecto a las víctimas, sino de una discusión sobre el principio de acción sin daño y las condiciones que hacen posible los diálogos restaurativos.

Por otra parte, en mi aclaración consideré otro riesgo asociado a vaciar de contenido o problematizar etapas procesales posteriores con diversos componentes restaurativos. Los objetivos de contribuir a la verdad y de construir restauración no se cumplen en un solo momento, sino en varias etapas escalonadas, donde se avanza, paulatinamente, hacia momentos más profundos de interacción víctima-compareciente. Desde un punto de vista de justicia restaurativa, ninguna de estas etapas debe analizarse en forma autónoma, sino interconectada con las demás.

La diferenciación entre etapas es una concreción del principio dialógico, el cual tiene como punto de partida la voluntariedad de las partes, la igualdad de condiciones de voz y escucha para los diferentes actores participantes, dentro de un proceso de restauración del tejido social. Se procura entonces invertir, subsanar o reducir las posibles asimetrías de poder que pudieron existir, tanto en el momento de la victimización y comisión de los crímenes como en el desarrollo de las investigaciones subsiguientes. Para ello es necesario establecer momentos y escenarios diferenciados de acción, al igual que lógicas diferentes de participación según la etapa procesal.

De esta manera, tiene sentido que el principio dialógico se exprese en la construcción progresiva de escenarios de interlocución directa entre víctimas y comparecientes, de forma paulatina, comenzando en algunos casos con un mínimo nivel de interacción para luego pasar a una etapa posterior de mayor diálogo. Ello adquiere especial relevancia si se tienen en cuenta las narrativas con las cuales los comparecientes desarrollan su contribución con la verdad plena. En experiencias anteriores, como la del proceso de Justicia y Paz, surgieron varios debates entre quienes consideraban que era necesario descalificar en ese primer momento cualquier narrativa despectiva sobre los hechos y las responsabilidades, frente a posturas que defendían que los postulados desarrollaran su narración con total libertad, incluso involucrando discursos revictimizantes y reivindicativos de la violencia ejercida.³⁹ No estimé oportuno zanjar en mi aclaración de voto este debate, pero sí es relevante resaltar que la JEP tiene que trabajar con esas narrativas y discursos interiorizados por los comparecientes, que explican las atrocidades cometidas. La versión voluntaria es un momento preliminar para escuchar, en su forma más sincera, esa primera versión de la narrativa del compareciente y, en momentos procesales posteriores, se puede prever un encuentro con las víctimas cuando ya se haya hecho un trabajo restaurativo con esos discursos. La decisión de la SRVRDH exige un trabajo más oportuno en esta materia de forma previa a la versión voluntaria y durante el traslado de dichas versiones.

Este manejo de las narrativas de los comparecientes y de las víctimas es fundamental en los procesos dialógicos de la justicia restaurativa, que están llamados a ser dinámicos y relacionales. Por esto, se proyectan sobre la posibilidad de que cada una de las partes pueda ir modificando sus narrativas como respuesta a las de los otros. Así pues, en el diálogo restaurativo no se persigue una verdad inequívoca que triunfa sobre las demás, sino que se busca armonizar un proceso dialéctico que requiere una síntesis de las narrativas en conflicto.⁴⁰ La justicia restaurativa tiende a centrarse “en las consecuencias del crimen para la víctima” y en la posibilidad que dan de “encontrar caminos significativos para la responsabilización del infractor”,⁴¹ para lo cual la construcción dialéctica y la proyección de perspectivas narrativas comunes, estructuradas a partir del acercamiento gradual entre víctima y victimario, son piezas necesarias.

³⁹ Algunas referencias generales sobre estas narrativas pueden verse en algunos de los informes del Centro Internacional de Toledo para la Paz, CIT Pax. Véase, entre otros, Observatorio Internacional DDR - Ley de Justicia y Paz, *Segundo informe*, Madrid, Centro Internacional de Toledo para la paz, CITpax, 2009. Disponible en: http://www.toledopax.org/sites/default/files/CITpax_Segundo_Informe_Observatorio_DDR_Ley_Justicia_y_Paz_Colombia_noviembre_2009.pdf

⁴⁰ Cunneen, *op. cit.*

⁴¹ Fernanda Rosenblatt, “Em busca das respatas perdidas: uma perspectiva crítica sobre a justiça restaurativa”, *Criminologias e Políticas Criminais II*, 2014, p. 15.

Por lo pronto, se requerirán medidas para evitar que una colaboración temprana de las víctimas impacte negativamente en escenarios de participación posteriores, donde se buscará otorgar centralidad a la voz de las víctimas, a través de una audiencia u otros modelos de observaciones a versiones voluntarias, las cuales intentarán un equilibrio entre las observaciones técnico-jurídicas y procesales, propias de las organizaciones representantes de las víctimas, y las consideraciones atadas su la experiencia vivencial, que tienen potenciales de interpelación a los comparecientes, y a la sociedad, centrales en la consecución de fines restaurativos.

En todo caso, el principal problema futuro podría estar asociado al deseo de no participar en los mecanismos de justicia transicional, cuya vocación no está dirigida a obligar a las víctimas a participar. Sin embargo, la no participación de algunos grupos de víctimas complejiza la gestión judicial de algunos casos, pues limita el potencial restaurativo de algunas intervenciones o puede debilitar probatoriamente ciertos escenarios de atribución de responsabilidad.⁴²

Desafíos asociados al reconocimiento de responsabilidad

La justicia restaurativa está llamada a constituir el eje de trabajo de la SRVRDH y en general de la JEP. En este apartado analizo solo un segmento de la discusión sobre el enfoque restaurativo,⁴³ particularmente el asociado a producción académica reciente sobre acciones de disculpas, peticiones de perdón, reconocimientos de responsabilidad y acciones de remordimiento. Autores como Kieran MacEvoy vienen desarrollando una tipología en torno a estos actos de reconocimiento, sus alcances y límites, y otra literatura resalta que si estas disculpas o reconocimientos no se hacen de manera adecuada, transformando las narrativas en disputa, es posible que surja un mal uso de las mismas, acciones de revictimización o una limitación de su potencial transformador.⁴⁴ De hecho, Fabián Salvioli, Relator de las Naciones Unidas en materia de justicia transicional prepara un informe en esta materia. Por su parte, autores como Leigh Payne han analizado de manera comparada y desde los estudios dramaturgicos y otro tipo de herramientas analíticas, las confesiones de diversos victimarios que en

⁴² Sobre el sentido e impacto de la no participación de víctimas en procesos de justicia transicional, véase Julie Bernath, "Political violence as a time that is past? Engaging with non-participation in transitional justice in Cambodia", *Social and Legal Studies*, vol. 28, núm. 5, 2019.

⁴³ Para un desarrollo más amplio, véase Óscar Parra Vera y Nelson Camilo Sánchez, *Elementos para una justicia de paz restaurativa*, Bogotá, Universidad Santo Tomás, 2017.

⁴⁴ Véase el proyecto liderado por McEvoy, "Apologies, Abuses and Dealing with the Past: A Socio-Legal Analysis", Queen's University Belfast. Disponible en: <https://pure.qub.ac.uk/en/projects/apologies-abuses-and-dealing-with-the-past-a-socio-legal-analysis>. Véase, asimismo, Joram Tarusarira, "The anatomy of apology and forgiveness: Towards transformative apology and forgiveness", *International Journal of Transitional Justice*, vol. 13, núm. 2, 2019.

ocasiones tienen un efecto perturbador en algunas sociedades.⁴⁵ En esta discusión el punto de vista criminológico tiene un rol, particularmente las llamadas “técnicas de neutralización”, es decir, las formas de racionalización que suelen acompañar estas confesiones cuando los victimarios defienden diversas maneras de justificación que explican la atrocidad.⁴⁶

A continuación, dialogando con algunos ejemplos de esta literatura, indicaré ciertos elementos de discusión respecto a los desafíos que enfrenta la SRVRDH para valorar reconocimientos de responsabilidad.

Al respecto, algunas de las preguntas centrales son: ¿en qué sentido se debe entender completo o integral un reconocimiento? ¿Qué hacer si un reconocimiento es parcial y, aunque incompleto, resulta relevante para las víctimas? ¿Cómo deben ser los procesos a través de los cuales las víctimas valoren dichos reconocimientos? ¿Qué rol y manejo deben tener el arrepentimiento, el lenguaje/la narrativa que se utiliza en los reconocimientos y en las peticiones de perdón? ¿En qué momentos los reconocimientos podrían ser individuales, cuándo podrían ser colectivos, en qué forma públicos y cuándo privados? En este punto algunos autores vienen distinguiendo entre reconocimiento de responsabilidad, *remorse* (remordimiento) y arrepentimiento.

En esta materia ha surgido un aporte significativo con el análisis de la salida en libertad de muchas de las personas que habían sido condenadas por el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (TPIY), dado que muchas de ellas manifestaron poco nivel de arrepentimiento frente a las atrocidades cometidas. Un artículo reciente⁴⁷ analiza cómo reflexionaron los convictos del TPIY sobre sus crímenes pasados durante los procedimientos de libertad anticipada y cómo afectó esto la toma de decisiones del presidente del TPIY sobre su nivel de rehabilitación y liberación anticipada. De las 53 personas que fueron puestas en libertad anticipadamente en el TPIY, 36 % fueron consideradas suficientemente rehabilitadas y una parte de su condena indultada sin ninguna información sobre su punto de vista sobre los delitos por los que habían sido condenadas, quizás por un énfasis, entre otros factores, en el comportamiento que se había tenido en prisión. Solo el 19 % de los prisioneros liberados de manera temprana reconocieron su responsabilidad personal y expresaron su arrepentimiento por los crímenes que cometieron. Otros negaron, solo aceptaron

⁴⁵ Leigh Payne, *Testimonios perturbadores: ni verdad ni reconciliación en las confesiones de violencia de estado*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2009.

⁴⁶ La teoría, desarrollada por Gresham Sykes y David Matza, incluye i) exclusión de la propia responsabilidad (la persona arrastrada por las circunstancias), ii) negación de la ilicitud, iii) negación de la víctima, iv) condena de aquellos que condenan, v) remisión a instancias superiores (Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, México, Siglo XXI, 1984).

⁴⁷ Barbora Hola, Joris van Wijk, Francesca Constantini, Armi Korhonen, “Does Remorse Count? ICTY Convicts’ Reflections on Their Crimes in Early Release Decisions”, *International Criminal Justice Review*, vol. 28, núm. 4, 2018, pp. 349-371.

parcialmente la responsabilidad o mostraron arrepentimiento a nivel general, lo que, sin embargo, no impidió su liberación anticipada. El artículo argumenta que esta práctica fortuita pone en tela de juicio el legado del TPIY con respecto a su objetivo de rehabilitación del delincuente y sus posibles efectos sobre la reconciliación en la ex-Yugoslavia, particularmente porque no desarrolló una conceptualización clara y consistente sobre lo que implica la rehabilitación de los autores de crímenes internacionales y cómo evaluarla. En este sentido, los autores intentan abordar la dificultad de concebir una verdadera reconciliación social si los perpetradores continúan negando cualquier responsabilidad, justifican los crímenes pasados y no se arrepienten. Sin embargo, desde otro punto de vista, se ha señalado de forma crítica que la concesión de beneficios jurídicos no podría estar atada a una exigencia de “carácter moral”, como por ejemplo, el arrepentimiento.

Conceptualmente, el artículo distingue entre dos tipos de reflexión de los convictos: el reconocimiento de responsabilidad (cognitivo) y el arrepentimiento (emocional). A su vez, estos dos tipos pueden darse en dos niveles: el general y el personal.

El *reconocimiento* de responsabilidad, por un lado, corresponde a un proceso cognitivo y no necesariamente emocional de reflexión sobre los crímenes pasados, reconociendo que un hecho criminal tuvo lugar, incluso en los términos en los que los registros judiciales lo estipulan.⁴⁸ El reconocimiento suele relacionarse con la posibilidad de una *rehabilitación* efectiva del victimario, o al menos como una precondition para empezar un proceso de rehabilitación de su parte. Los autores sitúan conceptualmente la rehabilitación en el terreno de la reintegración social, o más precisamente, en la posibilidad de comportarse y funcionar de una manera aceptable tanto para el victimario como para la sociedad. Sin embargo, situaciones de aguda división social aun en posconflicto, como en el caso de la ex-Yugoslavia, pueden implicar que ciertas fracciones de la sociedad aun apoyen ideológicamente el uso de la violencia y la comisión de ciertos crímenes, por lo cual resultaría incluso beneficioso para la rehabilitación del convicto una ausencia de reconocimiento.

Los autores sostienen que si bien el *reconocimiento* es un punto de partida importante para la reconciliación, no es suficiente con ello. El *arrepentimiento*, por su parte, plantea otro tipo de reflexión puesta en términos del plano emocional y la construcción de empatía con la víctima. Más precisamente, corresponde a una emoción angustiante de la cual deriva el deseo de que el acto cometido nunca hubiese ocurrido.⁴⁹ El artículo analiza las posibilidades de demostrar

⁴⁸ Jayson Ware y Ruth Mann, “How should ‘acceptance of responsibility’ be addressed in sexual offending treatment programs?”, *Aggression and Violent Behavior*, núm. 17, 2012, pp. 279-288.

⁴⁹ Michael Proeve y Steven Tudor, *Remorse: Psychological and jurisprudential perspectives*, Burlington, Ashgate, 2010, p. 61.

empíricamente cómo el arrepentimiento contribuye a la reconciliación o a la no reincidencia; sin embargo, existe debate en este punto sobre el mecanismo para medir tales resultados. Incluso, se discute acerca de la posibilidad de evaluar en qué casos hay genuino arrepentimiento por parte de los perpetradores (contra cualquier uso estratégico y calculado de un anuncio de arrepentimiento).

Por su parte, Camila de Gamboa y Wilson Herrera vienen consolidando una línea de investigación sobre lo que significan las disculpas políticas y su propósito en la justicia transnacional, con especial énfasis en alguna de sus características para que no resulten revictimizantes. De Gamboa y Herrera toman como punto de partida un concepto de “reparación moral” como proceso en donde se trasciende de una situación de pérdida y daño a un escenario en el que se alcanza cierto grado de estabilidad en las relaciones morales. Este proceso, aunque es difícil de instaurar en los casos de graves violaciones de los derechos humanos, requiere que el ofendido y el ofensor hagan grandes esfuerzos o concesiones. Por un lado, la víctima debe soportar el dolor de una gran pérdida y, por otro, el victimario debe volverse vulnerable, pues está aceptando su responsabilidad. Este proceso siempre está acompañado de diferentes grupos políticos o personas con un rol determinante en cómo se debe responder a la ofensa ocurrida.

De Gamboa y Herrera exponen que, dada la importancia de los procesos de reparación moral, estos no deben depender, exclusivamente, de la voluntad del victimario, pues si este no tiene intención de reconocer su responsabilidad se puede generar revictimización. Asimismo, la existencia de una comunidad que repudie la ofensa y garantice la presencia de instituciones que funcionen correctamente puede contribuir “a que la víctima gane un nuevo sentido de respeto”, en términos de lo que viene planteando Margaret Urban Walker.

Se entiende por disculpas políticas aquellas que “pueda[n] contribuir a instaurar o restaurar una relación moral en un contexto de violencia política”. Para De Gamboa y Herrera, en la caracterización de las disculpas políticas es importante tomar en cuenta los siguientes factores:

- ¿Quiénes son los sujetos que hacen parte de la disculpa? En algunas oportunidades, las disculpas no son ofrecidas por quienes directamente cometieron los hechos, sino por instituciones públicas o privadas, grupos de individuos que actúan organizadamente, para ofrecerlas a través de un portavoz.

- ¿A quién se le ofrece la disculpa política? A las víctimas directas o a los sobrevivientes más cercanos o a grupos humanos que no son descendientes de las víctimas, pero que representan a estos individuos.

- ¿Qué tipo de responsabilidad se reconoce con una disculpa pública? La disculpa política constituye solo un aspecto de la reparación moral. En ese sentido, exponen que los dos aspectos centrales de la disculpa pública son:

- “La admisión de responsabilidad por ofensa y el reproche ante la ofensa y su disociación de este tipo de comportamientos”.

- “La disculpa política tiene un contenido simbólico particular en donde el uso de las acciones futuras del ofensor es esencial para evaluar el grado de sinceridad y compromiso”.

Es relevante señalar que toda disculpa política o reconocimiento de responsabilidad, para adquirir niveles de legitimidad y proporcionalidad frente a los daños cometidos, siempre debe ir acompañada de un conjunto de medidas como las garantías de no repetición y otro tipo de medidas de reparación de los daños. Asimismo, los autores resaltan:

... más que la exigencia de la disculpa, lo esencial es la exposición o narrativa que se ofrece para responder ante la ofensa, y, en ese sentido, el contenido mismo de la disculpa si es potestativo de los ofensores y depende así mismo de que en especial las víctimas, pero también la comunidad la consideren moralmente aceptable.⁵⁰

El gran reto de la SRVRDH en 2020 consiste en iniciar con sus primeras audiencias de reconocimiento de responsabilidad y, al desarrollarlas, enfrentar adecuadamente los desafíos asociados a este tipo de reconocimientos. Del desenvolvimiento apropiado de estas audiencias depende en parte la consolidación de un camino legítimo para la imposición de sanciones propias en las etapas procesales subsiguientes. La SRVRDH tiene que recibir propuestas de los comparecientes y de las víctimas respecto a las sanciones propias que correspondan a los delitos cometidos y ello genera nuevos desafíos sobre la implementación que tendrán dichas sanciones.⁵¹

Desafíos asociados al régimen de condicionalidad en la Sala de Reconocimiento, particularmente respecto a los incidentes de verificación de cumplimiento de las condiciones

La SRVRDH ha impulsado varios incidentes de verificación del cumplimiento de las condiciones con el SIVJRNR respecto a varios miembros de la antigua guerrilla de las FARC.⁵² En este punto cabe resaltar que algunos comparecientes

⁵⁰ Según De Gamboa y Herrera, el sincero arrepentimiento tiene tres componentes: i) el ofensor debe admitir ante su víctima que cometió un acto terrible y que se siente afligido por el daño causado, ii) el ofensor debe prometer que no volverá a cometer ningún tipo de acción que genere daño al ofendido ni a nuevas víctimas, y iii) en ofensas más graves o de mayor violencia el ofensor debe demostrar alejarse de todo este tipo de conductas.

⁵¹ Un análisis preliminar de los retos para las sanciones propias puede verse en Luke Moffett, Cheryl Lawther, Kieran McEvoy, Clara Sandoval y Peter Dixon, *Alternative Sanctions before the Special Jurisdiction for Peace: Reflections on International Law and Transitional Justice*, Queen's University Belfast y University of Essex, 2019.

⁵² Hernán Velásquez Saldarriaga, Iván Márquez Marín, José Manuel Sierra Sabogal, Henry Castellanos Garzón, Seuxis Hernández Solarte, José Vicente Lesmes, Leonardo Cabezas y Leyder Johany Noscué Bototo.

se convirtieron en desertores armados manifiestos del proceso de paz y ello generó su exclusión del componente judicial del Sistema Integral. Sin perjuicio de ello, surgen algunas dudas en escenarios donde no existe prueba suficiente respecto de algunos niveles de gravedad en el incumplimiento. Si no procede la expulsión, ¿cómo graduar las sanciones respectivas? La primera de las decisiones adoptadas por la SRVRDH propuso una metodología para entender los principios de gradualidad y proporcionalidad en las sanciones por incumplimiento, señalando que mientras mayor sea la gravedad del incumplimiento y la cantidad de los beneficios de que goza el compareciente, y menor la justificación del incumplimiento de las condiciones, mayor debe ser la consecuencia o sanción respecto de los beneficios.⁵³

Un aspecto importante de la primera decisión de la SRVRDH sobre el tema fue precisar en qué forma el contexto de violencia contra desmovilizados tenía que ser valorado de cara a las obligaciones de los comparecientes respecto a la JEP. Frente a la justificación del incumplimiento asociada a sobrevuelos de aeronaves y otros posibles antecedentes que habrían generado temor a alias el Paisa, la Sala desestimó esta excusa por dos razones: porque el compareciente contaba con diferentes recursos para enfrentar dicho temor y no se probó que su situación de seguridad física o legal fuera distinta y más delicada que la de otros miembros del antiguo estado mayor de las FARC (quienes ya han comparecido y contribuido a la JEP). Por esta razón, la SRVRDH concluía que la alternativa no era volver a la clandestinidad y desvincularse de sus compromisos. Si bien la Sala de Reconocimiento encontró que había circunstancias objetivas que pudieron generar el miedo, este no era insuperable y, por tanto, solo es un atenuante de su responsabilidad, mas no justificación del incumplimiento.

De otro lado, un desafío estaba relacionado con el alcance de las decisiones sancionatorias. ¿Si no existe aún un escenario de determinación de hechos y conductas, y el compareciente apareciera, puede decirse que se pierde toda oportunidad de sanción propia? Estos son temas que probablemente tengan que ser valorados en el futuro en el marco de nuevos debates sobre incumplimientos.

Desafíos asociados a las medidas cautelares respecto a los archivos del extinto DAS y otras medidas cautelares sobre archivos

Mediante Auto 73 de 26 de octubre de 2018, la SRVRDH decidió proteger con medidas cautelares los archivos de inteligencia, contrainteligencia y gastos reservados del extinto Departamento Administrativo de Seguridad (DAS). La SRVRDH valoró la importancia de la preservación de los archivos

⁵³ JEP - SRVRDH, Auto 61 de 26 de abril de 2019, primera decisión de un incidente de verificación del cumplimiento de condiciones.

que contienen información sobre graves violaciones de los derechos humanos frente a la garantía de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición. Igualmente, tuvo en cuenta experiencias históricas comparadas sobre el manejo de archivos de inteligencia en países como Alemania Oriental, México, Sudáfrica, Guatemala, entre otros, así como instrumentos internacionales relativos al derecho a la verdad, la lucha contra la impunidad y las normas técnicas en materia archivística para la preservación de la memoria en sociedades en transición.

En relación con la situación actual de los archivos, la SRVRDH de la JEP consideró los procesos judiciales que han sido abiertos contra funcionarios de esta entidad extinta, las denuncias presentadas tanto por víctimas como por organizaciones de la sociedad civil referidas a la presunta destrucción de material, entre otros aspectos, que le permitieron a la Sala aplicar, en este caso, una noción amplia del riesgo, en virtud de la cual era necesario mantener las medidas cautelares con un carácter preventivo, recabar información para establecer con certeza la actualidad del riesgo y, finalmente, adoptar las acciones concretas que resulten pertinentes. Uno de los apartes del Auto 73 de 2018 deja constancia de que uno de los riesgos más prominentes en estos momentos está asociado a la falta de claridad sobre el tipo de gestión documental que se desarrolla en torno al material contenido en los archivos, lo cual esperamos abordar en este espacio.

En el marco de la implementación de dichas medidas, en enero de 2019, la SRVRDH instaló la Mesa Técnica para verificar las condiciones de preservación y acceso a los mencionados archivos. La Sala impulsó este escenario como un espacio de generación de confianza y de diálogo entre las víctimas del conflicto armado, las organizaciones de la sociedad civil, los expertos en temas archivísticos y las entidades del Estado colombiano a las que les ha sido encomendada la preservación de estos importantes documentos. La Mesa Técnica ha permitido conocer las diferentes visiones de las organizaciones de la sociedad civil y entidades sobre el manejo, la preservación y el acceso a los mencionados archivos.⁵⁴ Asimismo, la Mesa Técnica permitió visibilizar las medidas de seguridad que actualmente se vienen adelantando para garantizar la conservación de estos documentos, los procedimientos para acceder a ellos, los retos o desafíos

⁵⁴ Comparecieron a la audiencia que inauguraba la Mesa Técnica: Archivo General de la Nación, Dirección Nacional de Inteligencia, Ministerio de Defensa Nacional, Procuraduría General de la Nación, Fiscalía General de la Nación, Centro Nacional de Memoria Histórica, Ministerio de Justicia y del Derecho, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas, Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición, representantes de las organizaciones de la sociedad civil (Comisión Colombiana de Juristas, Colectivo de Abogados “José Alvear Restrepo”, Fundación Ideas para la Paz, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad).

que deben abordarse en materia logística o técnica y los cursos de acción que debemos seguir para superar finalmente estas dificultades.

Se espera que la Mesa Técnica suministre insumos importantes que permitan identificar las medidas que deberán implementarse para preservar en su integridad los archivos, garantizando que no se apliquen restricciones para su acceso y consulta adicionales a las previstas legalmente. Esta labor requiere tener claridad sobre el estado actual de los archivos, de los medios de soporte, el nivel de conservación, la organización, entre otros que sean pertinentes de acuerdo con criterios archivísticos. Igualmente, determinar los procedimientos aplicados sobre estos documentos desde el inicio del proceso de supresión del extinto DAS y hasta la fecha; conocer los protocolos empleados actualmente para garantizar la conservación, la seguridad y el acceso; e identificar y clasificar los riesgos actuales que subsistan, entre otros aspectos.

Aunque aún se deben esperar los resultados derivados de dicha instancia, lo cierto es que lo impulsado por la SRVRDH hasta ahora tiene un especial valor para la democracia colombiana: generar un procedimiento público y dialógico de discusión sobre estos archivos del DAS, cuyo manejo venía desarrollándose en un ámbito técnico en el que la sociedad civil había participado de forma muy limitada.

La SRVRDH también ha emitido medidas cautelares preventivas sobre los archivos de operaciones e inteligencia de la Décima Sexta Brigada del Ejército Nacional y sus unidades tácticas en el periodo 2005-2008. Un importante precedente fijado en esta decisión fue considerar que la documentación contenida en los archivos de dicha brigada corresponde a derechos humanos. La Sala consideró que se entiende que en estos archivos reposa información de distinta naturaleza y esto no implica afirmar que en su integridad la documentación haga referencia a violaciones de los derechos humanos, sino que esta es de alta relevancia para eventualmente documentar lo acaecido en el conflicto armado y, en algunos casos, podría servir para esclarecer graves violaciones de los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario. Por lo tanto, estos deben ser objeto del tratamiento establecido en la normatividad vigente para los “archivos de derechos humanos” y de acuerdo con los lineamientos en materia de gestión documental determinados por el Archivo General de la Nación.

Las medidas cautelares se concentraron en ordenar la suspensión de cualquier proceso de eliminación y depuración documental y la documentación de cualquier ejercicio de transferencia. Además, y hasta tanto la SRVRDH levante las medidas cautelares, se exigieron informes sobre los avances en el proceso de gestión documental sobre los archivos, las medidas adoptadas para su adecuada conservación, las personas que han tenido acceso a estos archivos, las consultas que se han elevado y la transferencia documental que

se haya realizado para ese periodo. Esta decisión tiene relación con las actividades de indagación y rendición de cuentas respecto a muertes ilegítimamente presentadas como bajas en combate en dicha unidad militar y responde a una solicitud de una organización que representa a varias víctimas en dicho caso.⁵⁵

Como se observa, la SRVRDH viene abriendo nuevos rumbos de análisis en un tema tan decisivo para el derecho a la verdad como lo es la salvaguarda de archivos de derechos humanos que pudieran estar asociados a los crímenes más graves y representativos del conflicto armado.

Desafíos de la articulación de la Sala de Reconocimiento con la Comisión de Esclarecimiento de la Verdad

La existencia de un Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición conformado por mecanismos judiciales y extrajudiciales presupone el reconocimiento de los límites del proceso judicial penal para materializar todos los desafíos que impone un proceso de justicia transicional.

Ahora bien, es procedente la discusión sobre distribución de tareas entre la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición (CEVCNR) y la Sala de Reconocimiento de la JEP. Algunas organizaciones han entregado sus informes al Sistema Integral, tanto a la JEP como a la CEV y a la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto (UBPD). Asimismo, la SRVRDH ha coordinado con la CEVCNR y la UBPD para recibir conjuntamente informes mixtos o para permitir un acceso pleno a los informes y demás información relevante para dichos órganos. Además, en cada caso de la Sala de Reconocimiento se han iniciado rutas de articulación con la CEVCNR y la UBPD, por ejemplo, a través de la recepción conjunta de informes mixtos (orales/escritos) y otras actividades que se desarrollan simultáneamente.

Cabe resaltar que la CEVCNR cuenta con una competencia más amplia que la de la JEP respecto a competencia personal. Por ejemplo, será muy limitado lo que pueda hacer la Jurisdicción respecto al número de paramilitares que pudieran ser admitidos excepcionalmente en el marco del test de la verdad establecido por la Sección de Apelación⁵⁶ o frente a los terceros que voluntariamente no se sometan a la JEP, razón por la cual el trabajo de la CEVCNR será crucial para un mayor nivel de valoración analítica de las violencias sociopolíticas cometidas en Colombia por todos los actores armados.

Estas limitaciones de la competencia personal de la JEP han generado que algunas organizaciones entreguen en forma separada casos específicos para la JEP, diferenciándolos de los que serían para la CEVCNR. De otro lado, una

⁵⁵ JEP - SRVRDH, Auto 215 de 2019.

⁵⁶ JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 199 de 2019.

pregunta que ha surgido es sobre las diferencias que podría tener el enfoque territorial en la CEVCNR y en la JEP. Asimismo, cómo podría operar la sincronización entre las prioritizaciones hechas por la SRVRDH y la CEVCNR durante los tres años que funcionará este último organismo.

Algunos debates en la materia son los siguientes: si ante la SRVRDH procede efectuar los reconocimientos de verdad, ¿qué diferencias existirían entre el reconocimiento ante la JEP y ante la CEVCNR? ¿Pueden ser convergentes? ¿Qué tanto podrían articularse los mecanismos judiciales y extrajudiciales en procedimientos específicos? ¿Cómo proceder si se determina que lo que se diga en la CEVCNR resulta muy diferente a la contribución con verdad en la JEP? Por lo pronto se ha impulsado que la Sala de Reconocimiento constituya un foro de exigencia vía judicial ante cualquier negligencia en la contribución de verdad en los mecanismos extrajudiciales.

Consideraciones finales

En 2018, Diane Orentlicher⁵⁷ publicó uno de los trabajos más sistemáticos sobre los 25 años de funcionamiento del Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para la ex-Yugoslavia. Esta obra, así como algunas que han surgido para analizar el cierre de dicho Tribunal, evidencian que una evaluación detallada de las potencialidades y los límites de este tipo de órganos de justicia solo puede efectuarse cuando se les analiza de comienzo a fin, con todas sus vicisitudes, aciertos, errores, potencialidades y límites, que fueron objeto de diversos momentos de rendición de cuentas en diferentes etapas de su funcionamiento.

En similar sentido, considero que el trabajo de la SRVRDH tendrá que ser valorado a plenitud una vez cierre la labor de priorización y selección que le fue encomendada. Por lo pronto, en este primer año y medio de funcionamiento es posible ver que los diversos desafíos que se han analizado en este escrito se han afrontado a la luz de estrategias con alto valor *experimentalista* en términos judiciales.⁵⁸

En los distintos casos priorizados y sus decisiones en incidentes y en algunas medidas cautelares, en mi opinión, la SRVRDH ha explorado/experimentado con diversas potencialidades del sistema diseñado por el Acuerdo Final.

⁵⁷ Diane Orentlicher, *Some Kind of Justice. The ICTY's Impact in Bosnia and Serbia*, Oxford, Oxford University Press, 2018.

⁵⁸ Por falta de espacio no profundizo en detalle esta idea, que espero desarrollar en el momento de valorar los diferentes tipos de resoluciones de conclusiones que surgirán de los siete macrocasos priorizados por la SRVRDH. Por lo pronto, como referencias del experimentalismo judicial, véase Charles F. Sabel y William H. Simon, "Destabilization rights: How public law litigation succeeds", *Harvard Law Review*, núm. 117, 2004, pp. 1015-1091; Michael C. Dorf y Charles F. Sabel, "A constitution of democratic experimentalism", *Columbia Law Review*, vol. 98, núm. 2, 1998, pp. 267-473; y César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco, *Cortes y cambio social*, Bogotá, Dejusticia, 2010.

El impacto de las decisiones emitidas determinará los posibles ajustes que a futuro corresponda para consolidar el mejor escenario a fin de garantizar la centralidad de los derechos de las víctimas. El diseño de informes mixtos, audiencias de observaciones de las víctimas, mesas técnicas abiertas para la discusión sobre medidas acerca de archivos, entre otras, tienen esa vocación de explorar posibilidades para la mayor rendición de cuentas posible y para el reconocimiento de la dignidad de las víctimas, sus narrativas, su voz. Incluso, la entrega de informes ante la JEP se ha convertido en una experiencia de especial valor para las víctimas, tanto en el proceso a partir del cual se construyen como en el momento público de interacción con la justicia para allegar estas demandas de acceso a la justicia ante la JEP.

A través de decisiones rigurosas en los macrocasos, la SRVRDH debe consolidar la construcción de confianza y legitimidad en la JEP. Esta Sala tendrá que seguir enfrentando los desafíos analizados en este artículo, en el marco de los diversos esfuerzos por explicar, desde una narrativa judicial, aquello que hizo posible ese horror a gran escala que nuestra sociedad enfrentó durante tantos años.

Bibliografía

- AGNEW, John y Ulrich OSLENDER, "Territorialidades superpuestas, soberanía en disputa: lecciones empíricas desde América Latina", *Tabula Rasa*, núm. 13, 2010, pp. 191-213.
- ARENDRT, Hannah, *Eichmann en Jerusalén. Un estudio sobre la banalidad del mal*, Barcelona, Lumen, 1999 [1963].
- ASOCIACIÓN MINGA, *Víctimas y asociaciones de DDHH solicitan ampliación del plazo para presentar informes a la JEP*, 3 de septiembre de 2019. Disponible en: <http://asociacionminga.co/index.php/2019/09/03/victimas-y-organizaciones-de-ddhh-solicitan-ampliacion-dloel-plazo-para-presentar-informes-a-la-jep/>
- BARATTA, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, México, Siglo XXI, 1984.
- BARBOSA, Gerardo y Carlos BERNAL (eds.), *El análisis de contexto en la investigación penal: crítica del trasplante del derecho internacional al derecho interno*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.
- BERNATH, Julie, "Political violence as a time that is past? Engaging with non-participation in transitional justice in Cambodia", *Social and Legal Studies*, vol. 28, núm. 5, 2019.
- BILSKY, Leora, "The Eichmann trial: Towards a jurisprudence of eyewitness testimony of atrocities", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 12, núm. 1, 2014.

- BOLÍVAR JAIME, Aura Patricia y Olga del Pilar VÁSQUEZ CRUZ, *Justicia transicional y acción sin daño: una reflexión desde el proceso de restitución de tierras*, Bogotá, Dejusticia, 2017.
- BRINGEDAL HOUGE, Anette, "Narrative expressivism: A criminological approach to the expressive function of international criminal justice", *Criminology and Criminal Justice*, vol. 19, núm. 3, 2019, pp. 277-293.
- CASTELLANOS GUARÍN, Daniel, *(De)velando pasados de violencia para futuros de esperanza: una aproximación crítica a las políticas de selección de casos en la JEP*, Universidad de los Andes, Tesis de maestría, 2019.
- CRYER, Robert, "Prosecuting the leaders: Promises, politics and practicalities", *Göttingen Journal of International Law*, núm. 1, 2009, pp. 45-75.
- CUNNEEN, Chris y Carolyn HOYLE, *Debating Restorative Justice*, vol. 1, Oxford, Hart, 2010.
- DAMAŠKA, Mirjan, "Problematic features of international criminal procedure", en Antonio CASSESE (ed.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, 2009.
- DE GREIFF, Pablo, "Algunas reflexiones acerca del desarrollo de la justicia transicional", *Anuario de Derechos Humanos 2011*, Santiago, Universidad de Chile.
- DEL PONTE, Carla, "Investigation and prosecution of large-scale crimes at the international level: The experience of the ICTY", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 4, núm. 3, 2006, pp. 539-558.
- DORF, Michael C. y Charles F. SABEL, "A Constitution of Democratic Experimentalism", *Columbia Law Review*, vol. 98, núm. 2, 1998, pp. 267-473.
- DUARTE, Carlos, Grace BOFFEY, Dayver BETANCOURT y Maritza TANGARIFE, "Así debería priorizar su trabajo la JEP y la Comisión de la Verdad", *La Silla Vacía*, 6 de marzo de 2018. Disponible en: <http://lasillavacia.com/silla-llena/red-rural/historia/asi-deberia-priorizar-su-trabajo-la-jep-y-la-comision-de-la-verdad>
- GRISWOLD, Charles, *Forgiveness: A Philosophical Exploration*, Cambridge University Press, 2007.
- HILB, Claudia, "De Eichmann en Jerusalén a los 'Juicios' en Argentina (reflexiones situadas)", *Estudios Sociales*, núm. 48, 2015, pp. 91-103.
- HOLA, Barбора, Joris VAN WIJK, Francesca CONSTANTINI y Armi KORHONNEN, "Does remorse count? ICTY convicts' reflections on their crimes in early release decisions", *International Criminal Justice Review*, vol. 28, núm. 4, 2018, pp. 349-371.
- ICC, Office of the Prosecutor, *Policy paper on case selection and prioritization*, 15 September 2016.

- ICTJ, *La reorientación del proceso penal de justicia y paz: lecciones para la Jurisdicción Especial para la Paz*, 2018.
- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, “Fiscalía cumple con la entrega total a la JEP de los informes sobre los delitos del conflicto”, *Boletín* 26320, Bogotá, 27 de marzo de 2019. Disponible en: <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/fiscal-general-de-la-nacion/fiscalia-cumple-con-la-entrega-total-a-la-jep-de-los-informes-sobre-los-delitos-del-conflicto/>
- JEP - TRIBUNAL PARA LA PAZ, Sección de Apelación, Auto TP-SA 199 de 2019.
- McEVOY, Kieran y Kirsten McCONNACHIE, “Victims and transitional justice: Voice, agency and blame”, *Social and Legal Studies*, núm. 23, 2013, pp. 489-513.
- MOFFETT, Luke, Cheryl LAWTHOR, Kieran McEVOY, Clara SANDOVAL y Peter DIXON, *Alternative Sanctions before the Special Jurisdiction for Peace: Reflections on International Law and Transitional Justice*, Queen’s University Belfast y University of Essex, 2019.
- ORENTLICHER, Diane, *Some Kind of Justice. The ICTY’s Impact in Bosnia and Serbia*, Oxford, Oxford University Press, 2018.
- NINO, Carlos Santiago, *Juicio al mal absoluto*, Buenos Aires, Emecé, 1997.
- OBSERVATORIO INTERNACIONAL DDR - LEY DE JUSTICIA Y PAZ, *Segundo Informe*, Madrid, Centro Internacional de Toledo para la Paz, CITpax, 2009. Disponible en: http://www.toledopax.org/sites/default/files/CITpax_Segundo_Informe_Observatorio_DDR_Ley_Justicia_y_Paz_Colombia_noviembre_2009.pdf
- PARRA VERA, Óscar y Nelson Camilo SÁNCHEZ, *Elementos para una justicia de paz restaurativa*, Bogotá, Universidad Santo Tomás, 2017.
- PAYNE, Leigh, *Testimonios perturbadores: ni verdad ni reconciliación en las confesiones de violencia de Estado*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2009.
- PEREA RESTREPO, Carlos Mario, “Resituarse la ciudad: conflicto violento y paz”, *Análisis Político*, vol. 26, núm. 77, 2013, pp. 3-38.
- PROEVE, Michael y Steven TUDOR, *Remorse: Psychological and jurisprudential perspectives*, Burlington, Ashgate, 2010.
- RAMELLI ARTEAGA, Alejandro, “El análisis en contexto: aspectos probatorios”, en *XXXVIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Bogotá, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2017, pp. 225-251.
- REED HURTADO, Michael (ed.), *Judicialización de crímenes de sistema*, Bogotá, ICTJ, 2008.
- RESTREPO SALDARRIAGA, Esteban, “Justicia de las imágenes, justicia por las imágenes: algunos apuntes para pensar la relación entre derecho penal

y representación de la atrocidad masiva”, en VV. AA., *Derechos humanos: posibilidades teóricas y desafíos prácticos*, Buenos Aires, Librería, 2014.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César y Diana RODRÍGUEZ FRANCO, *Cortes y cambio social*, Bogotá, Dejusticia, 2010.

_____ y Meghan L. MORRIS, *Hacer justicia en tiempos de transición*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2018.

ROGERS, Damien, *Law, Politics and the Limits of Prosecuting Mass Atrocity*, London, Palgrave, 2018.

ROSENBLATT, Fernanda, “Em busca das respostas perdidas: uma perspectiva crítica sobre a justiça restaurativa”, *Criminologias e Políticas Criminais II*, 2014.

_____, *The Role of Community in Restorative Justice*, London, Routledge, 2015.

SABEL, Charles F. y William H. SIMON, “Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds”, *Harvard Law Review*, núm. 117, 2004, pp. 1015-1091.

SEGATO, Rita Laura, “En busca de un léxico para teorizar la experiencia territorial contemporánea”, en Diego HERRERA y Carlo PIAZZINI, (*Des*) territorialidades y (no) lugares. *Procesos de configuración y transformación social del espacio*, Medellín, La Carreta Editores, 2006, pp. 75-94.

TARUSARIRA, Joram, “The anatomy of apology and forgiveness: Towards transformative apology and forgiveness”, *International Journal of Transitional Justice*, vol. 13, núm. 2, 2019.

UPRIMNY YEPES, Rodrigo y Nelson Camilo SÁNCHEZ, “Transitional justice in conflict: Reflections on the colombian experience”, en Roger DUTHIE y Paul SEILS (eds.), *Justice Mosaics: How Context Shapes Transitional Justice in Fractured Societies*, New York, International Center for Transitional Justice, 2017.

WARE, Jayson y Ruth MANN, “How should ‘acceptance of responsibility’ be addressed in sexual offending treatment programs?”, *Aggression and Violent Behavior*, núm. 17, 2012, pp. 279-288.

WATERS, Timothy William (ed.), *The Milosevic Trial. An Autopsy*, Oxford University Press, 2014.

La justicia restaurativa y la escucha: un análisis del componente oral de los informes mixtos y de las versiones voluntarias en el Caso 01

«JULIETA LEMAITRE RIPOLL» Magistrada de la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas

«LINA RONDÓN DAZA» Profesional Especializado Grado 33 de la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas

Resumen: Integrar el enfoque de justicia restaurativa al trabajo de recolección y contrastación de información que le corresponde realizar a la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas constituye un desafío. Y a partir de ahí se presenta la opción metodológica implementada para tratar las intervenciones orales de víctimas y comparecientes en el Caso 01, “Retenciones ilegales por parte de las FARC-EP”, como una forma de lograr dicha integración. En este caso, las intervenciones orales de víctimas y comparecientes se han conducido no solo en la perspectiva de obtener información, sino también como alternativa para representar adecuadamente el daño sufrido y ampliar la capacidad de que sea reconocido por parte de los victimarios. Estos últimos propósitos son propios de un modelo de justicia restaurativa. Así, el artículo dilucida los presupuestos diferenciados para que las intervenciones orales de víctimas y comparecientes sirvan efectivamente a dichos propósitos e interpreta las estrategias hasta ahora implementadas para garantizar su cumplimiento; además, señala, por un lado, los logros y las limitaciones observados en dicho proceso y, por el otro, algunas de las problemáticas que quedan abiertas sobre el particular.

Palabras clave: justicia restaurativa en fase investigativa, oralidad, entrevistas forenses, representación del daño, capacidad de reconocimiento del daño.

Abstract: Integrating the restorative-justice approach in the information collection and verification work that must be carried out by the Chamber for the Recognition of Truth and Responsibility (SRVR) constitutes a challenge. And it is on this basis that the methodological option implemented for taking the oral testimony of victims and witnesses in Case 001, “Illegal retentions by the FARC-EP,” is presented as a way of achieving such integration. In that case, the oral testimony of victims and other parties was heard not only with the perspective of obtaining information, but also as an alternative for properly representing the harm suffered and enhancing the ability of the perpetrators to recognize it. These latter purposes are characteristics of a restorative justice model. Thus, the article elucidates the differentiated assumptions for having the oral testimony of victims and other parties serve these purposes effectively, and it interprets the strategies that have been implemented thus far to ensure that this occurs. The article also discusses the achievements and limitations observed in this process, as well as some of the problems that remain unresolved.

Key words: Restorative justice in its investigative phase, orality, forensic interviews, representation of harm, ability to recognize the harm.

Introducción

La novedad de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) representa para los operadores de la norma una serie de retos prácticos cotidianos. Estos retos son múltiples, pero este capítulo se concentra solo en un subconjunto de ellos: la implementación de los principios en el procedimiento judicial desde el primer momento, y, en particular, la implementación del principio de justicia restaurativa desde el inicio de los macrocasos ante la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas (SRVRDH o Sala de Reconocimiento).

¿Cuál debe ser el papel de la justicia restaurativa en el proceso ante la Sala de Reconocimiento? ¿La justicia restaurativa tiene un papel que desempeñar, o se circunscribe al momento de la sugerencia de la sanción propia en la resolución de conclusiones? Si el principio de justicia restaurativa guía la actuación ante la JEP desde el primer momento, como está en el Acuerdo Final de Paz y en las normas que lo desarrollan, ¿cómo integrar la justicia restaurativa desde la etapa de contrastación de informes, versiones voluntarias y pruebas? O lo que es más exacto, ¿cómo replantear la investigación criminal desde la justicia restaurativa? Estas preguntas son especialmente relevantes si pensamos en la dificultad de surtir un proceso de investigación criminal tradicional, enfocado hacia la justicia adversarial y hacia el castigo como pena de cárcel, para luego, en el último momento y ante la resolución de conclusiones, sí hacer una propuesta de pena propia que materialice el principio de justicia restaurativa.

Esta situación reta el lugar común que imagina la justicia restaurativa como propia exclusivamente de la pena y, en cuanto tal, como una forma de castigo que busca restaurar los derechos de las víctimas y reincorporar a los victimarios a la comunidad.¹ Tanto el Acuerdo Final de Paz, como la Constitución y la Ley Estatutaria indican que la justicia restaurativa es el paradigma orientador de todo el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR). Sin embargo, no existe en la normativa una definición robusta de justicia restaurativa, ni indicaciones sobre la operación de este principio en la práctica. El Acuerdo Final de Paz menciona “una justicia restaurativa que preferentemente busca la restauración del daño causado y la reparación de las víctimas afectadas por el conflicto” y dice que la justicia restaurativa “atiende prioritariamente las necesidades y la dignidad de las víctimas y se aplica con un enfoque integral que garantiza la justicia, la verdad y la no repetición de lo ocurrido.” Asimismo, la Ley 1957 de 2018 define el paradigma orientador de la justicia restaurativa como aquel que “busca privilegiar la armonía en el restablecimiento de relaciones de la sociedad, la restauración del daño causado y la

¹ Se contempla incluso en el proceso penal ante la justicia ordinaria, si bien con un rol acotado. Véase Código de Procedimiento Penal, artículos 518 y ss.

garantía de los derechos de las futuras generaciones”.² La materialización de estas afirmaciones, sin embargo, solo se encuentra en el numeral 60 del punto 5 del Acuerdo Final de Paz, donde dice que las sanciones propias tienen una función restaurativa y reparadora del daño causado,³ definición que a su vez es retomada por el artículo transitorio 13 del Acto Legislativo 01 de 2017 y el artículo 127 de la Ley Estatutaria.

Un examen somero de los programas de justicia restaurativa revela las grandes diferencias entre los contextos, los programas y las formas de evaluación de los mismos. Un punto de partida puede ser la definición de las Naciones Unidas, en cuanto caracteriza los programas de justicia restaurativa como aquellos que parten de la premisa de que la respuesta al delito debe ser reparar en lo posible el daño sufrido por la víctima y la comunidad, así como que los delincuentes deben comprender que su comportamiento no fue aceptable, que generó un daño y que este requiere una reparación. Además, estos programas parten de otorgar a las víctimas la oportunidad de expresar sus necesidades y de participar en la imposición de castigos reparadores.⁴ A partir de esta definición, desde la operatividad cotidiana del sistema en la SRVRDH, resulta preciso hacer realidad el mandato de la justicia restaurativa como paradigma orientador en etapas anteriores a la sugerencia de sanción propia en la resolución de conclusiones, por lo menos, por tres razones.

Primero, porque es evidente que los grandes casos, por lo menos los que conciernen a los partícipes determinantes de los hechos más graves y representativos del conflicto, por el número de víctimas y victimarios, demoran muchos meses entre su apertura y la resolución de conclusiones. En un periodo de transición es muy costoso que las demandas sociales de justicia queden suspendidas y supeditadas a la pena durante tantos meses, y la falta de orientación hacia la justicia restaurativa resulta en demandas sociales que siguen orientadas hacia el castigo de cárcel. Además, el principio debe orientar la participación

² Véase Acuerdo Final de Paz, Introducción, punto 5.1, sobre los fines del SIVJRNR, y numeral 5.1.2.6; véase también la Ley Estatutaria, artículos 4, 13 y 127, y los artículos transitorios 1 y 13 del Acto Legislativo 01 de 2017.

³ Acuerdo Final, numeral 5.1.2.60: “Las sanciones tendrán como finalidad esencial satisfacer los derechos de las víctimas y consolidar la paz. Deberán tener la mayor función restaurativa y reparadora del daño causado, siempre en relación con el grado de reconocimiento de verdad y responsabilidad que se haga ante el componente de Justicia del SIVJRNR mediante declaraciones individuales o colectivas”.

⁴ “Los programas de justicia restaurativa se basan en varias premisas subyacentes: a) que la respuesta al delito debe reparar tanto en lo posible el daño sufrido por la víctima; b) que los delincuentes lleguen a entender que su comportamiento no es aceptable y que tuvo consecuencias reales para la víctima y la comunidad; c) que los delincuentes pueden y deben aceptar la responsabilidad por sus acciones; d) que las víctimas deben tener la oportunidad de expresar sus necesidades y de participar en determinar la mejor manera para que el delincuente repare los daños y e) que la comunidad tiene la responsabilidad de contribuir en el proceso” (UNDOC, *Manual sobre programas de justicia restaurativa*, Serie de manuales sobre justicia penal, Nueva York, 2006, p. 8).

de las víctimas, que ocurre desde el primer momento, mucho antes de la resolución de conclusiones.

Segundo, es indispensable integrar la justicia restaurativa al actuar temprano de la SRVRDH por una razón práctica: la eventual sugerencia de la sanción debe estar fincada en el análisis de la victimización y la caracterización del daño, en especial en casos con miles de víctimas. Plantear medidas que efectivamente sean restaurativas requiere cimientos investigativos que deben incluir, como mínimo, la identificación y caracterización de todas las víctimas de los macrocasos que reflejan patrones delictivos, así como de los daños diferenciados a individuos, colectivos y grupos sociales más amplios, como territorios y grupos étnicos. Solo sobre esta base firme puede la acción judicial guiar el reconocimiento en el momento de imponer la sanción, máxime cuando el enorme número y la diversidad de víctimas y victimizaciones impide tomar el camino facilista de confiar el contenido de la pena restaurativa a la participación de las víctimas.

En efecto, la participación de las víctimas en el proceso, a pesar de su centralidad e importancia, no puede ser la única base para identificar las sanciones que tengan efecto restaurativo. Se trata de casos con miles de víctimas ocurridos en largos periodos de tiempo, por lo cual, en primer lugar, es razonable pensar que el número de víctimas sin identificar, o que prefieren no participar, excede con creces el de las que cuentan con la vida, los recursos y el interés para acreditarse como intervinientes especiales y participar en el proceso. En segundo lugar, es razonable pensar que esta participación, por su misma dinámica, favorecerá las posiciones mayoritarias entre los grupos de víctimas, silenciando las minoritarias en las negociaciones que se hagan entre las víctimas para llegar a acuerdos sobre lo que se pide. En tercer y último lugar, la justicia restaurativa no puede dejar de considerar el interés común como un factor superior, matizando así las demandas de las víctimas en algunos casos en que sus preferencias puedan entrar en tensión con las de los grupos más amplios, incluyendo las de las propias comunidades a las que pertenecen. Por lo tanto, la caracterización de la victimización y del daño es necesaria, más allá de la participación de las víctimas que se acrediten individual o colectivamente como intervinientes en los procesos judiciales, sin que esta deje de ser indispensable y de vital importancia. Igualmente, y dada la demanda de la justicia restaurativa de contribuir a la reincorporación social de los perpetradores, es preciso caracterizarlos y encontrar los caminos para propiciar el reconocimiento del daño causado como componente importante de la reincorporación a la vida civil y de la garantía de no repetición.

Tercero, es importante integrar el paradigma de la justicia restaurativa desde su etapa temprana porque en todos los programas de dicha justicia el reconocimiento que hace el victimario del daño causado requiere una preparación.

Esta es hecha por un facilitador o mediador, rol que no existe en el proceso ante la JEP, donde queda en manos del juez facilitar el momento de reconocimiento del daño causado y la necesidad de reparación que se puede dar ante la SRVRDH en la audiencia de reconocimiento. Este reconocimiento, además, en el contexto del Acuerdo Final de Paz, es parte del proceso por el cual los excombatientes de ambos bandos se reincorporan a la vida civil. La reintegración y aceptación requieren un esfuerzo sincero de los comparecientes por cumplir la palabra dada en sus actas de sometimiento, esfuerzo que debe ser facilitado para que se dé en el marco del rechazo social a los actos que quizá los comparecientes, tanto guerrilla como militares y otros agentes del Estado, vivieron como justificados durante la guerra.

Este artículo da cuenta de la forma en que, durante los primeros meses del Caso 01 ante la Sala de Reconocimiento, se ha integrado la escucha activa como un primer elemento de la justicia restaurativa en la recepción de informes de víctimas y de versiones voluntarias de los comparecientes. No describe todas las actividades del caso en que se ha incluido dicha escucha, por su complejidad, porque aún están en curso y por lo reducido del espacio disponible en este libro.⁵ En cambio, se enfoca en la forma en que se ha adelantado la recepción del componente oral del informe mixto de un grupo de víctimas, así como en las versiones voluntarias de mandos altos y medios. El texto destaca el rol de la escucha en estas diligencias judiciales, y cómo esta es una materialización de la justicia restaurativa tanto en la dimensión de atender las necesidades y la dignidad de las víctimas como en la de propiciar la reincorporación social de los victimarios.

El planteamiento del Grupo de Análisis de la Información

El Grupo de Análisis de la Información (GRAI) de la JEP se plantea, desde el aprendizaje de la extinta Dirección Nacional de Análisis y Contexto (Dinac) y de la Unidad Nacional de Análisis y Contexto (UNAC)⁶ en la Fiscalía General de la Nación (FGN), como un grupo interdisciplinario de analistas que podrá proveer análisis de contexto, describiendo tanto patrones criminales con herramientas estadísticas y de análisis geográfico como las estructuras y operaciones militares de los actores del conflicto. Además de este apoyo de los analistas, ya tradicional en la investigación criminal, el GRAI incluye un equipo de personas que puede proveer análisis desde la victimología y la psicología forense, permitiendo caracterizar a las víctimas y el daño sufrido por estas, así como reconocer en los comparecientes el potencial de reconocimiento del daño causado.

⁵ Por ejemplo, no se describe el diseño de la campaña de acreditación de víctimas o el relacionamiento con las víctimas que se acreditan como intervinientes especiales, ni el proceso de caracterización del daño sufrido, ni de los grupos sociales que lo han sufrido.

⁶ Fiscalía General de la Nación, Resolución de 4 de octubre de 2012.

En el periodo de tiempo transcurrido entre la apertura del Caso 01, sobre “Retención ilegal de personas por parte de las FARC-EP”⁷ (comúnmente conocido como secuestro), y la terminación de las versiones voluntarias, el análisis de justicia restaurativa ya ha cumplido una labor importante. Entre otras tareas, ha sido de central importancia el acompañamiento de la manera en que se escucha tanto a víctimas como a comparecientes dentro del ejercicio judicial.

El objetivo principal de esta etapa inicial del proceso ante la SRVRDH es recopilar y contrastar la información. Un reto importante ha sido llenar los vacíos de la justicia ordinaria, en particular en la caracterización de las condiciones de cautiverio, la manera de operar de la antigua guerrilla, así como su estructura y operaciones militares. Como es usual en la investigación penal, estos vacíos se han llenado escuchando a las víctimas y a los presuntos responsables, los comparecientes, además del examen de documentos reservados y de fuente abierta.

Desde el análisis de justicia restaurativa, en el Caso 01 se plantearon además unos objetivos paralelos a los de recopilación de información. En la relación con las víctimas, los analistas de justicia restaurativa del GRAI identificaron que el trato del Estado era percibido por muchas de las víctimas de estos delitos como una forma adicional de victimización, en ocasiones más difícil de asimilar que los hechos objeto del caso. Muchas víctimas habían sentido que el Estado no las había protegido frente al delito y que, una vez cautivas, había sido indiferente a su suerte. Adicionalmente, los procesos penales se desarrollaron en buena parte en ausencia del testimonio de las víctimas, y cuando había entrevista forense, era experimentada, en muchas ocasiones, como una agresión más. Así, frente a las víctimas, la JEP tenía el reto de representar a un Estado que debía ganarse de nuevo su confianza, en un contexto donde, además, las víctimas de la antigua guerrilla reciben todos los días mensajes que deslegitiman a la JEP como vehículo de justicia.

Por otra parte, en la relación con los comparecientes, el grupo de analistas de justicia restaurativa señaló la importancia de reconocer que los antiguos guerrilleros se encontraban en un periodo de reincorporación, después de muchos años, incluso varias décadas, de hacerle la guerra al Estado del cual es parte la JEP. La reincorporación conlleva para ellos el tránsito de una vida de oposición y extrema desconfianza frente a las instituciones del Estado a una vida ciudadana que implica el relacionamiento frecuente con las instituciones democráticas que, como es bien sabido, tienen muchas falencias en el funcionamiento

⁷ Se mantiene el nombre que la FGN le da al informe por varias razones. Primero, porque la Sala debe evitar la calificación jurídica que surge de nombrar el delito en una etapa tan temprana. Segundo, porque el fenómeno incluye una gama de delitos más grande que el conocido secuestro extorsivo, ya que otras formas de secuestro también son parte de la conducta, así como asesinatos y desapariciones forzadas. Tercero, porque el uso del término también implica resignificar la justificación implícita para los comparecientes de usar la palabra retención en lugar de secuestro: al exponer la crueldad de las retenciones, se hace evidente lo que la palabra buscaba ocultar.

cotidiano. Frente a los comparecientes, entonces, la JEP tiene el reto de aparecer como un juez legítimo, incluso cuando hace los reproches morales y legales dentro de los casos y asigna responsabilidades. Esta legitimidad no se puede basar en la percepción de que la JEP simpatiza con la causa insurgente, sino en la confianza, en la imparcialidad y el profesionalismo del juez, que se ponen en escena en cada encuentro y que representan para los antiguos combatientes la posibilidad de ser acogidos por el Estado contra el cual lucharon por décadas.

Así, la orientación de la justicia restaurativa dentro del Caso 01 ha tenido dos propósitos: construir alternativas dentro del proceso judicial para representar el daño sufrido por las víctimas, y ampliar la capacidad de reconocimiento del daño causado por parte de los responsables de los hechos. Ambos propósitos se integran a una propuesta de justicia restaurativa en la que sea posible hacerse cargo de los hechos de violencia ocurridos en el pasado, durante el conflicto armado, sin que eso suponga que será un modelo suficiente para resolverlos.⁸ Alrededor de estos dos propósitos se integran algunos elementos para la participación de las dos partes en el conflicto, el responsable y la víctima, el ofensor y el ofendido, y también reconocen la presencia tácita de una tercera parte, que es la comunidad que ha vivido también los efectos del conflicto.⁹

En esta primera etapa, la recepción del componente oral de los informes mixtos y de las versiones voluntarias fue el primer escenario donde, dentro del caso, se materializaron los propósitos planteados a partir de la escucha en entrevistas forenses para la narración abierta de los hechos, seguidas de preguntas abiertas que permiten profundizar en lo dicho. Desde el caso, ambas diligencias se comprendieron como entrevistas forenses o de investigación, es decir, como encuentros donde el juez-instructor recaba información. Se hizo con la plena conciencia de que la calidad de las entrevistas forenses es muy importante para la legitimidad de la justicia penal, ya que entre la noticia criminal y el juicio pueden pasar meses o, con frecuencia, años. Por lo tanto, por mucho tiempo, la entrevista de investigación es el único encuentro que tienen víctimas, testigos e incluso presuntos responsables con la institución que investiga, y es con base en esta que se forman un juicio preliminar de dicha institución, en este caso de la JEP.

La puesta en marcha de los informes mixtos con las víctimas y de las diligencias de versión voluntaria con los comparecientes requirió traer a este escenario de escucha el uso de herramientas que se sustentan en modelos importantes para la entrevista forense contemporánea, en especial el modelo

⁸ De manera que se trata de un modelo que no buscará la resolución de conflictos, como habitualmente se ha entendido la *justicia restaurativa*; como han señalado Tonche y Umaña, esto podría no solo no ser deseable, sino presentarse más como una herramienta dirigida a gestionar esos conflictos (Juliana Tonche y Camilo Eduardo Umaña Hernández, "Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición: un acuerdo de justicia ¿restaurativa?", *Revista Derecho del Estado*, núm. 38, 2017, p. 233).

⁹ *Ibid.*, p. 236.

PEACE de entrevista investigativa adoptado por el Reino Unido, tanto para testigos y víctimas como para presuntos responsables. Ambos hacen énfasis en la construcción de confianza, que, como se ha señalado, es esencial en la relación tanto con las víctimas como con los comparecientes. También tienen relevancia elementos que regularmente no son atendidos por las prácticas más convencionales del interrogatorio, por ejemplo, usar preguntas abiertas y en orden secuencial en el tiempo para contrarrestar la erosión que los hechos traumáticos de la guerra puede generar en la memoria de víctimas y de victimarios.¹⁰ El modelo aprende de la experiencia de la entrevista cognitiva con víctimas y testigos, desarrollada en respuesta a los errores en los interrogatorios. La entrevista cognitiva permite al entrevistado brindar una narrativa de lo sucedido, que se complementa con preguntas flexibles especialmente diseñadas para fortalecer la memoria sin inducir a un relato particular. Con este fin, en los Estados Unidos durante los años ochenta se desarrolló un protocolo para entrevistar víctimas o testigos a fin de apoyar la reconstrucción de la escena y, por lo tanto, la activación de la memoria.¹¹ Sin embargo, es en el Reino Unido, con el modelo PEACE, donde esta técnica se extiende también a los presuntos responsables.

El modelo PEACE se explica por sus siglas, que corresponden a las etapas de la entrevista de investigación: *P* de *planning and preparation* (planificación y preparación), *E* de *engage and explain* (creación de confianza y explicación), *A* de *account* (relato), *C* de *closure* (cierre) y *E* de *evaluation* (evaluación). La diferencia con el interrogatorio radica en especial en las etapas de creación de confianza y explicación (*E*), seguidas por el relato (*A*) y, por último, el cierre (*C*). Así, en lugar de hacer muchas preguntas cerradas, el modelo se basa en crear confianza, como en la entrevista cognitiva aplicada a testigos y víctimas, para que la persona entrevistada haga un relato extenso y detallado de los temas de interés del investigador. Este relato es seguido por unas preguntas para profundizar en los temas de mayor relevancia y un cierre que resume lo que se ha escuchado.

Tanto el componente oral de los informes de víctimas como las versiones voluntarias tuvieron, entonces, elementos comunes. En primer lugar, ambos parten del reconocimiento de que los aportes a la verdad se elevan como condición necesaria dentro del proceso judicial, y que son de central importancia para el mismo. En segundo lugar, ambos comparten la estructura del relato abierto, antes de constreñir al sujeto con preguntas precisas y reiteradas como

¹⁰ Algunos de los elementos que se diferencian de los interrogatorios involucran en la aplicación de preguntas abiertas mayores probabilidades de acudir a la memoria de los hechos y al relato del impacto que estos han tenido en las personas.

¹¹ Amina Memon, Christian Meissner y Joanne Fraser, "The cognitive interview: A meta-analytic review and study space analysis of the past 25 years", *Psychology, PublicPolicy, and Law*, núm. 16, 2010, p. 340.

es propio del interrogatorio. El relato es seguido de preguntas de ampliación o escucha activa que permiten y propician el relato abierto, y exponen vacíos y contradicciones, pero siempre en torno a este relato. En tercer lugar, ambos suponen un cierre que recoge la información principal de lo escuchado por el juez, reiterando la presencia de una justicia que escucha.

Lo anterior podría entenderse desde la experiencia del daño sufrido por la víctima. A diferencia de las preguntas puntuales, el relato abierto integra el daño a la subjetividad de la víctima que presenta la sucesión de hechos de manera significativa para ella. Al explicar el daño como una consecuencia que ha ocurrido a la subjetividad de la víctima en el tiempo, el relato abierto da cuenta, primero, de esa subjetividad, de manera que las víctimas suelen señalar inicialmente los aspectos que han percibido como valiosos por sí mismos (quiénes son, cuál es su historia,) para después decir cómo y por qué les han causado daño. El relato marca un antes, un durante y un después de la victimización. Esta forma de relatar no es solo algo de lo que se deba ocupar la reconstrucción de la memoria o la reparación; también es una tarea de la justicia dar lugar a la expresión de la dimensión de ruptura¹² causada por el daño, pues el rechazo moral que expresa la justicia requiere igualmente integrar la temporalidad del antes-durante-después que constituye el daño. Responde así a la expectativa de las víctimas –frustrada muchas veces en su experiencia con la justicia ordinaria– de que la justicia signifique no solo una respuesta ante los hechos y las conductas, como consecuencia de un comportamiento, que es la estructura lógica del tipo penal, sino también que sea el espacio del reconocimiento de su sufrimiento, su persistencia y cambios en el tiempo.

De manera similar, los relatos de los comparecientes en las versiones que contribuyen a la verdad de la participación en unos hechos específicos podrían estar vinculados con las nociones con que subjetivamente se han integrado como importantes, y cuyo significado debe ahora variar a partir de la reincorporación y la garantía de no repetición. Se trata de participaciones que, a veces, destacan elementos significativos en la experiencia biográfica de los sujetos, como la motivación para unirse al grupo guerrillero, pero que no serían del interés de un interrogatorio tradicional, por parecer poco relevantes en una investigación criminal para la determinación de los elementos relacionados con la tipificación penal. Sin embargo, el espacio de escucha permite al compareciente

¹² La dimensión del efecto traumático da cuenta de un sentimiento de ruptura de la continuidad de la vida entre un antes y un después de las violaciones, que puede estar presente en el momento de dar un testimonio, como si esto se actualizara por efecto de la recordación y la memoria. Algunos de estos efectos han sido descritos por Carlos Beristain en la investigación que recopila las lecciones que frente a este aspecto se han derivado del sistema interamericano (Carlos Martín Beristain, *Diálogo sobre la reparación: experiencias en el sistema interamericano de derechos humanos*, t. 1, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008, p. 4. Disponible en: http://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/2120/dialogo_reparacion_tomo1.pdf).

integrar al relato contenidos de la verdad importantes para el caso –mientras se habla de las expectativas que tenían, por ejemplo, al ingreso a la organización–, contenidos que pueden permanecer silenciados al remitirse solamente a la respuesta sobre hechos concretos relacionados con el crimen que se investiga.

Por lo tanto, en el desarrollo de las entrevistas con las víctimas y los comparecientes ante la JEP ha sido importante establecer como centro del relato la propia experiencia biográfica. En el caso de las víctimas, el relato biográfico da cuenta de cómo los hechos victimizantes causaron efectos en el devenir de la historia personal y política de ellas y de sus familias. En el caso de los comparecientes, expresa cómo su actuación ocurrió en un contexto de evolución o ascenso dentro del grupo, de las tareas militares y de las lógicas de la guerra, entendidas de una manera compleja.

Otro contraste con los mecanismos más tradicionales de interrogatorio es que estos modelos de entrevista emplean las propias palabras para dar cuenta de la experiencia. Así, los sujetos no se ven forzados a traducir a categorías jurídicas la narración sobre lo ocurrido, y se construye un espacio de confianza que integra –para introducir en el análisis de los aportes a la verdad– una narración en la que se permiten los modismos, las vacilaciones y las propias elaboraciones de los sujetos.

Para la puesta en marcha de estos modelos se deben disponer elementos que construyan confianza con las víctimas y los presuntos responsables, pero esta también tiene elementos diferenciadores. Las víctimas requieren la seguridad que se les ha dado en la apertura de las diligencias, conocer cómo van a desarrollarse, sentirse reconocidas y acogidas, escuchar la valía que su presencia tiene para la JEP, y el reproche que esta hace por el daño sufrido. Y los comparecientes requieren la seguridad de encontrarse ante un juez imparcial y profesional, que pueda representar para ellos la legitimidad de la justicia, legitimidad que justifica la reincorporación a la vida económica, política y social. Por esta diferencia, y más allá de los elementos comunes, a continuación se presentan algunas reflexiones adicionales sobre las diferencias entre las diligencias adelantadas con uno y otro grupo.

Escuchar a las víctimas como expertas en el secuestro por las FARC-EP

En el componente oral de los informes, la escucha de las víctimas parte del reconocimiento de la importancia y centralidad que el daño tiene dentro de la construcción del caso. La búsqueda de alternativas para la representación del daño viene antecedida de la decisión de conceder centralidad a la construcción de una narrativa judicial, en donde el acento no está solamente en la taxonomía de los hechos y las conductas que ocurrieron en un periodo de tiempo específico, sino en el daño que estas han causado.

Este propósito requiere una reflexión sobre la dificultad de realizar la justicia restaurativa dentro de la teoría del delito de la justicia ordinaria.¹³ Como se enseña desde los cursos más elementales de derecho penal, la imposición de la pena como castigo es la consecuencia tanto del daño al bien jurídico tutelado como de la responsabilidad por conductas que contienen todos los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal. Estos elementos se concentran en la descripción de la conducta cometida, y en la intención de quien comete el delito, en otras palabras, en lo que hace el victimario, y la intención con la cual lo hace. El interés en la conducta se concentra en el hecho considerado punible de manera escueta: por ejemplo, en el delito de secuestro, de todo lo que puede hacer un victimario, lo que configura el delito es el hecho de privar de la libertad a una persona contra su voluntad y hacerlo de manera intencional y sin justificación legal. Esta conducta en la vida real se puede realizar de muchas maneras, en muchos contextos, con distintos grados de crueldad y de colaboración de otras personas, y con consecuencias también diversas. Estos contextos, grados de crueldad, colaboración de otras personas y consecuencias que son de mucho interés para las víctimas en su búsqueda de la verdad tienden a no ser objeto de la investigación criminal, que en la justicia ordinaria se concentra en los elementos del delito. En particular, el daño causado aparece generalmente de manera ancilar, como una modalidad de agravante de la pena que no es la modalidad principal.

En consecuencia, la documentación que hace la justicia ordinaria en casos de secuestro y de la toma de rehenes gira en torno a la prueba de los elementos del tipo penal. Buena parte de lo que se espera de la víctima en la entrevista es una prueba de la ocurrencia de las diferentes conductas vinculadas con los secuestros, la toma de rehenes, la desaparición forzada y otros tipos penales asociados: la existencia de un plagio, del cautiverio, de la extorsión vinculada con el propósito de poner en libertad un familiar, las condiciones del trato en la toma de rehenes, entre otros. Las condiciones del cautiverio son de mucho menor interés, ya que representan apenas un agravante de un delito que es agravado por otros hechos más fáciles de probar, como el uso de las armas. Y

¹³ La integración de la justicia restaurativa en la justicia transicional es objeto de debate en Colombia desde su inclusión en el proyecto de ley de alternatividad penal propuesto por el gobierno del presidente Álvaro Uribe, que culminó en la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005). Al respecto, véase Rodrigo Uprimny y María Paula Saffon, "Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades", en Angelika Rettberg (comp.), *Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional*, Bogotá, Uniandes, 2005. Sobre su integración en el proceso de justicia ordinaria en Colombia, véase Julio Andrés Sampedro Arrubla, "La justicia restaurativa: una nueva vía, desde las víctimas, en la solución al conflicto penal", *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 17, julio-diciembre de 2010, pp. 87-123; Leonardo Alberto Rodríguez Cely, "Análisis de la justicia restaurativa en materia de responsabilidad penal para adolescentes en Colombia", *Anuario de Psicología Jurídica*, vol. 22, 2012, pp. 25-35; y Ángela Tapias (comp.), *Justicia restaurativa en Colombia*, Bogotá, Universidad Santo Tomás, 2017.

las consecuencias individuales, sociales y familiares no son de interés para una pena de cárcel.

Sin embargo, la justicia restaurativa como paradigma orientador requiere la representación del daño en esta etapa temprana, ya que es precisamente este daño el que será restaurado, en el caso de la JEP, con la sanción propia. Y, en especial, dado el antecedente de la escasa documentación del daño en la justicia ordinaria, en el Caso 01 se concluyó que para que el daño fuera representado, se requiere la presencia del portavoz de esa representación, que son las víctimas. La propuesta dentro del caso busca presentar alternativas a la práctica judicial, para poner en marcha un ejercicio permanente que ratifica el Acuerdo Final de Paz: la centralidad de las víctimas. Esta forma de poner acento en el daño resalta la importancia de las normas esenciales que fueron desestabilizadas con los hechos y las conductas relacionadas con el caso, y la razón por la cual resultan condenables. Ya no se trata de probar principalmente la existencia de una intención y una conducta delictiva, sino que también es importante identificar la existencia del daño. Con la representación del daño, las cualidades morales de esas normas esenciales adquieren nuevamente una dimensión de valía ante el proceso judicial y ante las comunidades. Es el daño el que le da la dimensión moral a la infracción y la posibilidad de restauración.

Además, el proceso de representación del daño hace que este tenga sentido para la comunidad en un escenario más amplio, más allá de ser escuchado por los jueces y por los responsables. Para que la justicia restaurativa tenga efectos de satisfacción no solo en las víctimas sino en la sociedad en general, el primer paso es que la narrativa del daño debe comunicarse, debe decir algo ante los ojos y los oídos de quienes se presentan o quieren introducirse como testigos de la actuación de la JEP, y es la comunidad misma, como testigo o espectador, quien no puede ser ignorada en la justicia transicional. Así, el daño no se integra al proceso solo para que se le dé una respuesta, ojalá restaurativa, por la vía de la sanción penal, sino que la pretensión final es que el daño convoque la construcción de una comunidad de testigos o espectadores. Se comunica a esta comunidad que, gracias al Acuerdo de Paz, ahora podrán oír y ver algo que en el pasado estuvieron privados de escuchar o saber suficientemente.¹⁴ Al saberlo, podrán, a su vez, comprender la dimensión de la restauración efectuada y acompañar el proceso de una vía alternativa a la pena de prisión con una sanción propia que responda al daño que ahora conocen.

Por ello, las víctimas dentro del Caso 01 han sido convocadas como expertas, en el sentido en que ellas son las conocedoras de una victimización de la

¹⁴ Esta forma de saber insuficientemente lo ocurrido en el pasado se perpetuó con la prolongación del conflicto armado, en donde el acumulado de victimizaciones podía permitir la sensación de haber estado expuestos ante el horror, pero no poder asumir lo que de él se configuraba como un daño que era singular.

que se creía que se sabía suficiente, pero que aún requiere ser vista y oída en su plena dimensión del daño causado. Desde esa perspectiva, ellas han podido contribuir, dentro del caso, con una verdad que es aquella que han tenido que experimentar,¹⁵ y esto, aunque parcial, trae al proceso una narrativa de quien es portavoz de un dolor.

Con estos elementos en mente, en octubre y noviembre de 2018 se hizo pública la presentación de los informes mixtos ante la SRVRDH. Los informes públicos fueron presentados por un grupo de políticos cautivos que estuvieron en poder de la antigua guerrilla con propósitos de canje, por sus familiares y por algunos militares y policías cautivos con el mismo fin. Esta publicidad correspondió al deseo manifiesto de este grupo de hacer público su testimonio, y de la comprensión generada por el equipo de justicia restaurativa al explicar que la JEP tenía, además, la tarea de restaurar la percepción de indiferencia y abandono por parte del Estado, del cual la JEP es parte, escuchándolos de manera digna. Otros testimonios se recibieron por escrito, o de manera oral y escrita, pero sin estar abiertos al público, también por petición de las víctimas.

En el proceso de convocar la narrativa de las víctimas como apertura del Caso 01 se hizo énfasis en que su participación en los informes mixtos era en calidad de expertas en el tema, experticia que había surgido al estar directamente expuestas a los hechos de violencia. No era menor decirles esto porque, por un lado, la costumbre institucional es ver a las víctimas como vulnerables y dolientes, y no como quienes ostentan una verdad; por otro, el relato de las víctimas había estado ausente de los escenarios judiciales anteriores. Los relatos también permiten la introducción de hechos hasta ahora silenciados y que se integran a una realidad que puede ser contada ante la JEP, y que debe ser escuchada por los comparecientes a los cuales se trasladan los informes. Este traslado es importante, ya que se espera generar formas de reconocimiento que para las víctimas también significan la restauración.

Esto pone en otro lugar la relación con las víctimas y permite configurar, progresivamente, una idea de restauración de los lazos rotos por efecto de la guerra o de las limitaciones de la práctica judicial. Al tratarlas como expertas, se da importancia a su narrativa, no solo a la que habla de los hechos de violencia (del modo, tiempo y lugar), sino también a la que da cuenta de sus elaboraciones, es decir, lo que ellas han entendido a partir de lo que les ha ocurrido, las preguntas que se han hecho, las explicaciones que han dado, la manera como leen su pasado, lo que hoy ven o no como violatorio, las expectativas que tienen frente a la verdad.

¹⁵ Reyes Mate refiere que aunque no hay verdad única, en la narración de las víctimas hay una verdad que requiere ser dicha, la que les ha sido dada a vivir a través de unos hechos que difícilmente pueden ser transmitidos, pero deben serlo. Mate resalta que “por un lado no hay verdad de la realidad si falta ese testimonio, también es cierto, por otro, que la verdad escapa a ese testimonio” (Manuel Reyes Mate, *Memorias de Auschwitz. Actualidad moral y política*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 170 y ss.).

Pero incluso si esto no se da, ya en el proceso ha habido una escucha activa, es decir, desde lo procesal se van configurando espacios de escucha e interacción con las víctimas para que el proceso sea restaurador en sí mismo, y que no solo lo sea el resultado de las decisiones judiciales en materia de sanción a los responsables. Sobre este asunto, las Naciones Unidas han resaltado:

... se entiende que el derecho de reparación tiene una doble dimensión en derecho internacional: a) una dimensión sustantiva que debe traducirse en la obligación de reparar el daño sufrido, mediante restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y, si procede, garantías de no repetición; y b) una dimensión procesal como medio para garantizar ese resarcimiento sustantivo.¹⁶

Para la presentación de los informes mixtos se tenía un reto importante en el diseño del espacio y las sesiones que permitieran la presentación del informe, pues nos encontrábamos ante experiencias de victimización que tuvieron entre 6 y 13 años de vulneraciones. Interesaba procurar el entendimiento de la experiencia de estas victimizaciones desde la complejidad de lo vivido por las víctimas, y esto implicaba comprender que no se trataba solo del plagio, sino que el carácter dañoso y la dimensión de la victimización se configuraba en el *continuum* de lo vivido durante el cautiverio.

Se hizo un acompañamiento previo que permitió a las víctimas decidir los aspectos que querían privilegiar para dar cuenta de esta experiencia en aproximadamente una hora, en la que además interesaba que ellas sintieran que su relato era importante para la JEP. Este acompañamiento previo tuvo en cuenta la presentación del contexto en el que tendría lugar la participación, la importancia de construir relatos estructurados con un inicio, un desarrollo y un desenlace, en donde las víctimas pudieran definir cuál era el punto al que querían dar centralidad y a partir del cual querían marcar el inicio, para luego intentar transmitir en el escenario judicial lo que ellas querían resaltar de su propia experiencia de victimización.

Además de esta asesoría –a la que hemos llamado psicojurídica– se presentaron algunos elementos que podían dar a las víctimas una seguridad física, asunto que no es menor si se reconoce que la evocación de las experiencias de victimización produce la sensación física de desamparo y vulnerabilidad. Para esto, se les presentó a las víctimas una descripción del espacio y se les permitió conocer la sala en la que serían escuchadas, el lugar que ellas tendrían dentro del escenario y el lugar donde estarían los magistrados, los familiares y el equipo de apoyo.¹⁷ Otro elemento que se significó con ellas fue el uso del recurso

¹⁶ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Programas de reparaciones*, Nueva York y Ginebra, OACNUDH, 2008, p. 6.

¹⁷ En el contexto del trabajo de *justicia restaurativa* dentro del Caso 01 se ha definido que el acompañamiento psicojurídico permitirá desarrollar procesos institucionales para que víctimas y com-

de una vela como símbolo que representaba dos cosas: hasta ahora el relato había contribuido al esclarecimiento de lo ocurrido a las víctimas y el momento en que se encendiera era el punto en el que ella debía comenzar a concluir la presentación de su relato. Este símbolo resultaba más cuidadoso con el estado emocional de quien relataba hechos muy dolorosos que el uso de un cartel con la limitación del tiempo, pues al ser acordado previamente, no irrumpía con violencia para limitar la narración, sino que se sumaba al acuerdo que se estableció y se significó de manera previa. Se trataba de un símbolo que reposaba en las formas culturales con que se actúa frente al duelo y la tristeza, por esta razón fue acogido por las víctimas y ellas mismas lo significaron como importante en el escenario judicial.

Los cierres de las sesiones de escucha que se dieron durante la presentación del *informe mixto* servían también como espacios de organización de la experiencia emocional que había estado presente mientras se daba cuenta del testimonio. Las víctimas recibían el reflejo de las palabras dichas por la magistratura como una manera de corroborar el destino que había tenido su mensaje. Recoger lo dicho al final de la sesión les permitía reconocer –para ellas mismas– la importancia del esfuerzo realizado para relatar lo que les había ocurrido. Esta forma de cerrar la sesión se presentaba como un elemento de contención que ayudaba también a encontrar un equilibrio emocional después de relatar hechos que aún son dolorosos.¹⁸

En los procesos de cierre con víctimas y comparecientes también ha sido importante la presencia de la mirada. Se debe dar importancia al contacto visual de los magistrados con las víctimas. La mirada en este escenario sostiene, devuelve al otro su condición de ser humano, para transferir la aceptabilidad de

parecientes tengan mayores herramientas en el afrontamiento de las etapas procesales dentro de las diferentes instancias judiciales. A diferencia de los procesos psicosociales que buscan la rehabilitación de las víctimas (como medida de reparación), los protocolos psicojurídicos se construyen con la perspectiva de hacer asimilables procesos relacionados con la garantía de derechos de las víctimas o con una participación en donde los comparecientes construyan herramientas para fortalecer su capacidad de reconocer y restaurar el daño.

¹⁸ De una manera sencilla, podría decirse que el proceso de contener “abriga” para el otro una experiencia emocional difícil de incorporar, una experiencia que hace compleja la interpretación de lo que está ocurriendo y el desarrollo de elementos de pensamiento que permitan procesar lo que acontece. Wilfred Bion introdujo la noción de continente y contenido para hacer referencia a la forma como la madre logra menguar la frustración y ansiedad en el niño. Esta forma de acudir a los escenarios de frustración fue llamada por él como la función de *réverie* por parte de la madre. Gracias a esa función, la capacidad de pensamiento se va formando en el niño no solo por la vulnerabilidad que él tiene a sentir ansiedad y frustración en contextos específicos, sino que también depende de los momentos en los que es contenido, de manera que se genera una complementariedad entre el momento en que el niño tiene ansiedad y la forma como la madre lo contiene (Wilfred Bion, *Elementos de psicoanálisis*, Buenos Aires, Hormé, 1988; *Volviendo a pensar*, Buenos Aires, Hormé, 1990).

su presencia en el escenario judicial, ya que la inaceptabilidad es algo que se va a dirigir frente a los hechos y a su reiteración en el futuro, no hacia las personas.

Sobre la incorporación de los relatos de las víctimas dentro del Caso 01 vale la pena mencionar que los testimonios públicos han dejado grandes lecciones a los escenarios de justicia transicional,¹⁹ pues deben guardar una racionalidad suficiente para hacer sentir a las víctimas la importancia de su relato y, además, permitir una escucha por parte de los operadores judiciales de muchas personas. La mayor parte de las críticas que se hacen a estos espacios han señalado la importancia de cumplir la promesa de escuchar a quienes han estado negados de su palabra durante muchos años y para quienes los procesos de justicia transicional se presentan como alternativas a ese largo tiempo de silenciamiento.

Además de los ejemplos anteriores en donde se describen los aspectos que han antecedido y definido formas de acompañamiento previas para que las víctimas puedan encontrar una noción de restauración dentro del proceso judicial, podrían resaltarse algunos adicionales. Para las familias de personas dadas por desaparecidas, el testimonio relacionado con el conocimiento que ellas tienen de la verdad sobre lo ocurrido con sus seres queridos se ha dado a lo largo de muchos años y ha implicado, dentro del Caso 01, dar un lugar de valía al aprendizaje logrado en el camino de la búsqueda de quienes hoy continúan desaparecidos.

Las palabras de las víctimas se presentan como elaboraciones que han logrado sobreponerse a los estados de perplejidad que causan las desapariciones y, en algún sentido, son formas de testimoniar que han logrado sobrevivir al efecto aniquilador de los hechos de violencia que se caracterizan por causar impotencia, incertidumbre y confusión. Desde esa perspectiva, el daño puede ser notado en la forma como se dice lo que ha acontecido en la vida de las víctimas, como sufrimiento, y no solo en el relato de los hechos que son dañosos. Escuchar a las víctimas ha requerido una espera paciente ante las pausas. Es necesario dar espacio al silencio y valorar lo que a través de él se cuenta, aun como vacío y como necesidad de esclarecimiento, o como efecto irreparable de las violaciones de sus derechos. En esa dimensión de vacío de lo que logra decirse y de lo que no puede ser testimoniado se asoma una responsabilidad de la JEP, la de pronunciarse también sobre esa escucha del hundimiento de la vida de las personas, cuando este se ha causado. Por eso, el daño ha precedido a la escucha de las víctimas, se ha supuesto como condición de ruta dentro del caso. Sigue siendo el silencio lo que más interpela

¹⁹ Sobre la participación de los testimonios de las víctimas en escenarios de justicia transicional se ha resaltado la importancia de construir espacios que les den la seguridad de ser escuchadas y en donde reconozcan la valía de su participación (Molly Andrews, "Pero si no he acabado... tengo más para contar": las limitaciones de las narraciones estructuradas de los testimonios públicos", *Antípoda*, núm. 4, pp. 147-159).

una actuación en la que se busca dar cuenta del residuo doliente que han dejado, durante años de conflicto armado, todos los hechos y las conductas que se asomarán como condenables para los propios miembros de la antigua guerrilla y para la comunidad.

Comparecer ante la JEP: la etapa de las versiones voluntarias

El primer encuentro del compareciente con la JEP, como justicia estatal, corresponde a las versiones voluntarias. La versión voluntaria es mencionada por el Acuerdo Final de Paz (punto 5, numeral 48 e) como la oportunidad que tienen los comparecientes mencionados en los informes de rendir su versión sobre los hechos y las conductas. En ese momento, y al reaccionar frente a las menciones que de él se hace en los informes del Estado y de las organizaciones de víctimas, el compareciente puede aportar verdad sobre los hechos objeto de investigación, confesar su responsabilidad por estos hechos y reconocer el daño causado a las víctimas. También lo puede hacer en una etapa procesal posterior, una vez la SRVRDH finalice el contraste de los informes y traslade sus conclusiones sobre los hechos y las conductas. Así, es un momento temprano de posible reconocimiento en una etapa de investigación preliminar.

La versión voluntaria está reglamentada por la Ley 1922 de 2018, artículo 27A, donde se señala que se trata de una diligencia cuya finalidad es el acopio de información y que la responsabilidad que allí se reconozca tiene valor de confesión. Ello constituye un obstáculo práctico al aporte a la verdad, pues al ser el primer encuentro con la JEP, tanto el compareciente como su abogado defensor están renuentes a aceptar responsabilidad individual en ese primer momento. Prefieren esperar, por lo general, a la etapa procesal del reconocimiento, donde también se puede aportar verdad y recibir los beneficios, y no conlleva el término “confesión”. Sin embargo, el compareciente y el abogado defensor están conscientes de que tienen el deber de aportar verdad, distinto al de aceptar responsabilidad individual.

La versión voluntaria es, en consecuencia, una diligencia de gran complejidad para el juez. Requiere un juez capaz de guiar la versión de manera que se produzca el mayor aporte posible a la verdad, en un contexto que en muchos sentidos es adverso a la misma. Requiere, además, un juez que ante los antiguos combatientes debe, por primera vez, representar un Estado legítimo, cuya legitimidad se comprenda como imparcialidad; por lo tanto, no puede aparecer como un Estado comprometido aún con la lucha contrainsurgente contra una guerrilla ya desmovilizada. Y un juez que, con el pleno respeto por el debido proceso y el derecho del compareciente a no autoincriminarse, busque no solo la verdad, sino la aceptación de la responsabilidad en este escenario temprano. No obstante, tampoco se trata de crear confianza a través de la percepción de laxitud, pues, en ese caso, incluso si la apariencia de laxitud fuera útil para

acopiar información, se generaría desconfianza por parte de las víctimas, a las cuales se les hace traslado de una copia de la versión voluntaria.

El hecho de que este sistema de justicia transicional tenga lugar en el contexto del Acuerdo Final de Paz agrega una especificidad al paradigma orientador de la justicia restaurativa. Exige al juez que, siendo Estado, renuncie, en todo caso, a mirar al excombatiente de la guerrilla como a un enemigo, y esto debe interpelar la práctica tradicional de la justicia ordinaria para adaptarla a una nueva situación de transición hacia la paz. Exige también al compareciente, que en el Caso 01 es un antiguo miembro de la guerrilla, que como lo indica el verbo comparecer, le “ponga la cara” a sus víctimas, si ha de recibir los beneficios penales. Es necesario tener presente que se trata de sujetos que, en el pasado, generalmente durante décadas, estaban alzados en armas contra el poder del Estado y que ahora están dispuestos a una aceptación del escenario estatal, con todo lo que implica someterse a él. No se trata entonces de dar, por la vía judicial, un soporte al pasado de odios y de venganzas, sino que el escenario de rendición de cuentas lo sea también de reincorporación a la vida civil,²⁰ pero una reincorporación que pasa por el reconocimiento del daño y su reparación.

En estas circunstancias, la función de los jueces de la JEP está demarcada por los fines del proceso de paz que le dieron origen y se afincan en el Acuerdo Final de Paz suscrito entre el Estado y la antigua guerrilla de las FARC-EP. En consecuencia, el contacto con los comparecientes se inicia con la necesidad de construir confianza en la imparcialidad del juez que representa al Estado y a la comunidad ofendida, pero no ya a un enemigo de guerra.²¹ Es necesario comprender, como parte del reto del contexto, que la gran mayoría de los comparecientes, en especial de las personas con mando en la antigua guerrilla, jamás había estado frente a un juez estatal, incluso aquellos contra los cuales pesaban varias condenas. Para la mayoría, en especial para quienes crecieron en zonas de colonización con escasa o nula presencia del Estado, la justicia nunca fue estatal y solo existió como “justicia guerrillera” en los consejos de guerra de

²⁰ A partir del análisis de María Clemencia Castro se podría reflexionar sobre la manera en que en el desarrollo de procesos de justicia transicional opera un cambio en nuestra actitud hacia los otros, dado que no se asimila para ellos la condición de oponente o del enemigo que ha sido tomada como pretexto para el abuso judicial en escenarios que han estructurado modelos de justicia durante la guerra y no en el tránsito hacia la paz (María Clemencia Castro, “El teatro de guerra: una puesta en escena del sujeto”, *Desde el Jardín de Freud*, núm. 5, 2005, pp. 304-313).

²¹ La actuación de la JEP tiene diferencias importantes que permiten no significarla como una reproducción de los consejos o juicios de guerra que implementaba la antigua guerrilla. Sin embargo, algunas formas de resarcir las ofensas podrían tener ciertas similitudes en la manera de definir los esquemas de compensación, mas no en los tipos de sanciones. Hasta ahora, estos elementos que han configurado las nociones de *justicia guerrillera* se han analizado a la luz de investigaciones sociológicas sobre la implementación de estos mecanismos por parte de las FARC y del ELN. Al respecto, véase Alfredo Molano, “La justicia guerrillera”, en Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia: análisis sociojurídico*, t. II, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2001, pp. 331-388.

la antigua guerrilla de las FARC-EP. Además, se enfrentaba un momento en el cual surgían las disidencias, había una oposición política importante al Acuerdo Final de Paz, y los antiguos guerrilleros estaban en libertad. Todo esto hacía peligrar la comparecencia voluntaria.

En el Caso 01 partimos para ese encuentro de una lección importante de los procesos de justicia restaurativa adelantados en comunidades étnicas y, en particular, del hecho de que, en principio, los pueblos étnicos no dejan de abrazar como parte de su comunidad a quienes cometieron ofensas. La expulsión de la misma y la remisión de la ofensa a la justicia estatal solo ocurren en casos extremos y es la sanción máxima. La actuación de la justicia restaurativa en grupos étnicos tiene lugar porque, ante todo, quienes causaron las ofensas son miembros de la misma comunidad y ante ellos procede una actuación que no los expulsa, sino que procede dentro del acogimiento en la comunidad moral de referencia, de la cual también emana tanto el reproche moral como la exigencia de rendir cuentas y de reparar el daño.

Esta integración en la comunidad resuena también con una cultura predominantemente católica, donde el reproche al comportamiento no conlleva la exclusión definitiva de la comunidad de creyentes, pues está siempre latente la posibilidad de la confesión, la contrición y el perdón. La justicia como venganza en la cultura católica se ve morigerada por la posibilidad de retorno a la comunidad moral de la que fue expulsado el victimario, un retorno que está sujeto al reconocimiento del daño, pero que es también una expresión de los valores morales de la comunidad que es capaz de perdonar y acoger de nuevo a quien la ha ofendido. En ese sentido, tanto los modelos de justicia indígena como la cultura católica y cristiana ofrecen un marco cultural que da sentido a la resolución de las tareas pendientes con el pasado, y la prospectiva de reconciliación son también agregados de la justicia restaurativa.

Los retos planteados por las versiones voluntarias propiciaron la búsqueda de un método para las versiones que ya tuvieran elementos de justicia restaurativa, para lo cual se eligió el modelo PEACE, que permite al presunto responsable hacer una narración muy extensa, con preguntas abiertas, bajo la premisa de que mientras más hable sin interrupciones, mayor es la calidad de lo aportado. La adaptación del modelo construye, además, sobre el aprendizaje de justicia ordinaria en las extensas versiones de los comandantes paramilitares bajo la ley de Justicia y Paz.

Un modelo más efectivo para llegar a la verdad plena

El modelo PEACE se plantea, en primer lugar, como más efectivo para llegar a la verdad plena que el tradicional interrogatorio acusatorio de cuestionar y amedrentar al presunto responsable. Si bien se trata de una entrevista a presuntos responsables, el interrogatorio como modelo de la versión voluntaria parece

poco afortunado, pues genera desconfianza en el compareciente y resistencia al aporte a la verdad en ese escenario temprano. Además, como ya se vio en las versiones libres de Justicia y Paz, el interrogatorio no sería un método adecuado para reconstruir la complejidad de las acciones en un contexto de conflicto armado, como sí lo son los largos relatos con un formato amplio y preguntas de seguimiento.²² El interrogatorio tradicional está basado, por lo general, en la técnica REID, la cual busca que el presunto responsable admita su culpabilidad a través de la alternación entre la confrontación directa y agresiva, y la oferta de salidas de cooperación para lo que se presenta como una situación de inminente condena del presunto responsable. Es la forma de interrogatorio más conocida popularmente, ya que se representa con frecuencia en las películas y series televisivas de origen estadounidense. Fundamenta también el interrogatorio en la práctica de la investigación criminal en Colombia, que se diferencia de la entrevista, en cuanto esta se plantea como un diálogo con una potencial víctima o testigo, mientras que el interrogatorio se reserva para el presunto responsable o para quien se sospecha oculta información. Se use o no la técnica REID, el objetivo del interrogatorio es presionar al presunto responsable para que admita su culpa sobre un hecho concreto, y, por supuesto, es más efectiva cuando el sujeto está detenido, pues se utiliza la amenaza de prorrogar la detención si no se reconoce la responsabilidad individual.

El modelo PEACE fue desarrollado por la policía inglesa ante la ineffectividad de la entrevista acusatoria del tradicional interrogatorio, que está ligado a confesiones falsas y a la retractación en juicio de lo que se aporta en el interrogatorio.²³ Por su mayor eficiencia investigativa, el modelo PEACE ya ha

²² Ver Centro Nacional de Memoria Histórica, *Justicia y Paz: verdad judicial o verdad histórica*, Bogotá, CNMH, 2012.

²³ El origen del modelo PEACE de entrevista forense es la reforma al procedimiento penal en Gran Bretaña, mediante la Ley de Policía y Evidencia Criminal (Police and Criminal Evidence Act, PACE), de 1984, que obligó a grabar los interrogatorios y, luego, a examinar de manera científica su efectividad, que entonces quedó en duda. La necesidad de dicha evaluación surgió por una serie de escándalos por falsas confesiones obtenidas en interrogatorios, notablemente los casos de los Seis de Birmingham y los Cuatro de Guilford, todos hombres jóvenes acusados de poner bombas a nombre del IRA, con base en confesiones realizadas por medio de entrevistas forenses hechas con el modelo de interrogatorio y que tuvieron valor de confesión, a pesar de que los acusados luego se retractaron. En 1992, la Asociación de Jefes de Policía y el Ministerio del Interior (*Home Office*) congregó a un equipo de policías y psicólogos para desarrollar una nueva forma de hacer entrevista forense. Estos desarrollaron el modelo PEACE, que desde entonces ha sido ajustado a partir de evaluaciones de efectividad que se hacen periódicamente; las evaluaciones han demostrado que el modelo es muy superior al interrogatorio, no solamente porque preserva los derechos humanos y la dignidad de los sospechosos, sino por cumplir con el objetivo final de obtener verdad. En 1992, John Baldwin evaluó 600 entrevistas forenses hechas como interrogatorios y encontró que una gran proporción de ellas eran incompetentes, mal hechas y que las preguntas y la forma de hacerlas eran poco profesionales (John Baldwin, "Police interview techniques: Establishing truth or proof?", *The British Journal of Criminology*, vol. 33, núm. 3, 1993, pp. 325-352; National Policing Improvement Agency National, *Investigative Interviewing Strategy*,

sido adoptado por las policías de Australia, Nueva Zelanda, Noruega, partes de Canadá y, actualmente, su adopción está bajo consideración en Vietnam, Indonesia, Hong Kong, Singapur, Malasia y la República de Irlanda.²⁴ Hoy es utilizado también por la Corte Penal Internacional (CPI) en sus investigaciones,²⁵ y su adopción ha sido recomendada para los Estados Unidos.²⁶ Además, el modelo ha sido recomendado por el Relator Especial de las Naciones Unidas contra la Tortura, Juan Méndez, como la forma adecuada y eficaz de hacer entrevistas (interrogatorios) de sospechosos con pleno respeto de los derechos humanos.²⁷ En 2016 presentó un informe provisional a la Asamblea General, en el cual recomendó la adopción de un protocolo universal para la entrevista forense que abandonara “las técnicas acusatorias, manipuladoras y basadas en la confesión para abrazar un modelo de entrevista con fines de investigación”, lo cual permitiría a los Estados no solo mejorar la protección de los derechos humanos, “sino también su eficacia a la hora de resolver los delitos y de mantener las sociedades seguras”.

El modelo PEACE es adecuado para una diligencia judicial que, en términos de su función, se trata de una entrevista forense con víctimas, testigos y sospechosos, realizada por un juez investigador o juez de instrucción. Ello, dado que su propósito es acopiar información dentro de un proceso de contraste de informes, versiones y pruebas, antes de tomar una decisión sobre la verdad de los hechos y las conductas, y de abrir el espacio para el reconocimiento de esta verdad por parte de los comparecientes. Al ser su principal propósito acopiar información, debe ser lo más efectiva posible para lograrlo.

En el Caso 01, si bien los comparecientes estaban acusados de múltiples crímenes, su implicación principal, derivada de los informes, era la de haber sido parte de la cúpula de la extinta guerrilla y, en cuanto tal, haber tenido mando y

NPIA, 2009. Disponible en: <http://library.college.police.uk/docs/npia/BP-Nat-Investigative-Interviewing-Strategy-2009.pdf>. Por su parte, en los Estados Unidos se está estudiando como una alternativa potencialmente más eficaz que el modelo tradicional del interrogatorio (Mary Schollum, “Bringing PEACE to the United States: A framework for investigative interviewing”, *The Police Chief*, 2017. Disponible en: <http://www.policechiefmagazine.org/bringing-peace-united-states/>).

²⁴ Ante las numerosas críticas a la ineffectividad de los interrogatorios del estilo norteamericano, el gobierno de Obama creó un grupo en el FBI (el High Value Detainee Interrogation Group) dedicado a explorar la evidencia científica sobre la mejor manera de interrogar sospechosos. Este llegó a conclusiones similares a las de la policía inglesa, pero el gobierno de Trump no continuó el esfuerzo. Para la evaluación realizada por el grupo, véase Christian Meissner, Frances Surmon-Bohr, Simone Oleszkiewicz y Laurence John Alison, “Developing an evidence-based perspective on interrogation: A review of the U.S. Government’s High-Value Detainee Interrogation Group Research Program”, *Psychology Public Policy and Law*, vol. 23, núm. 4, 2017.

²⁵ Xabier Agirre Aranburu, Guidelines for Investigative Interviewing, mimeo de un documento de trabajo de la CPI; disponible con la autora.

²⁶ Schollum, *op. cit.*

²⁷ Naciones Unidas - Asamblea General, Informe provisional del Relator especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 5 de agosto de 2016, A/71/298, pp. 29-30. Disponible en: https://digitallibrary.un.org/record/839995/files/A_71_298-ES.pdf

control sobre la tropa. En este sentido, el objetivo de las versiones voluntarias era contrastar la información entregada por la Fiscalía sobre la participación de los antiguos mandos de la guerrilla en cuanto tales, en particular las unidades militares comandadas, las responsabilidades asumidas con el mando, las zonas del país donde operaron y los periodos en los cuales lo hicieron. La confrontación acusatoria no parecía ser útil para esclarecer unos datos que los comparecientes tendrían poca necesidad de ocultar, dadas las condiciones del Acuerdo Final. Un segundo objetivo era el reconocimiento del daño causado por la tropa a su mando, reconocimiento que algunos ya habían ofrecido a través de los medios de comunicación, y que otros están aún en proceso de reconocer públicamente.

Al utilizar el modelo PEACE en las versiones voluntarias, se siguió la estructura presentada en los múltiples manuales consultados para este efecto, adaptada a la JEP: en primer lugar, la etapa de planificación fue muy detallada (*P*). Incluyó, como recomienda el modelo, una reunión preparatoria con la defensa, y la comunicación previa de las razones por las cuales se les llamaba y los temas de interés de la Sala; también, el traslado preliminar de los informes como está establecido en la Ley 1957 de 2019. El temario giró en torno a la trayectoria de cada individuo en la organización, principalmente, así como su participación directa en hechos del Caso 01, y su percepción del daño causado y la mejor manera de resarcirlo. En la diligencia se inició con acciones dirigidas a explicar y crear confianza (*E*) en el profesionalismo y la imparcialidad de misma. Se presentaron los temas y se inició un extenso relato (*A*) del compareciente con numerosas preguntas abiertas para profundizar y ampliarlo. La diligencia conlleva un cierre (*C*), en el cual se valida lo principal de la información recopilada, repitiendo de manera que quede claro que el compareciente fue escuchado, y haciendo preguntas de aclaración y profundización. Al finalizar, había una evaluación (*E*) realizada con los equipos de analistas que observaban la diligencia y contrastaban los datos aportados por el compareciente con lo que había aportado la FGN y otras fuentes abiertas y reservadas.

Considerando la naturaleza y los fines de las versiones voluntarias ante la JEP, descritas en la primera parte de este documento, el modelo PEACE resultaba el más atractivo para enfrentar los retos del juez en este tipo de versión en la justicia transicional. Además, existe armonía entre este y las disposiciones propias del procedimiento dialógico de la Ley 1922, y del propósito general de la JEP de generar reconciliación y promover la paz. El desarrollo final del caso demostrará si es o no el método más efectivo para acopiar la información requerida. Sin embargo, queda la inquietud sobre si el modelo es suficiente para obtener el reconocimiento del daño causado, y cuál será la reacción de las víctimas al escuchar los extensos relatos de los comparecientes. ¿Puede una entrevista que es de investigación de un macrocaso aportar a la justicia restaurativa y, por lo tanto, a la satisfacción de los derechos de las víctimas?

Integrando en el modelo el primer reconocimiento del daño: lo que nunca debió haber sucedido, lo que nunca debe volver a suceder

Es claro que el modelo PEACE está destinado, principalmente, a recabar información para contrastar y profundizar en el esclarecimiento de los hechos. Sin embargo, una de las apuestas del Caso 01 es explorar la posibilidad de que el método permita, desde una etapa muy preliminar de la versión voluntaria, dar pasos tempranos para cimentar un reconocimiento que cumpla con los estándares de la justicia restaurativa. Si bien no es una diligencia de justicia restaurativa en la cual haya un facilitador del reconocimiento en un sentido tradicional, el uso del modelo da unos primeros pasos en la dirección de la implementación del paradigma orientador, al ofrecer una oportunidad para el reconocimiento del daño.

A este propósito le antecede un supuesto: que los comparecientes dentro del Caso 01 en esta etapa inicial quizá aún no tengan suficientes elementos para reconocer la dimensión del daño que pudieron causar. Si bien se trata de un escenario de rendición de cuentas, es también tarea de la justicia restaurativa, en cuanto propicia la reincorporación del compareciente a la vida civil, brindar elementos para que se dé el reconocimiento del daño. El supuesto de que el compareciente aún no tenga los elementos para reconocer el daño encuentra un sustento teórico en el análisis de los marcos de interpretación de la experiencia social.

El rechazo a causar sufrimiento a otro depende de la percepción de la humanidad y la vulnerabilidad de ese otro; solo entonces la vida de este aparece como una vida que merece ser protegida y se reconoce que, si esta persona llegara a morir o a desaparecer, esta vida sería llorada, sería vivida como pérdida.²⁸ Este supuesto es llamado por Judith Butler marco de interpretación de la violencia o de la guerra. Se trata de formas interpretativas, que pueden resaltar como justificables o no algunas acciones emprendidas para cometer crímenes de guerra o violaciones de los derechos humanos, cuando los mismos mecanismos de organización de los aparatos militares promueven marcos de comprensión de la realidad que niegan la humanidad y la vulnerabilidad del enemigo, y que no reconocen sus muertes como muertes lloradas. Estos marcos de interpretación propios de la guerra se sostienen en discursos colectivos, pero generalmente han sido asimilados por las diferentes sociedades en conflicto y se amparan en un marco de aceptabilidad de la violencia sostenido por valores culturales.²⁹ Es decir que se trata de formas interpretativas que, al ser empleadas por colectivos durante largos periodos de tiempo, tienden a justificar

²⁸ Se alude a la palabra reconocimiento porque es en esta forma de interpretación que coincide la valoración de la vida del otro como una vida susceptible de ser llorada, es decir que el reconocimiento crea en la posibilidad de advertir la noción de pérdida de la vida del otro, o de las cualidades que la caracterizan (Judith Butler, *Marcos de guerra. Las vidas lloradas*, Madrid, Paidós, 2010).

²⁹ *Idem*.

para el individuo, bajo el efecto del mismo amparo ideológico, los hechos violentos y el sufrimiento causado. La tarea, entonces, es también transformar estos marcos y reemplazarlos por otros acordes a la reincorporación; el relato estructurado temporalmente en torno a la biografía personal, acompañado de preguntas abiertas, es ideal para sentar los cimientos de esta transformación.

Pues bien, debido a que se trata de un esquema de justicia restaurativa, la intención de convocar el propósito de aumentar su capacidad de reconocimiento tiene sentido, dado que a los responsables de los hechos se les escucha con el propósito de que puedan dar cuenta de su responsabilidad y contribuir a la verdad. Ello, considerando que se trata de unos hechos que, aunque acontecieron en el pasado, se presentan ante una comunidad que va a pronunciarse sobre ellos en el presente, ante una Jurisdicción de la que se acordó su actuación precisamente para informar sobre el pasado, y frente a una comunidad más amplia que reclama un derecho propio a la verdad y al esclarecimiento. El presente en el cual se da cuenta de estos hechos, sin embargo, ya no es el presente de la guerra, y este hecho, el de la paz, erosiona el amparo ideológico que los justificaba y que impedía percibir el daño causado, y permite revivirlos o repensarlos dentro de los nuevos marcos de reconocimiento.

Con este fin en mente, se introducen preguntas que traen a la diligencia la perspectiva de la víctima y se pide una reacción frente a esta y, de manera implícita, frente a la dignidad humana de la cual es portadora la víctima; así, por ejemplo, en algunas diligencias se leyeron apartes de los testimonios de las víctimas y se les pidió a los comparecientes reaccionar frente a estas palabras. Incluso cuando no se obtuvo respuesta, el escenario quedó planteado para un reconocimiento posterior a partir de la reflexión personal sobre el momento presente y la erosión del amparo ideológico que permitió negar la humanidad de quien sufrió las agresiones.

Vale la pena, sin embargo, considerar algunas tensiones que surgen de lo planteado. Aunque el modelo de justicia restaurativa deja esas lecciones y, como se ha dicho, implica acoger a los sujetos que comparecen presumiendo de ellos la voluntad dentro del proceso de transformar sus marcos interpretativos, sobreviene una tensión para la que no existe antecedente suficiente: ¿qué sucede con las ofensas que no caen dentro de lo considerado “abrazable” por la comunidad más amplia, sino que para muchas personas, incluyendo quizá al mismo juez en cuanto humano, son hechos que han impactado en una dimensión de exceso lo que sería soportable?

Frente a esta dimensión, el exceso, que son las graves violaciones de los derechos humanos o los crímenes de guerra, también existe un aprendizaje posible de los grupos étnicos, especialmente ante los dilemas en donde los hechos sobrepasan los referentes de transgresión que preexisten en las poblaciones. En ese caso hay que adecuar formas de actuación que agreguen elementos como el

reconocimiento de lo irreparable y otras respuestas en términos de reparación a los mecanismos restaurativos que proceden –por tradición– en la resolución de conflictos ancestrales.³⁰ Una posibilidad es introducir como punto de inflexión en la narración el paso del tiempo, indicando que es posible pensar antes de una forma y ahora de otra, con el Acuerdo de Paz como punto de quiebre, a fin de dejar los hechos en un pasado superado.

Desde esa perspectiva, el reconocimiento del daño podría ampliarse, al afirmar que en el presente se está en un proceso donde se busca reincorporarse a la comunidad moral de la víctima, identificando como condenables hechos que le causaron daños, restaurando la dignidad que las víctimas señalan como afectada, insistiendo en la realidad de la plena humanidad de las víctimas, humanidad que fuera negada por la justificación enunciada de la guerra. Se aclara que hoy estos hechos pasados se señalan como *lo que no puede volver a suceder*, en la tradición del “nunca más” del movimiento de derechos humanos, de manera que los comparecientes puedan referirse al carácter condenable de su repetición en el futuro y a su arrepentimiento como sujetos que son ahora distintos, en el tiempo, a los que cometieron los hechos.

La alternativa para los comparecientes de la antigua guerrilla de las FARC es que el discurso de la paz reemplace, como causa, al de la guerra. A diferencia del discurso de guerra que “ofrece al sujeto la ocasión de hacerse a un lugar en lo social, un lugar en el cual es posible inscribirse a título de combatiente de una causa”,³¹ el de paz lo pone en condición de inscribirse en el lugar social del futuro. Allí, el reconocimiento del daño puede dirigirse y presentarse como indicador de la voluntad de su cumplimiento de lo acordado y configurar esa nueva imagen que será la agencia social que ha de construirse, la de político, la de campesino, la de estudiante.

También es posible integrar a la versión una expresión de la comprensión del daño como algo que ya se había reconocido en el pasado, algo que bajo los valores y las reglas de la guerrilla era ya un exceso, visto como tal por el propio grupo. Se trataría, entonces, no de algo que se reconoce hoy como dañoso, pero que en el pasado no se reconocía así, sino de un daño que desde entonces ya se sabía que existía. No se trata solamente de algo que “nunca debe volver a suceder”, sino efectivamente de algo que “nunca debió haber sucedido”. Ese vehículo para el reconocimiento encontraría su anclaje en la forma de admitir como reprochable tanto la conducta como la falta de control sobre esta por el superior. Así, tanto a través del reconocimiento de lo que nunca debe suceder

³⁰ Sobre algunos de estos dilemas propios de la Jurisdicción Especial Indígena y que trascienden a las ofensas regulares, véase César Rodríguez Garavito y Yukyan Lam, *Etnorreparaciones: la justicia étnica colectiva y la reparación a pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes en Colombia*, Bogotá, Dejusticia, 2011.

³¹ Castro, *op. cit.*, p. 308.

de nuevo como de lo que nunca debería haber sucedido, se propicia el reconocimiento del daño.

Por supuesto, el daño no deja de ser inconmensurable; frente a este, el derecho en todas sus formas se queda siempre corto. Esta es también la experiencia del proceso judicial para quienes operan la norma. Pero, al mismo tiempo –y esta es la apuesta de la justicia transicional guiada por el paradigma orientador de la justicia restaurativa–, es también un daño que puede ser reconocido como tal por los antiguos victimarios en su proceso de reincorporación a la vida civil y ciudadana, y la esperanza es que este reconocimiento, y el aporte de verdad que lo acompaña, permita a las víctimas una medida importante de satisfacción y cierre del pasado.

Conclusión: evaluación del primer año del Caso 01 desde una perspectiva de justicia restaurativa

A los propósitos de la justicia restaurativa que se han señalado, se les suman otras condiciones transversales y que se presentan como reflexiones sobre una actuación judicial que aún se está construyendo. Por eso, a continuación se describen los logros y las limitaciones de la integración de la justicia restaurativa al proceso, a riesgo de ser elaboraciones que se rehagan en el instante en que son dichas, o que se afirmen y luego se contradigan en un camino que no carece de elementos aún por transitar. Aun así, las hacemos aquí convencidas de la novedad de poner en marcha un modelo de justicia que desde el primer momento, efectivamente, intente verse orientado por el objetivo final de lograr la justicia restaurativa.

Entre los logros iniciales, por ejemplo, se destacan las manifestaciones de confianza recibidas tanto por parte de las víctimas como de los comparecientes que han surtido ya los encuentros con la SRVRDH. Dentro de estas se encuentra, en algunos, el reconocimiento de la importancia de los valores que se ponen en escena con la integración de la escucha en los informes mixtos y en las versiones voluntarias. Si bien estos logros son, en términos del proceso, anclares a la investigación que se centra en la documentación de vacíos de información y contrastación de la misma, no lo son frente al fin último, que es el logro tanto del reconocimiento como de la paz que este pueda cimentar.

Otro aspecto positivo del proceso es la coincidencia metodológica con los otros macrocasos ante la SRVRDH. De manera concurrente transcurre la instrucción de otros casos ante la Sala de Reconocimiento, como los referentes a situaciones territoriales (02 en Nariño, 04 en el Urabá y 05 en el norte del Cauca) y los casos nacionales (03 de “falsos positivos”, 06 sobre el exterminio de la Unión Patriótica y 07 sobre reclutamiento forzado). Esto permite diálogos y aprendizajes transversales, ya que los magistrados enfrentan retos similares a los aquí descritos y han encontrado soluciones que también buscan materializar la justicia restaurativa en estas etapas tempranas.

Entre las limitaciones evidentes está la de los tiempos y recursos para surtir el proceso a cabalidad, lo cual reduce el número de víctimas que es posible escuchar de esta manera, en particular por la presión de las expectativas de llegar pronto a decisiones finales. También se trata de procesos que tienen vocación de reserva en esta etapa inicial, pero que están bajo una enorme presión de caer en la lógica de la publicidad, propia de la justicia transicional, pero no de la restaurativa. La publicidad, si bien es un derecho de la sociedad, erosiona el tiempo necesario para la reflexión y la oscilación entre posiciones, propias de la transformación de los marcos de referencia.

Por último, aparecen en el horizonte temas que requieren una reflexión profunda, con poco tiempo para ella. Por ejemplo, cómo tramitar las zonas grises que aparecen en los relatos extensos y que no surgen en los interrogatorios convencionales, en especial, el odio de las víctimas hacia los comparecientes y sus manifestaciones de que nada podrá resarcir lo ocurrido salvo un sufrimiento similar; o las descripciones de los antiguos guerrilleros de sus propias victimizaciones a manos de paramilitares o del Estado, o de su propio sufrimiento dentro de la organización sin que se plantee en el modelo ninguna esperanza de justicia frente al primero o el segundo.

Queda latente la pregunta por el rol del juez y de los equipos que lo apoyan, como testigos también de lo ocurrido, a partir de su función de instrucción, y, como tales, testigos ante la comunidad de lo que ha escuchado, visto y comprendido a través de la instrucción. En esta labor se está permanentemente expuesto a testimoniar el tránsito que ha habido entre la guerra y la paz para las víctimas, para los responsables de los hechos y para la justicia. Se trata de las tres figuras que actúan en el escenario judicial como miembros que se rehacen en el tránsito del proceso. Esta responsabilidad de testimoniar será traducida en una resolución de conclusiones que describa, suficientemente, los elementos que resultan condenables de todos los hechos, el aspecto sufriente que en ellos se reunía y el que ha quedado latiendo como dolor en las víctimas que depositan su confianza en la actuación de la JEP. Pero, sobre todo, se está expuesto a unas historias en donde la tragedia se instaló en las relaciones humanas de quienes eran víctimas y victimarios. El encuentro entre unos y otros en el momento presente se hará realidad, ojalá, en la siguiente etapa del proceso condensada en la audiencia de reconocimiento y la eventual resolución de conclusiones, para la cual todo el equipo del caso está trabajando y que dará sentido a lo hasta ahora construido en el Caso 01.

Para todos los macrocasos ante la Sala, la representación de lo sucedido en la resolución de conclusiones es el reto último de esta tarea de ser testigo de instrucción. Dadas las condiciones materiales, de recursos y de tiempo, no existe por ahora otra forma de integrar esto de una manera diferente a señalar, dentro de grandes patrones, solo unos hechos, unos momentos, que permitan la

representación de la tragedia sin dar cuenta de todo lo sucedido, hecho a hecho. Es imposible pretender exponer la totalidad de lo que ha sido, y dar sentido más allá de lo que permite el derecho: estos hechos ocurrieron, son responsabilidad de unos sujetos que los permitieron y los ejecutaron, frente a unos sujetos que los sufrieron. Su significado ulterior queda en manos de otros procesos de reconciliación y verdad, y de allí también la importancia de la integralidad del sistema, de su integración con la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas (UARIV), pero quizá de manera aún más importante, de la labor que queda en manos de la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición, labor que también se debe guiar por la justicia restaurativa.

Bibliografía

- ANDREWS, Molly, “‘Pero si no he acabado... tengo más para contar’: las limitaciones de las narraciones estructuradas de los testimonios públicos”, *Antípoda*, núm. 4, 2007, pp. 147-159.
- AGIRRE ARANBURU, Xabier, “Sexual Violence beyond Reasonable Doubt: Using Pattern Evidence and Analysis for International Cases”, *Leiden Journal of International Law*, núm. 23, 2010, pp. 609–627.
- BALDWIN, John, “Police interview techniques: Establishing truth or proof?”, *The British Journal of Criminology*, vol. 33, núm. 3, 1993, pp. 325-352.
- BERISTAIN, Carlos Martín, *Diálogo sobre la reparación: experiencias en el sistema interamericano de derechos humanos*, t. 1, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008.
- BION, Wilfred, *Elementos de psicoanálisis*, Buenos Aires, Hormé, 1988.
- _____, *Volviendo a pensar*, Buenos Aires, Hormé, 1990.
- BUTLER, Judith, *Marcos de guerra. Las vidas lloradas*, Madrid, Paidós, 2010.
- CASTRO, María Clemencia, “El teatro de guerra: una puesta en escena del sujeto”, *Desde el Jardín de Freud*, núm. 5, 2005, pp. 304-313.
- MEISSNER, Christian, Frances SURMON-BOHR, Simone OLESZKIEWICZ y Laurence John ALISON, “Developing an evidence-based perspective on interrogation: A review of the U.S. Government’s High-Value Detainee Interrogation Group Research Program”, *Psychology Public Policy and Law*, vol. 23, núm. 4, 2017.
- MEMON, Amina, Christian MEISSNER y Joanne FRASER, “The cognitive interview: A meta-analytic review and study space analysis of the past 25 years”, *Psychology, Public Policy, and Law*, núm. 16, 2010.
- MOLANO, Alfredo, “La justicia guerrillera”, en Boaventura DE SOUSA SANTOS y Mauricio GARCÍA VILLEGAS, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia: análisis sociojurídico*, t. II, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2001.

- NATIONAL POLICING IMPROVEMENT AGENCY NATIONAL, *Investigative Interviewing Strategy*, NPIA, 2009.
- NACIONES UNIDAS, Asamblea General, Informe provisional del Relator especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes, 5 de agosto de 2016, A/71/298.
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Programas de Reparaciones*, Nueva York y Ginebra, OACNUDH, 2008.
- REYES MATE, Manuel, *Memorias de Auschwitz. Actualidad moral y política*, Madrid, Trotta, 2003.
- RODRÍGUEZ CELY, Leonardo Alberto, “Análisis de la justicia restaurativa en materia de responsabilidad penal para adolescentes en Colombia”, *Anuario de Psicología Jurídica*, vol. 22, 2012, pp. 25-35.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César y Yukyan LAM, *Etnorreparaciones: la justicia étnica colectiva y la reparación a pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes en Colombia*, Bogotá, Dejusticia, 2011.
- SAMPEDRO ARRUBLA, Julio Andrés, “La justicia restaurativa: una nueva vía, desde las víctimas, en la solución al conflicto penal”, *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 17, julio-diciembre de 2010, pp. 87-123.
- SCHOLLUM, Mary, “Bringing PEACE to the United States: A framework for investigative interviewing”, *The Police Chiefe*, 2017.
- TAPIAS, Ángela (comp.), *Justicia restaurativa en Colombia*, Bogotá, Universidad Santo Tomás, 2017.
- TONCHE, Juliana y Camilo Eduardo UMAÑA HERNÁNDEZ, “Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición: un acuerdo de justicia ¿restaurativa?”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 38, 2017, pp. 223-241.
- UNDOC, *Manual sobre programas de justicia restaurativa*, Serie de manuales sobre justicia penal, Nueva York, 2006.
- UPRIMNY, Rodrigo y María Paula SAFFON, “Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades”, en Angelika RETTBERG (comp.), *Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional*, Bogotá, Uniandes, 2005.

El compareciente como declarante en el procedimiento de amnistía *

«JUAN JOSÉ CANTILLO PUSHAINA» Magistrado de la Sala de Amnistía o Indulto

Resumen: En el procedimiento de amnistía adelantado por la Sala de Amnistía o Indulto, un elemento de conocimiento facultativo, pero de vital importancia para la toma de la decisión de fondo sobre la concesión o no del beneficio, es el de la declaración del compareciente. Este artículo busca, a través de un método exploratorio y deductivo, establecer la naturaleza de dicha declaración y enmarcarla dentro de los principios que rigen el proceso transicional, teniendo presente que estos no se apartan de aquellos consagrados en el ordenamiento penal colombiano, sino que, al contrario, se complementan.

Palabras clave: SAI, libertad probatoria, permanencia de la prueba, testimonio, entrevista, interrogatorio, compareciente, declarante.

Abstract: In the amnesty procedure conducted by the Amnesty and Pardon Chamber, one element of optional knowledge, but of vital importance for making substantive decisions about whether or not to grant the benefit, is the appearing party's declaration. Using an exploratory and deductive methodology, this article seeks to establish the nature of such declaration, and to frame it within the principles that govern the transitional process, bearing in mind that they do not diverge from those enshrined in the Colombian criminal justice system, but on the contrary, they complement each other.

Key words: SAI [Amnesty and Pardon Chamber], probation, permanence of evidence, testimony, interview, interrogation, appearing party, declarant.

* Agradecimientos a las doctoras Andrea Lozano Almarío y María Esther Pinto Escobar, miembros del equipo del despacho, quienes apoyaron en la revisión del documento.

Introducción

Con el objeto de resolver de manera definitiva la situación jurídica del compareciente, la Sala de Amnistía o Indulto (SAI) de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) otorga amnistías que, según el caso, serán propias o impropias,¹ de acuerdo con la clasificación existente en Colombia de tal beneficio. La amnistía propia extingue la acción penal,² mientras que la impropia extingue la pena y todos sus efectos.³ De ahí que cuando la amnistía concedida evita que la persona sea investigada, imputada, acusada, juzgada o condenada por los delitos que cometió, se está ante una amnistía propia; cuando el beneficio impide que a la persona que ya ha sido condenada se le aplique la sanción penal o se le exima de la pena, se trata de una amnistía impropia, siempre que la sentencia condenatoria se encuentre ejecutoriada.

En ese sentido, sobresale la diferencia entre la amnistía y el indulto,⁴ ya que este último “se relaciona exclusivamente con la pena impuesta por el delito cometido, la amnistía no solo borra el castigo, sino que, en su virtud, desaparecen el delito y la calidad de culpable del hecho”.⁵ Así, mientras la amnistía extingue la acción penal y la pena y todos sus efectos,⁶ el indulto suprime sólo la pena.⁷

Ahora bien, en el procedimiento de amnistía ante la SAI, esta tiene la facultad de ampliar información y de recaudar elementos de conocimiento que le permitan tomar una decisión de fondo,⁸ esto es, de conformar el conjunto de elementos de juicio o pruebas sobre cuya base se adoptará la decisión.⁹ Entre dichos elementos de conocimiento se encuentra la declaración del compareciente, la cual ha sido encuadrada por algunos operadores jurídicos en el instrumento de la entrevista y que, por ello, ha originado algún tipo de confusión procesal

¹JEP - SAI, Resolución SAI-AOI-004-2018 de 27 de diciembre de 2018. Se ha reiterado en otros pronunciamientos de la SAI, como por ejemplo en la Resolución SAI-SUBA-AOI-002-2019 de 18 de febrero de 2019.

²Ley 599 de 2000, numeral 3, artículo 82.

³*Ibid.*, numeral 3, artículo 88.

⁴En palabras de Catalina Ibáñez, la Ley de Amnistía (Ley 1820 de 2016) confunde las dos figuras. Revisada la experiencia iberoamericana, no sería la primera vez que esto sucede. Un ejemplo es el caso de Argentina, donde se aplicaron indultos que tenían más bien el carácter de amnistías (Catalina Ibáñez Gutiérrez, “Artículo 24. Amnistías o indultos otorgados por la Sala de Amnistía o Indulto”, en Kai Ambos y Gustavo Emilio Cote Barco (eds.), *Ley de amnistía. Comentario completo y sistemático (Ley 1820 de 2016)*, Bogotá, Editorial Nomos, 2019, pp. 247-248).

⁵Guillermo Bruna Contreras, “La amnistía”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 18, núm. 1, 1991, p. 105.

⁶Por ejemplo, los antecedentes penales (art. 55, num. 1, 61, inc. 2; art. 63, nums. 2 y 3; art. 68A de la Ley 599 de 2000) y la reincidencia como circunstancia agravante de la pena (art. 46, num. 2, inc. final, Ley 1453 de 2011, que modificó el artículo 39 de la Ley 599 de 2000).

⁷Ley 599 de 2000, numeral 2, artículo 88.

⁸Ley 1820 de 2016, artículo 27.

⁹Jordi Ferrer Beltrán, “La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasibenthaminiana”, en Carmen Vázquez, *Estándares de prueba y prueba científica*, Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 24.

probatoria. En este sentido, el presente artículo tendrá como objetivo abordar sucintamente la declaración del compareciente en sede judicial de amnistía, a partir de los principios de libertad probatoria y permanencia de la prueba, su naturaleza y los requisitos que se deben cumplir en su recepción en el marco de los objetivos de la justicia transicional.

Libertad probatoria y permanencia de la prueba

Los modelos probatorios adoptados por los Estados pueden ser de dos clases: 1) un sistema de pruebas típicas que, como modelo cerrado, faculta al legislador a establecer de forma taxativa los medios de prueba, de manera que los no consignados expresamente en la ley se consideran prohibidos por ese solo hecho; 2) un sistema de pruebas atípicas, esto es, un modelo abierto, en cuya virtud existe libertad para solicitar, presentar, admitir, practicar y valorar cualquier medio de prueba, se encuentre o no especificado por la Ley, siempre que no viole derechos fundamentales o el ordenamiento jurídico.¹⁰ De los diferentes códigos procesales en Colombia se puede inferir que en los procesos judiciales –y en especial en el proceso penal–, el legislador ha optado por un sistema de pruebas atípicas, teniendo en cuenta que los medios de conocimiento que relacionan los códigos son solo enunciativos y que se rigen por el principio de libertad probatoria.

Por ejemplo, en el Código General del Proceso, Ley 1564 de 2012, se establece que “son medios de prueba la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez”. Y, adicionalmente, consagra que “el juez practicará las pruebas no previstas en este código de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio, preservando los principios y garantías constitucionales” (art. 165, Medios de prueba).

Por otra parte, la Ley 600 de 2000, Código de Procedimiento Penal,¹¹ estipula que “son medios de prueba la inspección, la peritación, el documento, el testimonio, la confesión y el indicio”, señalando además que el funcionario judicial “practicará las pruebas no previstas en este código, de acuerdo con

¹⁰ Juan José Cantillo Pushaina, “La apreciación técnico-científica del peritaje psicológico en los delitos contra la integridad y la formación sexuales de los menores de edad”, *Cuadernos de derecho penal: garantías penales y derecho probatorio*, núm. 16, 2016, pp. 133-168.

¹¹ Este procedimiento constituye un sistema procesal mixto, con rasgos inquisitivos y con una marcada tendencia acusatoria. El fiscal, en la etapa de investigación, toma decisiones que son de resorte judicial, ordena, recauda, practica y valora pruebas (Gloria Lucía Bernal Acevedo, “Las reformas procesales penales en Colombia”, *Revista IUSTA*, núm. 22, 2005, p. 54. Disponible en: <https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/iusta/article/viewFile/2987/2854>).

las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio, respetando siempre los derechos fundamentales” (art. 233, Medios de prueba). Incluso, añade que “los elementos constitutivos de la conducta punible, la responsabilidad del procesado [...], podrán demostrarse con cualquier medio probatorio, a menos que la ley exija prueba especial, respetando siempre los derechos fundamentales” (art. 237, Libertad probatoria).

Finalmente, la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, que regula el sistema penal acusatorio en Colombia y que rige exclusivamente para los delitos cometidos con posterioridad al 1º de enero de 2005,¹² señala que “son medios de conocimiento la prueba testimonial, la prueba pericial, la prueba documental, la prueba de inspección, los elementos materiales probatorios, evidencia física, o cualquier otro medio técnico o científico, que no viole el ordenamiento jurídico” (art. 382, Medios de conocimiento).

Ahora bien, se hace referencia a estos tres códigos procesales, por cuanto la Ley 1922 de 2018, que adopta las Reglas de Procedimiento de la Jurisdicción Especial para la Paz (RPJEP), establece que, en lo no regulado por ella, se aplicarán las leyes 600 de 2000, 906 de 2004, 1592 y 1564 de 2012, siempre y cuando tales remisiones se ajusten a los principios rectores de la justicia transicional.¹³ El orden en que se establecieron estos códigos procesales no tiene ningún tipo de relevancia vinculante; sin embargo, no hay que perder de vista la naturaleza sancionatoria o penal¹⁴ de la JEP, dado que esta “es en cierto sentido un juez

¹²No obstante, con la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004 se fijó un proceso de implementación gradual, en el que el artículo 530 estableció que “el sistema se aplicará a partir del 1º de enero de 2005 en los distritos judiciales de Armenia, Bogotá, Manizales y Pereira. Una segunda etapa a partir del 1º de enero de 2006 incluirá a los distritos judiciales de Bucaramanga, Buga, Cali, Medellín, San Gil, Santa Rosa de Viterbo, Tunja y Yopal. En enero 1º de 2007 entrarán al nuevo sistema los distritos judiciales de Antioquia, Cundinamarca, Florencia, Ibagué, Neiva, Pasto, Popayán y Villavicencio. Los distritos judiciales de Barranquilla, Cartagena, Cúcuta, Montería, Quibdó, Pamplona, Riohacha, Santa Marta, Sincelejo y Valledupar, y aquellos que llegaren a crearse, entrarán a aplicar el sistema a partir del primero (1º) de enero de 2008”.

¹³Si bien la mayoría de las normas procesales tienen su origen en el *common law* o en el *civil law*, se aplican a veces de manera *sui generis* y única. Por ello, lo importante es determinar si sirven a los tribunales en la consecución de sus objetivos, y no si son acusatorias o inquisitivas (Kai Ambos y Stefanie Bock, “El régimen procesal de los fiscales en los tribunales penales internacionales”, Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, núm. 58, 2013, p. 14).

¹⁴Respecto al régimen sancionatorio de la JEP, la Corte Constitucional, en Sentencia C-674 de 2017, manifestó que “el Acto Legislativo 01 de 2017 introduce un régimen especial y diferenciado que flexibiliza los estándares ordinarios del sistema de justicia, y que contempla un sistema punitivo concentrado en el componente restaurativo y reparativo de las penas, más que en el componente retributivo y más que en la restricción de derechos y libertades. Es así como el Acto Legislativo habilita al legislador para establecer la suspensión de la ejecución de la pena, y la aplicación de sanciones extrajudiciales, de penas alternativas y modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena, tal como se encuentra previsto en el artículo 3. Incluso, el artículo transitorio 13 remite directamente al régimen sancionatorio dispuesto en el Acuerdo Final de Paz entre el Gobierno nacional y las FARC, que contemplan las sanciones propias, las alterativas y

penal”,¹⁵ y por ello en materia de vacíos normativos procesales en primera instancia deberá acudir a los códigos procesales penales, según que la actuación sea escritural u oral, y lo no regulado en ellos o que no sea compatible con la justicia transicional, originará la consulta del Código General del Proceso.¹⁶

Con todo, la libertad probatoria se encuentra regulada en el artículo 18 de las Reglas de Procedimiento de la JEP y, en ese sentido, al igual que los códigos procesales mencionados, reafirma la posibilidad de que en la JEP se haga uso de cualquier medio de conocimiento que pueda ofrecer la fuerza probatoria para demostrar los hechos y las circunstancias objeto del correspondiente proceso ante la jurisdicción transicional, sin limitación distinta a su legalidad o licitud.

Ahora bien, respecto al principio de permanencia probatoria es de señalar que este tiene su consagración en el artículo 19 de las RPJEP, al determinar como una de las modalidades de prueba la proveniente de otros procedimientos y actuaciones ante cualquier jurisdicción o autoridad competente, con base, precisamente, en el mencionado principio. Así, la permanencia de la prueba impera en el sistema procesal regulado en la Ley 600 de 2000, en la que no es condición de validez de la prueba que esta sea practicada en el juicio, o que en su formación, producción o incorporación intervenga necesariamente el juzgador que profiere la decisión de fondo.¹⁷

De igual manera, el aludido artículo 19 contiene la noción de pruebas trasladadas como aquellas practicadas válidamente en un proceso, que son remitidas a otro en copia para ser valoradas sin más formalidades.¹⁸

La declaración del compareciente en el procedimiento de amnistía

Ahora bien, en sentido amplio, el testimonio “es toda declaración de ciencia o conocimiento que sobre hechos que interesan al proceso se realiza por una

las ordinarias, en las cuales la restricción de los derechos y las libertades tiene un peso relativo menor”.

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-674 de 2017, M. P. Guillermo Guerrero Pérez.

¹⁶ Mediante Auto AP 7843 de 16 de noviembre de 2016, Radicado 47.990, M. P. José Luis Barceló Camacho, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia delimita el alcance de la cláusula remisoría en el proceso penal, estableciendo el deber de los operadores judiciales de acudir en primera instancia a los estatutos procesales penales vigentes “y luego, si allí no se encuentra solución al problema jurídico planteado, o la que se deriva de sus dictados no es compatible con la sistemática [...], es factible decidir con soporte en lo preceptuado por el Código General del Proceso u otro estatuto. [...] También cabe acotar que la tesis sostenida en esta providencia tampoco se opone a lo estatuido por el Código General del Proceso al definir su objeto, ya que este hace la salvedad de lo que esté expresamente regulado en otras leyes (la 600 de 2000, para nuestro caso), tal como se aprecia en su artículo 1º”.

¹⁷ Carlos Medellín, *La interpretatio iuris y los principios generales del derecho: Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado*, Bogotá, Legis, 2017, p. 208.

¹⁸ Código General del Proceso, artículo 174.

persona".¹⁹ En sentido estricto, puede corresponder a la declaración de parte, la confesión, el juramento y el testimonio de terceros. En materia penal, en especial en el sistema penal acusatorio, el testimonio puede ser tanto de terceros como del procesado o acusado,²⁰ el cual es una de las partes en el proceso penal y se tiene como medio de defensa y como medio de prueba.²¹

En el caso objeto de análisis será el testimonio el medio de prueba a través del cual se puede obtener la declaración del compareciente, potencial favorecido con el beneficio de mayor entidad, sobre los hechos o las circunstancias objeto de estudio respecto de los cuales dicho compareciente tuvo conocimiento, de forma directa y personal o de forma indirecta, y que deberán ser necesariamente determinados para tomar la decisión de otorgar o no la amnistía.

En este punto vale la pena señalar que la denominación que recibe el procesado en los procedimientos o trámites adelantados en la JEP es la de compareciente en su condición de sujeto procesal.²² Así, este puede rendir su declaración ante los distintos órganos²³ de la JEP, la cual será considerada como medio de prueba y, de acuerdo con la cláusula remisoria del artículo 72 de la Ley 1922, estará sujeta a las reglas de la prueba testimonial consagradas en las Leyes 600 de 2000, 906 de 2004 y 1564 de 2012, en lo que resulte aplicable y no contraríe las obligaciones del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRN) y del Acuerdo Final de Paz, y se adecue a la dinámica propia en el marco de los objetivos de la justicia transicional regulada en el AL 01 de 2017, la Ley Estatutaria de Administración de Justicia (Lejep) y las RPJEP.

Con todo, siguiendo el análisis de Taruffo, las partes son fuente de prueba,²⁴ porque son quienes conocen mejor los hechos objeto de litigio; sin embargo,

¹⁹ Piero Calamandrei, *Derecho procesal civil*, vol. 1, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1973, p. 21.

²⁰ Yolanda Chiappe, "El acusado como testigo", *Revista de la Defensoría Pública*, núm. 13, Bogotá, 2011, p. 91.

²¹ Raúl Cadena Lozanos y Julián Herrera Calderón, *Reflexiones sobre el testimonio, la argumentación jurídica y las técnicas de interrogatorio y contrainterrogatorio en el sistema acusatorio*, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2010, p. 45.

²² Ley 1922 de 2018, artículo 5.

²³ Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, Sala de Amnistía o Indulto, Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, Sección de Primera Instancia en los casos de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad, Sección de Primera Instancia en los casos de Ausencia de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad y Sección de Revisión. Respecto a la Sección de Apelación, deberá determinar, en el caso a caso, en qué eventos es posible la práctica de pruebas en segunda instancia. Si bien en materia penal no es posible esta última situación, se considera que tal circunstancia es incompatible con los principios rectores de la justicia transicional, lo cual amerita un análisis de su viabilidad por parte del órgano de cierre hermenéutico de la jurisdicción.

²⁴ Para Cappelletti, es una "verdadera fuente de prueba, y precisamente como prueba histórica ('directa')" (Mauro Cappelletti, *El testimonio de la parte en el sistema de la oralidad: contribución a la teoría de la utilización probatoria del saber de las partes en el proceso civil*, Buenos Aires, Librería Editora Platense, 2002, p. 196).

vale la pena tener en cuenta que más les interesa, según el autor, distorsionar, manipular y ocultar la verdad y, por ello, el juzgador deberá manejarlo con sumo cuidado.²⁵ Dado lo anterior, en los escenarios de justicia transicional, tanto la Constitución Política de Colombia²⁶ como la Lejep²⁷ condicionan la declaración de una persona por conductas de competencia de la JEP a cambio de obtener beneficios procesales o punitivos de cualquier naturaleza, a que el contenido del mismo sea corroborado por otros medios de prueba. Con ello, esta regla constitucional establece una garantía consistente “en la verificación de la información por varios medios probatorios, con el fin de garantizar que toda imputación de responsabilidad tenga el sustento suficiente que garantice la seguridad jurídica de aquellos que deben responder ante la JEP”.²⁸

Por otra parte, con el fin de garantizar tanto la libertad y espontaneidad de la declaración de quien está siendo procesado penalmente,²⁹ así como el derecho a guardar silencio y el derecho a no autoincriminarse, se tiene que al procesado no se le puede exigir el juramento en la declaración sobre su propia conducta puesto que dicho juramento tendría como consecuencia que quien falte a la verdad o la calle total o parcialmente pueda ser procesado por el delito de falso testimonio. En efecto, en el proceso penal, a diferencia de lo que sucede en el proceso civil, el juramento no ha sido aceptado como medio de prueba por el legislador,³⁰ para preservar el derecho del procesado a no declarar contra sí mismo.³¹ En este sentido, la Corte Constitucional, en Sentencia C-782 de 2005, declaró exequible la expresión “comparecerán como testigos bajo la gravedad de juramento”, de manera condicionada en

... el entendido que el juramento prestado por el acusado o coacusado declarante no tendrá efectos penales adversos respecto de la declaración sobre su propia conducta; y que, en todo caso, de ello se le informará previamente por el juez, así como del derecho que le asiste a guardar silencio y a no autoincriminarse. Ni del silencio, ni de la negativa a responder, pueden derivarse consecuencias penales adversas al declarante.³²

²⁵ Michele Taruffo, *La prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2008, p. 67.

²⁶ Incisos 3 y 4 del artículo transitorio 12, del artículo 1 del AL 01 de 2017.

²⁷ Ley 1957 de 2019, parágrafo 2 del artículo 20, e inciso final del artículo 21.

²⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-080 de 2018, M. P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

²⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-782 de 2005, M. P. Jaime Araújo Rentería.

³⁰ Luis Fernando Ramírez Contreras, *Evidencia y prueba. La construcción de las inferencias*, Bogotá, Legis, 2019, p. 92.

³¹ Corte Constitucional, Sentencia C-782 de 2005, cit.

³² Tanto en el sistema colombiano como en el estadounidense –este referente de aquel– se trata de derechos renunciables. Pero, mientras en Estados Unidos esa renuncia es plena y puede tener consecuencias jurídico-penales adversas al procesado, en Colombia, de acuerdo con la Sentencia C-782 de 2005 de la Corte Constitucional, no las tiene (Orlando Muñoz Neira, *Las raíces angloamericanas del sistema procesal acusatorio*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2018, p. 238).

Ahora, si bien es cierto que no se pueden derivar consecuencias penales adversas al declarante cuando su declaración verse sobre su propia conducta, si decide declarar sobre hechos atribuidos a un tercero, tal declaración estará sujeta a las consecuencias penales respectivas en caso de faltar a la verdad o de callarla total o parcialmente, conforme con las formalidades y excepciones propias regidas por la Constitución y la ley.³³ Asimismo, si se omitiera el juramento cuando se hacen sindicaciones o imputaciones a otra persona, la falta de este formalismo no afecta la legalidad ni impide la apreciación de la declaración y no tendría ninguna consecuencia jurídica distinta a la imposibilidad de ser investigado por posible falso testimonio.³⁴

De igual manera, además del derecho a no autoincriminarse que tiene el procesado, tampoco puede declarar contra su cónyuge o parientes cercanos a que se refiere el artículo 33 de la Constitución Política.

Finalmente, en materia penal se consideran inexistentes, para todos los efectos procesales, las diligencias practicadas con la asistencia e intervención del procesado sin la de su defensor,³⁵ en especial en la diligencia en la que se recibe su declaración, dado que la presencia de su apoderado es una exigencia que se relaciona con el derecho de defensa.³⁶ Ello, de acuerdo también con la Le-jep, que señala que todas las actuaciones en esta Jurisdicción, de conformidad con las reglas aplicables a la JEP, respetarán los derechos, principios y garantías fundamentales, entre los que se cuentan la asistencia de abogado.³⁷

Realizadas las anteriores consideraciones, y acorde con los principios rectores de la justicia transicional, las declaraciones del compareciente en el procedimiento de amnistía ante la SAI se podrían receptionar atendiendo a los criterios que se exponen enseguida.

Para declarar, el compareciente deberá estar asistido por su abogado defensor

La Ley 1820 de 2016, en su artículo 27, establece que la SAI, cuando lo considere necesario, podrá ampliar la información mediante la realización de entrevistas, solicitud de documentos y cualquier otro medio que estime conveniente. Se ha entendido que estas entrevistas también se le pueden realizar al compareciente.

La anterior norma ha sido interpretada por algunos operadores judiciales de la JEP en el sentido de asimilar la entrevista de esta disposición a la actividad

³³ Corte Constitucional, Sentencia C-782 de 2005, cit.

³⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso 53265, Auto de inadmisión del 26 de junio de 2019.

³⁵ Ley 600 de 2000, artículo 305, y Sentencia C-069 de 1996, reiterada en la Sentencia C-152 de 2004 de la Corte Constitucional.

³⁶ Corte IDH, Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, Sentencia de 17 de noviembre de 2009, Serie C, núm. 206, párr. 621.

³⁷ Ley 1957 de 2019, artículo 21.

de policía judicial³⁸ consagrada en el artículo 206 de la Ley 906 de 2004. Esta actividad policial es la entrevista forense que tiene por objetivo obtener información respecto a hechos relacionados con conductas punibles.³⁹ Sin embargo, la declaración del compareciente, recepcionada por la Unidad de Investigación y Acusación (UIA) de la JEP, dentro de un procedimiento de amnistía, se asemejaría al elemento probatorio del interrogatorio al indiciado dispuesto en el artículo 282 y no al de la entrevista, y, en todo caso, su naturaleza corresponde al testimonio del acusado contenido en la Ley 906 o, incluso, al de la diligencia de indagatoria de la Ley 600.

De ahí que, en la Ley 906 de 2004, la entrevista se le realiza a una persona que fue víctima o testigo presencial de un delito o que tiene alguna información útil para la indagación o investigación; mientras que el interrogatorio se le realiza a una persona que posiblemente es autora o partícipe de la conducta investigada. En la diligencia de interrogatorio, el investigado tiene derecho a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo ni contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad. En caso de no hacer uso de sus derechos y manifieste su deseo de declarar, se le interrogará en presencia de un abogado.

De todos modos, se insiste, la declaración del compareciente corresponde al testimonio del acusado en el proceso penal, dado que se recepciona estrictamente en sede judicial, sea de manera directa por la magistratura o por comisión, y no es un acto de investigación o de policía judicial, cuya naturaleza probatoria es distinta.

Se podría afirmar que en el escenario transicional, cuando la diligencia la practica la UIA, en apoyo a las funciones jurisdiccionales de la SAI, dicha diligencia será considerada una entrevista; y si lo hace la magistratura en ejercicio de la inmediación de la prueba, se considerará un testimonio.

Aun con esta claridad, la anterior es una clasificación irrelevante porque, en todo caso, en primer lugar, se recauda la declaración del compareciente en cumplimiento de una orden judicial de la SAI, y, en segundo lugar, en los eventos en que la declaración sea recibida por otras autoridades diferentes a la SAI, en virtud del principio de permanencia de la prueba, tal declaración podrá ser valorada exclusivamente por la magistratura como prueba y otorgársele la eficacia probatoria o fuerza de convicción correspondiente. Recuérdense que se entiende

³⁸ El ejercicio de policía judicial es una actividad de apoyo a la justicia. Es una función que consiste en desarrollar labores de investigación, bajo la suprema dirección y coordinación del fiscal general de la nación, o de sus agentes (Benjamín Bernal Arévalo, *Técnicas de investigación criminal en el sistema acusatorio*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2005, pp. 356-357).

³⁹ Fulton Edisson Franco Vélez, *Manual de la entrevista forense*, Bogotá, Defensoría del Pueblo, 2008, p. 26.

por valoración la operación mental realizada por el juez para determinar el mérito que pueda tener la prueba que le dará el respectivo convencimiento.⁴⁰

Por consiguiente, el compareciente deberá contar con la asistencia de su abogado⁴¹ cualquiera que sea la denominación del medio de prueba utilizado por el operador judicial para recaudar su declaración, ya sea directamente por el magistrado o la magistrada, o en virtud del Decreto 522 de 2018, las RPJEP y la Ley 1957 de 2019 por comisión que se le ordene a la UIA de la JEP⁴² o a cualquier autoridad que ejerza funciones jurisdiccionales.⁴³

No es necesario recepcionar la declaración al compareciente bajo la gravedad de juramento

El juramento ha sido entendido como la afirmación de decir la verdad que una persona realiza ante el funcionario competente de manera previa a la declaración que va a rendir dentro del proceso judicial.⁴⁴ De esta manera, el juramento es una forma solemne de garantizar la veracidad del testimonio.⁴⁵

No obstante, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, de manera reiterada y pacífica, ha establecido una línea jurisprudencial según la cual la ausencia de la prestación del juramento del testigo no afecta la legalidad

⁴⁰ Hernando Devis, *Compendio de la prueba judicial* (anotado y concordado por Adolfo Alvarado Velloso), vol. I, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1984, p. 14.

⁴¹ “A qué quedará reducido el derecho a la defensa técnica”, si con mayor frecuencia los Estados de Occidente adoptan normas y prácticas procesales que conjugan con el denominado derecho penal del enemigo. De ninguna manera, “jamás, por difíciles que parezcan las contiendas, deberá el juez desligarse del derecho para los ciudadanos, de los derechos humanos universales y de la Constitución Política y sus fines superiores” (Yesid Ramírez Bastidas, *Dos temas centrales del nuevo proceso penal. Derecho de defensa y las facultades de casación constitucional*, Colección Derecho Penal, núm. 12, Bogotá, Procuraduría General de la Nación, 2008, pp. 76-78).

⁴² Decreto Único Reglamentario 1069 de 2015, artículo 2.2.5.3.4., (adicionado por el artículo 1 del Decreto 522 de 2018). “Ampliación de la información. En el trámite de la solicitud de amnistía, la Sala de Amnistía o Indulto, en el marco de sus competencias y conforme a lo establecido en el artículo 27 de la Ley 1820 de 2016, podrá adoptar las medidas que estime pertinentes para recabar la información que permita resolver los casos bajo análisis, apoyándose en [...] la Unidad de Investigación y Acusación de la Jurisdicción Especial para la Paz, así como de cualquier otra autoridad que estime necesaria”. En igual sentido, el artículo 17 de la Ley 1922 de 2018 dispone que “Para la recolección de elementos materiales probatorios o la práctica de pruebas de oficio, eventualmente, los magistrados de las Salas o Secciones de la JEP podrán solicitar al director de la UIA la asignación de un cuerpo de funcionarios de policía judicial”.

⁴³ Ley 1957 de 2019, artículo 88. “Los magistrados de las Salas podrán comisionar a cualquier autoridad para la práctica de pruebas”. La Corte Constitucional, en Sentencia C-080 de 2018, declaró la constitucionalidad **condicionada** de la expresión “a cualquier autoridad”, en el sentido de que se refiere a autoridad judicial en los términos que señale la ley. Para la Corte, “permitir la práctica de pruebas a autoridades administrativas no resulta proporcional ni razonable respecto del derecho al debido proceso de las partes, en tanto se trata de una función jurisdiccional que, como tal, solo puede ser ejercida por autoridades de tal naturaleza”.

⁴⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso 22476, sentencia de 28 de mayo de 2008.

⁴⁵ Hernando Devis, *Teoría general de la prueba judicial*, Bogotá, Temis, 2006, p. 48.

ni impide la valoración probatoria de su declaración; por tanto, no es posible predicar de tales omisiones error de derecho por falso juicio de legalidad.⁴⁶

Dicho esto, el juramento no es una condición para la validez del testimonio del compareciente; no se requiere. Empero, si se recepciona bajo la gravedad de juramento, no se producen las consecuencias penales en caso de faltar a la verdad o de callarla total o parcialmente, pero solo en lo que tiene que ver con la posibilidad de que se le procese por el delito de falso testimonio. Esto es así porque en la JEP existe una consecuencia jurídico-penal que si bien no es la comisión de delitos, tiene que ver con el hecho de no recibir o de perder los beneficios del SIVJRNR; en este caso, el beneficio de la amnistía.

Esta consecuencia jurídica se enmarca dentro de los objetivos de la justicia transicional y se relaciona con el cumplimiento del régimen de condicionalidad o condiciones que impone el SIVJRNR, al cual se encuentra sometido el compareciente, y que cuenta, entre sus condiciones, con el aporte de verdad plena. Ello permite, entonces, distinguir el testimonio del procesado en la jurisdicción ordinaria del testimonio del compareciente en la jurisdicción transicional, en especial en los procedimientos judiciales de amnistía.

En efecto, aportar verdad plena, de acuerdo con el artículo transitorio 5 del artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2017, 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. De igual manera, implica aportar la información, cuando se conozca de ella, sobre los bienes adquiridos de manera ilegal y de quienes hayan prestado su nombre para adquirirlos, tenerlos, administrarlos y poseerlos en el marco y en el contexto del conflicto armado.⁴⁷

⁴⁶ Véase, entre otros documentos, las providencias de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia AP2573-2019, AP4056-2018, AP2068-2018, AP1101-2018, AP7977-2017, AP8273-2016, SP15552-2016, SP14305-2016, AP5725-2016, SP1481-2015, SP7753-2014, SP4450-2014, AP863-2014, AP437-2014, 41986 de 2013, 24920 de 2008, 22476 de 2008, 18103 de 2005.

En la técnica casacional, las causales del recurso extraordinario de casación son por vía directa, vía indirecta, afectación al debido proceso y la casación para la reparación integral. La primera se presenta por un error en la selección de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal, llamada a regular el caso, bien por falta de aplicación, interpretación errónea o aplicación indebida. La segunda se origina por errores en la apreciación (error de hecho) o producción de la prueba (error de derecho). El error de hecho en la vía indirecta se produce por falso juicio de existencia, falso juicio de identidad y falso raciocinio; y el error de derecho se presenta por falso juicio de convicción y falso juicio de legalidad. Este último se relaciona con el principio de legalidad de la prueba y la observancia de los presupuestos y formalidades procesales exigidas para cada medio (Jaime Garcés Velázquez, *Técnica de la casación y de la revisión en lo penal*, Bogotá, Biblioteca Jurídica Diké, 2004, pp. 30-41; Defensoría del Pueblo, "Recurso extraordinario de casación penal", *Manual para defensores públicos*, Bogotá, 2012, pp. 117-247).

⁴⁷ Ley 1957 de 2019, artículo 20.

Por consiguiente, el aporte de verdad plena se constituye en un principio-deber constitucional de la justicia transicional y, en tanto mandato de optimización,⁴⁸ se enmarca dentro de los principios jurídicos denominados por la doctrina como principios de *contenido o materiales* y principios *formales o procedimentales*.⁴⁹ De esta manera, es imperioso que el deber de aporte de verdad plena se incluya también como un principio procesal que debe ser “tenido en cuenta por los jueces y juristas [de la jurisdicción transicional] que toman decisiones de obligatoriedad jurídica”.⁵⁰

Así las cosas, frente a la declaración del compareciente, por un lado, se encuentra el derecho constitucional, consagrado en el artículo 33 de la Constitución Política de Colombia, de no declarar contra sí mismo o derecho de no autoincriminación, y, por el otro, el deber constitucional que hace parte del sistema de incentivos condicionados de aportar verdad plena para acceder y mantener cualquier tratamiento especial de justicia, siempre fundados en el reconocimiento de verdad y responsabilidades.⁵¹ Pareciera, entonces, que se estuviera ante una colisión de normas constitucionales que debe ser resuelta a través de un ejercicio de ponderación, en el que en gracia de discusión prevalecería el aporte de verdad plena, porque necesariamente deberá aplicarse la interpretación más favorable a las víctimas, dado que el objetivo de la condición es garantizar la satisfacción de sus derechos y los de la sociedad. Sin embargo, no existe tal colisión o contradicción, por cuanto es claro que quien pretenda someterse a la JEP, se somete a las condiciones del Sistema por corresponder este a un elemento estructural de la justicia transicional⁵² que busca asegurar, entre otras cosas, que los comparecientes contribuyan a la satisfacción de los derechos de las víctimas. En ese sentido, el compareciente queda obligado a aportar verdad plena, no solo aquella relacionada con las conductas que haya cometido, sino también, incluso, la necesaria para atribuir responsabilidades a terceros.

Citación de los sujetos procesales e intervinientes

La asistencia a la diligencia será obligatoria exclusivamente para el compareciente y su defensor; mientras que respecto de los demás intervinientes, incluyendo la autoridad étnica⁵³ en los eventos en que el compareciente sea

⁴⁸ Robert Alexy, *Derecho y razón práctica*, México, Fontamara, 2010, p. 13.

⁴⁹ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 133. El principio material sirve para la defensa de los derechos fundamentales o de un interés o bien comunitario, mientras el principio procedimental fija los márgenes dentro de los cuales actúan los principios materiales.

⁵⁰ Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2012, p. 133.

⁵¹ AL 01 de 2017, artículo transitorio 1 del artículo 1.

⁵² Corte Constitucional, Sentencia C-674 de 2017, cit.

⁵³ Ley 1922 de 2018, artículo 4.

miembro de algún pueblo o comunidad étnica,⁵⁴ será simplemente potestativa. Esta citación posibilita el derecho a la “actividad probatoria”, elemento estructural del proceso, en cuanto a la presentación y contradicción de la prueba, que deben quedar adecuadamente salvaguardadas.⁵⁵

En relación con los comparecientes indígenas, la Lejep⁵⁶ establece una garantía adicional consistente en el derecho a utilizar su idioma oficial en todas las fases procesales de la Jurisdicción, lo que de manera particular incluye la diligencia o audiencia a través de la cual se recibe su declaración. Para ello, la JEP debe garantizar el acceso a traductores e intérpretes acreditados previa y debidamente por las autoridades indígenas. De la misma forma, para asegurar la efectiva y plena participación de los pueblos indígenas, las RPJEP consagraron la garantía de intérpretes y traductores bilingües interculturales como una de las medidas mínimas de coordinación y articulación interjurisdiccional entre la JEP y la Jurisdicción Especial Indígena (JEI).

Finalmente, de acuerdo con las RPJEP y el Protocolo 001 de 2019,⁵⁷ a solicitud del compareciente, de la víctima o de la propia autoridad indígena se debe garantizar la presencia de la autoridad étnica correspondiente en la diligencia respectiva.

Conclusión

Así las cosas, debe decirse que la declaración del compareciente en el procedimiento de amnistía ante la SAI, independientemente de la denominación del medio de prueba que la contenga o del hecho de que sea esta directamente recaudada por la magistratura con inmediatez de la prueba, o de manera indirecta a través de comisión a la UIA o de cualquier autoridad judicial, se enmarca dentro del concepto de testimonio en sentido amplio. Ello permite asegurar que será obligatoria tanto la asistencia de abogado que lo represente como la citación a los sujetos procesales e intervinientes, en cuyo caso la participación de estos últimos es potestativa y su ausencia en la diligencia no la invalida.

Asimismo, durante la diligencia judicial, el compareciente no podrá oponer su derecho a guardar silencio o a no autoincriminarse, porque la lógica del SIVJRNR, de manera general, y de la JEP, de forma particular, implican el cumplimiento del principio constitucional de aportar verdad plena, so pena de no

⁵⁴ También en los casos en que la víctima sea un miembro del pueblo étnico o un sujeto colectivo, o su territorio haya sido afectado.

⁵⁵ Jesús Ignacio García Valencia, *Conferencias sobre el proceso penal acusatorio*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005, p. 73.

⁵⁶ Ley 1957 de 2019, artículo 12.

⁵⁷ 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, publicado en el *Diario Oficial* 51.047 de 16 de agosto de 2019.

acceder o de no mantener, según el caso, cada uno de los tratamientos especiales, beneficios, renunciaciones, derechos y garantías previstas en el Acto Legislativo 01 de 2017, la Ley 1957 de 2019, el Decreto Ley 277 de 2017 y la Ley 1820 de 2016, y, para el caso que nos ocupa, el beneficio de amnistía.

Bibliografía

- ALEXY, Robert, *Derecho y razón práctica*, México, Fontamara, 2010.
- _____, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- BERNAL ARÉVALO, Benjamín, *Técnicas de investigación criminal en el sistema acusatorio*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2005.
- BRUNA CONTRERAS, Guillermo, "La amnistía", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 18, núm. 1, 1991.
- CADENA LOZANOS, Raúl y Julián HERRERA CALDERÓN, *Reflexiones sobre el testimonio, la argumentación jurídica y las técnicas de interrogatorio y contrainterrogatorio en el sistema acusatorio*, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2010.
- CALAMANDREI, Piero, *Derecho procesal civil*, vol. 1, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1973.
- CANTILLO PUSHAINA, Juan José, "La apreciación técnico-científica del peritaje psicológico en los delitos contra la integridad y la formación sexuales de los menores de edad", *Cuadernos de derecho penal: garantías penales y derecho probatorio*, núm. 16, 2016, pp. 133-168.
- CAPPELLETTI, Mauro, *El testimonio de la parte en el sistema de la oralidad: contribución a la teoría de la utilización probatoria del saber de las partes en el proceso civil*, Buenos Aires, Librería Editora Platense, 2002.
- CHIAPPE, Yolanda, "El acusado como testigo. La defensa: líneas de defensa", *Revista de la Defensoría Pública*, núm. 13, Bogotá, 2011.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO, "Recurso extraordinario de casación penal", *Manual para defensores públicos*, Bogotá, 2012.
- DEVIS, Hernando, *Compendio de la prueba judicial* (anotado y concordado por Adolfo Alvarado Velloso), vol. I, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1984.
- _____, *Teoría general de la prueba judicial*, Bogotá, Temis, 2006.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2012.
- FERRER BELTRÁN, Jordi, "La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasibenthamiana", en Carmen VÁZQUEZ, *Estándares de prueba y prueba científica*, Madrid, Marcial Pons, 2013.
- FRANCO VÉLEZ, Fulton Edisson, *Manual de la entrevista forense*, Bogotá, Defensoría del Pueblo, 2008.

- GARCÉS VELÁZQUEZ, Jaime, *Técnica de la casación y de la revisión en lo penal*, Bogotá, Biblioteca Jurídica Diké, 2004.
- IBÁÑEZ GUTIÉRREZ, Catalina, "Artículo 24. Amnistías o indultos otorgados por la Sala de Amnistía o Indulto", en Kai AMBOS y Gustavo Emilio COTE BARCO (eds.), *Ley de amnistía. Comentario completo y sistemático (Ley 1820 de 2016)*, Bogotá, Editorial Nomos, 2019.
- KAI, Ambos y Stefanie BOCK, "El régimen procesal de los fiscales en los tribunales penales internacionales", *Cuadernos "Bartolomé de las Casas"*, núm. 58, 2013.
- MEDELLÍN, Carlos, *La interpretatio iuris y los principios generales del derecho. Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado*, Bogotá, Legis, 2017.
- MUÑOZ NEIRA, Orlando, *Las raíces angloamericanas del sistema procesal acusatorio*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2018.
- RAMÍREZ BASTIDAS, Yesid, *Dos temas centrales del nuevo proceso penal. Derecho de defensa y las facultades de casación constitucional*, Colección Derecho Penal, núm. 12, Bogotá, Procuraduría General de la Nación, 2008.
- RAMÍREZ CONTRERAS, Luis Fernando, *Evidencia y prueba. La construcción de las inferencias*, Bogotá, Legis, 2019.
- TARUFFO, Michele, *La prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2008.

Los tratamientos penales especiales a miembros de la fuerza pública en la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas

«PEDRO ELÍAS DÍAZ ROMERO» Magistrado y presidente de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas

Resumen: La concesión y el seguimiento a los tratamientos penales especiales diferenciados a miembros de la fuerza pública que comparecen ante la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) constituye una de las principales funciones de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas (SDSJ). Los comparecientes con beneficios de libertad obtenidos en la jurisdicción ordinaria desde el año 2017, continúan el proceso de sometimiento a la jurisdicción ante la Sala con un régimen de condicionalidad que asumen a favor de las víctimas, que a la vez garantiza su seguridad jurídica, e inician el proceso dialógico que deben seguir ante los órganos del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR).

Palabras clave: tratamientos penales especiales diferenciados, fuerza pública, régimen de condicionalidad.

Abstract: The granting and monitoring of the special differentiated criminal treatments afforded to members of the public forces who appear before the Special Jurisdiction for Peace (JEP) constitute one of the main functions of the Chamber for the Definition of Legal Situations. Those who appear with benefits of freedom obtained in the ordinary jurisdiction since 2017 continue the process of submission to the jurisdiction of the Chamber under a conditionality regime that they assume in favor of the victims, which at the same time guarantees their legal certainty, and they begin the dialogical process that should follow before the organs of the Comprehensive System of Truth, Justice, Reparation and Non-Repetition (SIVJRNR).

Key words: Special differentiated criminal treatments, public forces, conditionality regime.

El Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, suscrito por el Gobierno nacional y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (FARC-EP), integró en la categoría de combatientes del conflicto armado interno a los miembros de la fuerza pública, atendiendo el marco jurídico internacional de los Convenios de Ginebra y a fin de terminar el conflicto de más de 50 años, restablecer los derechos de las víctimas, alcanzar la reconciliación nacional, fortalecer el Estado de derecho y consolidar el Estado democrático.¹

La consideración de la fuerza pública como destinataria y parte integrante del Acuerdo Final de Paz es uno de los aciertos que marca un hito frente a otros procesos de paz o acuerdos en la región, en los que una vez terminados los conflictos, o tras las dimisiones de los regímenes autoritarios o dictatoriales, se pactaron amplias amnistías con los actores irregulares o sectores opositores, las cuales fueron extendidas a los agentes de Estado, sin haber logrado cerrar los ciclos de violencia en algunos casos, consolidar la paz estable y duradera en otros o concluir los juicios de rendición de cuentas de los perpetradores, con la consiguiente dosis de insatisfacción de las víctimas y de expresiones de venganza que aún permean a diversos sectores de la sociedad.²

En el caso colombiano, en el Acuerdo Final de Paz se incluyó a representantes de las fuerzas militares en calidad de negociadores y delegatarios,³ se

¹ Corte Constitucional, Sentencia C-007 de 2018, Expediente RPZ-001, M. P. Diana Fajardo Rivera, párr. 120.

² En El Salvador se pactó, en 1992, el Acuerdo de Chapultepec entre el Gobierno y el grupo guerrillero Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional, que hizo posible la amnistía amplia, absoluta e incondicional a favor de quienes participaron como autores inmediatos, mediatos o cómplices de delitos durante la guerra civil. En 2016, el Tribunal Supremo declaró inconstitucional la Ley de Amnistía de 1993, lo que llevó a abrir varios procesos por los delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra, entre ellos el de la masacre El Mozote, proceso aún en etapa de investigación contra miembros del ejército que en 1981 asesinaron a casi 1000 personas. En 1992, el Gobierno de Guatemala suscribió con la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca el Acuerdo de Paz Firme y Duradera que aprobó una amnistía que no incluyó graves delitos de lesa humanidad y contra el derecho internacional humanitario (DIH). A la fecha en Guatemala, en los juicios abiertos, han sido condenados 42 militares, un exguerrillero y 4000 exmiembros de las fuerzas de seguridad del Estado; 87 exguerrilleros están vinculados aún a procesos judiciales. En El Salvador y Guatemala en la actualidad se debaten leyes para conceder amnistías a favor de los perpetradores de violaciones de los derechos humanos durante el conflicto. En Argentina, tras el fin de la dictadura, los gobiernos de Raúl Alfonsín y Carlos Menen aprobaron leyes de amnistía y de obediencia debida e indultos presidenciales para los militares, pero en 2004 estos fueron revocados por la Corte Suprema de Justicia y se reabrieron varios casos contra antiguos miembros de las juntas militares cuyos procesos aún continúan. En 1978, durante la dictadura chilena, se aprobó una ley de amnistía amplia por delitos cometidos entre 1973 y 1978, que aún está vigente a pesar de que algunos juicios se abrieron en contra de exmilitares. El caso del exdictador Pinochet es paradigmático porque, luego de ser detenido y procesado en Inglaterra por delitos referentes a violaciones de derechos humanos, no fue juzgado tras ser extraditado a su país y se garantizó su impunidad hasta su muerte.

³ “Por un lado, el general Jorge Enrique Mora Rangel, quien había sido comandante de las Fuerzas Militares en el 2002 bajo la presidencia de Álvaro Uribe Vélez y comandante del Ejército entre

propendió que fueran también destinatarios del proceso de paz y de las medidas de justicia transicional restaurativas por haber sido partícipes de las hostilidades propias del conflicto y se buscó, bajo la lógica de estructuras armadas que hacen tránsito hacia la paz, reducir el nivel de desconfianza de los militares y policías hacia el Acuerdo Final de Paz y procurar una solución consensuada en aspectos tan esenciales como, por ejemplo, el “Cese al fuego y de hostilidades bilateral y definitivo y la dejación de las armas” para terminar las acciones ofensivas entre la fuerza pública y las FARC-EP.

Para materializar tal premisa se estableció que, en el marco del Acuerdo Final de Paz,

Se aplicará el artículo 6.5 del Protocolo II de los Convenios de Ginebra, del cual Colombia es Estado Parte, el cual dispone lo siguiente: “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”.⁴

Esta disposición es vital para entender cómo las fuerzas militares están llamadas a hacer parte integrante del Acuerdo Final de Paz bajo la noción de “combatiente”, que se incluyó en el Acto Legislativo 01 de 2017,⁵ en el campo del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR), y específicamente de la JEP, que se dispuso en forma clara:

El componente de Justicia del SIVJRNR también se aplicará respecto de los Agentes del Estado que hubieren cometido delitos relacionados con el conflicto armado y con ocasión de este, aplicación que se hará de forma diferenciada, otorgando un tratamiento equitativo, equilibrado, simultáneo y simétrico. En dicho tratamiento deberá tenerse en cuenta la calidad de garantes de derecho por parte del Estado.⁶

Es en razón de lo anterior, que el sometimiento de los miembros de la fuerza pública a la JEP se entiende como obligatorio,⁷ pues esta jurisdicción fue creada en el marco de un proceso de negociación de paz en el que participaron y tuvieron representación a través de los delegados del Gobierno nacional.

1998 y 2002, durante el proceso de paz del presidente Andrés Pastrana; y por otro, el general Oscar Naranjo, director de la Policía Nacional entre 2007 y 2012” (Olga Illera y Juan Carlos Ruiz, “Entre la política y la paz: las Fuerzas Militares tras la firma del Acuerdo de Paz”, *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, año 20, núm. 39, 2018, p. 519).

⁴ Acuerdo Final de Paz, Título II, Contenidos, alcances y límites de la concesión de amnistías e indultos, así como de otros tratamientos especiales, numeral 37, punto 5.1.2.

⁵ “Para los solos efectos de la revisión de sentencias por parte de la Sección de Revisión de la JEP, se entenderá por combatiente a todos los miembros de la Fuerza Pública y a los miembros de las FARC-EP” (Acto Legislativo 01 de 2017, artículo transitorio 10, Revisión de sentencias y providencias).

⁶ *Ibid.*, artículo transitorio 17.

⁷ JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 019/2018, num. 6.30.

El Acuerdo Final de Paz también creó el SIVJRNR como mecanismo y medida para cumplir con la rendición de cuentas; la no repetición; el enfoque territorial, diferencial y de género; la seguridad jurídica; la convivencia; la reconciliación y la legitimidad. El SIVJRNR persigue una respuesta integral a las víctimas que no puede darse en forma aislada, sino interconectada a través de los incentivos para acceder y mantener cualquier tratamiento especial de justicia con base en las relaciones de condicionalidad, fundadas en el reconocimiento de la verdad y las responsabilidades, principios refrendados en el Acto Legislativo 01 de 2017.⁸ En lo concerniente a la participación de los miembros de la fuerza pública, la reforma constitucional determinó los criterios sobre la relación de las conductas punibles que hubieran cometido por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, lo cual los habilitaría para ser sujetos del tratamiento penal especial que será simétrico en algunos aspectos, diferenciado en otros, pero siempre equitativo, equilibrado y simultáneo.⁹

A la par con el debate en el Congreso de la República acerca de la reforma constitucional sobre el Acuerdo Final de Paz, que fue consultada a la ciudadanía por plebiscito y elevada a Acto Legislativo atendiendo los acuerdos que surgieron de la consulta,¹⁰ fue expedida la Ley 1820 de 2016, que tiene el objeto de regular las amnistías e indultos por los delitos políticos y los delitos conexos con estos, así como adoptar tratamientos penales especiales diferenciados para agentes del Estado condenados, procesados o señalados de cometer conductas punibles por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado.¹¹

La Ley 1820 de 2016 establece la finalidad de los tratamientos penales diferenciados especiales: “(i) facilitar la terminación del conflicto armado interno, (ii) contribuir al logro de la paz estable y duradera, con garantías de no repetición, (iii) adoptar decisiones que otorguen seguridad jurídica y (iv) satisfacer los derechos de las víctimas”, finalidad que se cumple en el escenario de los componentes y las medidas del SIVJRNR, donde están interconectados a través de mecanismos, garantías y requisitos para que los comparecientes puedan acceder a ellos y mantenerlos tras ser verificados por la JEP.¹²

⁸ Acuerdo Final de Paz, Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, Objetivos, num. 15, punto 5.1, pp. 128 y 130.

⁹ Acto Legislativo 01 de 2017, artículo transitorio 21.

¹⁰ *Ibid.* “178. De acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal, la refrendación del Acuerdo Final tuvo lugar mediante un proceso democrático, participativo y representativo, cuyos sucesos más importantes se encuentran en (i) la convocatoria a un plebiscito especial para la paz, cuyo resultado en las urnas fue la ausencia de apoyo político mayoritario al texto inicialmente pactado; (ii) un proceso de renegociación con distintos sectores sociales y, especialmente, críticos de la primera versión del Acuerdo; (iii) la renegociación de diversos puntos en la mesa de conversaciones de La Habana; y (iv) sendas mociones de aprobación en las dos cámaras del Congreso de la República”.

¹¹ Ley 1820 de 2016, artículo 2.

¹² *Ibid.*, artículo 6.

Entre los beneficios propios del SIVJRNR, y como expresión del tratamiento penal especial diferenciado, la ley estableció la extinción de responsabilidades y sanciones penales principales y accesorias en aquellos delitos en los que procedan. El compareciente que contribuya, individual o colectivamente, al esclarecimiento de la verdad o al cumplimiento de las obligaciones de reparación que sean impuestas en el SIVJRNR, obtiene el beneficio y define finalmente su situación jurídica.¹³

De igual forma, estableció beneficios de carácter preliminar *prima facie* y provisional, como la libertad transitoria condicionada y anticipada, así como la privación de la libertad en unidad militar o policial para integrantes de las fuerzas militares y de policía, que son concedidos al inicio del proceso de justicia transicional como necesarios para la construcción de confianza y para facilitar la terminación del conflicto armado interno y contribuir así al logro de una paz estable y duradera.¹⁴ Antes de entrar en funcionamiento el Tribunal para la Paz y las salas de justicia de la JEP, la concesión de los beneficios fue encargada a la jurisdicción ordinaria y a la Secretaría Ejecutiva, creada en el Acuerdo Final de Paz y establecida en el Acto Legislativo 01 de 2017 que dio vía a su funcionamiento.¹⁵

El procedimiento aplicado consistía en que la Secretaría Ejecutiva recibía del Ministerio de Defensa Nacional los listados de los miembros de la fuerza pública como posibles beneficiarios de los tratamientos penales espaciales. La SE disponía que las personas allí relacionadas suscribieran el acta de sometimiento como manifestación de su intención de sometimiento a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas (SDSJ) de la JEP con el fin de acogerse a dichos mecanismos. En una segunda fase, la Secretaría Ejecutiva elaboraba un concepto, sobre el cumplimiento de los requisitos por parte del beneficiado, que iba dirigido al funcionario judicial a cargo del proceso o de la ejecución de las penas o medidas de seguridad, quien procedía a adoptar la decisión tendiente a materializar la misma.¹⁶

En términos generales, los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria concedieron los beneficios solicitados de libertad transitoria, condicionada y anticipada y de privación de la libertad en una unidad militar. Como compromiso de los beneficiarios, se ordenó la suscripción de actas ante esas autoridades o ante la Secretaría Ejecutiva. Los comparecientes que recuperaban la libertad, y de acuerdo con lo ordenado por algunos jueces, iniciaron sus presentaciones ante las unidades militares cercanas a sus lugares de residencia sin que sobre ellos se volviera a tener noticia en la JEP una vez inició su funcionamiento,

¹³ Ley 1820 de 2016, artículos 48 y 50.

¹⁴ *Ibid.*, artículos 2, 3, 4, 5 y ss.

¹⁵ Acto Legislativo 01 de 2017, artículo transitorio 7, par. 2.

¹⁶ Ley 1820 de 2016, artículo 51.

salvo que se presentaran a solicitar permisos para salir del país, certificaciones de estar vinculados a los procedimientos de la JEP o que, en razón de otras investigaciones, procesos o sentencias en la jurisdicción ordinaria o disciplinaria, se adelantaran nuevos procedimientos en el marco del conflicto interno y fueran requeridos para ello.

En la misma línea, el Gobierno nacional expidió el Decreto 706 de 2017 para que la Fiscalía General de la Nación aplicara un tratamiento especial a los miembros de la fuerza pública procesados por conductas punibles cometidas por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado interno, a quienes se hubiera dictado una medida de aseguramiento privativa de la libertad.

Este decreto estableció la concesión de los beneficios de revocatoria, la sustitución de la medida de aseguramiento o la suspensión de la ejecución de las órdenes de captura dictadas en contra de los miembros de la fuerza pública por la Fiscalía General de la Nación en los casos adelantados por el procedimiento de la Ley 600 de 2000 o a solicitud del ente acusador a la autoridad judicial correspondiente en procesos adelantados en aplicación de la Ley 906 de 2004.¹⁷

Algunos fiscales, que conocían de estas actuaciones, ordenaron la suscripción del acta de sometimiento antes del resolver las solicitudes o con posterioridad a las decisiones. Otros fiscales solicitaron a los comparecientes suscribir el acta mencionada ante la Secretaría Ejecutiva de la JEP.

Según información consolidada por el Ministerio de Defensa Nacional, la jurisdicción ordinaria concedió, a los miembros de la fuerza pública, 1419 beneficios de tratamiento penal especial, libertades transitorias, condicionadas y anticipadas, privación de libertad en una unidad militar, suspensión o revocatoria de medidas de aseguramiento y suspensión de órdenes de captura.¹⁸

La JEP inició actividades el 15 de enero de 2018 con la toma de posesión de los magistrados y las magistradas, y el 15 de marzo del mismo año comenzó a atender directamente a los usuarios y al público en general,¹⁹ asumiendo las competencias y funciones establecidas en la Constitución Política y en la ley. El 6 de abril de 2018, la Secretaría Judicial realizó, a la SDSJ, el primer reparto de solicitudes de concesión de beneficios de la Ley 1820 de 2016 y el Decreto 706 de 2017, junto con las solicitudes de sometimiento y beneficios de libertad de otros agentes del Estado y terceros.

¹⁷ Decreto 706 de 2017, Capítulo II. Revocatoria o sustitución de la medida de aseguramiento, o suspensión de la ejecución de las órdenes de captura dictadas en contra de miembros de la fuerza pública, artículos 6 y ss.

¹⁸ Libertad transitoria, condicionada y anticipada: 1004; Privación de libertad en unidad militar: 126 y Decreto 706: 289. Total beneficios: 1419 (informe del Ejército Nacional, correo electrónico del 30 de mayo de 2019).

¹⁹ JEP - Órgano de Gobierno, Acuerdo 001 de 15 de enero de 2018 y Acuerdo 007 de 16 de febrero de 2018.

Desde esa fecha y hasta el 30 de abril de 2019, la SDSJ ha tramitado y concedido a miembros de la fuerza pública 410 beneficios de tratamiento penal especial (Decreto 706 de 2017), en forma preliminar y previa repartidos así: libertad transitoria, condicionada y anticipada: 240; privación de libertad en unidad militar: 154, y suspensión de orden de captura: 16.²⁰ Aún está pendiente de evacuar, en los despachos de los magistrados de la SDSJ, un número importante de estas solicitudes.

La SDSJ, con fundamento en la Ley 1820 de 2016, artículo 28.7 y la Ley 1957 de 2019, artículo 84.g, ha priorizado las solicitudes de beneficios de los miembros de la fuerza pública, atendiendo los principios del Acuerdo Final de Paz y del Acto Legislativo 01 de 2017, que buscan el incentivo del sometimiento y la permanencia de los comparecientes en el SIVJRNR.²¹ Las decisiones que han concedido los beneficios, previo estudio de los requisitos para determinar la competencia personal, temporal y material, han impuesto a los comparecientes el régimen de condicionalidad, pues quien accede a los beneficios y los desea conservar debe cumplir con los fines propios de la justicia transicional bajo los compromisos de aportar verdad plena, reparar a las víctimas y garantizar la no repetición.²²

La Corte Constitucional ha establecido que:

...el otorgamiento de amnistías, indultos y otros tratamientos penales especiales –incluidos los diferenciales para Agentes del Estado– se somete a condiciones de acceso, y no releva a sus beneficiarios del deber de cumplir con las obligaciones contraídas dentro del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición.²³

Por su parte, la Sección de Apelación, desde sus tempranas decisiones en desarrollo de esta línea, ha determinado:

En esencia, la condicionalidad es el supremo atributo autorreferencial de la JEP. Esta es una jurisdicción dentro de la cual ninguna posición, estado, intervención del compareciente o respuesta, en cuanto implique un tratamiento favorable, puede por principio desligarse absolutamente o emanciparse de la condicionalidad, que le es doblemente coetánea e intrínseca, hasta el punto de que ausente la misma el derecho transicional se torna carente de validez y de legitimidad. El componente de justicia del Sistema, en términos de ingresos, salidas y productos, opera con base en un

²⁰ La Sala ha negado la libertad transitoria, condicionada y anticipada a 73 comparecientes, la privación de libertad en unidad militar a 14 y la suspensión de órdenes de captura en aplicación del Decreto 706 de 2017 a 6 (datos de estadística a 30 de septiembre de 2019).

²¹ Acta de reunión de la SDSJ del 20 de junio de 2018. Se han instalado mesas técnicas de trabajo, con delegados de las fuerzas militares y la Policía Nacional, en las que se ha buscado que los asuntos de los comparecientes sean repartidos con prontitud a la magistratura encargada de su trámite y, además, se prenda por su pronta resolución.

²² Acto Legislativo 01 de 2017, puntos 2, 13 y 15, y Acuerdo Final de Paz, Capítulo 5.1.2, artículos transitorios 1 y 5.

²³ Corte Constitucional, Sentencia C-007 de 2018, Expediente RPZ-001, M. P. Diana Fajardo Rivera, párr. 687.

código de condicionalidad, dado que el fin perseguido es que un estado, situación o decisión se vuelva definitivo, solo si se asegura verdad plena, reparación efectiva y no repetición a las víctimas conforme a sus parámetros de funcionamiento y de validez interna. Esto se infiere de todas y cada una de las fuentes del derecho de la transición.²⁴

La SDSJ, al resolver la concesión de los beneficios a los comparecientes, exige la presentación de un compromiso concreto, programado y claro en relación con su voluntad de contribuir a la realización de los derechos de las víctimas,²⁵ a la verdad plena,²⁶ a la reparación integral y a la no repetición,²⁷ y advierte que, en caso de optar por su sometimiento, este es integral, es decir, comprende todas las conductas en que hubiera participado por causa o con ocasión del conflicto armado, que conozca o haya conocido la justicia ordinaria; además, es irreversible, lo que implica que luego del sometimiento no puede retirarse de la jurisdicción transicional y los compromisos deben ejecutarse en forma irrestricta ante todos los órganos de la JEP, so pena de perder los beneficios, entre los que se encuentra su admisión a la jurisdicción, independientemente de que su ingreso al SIVJRNR sea de carácter forzoso.

Cuando los hechos materia de las solicitudes de concesión de beneficios previos correspondan a aquellos sobre los que no procede renuncia a la persecución ni la extinción de la sanción penal, pues se trata en su mayoría de conductas de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas de personas, entre otras, y que hacen parte del Caso 03, “Muertes ilegítimamente presentadas como bajas en combate por agentes del Estado”, que adelanta la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas (SRVRDH), una vez recibido el compromiso concreto, programado

²⁴ JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 019, num. 9.5.

²⁵ JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Autos TP-SA 019, 020 y 021 de 2018, y Ley 1820 de 2016, artículos 14, 33 y 50.

²⁶ La Corte Constitucional, en las sentencias C-715 de 2012 y C-099 de 2013, ha reiterado los siguientes criterios frente al derecho a la verdad del que son titulares las víctimas: “(iv) La dimensión individual del derecho a la verdad implica que las víctimas y sus familiares conozcan la verdad sobre los hechos, los responsables y las consecuencias de lo sucedido. Este derecho apareja, por tanto, el derecho a conocer la autoría del crimen, los motivos y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos delictivos, y finalmente, el patrón criminal que marca la comisión de los hechos criminales. Esto último, implica el derecho a conocer si el delito que se investiga constituye una grave violación a los derechos humanos, un crimen de guerra o un crimen de lesa humanidad. (v) La dimensión colectiva del derecho a la verdad, por su parte, significa que la sociedad debe conocer la realidad de lo sucedido, su propia historia, la posibilidad de elaborar un relato colectivo a través de la divulgación pública de los resultados de las investigaciones, e implica la obligación de contar con una ‘memoria pública’ sobre los resultados de estas investigaciones sobre graves violaciones de derechos humanos”, mismos que fueron reiterados en la Sentencia C-579 de 2013.

²⁷ Todo lo anterior de conformidad con lo previsto por el Acto Legislativo 01 de 2017, artículo transitorio 5, inc. 8º, en concordancia con la Ley 1820 de 2016, artículos 6, 14 y 52-4, y lo dispuesto por el Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, en los Autos TP-SA 019, 020 y 021 de 2018.

y claro de los comparecientes se da traslado a las víctimas y al representante del Ministerio Público y se envía la actuación a la SRVRDH para que continúe el proceso de sometimiento y el aporte de verdad.²⁸ En caso de que los comparecientes se encuentren sentenciados con condenas en firme, la Sala solicita que, a la par con la presentación del régimen de condicionalidad, se manifiesten sobre el tratamiento que darán a las sentencias, si pretenden que la sentencia sea objeto de revisión o se adelante la sustitución de la sanción penal, ambas acciones de competencia de la Sección de Revisión.²⁹

Si bien la acción de revisión en la JEP tiene, en líneas generales, los mismos elementos del procedimiento penal ordinario, los comparecientes que han obtenido la libertad transitoria, condicional y anticipada o la privación de libertad en una unidad militar, deben presentar régimen de condicionalidad así no reconozcan responsabilidad. El aporte a la verdad plena y la garantía de no repetición son medidas propias de la jurisdicción especial que deben cumplir quienes han obtenido previamente los beneficios o pretendan mantenerlos. Así, en caso de solicitar la sustitución de la sanción penal impuesta en la justicia ordinaria, el compareciente debe presentar el régimen de condicionalidad en la forma ya indicada y corresponderá a la SRVRDH enviar el procedimiento a la Sala de Revisión con la información detallada de las sanciones impuestas al peticionario, los hechos a los que se contrae, la información de contexto necesaria en aras de verificar la verdad aportada y establecer el tipo de sanción aplicable.³⁰

En el caso de aplicación del Decreto 706 de 2017, la Corte Constitucional dispuso que, en los procesos adelantados bajo la Ley 906 de 2004, la Fiscalía General de la Nación, a petición de los miembros de la Fuerza Pública, debe solicitar la concesión de los beneficios a la JEP cuando las órdenes de captura hayan sido proferidas por esa autoridad, esto es, durante la investigación y hasta antes de presentarse el correspondiente escrito de acusación. “En los demás casos se deberá hacer por parte de los beneficiarios, por cuanto las medidas son

²⁸ “203. En consecuencia, la segunda parte de la respuesta a la pregunta es que la SDSJ tiene competencias para pedir y evaluar en diferentes estadios el programa de los involucrados como posibles máximos responsables en los delitos graves y representativos, en particular, debido a su estatuto de titular de la potestad, implicada por el ordenamiento, de administrar el régimen de condicionalidad en los casos que conozca y que sean de su competencia. Y mantendría esta facultad hasta cuando la SRVR ejerza su potestad de selección y priorización efectiva y atraiga, en consecuencia, los asuntos para sustanciación, pues la SRVR absorbería la competencia exclusiva para asegurar el cumplimiento de las condicionalidades a partir del momento en que llame al compareciente a rendir versión, o desde cuando disponga expresamente que las demás Salas detengan los ejercicios de verificación de los aportes al Sistema. Lo anterior sin perjuicio de que entre las salas concernidas se convengan, como ya se ha señalado, mecanismos específicos de cooperación y planes de acción conjuntos” (JEP, Sección de Apelación, Sentencia interpretativa TP-SA-SENIT 1 de 2019).

²⁹ Acto Legislativo 01 de 2017, artículos 10 y 11.

³⁰ Ley 1922 de 2018, artículo 52.

fruto de lo dispuesto por los jueces de conocimiento y de ejecución de penas, respectivamente, con el fin de dar cumplimiento a la condena”.³¹

En dicha oportunidad se aclaró además que, si bien la expresión “autoridad judicial correspondiente” se refería a la JEP en tanto se trata de normas que desarrollan el SIVJRNR del cual esta hace parte, ello no era impedimento para que, mientras esta entrara en funcionamiento, la jurisdicción penal ordinaria pudiera atender estos requerimientos. Esta disposición guarda total coherencia con lo establecido por el artículo 52 de la Ley 1820 de 2016.

En este escenario, los miembros de la fuerza pública que han obtenido en la jurisdicción ordinaria los beneficios de libertad transitoria, condicionada y anticipada, la privación de libertad en una unidad militar, la sustitución o revocatoria de la medida de aseguramiento y la suspensión de la orden de captura, deben continuar ante la JEP los procesos de sometimiento a través de la SDSJ en la forma que se vienen ajustando las actuaciones mediante la imposición del régimen de condicionalidad con los estándares advertidos.

Para la SDSJ constituye un reto la administración de los tratamientos penales especiales que fueron concedidos a estos comparecientes sin haberse impuesto un régimen de condicionalidad y en ausencia de los principios de justicia restaurativa y proceso dialógico. Pasar por alto dicho estándar, ante beneficios de tal magnitud que fueron entregados en forma previa al inicio del proceso por el principio de buena fe y confianza, podría entenderse como una definición de situación jurídica definitiva por los comparecientes quienes pueden percibir que, al recobrar la libertad, el proceso terminó o quedó en un limbo pendiente de que se llame a continuar con el mismo. Una situación así, y con un número tan alto de personas en esta situación, podría considerarse, bajo la óptica del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), como una “autoamnistía”.

La Corte Constitucional, al estudiar la Ley 1820 de 2016³² con fundamento en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Barrios Altos vs. Perú*, llamó la atención sobre la improcedencia de las “autoamnistías” que propician

...la 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. [...] Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo

³¹ Corte Constitucional, Sentencia C-070 de 2018, Expediente RDL-013, M. P. Alberto Rojas Ríos.

³² *Ibid.*, párr. 140, Expediente RPZ-001, M. P. Diana Fajardo Rivera.

para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana.³³

En este sentido es lógico que, habiéndose adquirido un beneficio propio del SIVJRNR, en sede de justicia ordinaria y en forma incompleta para los derechos de las víctimas, la JEP, a través de la SDSJ, ahora en pleno funcionamiento, tenga una reacción de su parte encaminada precisamente a darle sentido y ruta a la continuación del trámite de sometimiento de aquella persona que resultó beneficiada.

Se trata entonces, para la SDSJ, de una función constructora e implementadora de actos preparatorios que servirán de base para la justicia futura³⁴ o que sentará los fundamentos de lo que ella misma hará más adelante en la concesión de beneficios definitivos, y que encuentra su razón de ser en la interrelación que la justicia transicional demanda para la construcción y consolidación de un espacio judicial lo suficientemente robusto, acertado y por demás inclusivo y abierto para el logro de las metas con las cuales fue concebido.³⁵

En la misma línea de trabajo, para la SDSJ queda pendiente continuar con los procedimientos propios de renuncia a la persecución penal en aquellos casos en que por la naturaleza de las conductas delictivas, procede este beneficio, luego de articular con la SRVRDH la verificación de los aportes de verdad plena en un grado alto por parte de los comparecientes. Asimismo, en relación con las personas que no serán objeto amnistía o indulto ni serán incluidas en la resolución de conclusiones, y a quienes no se les exija responsabilidad ante el Tribunal, por ser merecedoras de amnistía o indulto, entre otros casos.

En buen momento, la Sección de Apelación ha emitido la primera sentencia interpretativa a solicitud de la SDSJ, que determina y da lineamientos la actuación de la JEP, precisamente en la administración de los tratamientos penales especiales de su competencia, lo cual permitirá adecuar los procedimientos bajo los principios de la justicia transicional restaurativa y dialógica en coordinación con otras salas y secciones de la JEP.

Bibliografía

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*, 4 de abril de 2017.

³³ Corte IDH, Caso Barrios Altos vs. Perú, Sentencia de 14 de marzo de 2001, Fondo, párrs. 41 y 44.

³⁴ JEP, Sección de apelación, Sentencia interpretativa TP-SA-SENIT 1 de 2019, párr. 211.

³⁵ *Ibid.*, párrs. 239-241.

_____, Decreto 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*, 3 de mayo de 2017.

_____, 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.

_____, 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.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-007 de 2018, Expediente RPZ-001, M. P. Diana Fajardo Rivera.

_____, Sentencia C-070 de 2018, Expediente RDL-013, M. P. Alberto Rojas Ríos.

_____, Sentencia C-099 de 2013, Expediente D-9214, M. P. María Victoria Calle Correa.

_____, Sentencia C-715 de 2012, Expediente D-8963, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Barrios Altos *vs.* Perú, Sentencia de 14 de marzo de 2001 Fondo.

ILLERA, Olga y Juan Carlos RUIZ, “Entre la política y la paz: las Fuerzas Militares tras la firma del Acuerdo de Paz”, *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, año 20, núm. 39. Disponible en: <file:///C:/Users/JEP/Downloads/Dialnet-EntreLaPoliticaYLaPaz-6389584.pdf>

JEP - ACTA DE REUNIÓN DE LA SALA DE DEFINICIÓN DE SITUACIONES JURÍDICAS DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ DE 20 DE JUNIO DE 2018.

JEP - ÓRGANO DE GOBIERNO, Acuerdo 001 de 15 de enero de 2018.

_____, Acuerdo 007 de 16 de febrero de 2018.

JEP - TRIBUNAL PARA LA PAZ, Sección de Apelación, Auto TP-SA 019 de 2018.

_____, Sección de Apelación, Auto TP-SA 020 de 2018.

_____, Sección de Apelación, Auto TP-SA 021 de 2018.

_____, Sección de Apelación, Sentencia Interpretativa TP-SA-SENTIT 1 de 2019.

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LA PAZ, *Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*. Disponible en: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf>

Una aproximación al desarrollo del beneficio de amnistía en la Jurisdicción Especial para la Paz

«MARCELA GIRALDO MUÑOZ» Magistrada de la Sala de Amnistía o Indulto

Resumen: Este artículo aborda la competencia de la Sala de Amnistía o Indulto (SAI) en materia de amnistías, y su ejercicio desde 2018 hasta mayo de 2019. Para ello, se hará referencia al marco jurídico aplicable para el ejercicio de dicha competencia, y luego se presentará un recuento de lo que, en la práctica, han sido los casos estudiados por la referida Sala.

Palabras clave: amnistías, SAI, beneficios, amnistía *de iure*, amnistía de sala.

Abstract: The purpose of this article is to discuss the jurisdiction of the Amnesty and Pardon Chamber (SAI) with regard to amnesties, and its exercise from 2018 until May 2019. To do so, it will refer to the applicable legal framework for the exercise of that jurisdiction, and will then discuss the cases studied by this Chamber.

Key words: Amnesties, SAI [Amnesty and Pardon Chamber], benefits, *de jure* amnesty, Chamber amnesty.

Introducción

El primer reparto que recibió la Sala de Amnistía o Indulto (SAI, o la Sala) de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) se realizó el 11 de abril de 2018, pero el primero en materia de amnistías fue de tres –entre solicitudes y remisiones de expedientes de la jurisdicción ordinaria– y se hizo el 23 de ese mes. Para ese momento, cinco de los seis despachos de la Sala contaban con cuatro funcionarios y el magistrado o la magistrada, y el despacho restante contaba con tres funcionarios y el magistrado. Es decir, la SAI tenía en total veintitrés funcionarios y la magistratura.

Para mayo de 2019, el reparto de amnistías –solicitudes o remisiones– era de 767, y el equipo permanente de la SAI estaba integrado por seis magistrados y treinta funcionarios. Adicionalmente, la SAI contó con 17 funcionarios en movilidad –por distintos periodos de tiempo–, más dos magistrados en movilidad con sus despachos, uno al 100 % y otra al 40 %.¹ Dichas movilizaciones fueron medidas que se adoptaron a través del Órgano de Gobierno de la JEP para agilizar el trabajo de la Sala en relación con los asuntos represados, y garantizar los derechos de los solicitantes y de las víctimas. Entre las causas de la movilidad estuvieron la insuficiencia de los recursos humanos de la SAI para atender de manera celeridad los asuntos pendientes de trámite, estudio y decisión de fondo, y el incremento del reparto a los despachos como resultado de la puesta en marcha del plan de descongestión en la Secretaría Judicial de la SAI.

Durante este tiempo, la SAI ha realizado una importante labor en el estudio acerca de la concesión o no de los beneficios sobre los que ha tenido competencia. En específico, este artículo se centrará en el beneficio de mayor entidad: la amnistía. Se pretende que el lector conozca lo que ha sido la gestión de la Sala y los resultados obtenidos hasta mayo de 2019. Para ello, el documento está dividido en tres partes: la primera, hace referencia a la competencia de la SAI para decidir sobre la concesión de amnistías –*de iure* y de sala–, en donde se detallará el marco normativo aplicable y el análisis que la magistratura de la SAI realiza para decidir si una conducta puede ser objeto del beneficio de mayor entidad.

La segunda parte abordará los resultados de la SAI, es decir, se detallarán datos, entre otros, sobre la cantidad de casos, los delitos respecto de los cuales ha conocido la Sala, los solicitantes que han acudido y los beneficios que se han concedido, negado y no avocado.

La tercera parte presentará las conclusiones respecto de los resultados alcanzados.

¹JEP - Órgano de Gobierno, Acuerdo 038 de 11 de septiembre de 2018, y acuerdos 011 de 07 de febrero, 013 y 014 de 11 de febrero, 019 de 12 de marzo y 026 de 12 de abril de 2019; Unidad de Investigación y Acusación, Resolución 215 de 06 de marzo de 2019.

Competencia de la Sala de Amnistía o Indulto para decidir sobre la concesión de amnistías

El artículo 40 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia para la Jurisdicción Especial para la Paz (Lejep), Ley 1957 de 2019, señala que, conforme al derecho internacional humanitario (DIH), el Estado puede otorgar la amnistía más amplia posible al finalizar las hostilidades. Indica, además:

A los rebeldes que pertenezcan a organizaciones que hayan suscrito un acuerdo final de paz, así como a aquellas personas que hayan sido acusadas o condenadas por delitos políticos o conexos mediante providencias proferidas por la justicia, se otorgará la Amnistía más amplia posible conforme a lo indicado en el Acuerdo Final para la terminación del conflicto y el establecimiento de una paz estable y duradera, según lo determinado en la Ley 1820 de 2016, en el Decreto 277 de 2017, en el Decreto 1252 de 2017 y en es[a] ley.

Los artículos 8 y 21 de la Ley 1820 de 2016 se pronuncian en sentido similar; el último hace referencia al numeral 5° del artículo 6° del Protocolo II Adicional,² el cual establece que “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”. Sin embargo, el estudio de DIH consuetudinario del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) fijó un límite a la anterior disposición a través de la Norma 159, según la cual,

... cuando hayan cesado las hostilidades, las autoridades en el poder se esforzarán por conceder la amnistía más amplia posible a quienes hayan participado en un conflicto armado no internacional o a las personas privadas de libertad por razones relacionadas con el conflicto armado, *salvo a las personas sospechosas o acusadas de haber cometido crímenes de guerra, o que estén condenadas por ello.*³ (Énfasis agregado)

En este entendido, la SAI procurará conceder la amnistía más amplia posible, pero ello estará limitado a las conductas respecto de las cuales se cumplan los ámbitos personal, material y temporal descritos en la referida Ley 1820.

Por otra parte, respecto a la activación de la competencia de la SAI en materia de amnistías y de indultos, esta puede realizarse de diversas maneras. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 24 y 25 de la Ley 1820 de 2016, 45 de la Ley 1922 de 2018, y 79 y 81 de la Ley 1957 de 2019: i) de oficio; ii) a solicitud de parte; iii) por remisión del listado al que se refiere el artículo 79, literal l, de

² Por medio de la Ley 171 de 1994 se aprobó en Colombia el “Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)”, suscrito en Ginebra el 8 de junio de 1977. Esta ley fue declarada exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-225 de 18 de mayo de 1995.

³ Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck (eds.), *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, vol. I, *Normas*, Buenos Aires, Comité Internacional de la Cruz Roja, 2007, pp. 691-692.

la Lejep, o las recomendaciones de la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas (SRVRDH), y iv) por remisiones que hagan la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas (SDSJ), la Unidad de Investigación y Acusación (UIA), la Sección de Primera Instancia para Casos de Ausencia de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad, y la Sección de Revisión.

Ahora bien, en relación con los efectos del otorgamiento de la amnistía, los artículos 4, 7, 25, 34, 40 y 41 de la Ley 1820 de 2016; 9 del Decreto 277 de 2017, y 22, 41 y 81 de la Ley 1957 de 2019 indican cuáles serían esos efectos. Ese beneficio extingue: i) la acción y la sanción penal principal y las accesorias; ii) la acción de indemnización de perjuicios derivada de la conducta punible; iii) la responsabilidad derivada de la acción de repetición cuando el amnistiado haya cumplido funciones públicas; iv) si quien resultase beneficiado estuviera privado de la libertad, su puesta en libertad inmediata y definitiva; v) la amnistía cobija las investigaciones disciplinarias o fiscales en curso o sanciones impuestas como resultado de las mismas por los hechos o conductas objeto del beneficio –en caso de haberlas–; vi) anula o extingue la responsabilidad o la sanción disciplinaria o administrativa impuesta por conductas relacionadas directa o indirectamente con el conflicto armado; vii) la resolución que concede hará tránsito a cosa juzgada cuando esté en firme y se garantizará su inmutabilidad, y viii) la libertad provisional del beneficiario, previa suscripción del acta de compromiso, libertad que permanecerá vigente hasta que el juez de conocimiento dé cumplimiento a lo decidido por la SAI y materialice los efectos de extinción de la acción, la responsabilidad y la sanción penales según corresponda.⁴

En todo caso, debe recalarse que la Ley 1957 de 2019 señala que “la concesión de amnistías o indultos o el acceso a cualquier tratamiento especial, no exime del deber de contribuir, individual o colectivamente, al esclarecimiento de la verdad, ni extingue el derecho de las víctimas a recibir reparación”.⁵

En relación con las amnistías, la SAI tiene competencia para decidir sobre amnistías *de iure* y amnistías de sala. A continuación, se hará una breve referencia a la competencia de la Sala sobre estos beneficios penales, para luego abordar el análisis que realiza la SAI a fin de decidir sobre la concesión o no de los mismos.

⁴Es de anotar que este efecto surge de lo dispuesto por el artículo 81 de la Ley 1957 de 2019, por lo que las amnistías analizadas en este artículo no hacen referencia al mismo al haber sido otorgadas por la SAI y sus subsalas antes de la entrada en vigencia de esta ley.

⁵Ley 1957 de 2019 (Ley Estatutaria de la Administración de Justicia en la JEP), artículo 40, parágrafo 2.

Amnistías de iure

El capítulo I del título II de la Ley 1820 de 2016 regula lo concerniente a la concesión de las amnistías *de iure*. Señala que este es un beneficio que concede la ley por los delitos políticos o conexos a estos (arts. 15 y 16).⁶ El artículo 8 de la Ley 1820 de 2016 –reconocimiento del delito político– establece que

... serán considerados delitos políticos aquellos en los cuales el sujeto pasivo de la conducta ilícita es el Estado y su régimen constitucional vigente, cuando sean ejecutados sin ánimo de lucro personal.

También serán amnistiables los delitos conexos con el delito político que describan conductas relacionadas específicamente con el desarrollo de la rebelión y cometidos con ocasión del conflicto armado, así como las conductas dirigidas a facilitar, apoyar, financiar u ocultar el desarrollo de la rebelión.

Serán considerados delitos conexos al delito político, aquellos calificados como comunes cuando cumplan los requisitos anteriores y no se trate de conductas ilícitas cometidas con ánimo de lucro personal, en beneficio propio o de un tercero.

La Corte Constitucional enfatizó que el legislador diferenció “según si se trata de delito político, caso en el cual se excluiría de la motivación el ‘ánimo de lucro personal’ y si se trata de conexos, en los que se haría más estricta la exclusión, al hablar de ‘beneficio personal, propio o de un tercero’”.⁷

El artículo 15 de la Ley 1820 de 2016 determinó que “se concede amnistía por los delitos políticos de ‘rebelión’, ‘sedición’, ‘asonada’, ‘conspiración’ y ‘seducción’, usurpación y retención ilegal de mando y los delitos que son conexos

⁶ “Artículo 15. Amnistía *de iure*. Se concede amnistía por los delitos políticos de ‘rebelión’, ‘sedición’, ‘asonada’, ‘conspiración’ y ‘seducción’, usurpación y retención ilegal de mando y los delitos que son conexos con estos de conformidad con esta ley, a quienes hayan incurrido en ellos”.

“Artículo 16. Para los efectos de esta ley son conexos con los delitos políticos los siguientes: apoderamiento de aeronaves, naves o medios de transporte colectivo cuando no hay concurso con secuestro; constreñimiento para delinquir; violación de habitación ajena; violación ilícita de comunicaciones; ofrecimiento, venta o compra de instrumento apto para interceptar la comunicación privada entre personas; violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial; utilización ilícita de redes de comunicaciones; violación de la libertad de trabajo; injuria; calumnia; injuria y calumnia indirectas; daño en bien ajeno; falsedad personal; falsedad material de particular en documento público; obtención de documento público falso; concierto para delinquir; utilización ilegal de uniformes e insignias; amenazas; instigación a delinquir; incendios; perturbación en servicio de transporte público colectivo u oficial; tenencia y fabricación de sustancias u objetos peligrosos; fabricación, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones; fabricación, porte o tenencia de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos; perturbación de certamen democrático; constreñimiento al sufragante; fraude al sufragante; fraude en inscripción de cédulas; corrupción al sufragante; voto fraudulento; contrato sin cumplimiento de requisitos legales; violencia contra servidor público; fuga; y espionaje. El anterior listado de delitos será también tenido en cuenta por la Sala de Amnistía o Indulto de la Jurisdicción Especial para la Paz, sin perjuicio de que esta Sala también considere conexos con el delito político otras conductas en aplicación de los criterios establecidos en esta ley. Las conductas que en ningún caso serán objeto de amnistía o indulto son las mencionadas en el artículo 23 de esta ley. En la aplicación de la amnistía que trata la presente ley se incluirá toda circunstancia de agravación punitiva o dispositivo amplificador de los tipos penales”.

⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-007 de 1° de marzo de 2018, párr. 599.

con estos de conformidad con esta ley, a quienes hayan incurrido en ellos". En igual sentido se señala en el artículo 4 del Decreto 277 de 2017, por medio del cual se establece el procedimiento para la efectiva implementación de la Ley 1820 de 30 de diciembre de 2016.

Por su parte, el artículo 16 contiene una lista taxativa de delitos conexos con los delitos políticos, respecto de los cuales procede igualmente la amnistía *de iure*. Dicho listado, de acuerdo con lo estipulado en ese artículo, "será también tenido en cuenta por la [SAI], sin perjuicio de que esta Sala también considere conexos con el delito político otras conductas en aplicación de los criterios establecidos en esta ley. Las conductas que en ningún caso serán objeto de amnistía o indulto son las mencionadas en el artículo 23 de esta ley".⁸

El artículo 16 extiende los efectos de la amnistía *de iure* a las "circunstancia[s] de agravación punitiva o dispositivos amplificadores del tipo penal". Pero aclara que si hay "agravantes de los que surge la duda acerca de si se encuentran en el ámbito de lo amnistiable o no",⁹ no deberá otorgarse la amnistía *de iure* y la SAI deberá estudiar el caso como una amnistía de sala.

La Corte Constitucional, en Sentencia C-007 de 2018, al pronunciarse sobre el control automático de constitucionalidad de la Ley 1820 de 2016, precisó que "los artículos 15, 16 y 23 deben leerse de manera sistemática, pues en su conjunto definen un mecanismo especial para el acceso a los beneficios de mayor entidad de la Ley 1820 de 2016".¹⁰

En relación con los delitos contenidos en el artículo 15, la Corte Constitucional señaló que "son, precisamente, aquellos incluidos en el título del Código Penal, es decir, los delitos políticos 'en sentido estricto'".¹¹ Sostuvo, además, que "para analizar la validez de la configuración legislativa del delito político" hay cuatro parámetros esenciales, a saber: i) el régimen político como sujeto pasivo; ii) el móvil altruista; iii) la exclusión de crímenes internacionales no amnistiables, y iv) la separación razonable de la delincuencia común.¹²

La Corte también explicó que las amnistías *de iure* son distintas de aquellas de sala en tanto "en las primeras el escenario de controversia o discusión judicial es menor que en las segundas, de manera que se privilegia la decisión taxativa del Legislador",¹³ que incluyó en el artículo 16 de la Ley 1820 de 2016 un listado de delitos conexos.

En este sentido, la Corte Constitucional consideró:

⁸ Ley 1820 de 2016, artículo 16; Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-007, cit., párr. 607.

⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-007, cit., párrs. 721 y 722.

¹⁰ *Ibid.*, párr. 603.

¹¹ *Ibid.*, párr. 710.

¹² *Ibid.*, párr. 711.

¹³ *Ibid.*, párr. 714.

... las causales de procedencia de la amnistía *de iure* están definidas, previa y taxativamente, por el Congreso de la República en el artículo 16, lo que disminuye el grado de valoración en cabeza de los órganos competentes para conceder el beneficio [, y que] el procedimiento para su concesión es breve y no supone un grado de controversia tan amplio como el que caracteriza los procedimientos judiciales.¹⁴

Por su parte, la Sección de Apelación del Tribunal para la Paz ha indicado en su jurisprudencia que la SAI tiene competencia para conocer del beneficio de las amnistías *de iure*, como se describe a continuación.

En su Auto TP-SA-001 de 2018, la Sección señaló que “la [JEP] tiene competencia prevalente para conocer de los beneficios penales incluidos dentro del componente de justicia del SIVJRNR, entre los que se encuentra la amnistía *de iure* y la libertad condicionada”.¹⁵ Con posterioridad a ello, estableció que, para el caso en concreto, la SAI era “la autoridad competente para pronunciarse en primera instancia sobre la solicitud de amnistía *de iure*”.¹⁶

Asimismo, la Sección sostuvo que ante una solicitud de amnistía *de iure*, y una vez verificado que se trata de una de las conductas contenidas en los artículos 15 y 16 de la Ley 1820 de 2016, es razonable que la SAI, “bajo el procedimiento sumario que al respecto establece la ley, defina de forma inmediata si es procedente su concesión”.¹⁷ En otro asunto, la Sección reiteró la competencia de la SAI “para aplicar a la mayor brevedad el procedimiento previsto para este tipo de amnistía *de iure* y proceder, si a ello hay lugar, a su concesión”.¹⁸ Posteriormente, en relación con la competencia de la Sala para el estudio de este beneficio, la Sección explicó:

Las amnistías por ministerio de la ley *–de iure–*, en un estado ideal del proceso de implementación del AFP, debían resultar ajenas a las competencias de la SAI. De acuerdo con lo establecido en el artículo 19 de la Ley 1820 de 2016, se aplicarían “*en un término no mayor a los diez días contados a partir de la entrada en vigencia de [la] ley*” –el 31 de diciembre de 2016– y su concesión concernía al presidente de la República a través de un acto administrativo, al juez de conocimiento respectivo luego de la solicitud de preclusión elevada por la Fiscalía o al juez de ejecución de penas mediante una providencia, según el caso. Sin embargo, no puede desconocerse que luego de la plena entrada en funcionamiento del componente judicial del SIVJRNR y, por tanto, de la SAI –circunstancia que ocurrió el 15 de enero de 2018–, subsistieron asuntos que, a pesar de ser aptos de amnistiarse *de iure*, no fueron cobijados

¹⁴ *Ibid.*, párr. 605.

¹⁵ JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, TP-SA-001 del 30 de abril de 2018.

¹⁶ JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA-45 de 9 de octubre de 2018, párr. 27.

¹⁷ *Idem.*

¹⁸ JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA-081 de 4 de diciembre de 2018, párr. 29.

con dichas prerrogativas. En ese escenario, corresponde a la SAI, como juez natural de ese tipo de beneficios transicionales, adoptar la decisión a que haya lugar.¹⁹

En este sentido, cuando corresponda, la SAI está facultada para adecuar aquellos trámites que se surtieron conforme al artículo 46 de la Ley 1922 de 2018 –trámite de amnistías de sala–, al trámite establecido en el artículo 19 de la Ley 1820 de 2016, referente al estudio sobre la concesión del beneficio de la amnistía *de iure*.

Además, mediante el Auto TP-081 de 2018, la Sección estableció:

... la valoración del nexo de la conducta con el conflicto armado en los casos de la amnistía *de iure*, es decir, los eventos contemplados en los artículos 15 y 16 de la Ley 1820 de 2016, fue prevista de manera previa y anticipada por el legislador al determinar, con criterios taxativos, los casos en los cuales aquella procede. Ello explica el menor ejercicio de valoración que corresponde al juez al momento decidir sobre una amnistía *de iure* o por ministerio de la ley y el deber que le corresponde de decidir de manera expedita sobre su procedencia.²⁰

Asimismo, concluyó que la amnistía *de iure* “tiene un trámite célere y preferente, establecido en el artículo 19 de la Ley 1820 de 2016, el cual, salvo circunstancia especial, *no exige un estudio exigente en materia de conexidad* [entre la conducta y el conflicto armado]”²¹ (énfasis agregado).

Sobre este último aspecto, la referida Sección, mediante Auto TP-SA-128 de 2019, especificó en relación con la toma de la decisión sobre la concesión de este beneficio:

No es plausible que, por regla general, la amnistía *de iure*, cuya naturaleza es definitiva por la cesación absoluta de la sanción o la acción penal, amerite un simple estudio de contrastación mecánica entre la conducta y el artículo 16 de la Ley 1820 de 2016, dejando de lado *un ejercicio, aunque sea mínimo, de apreciación de la conexión de la conducta con el delito político y el conflicto armado interno*. Así, en eventos difíciles o de duda lo más sensato es acopiar mayores elementos de juicio en vez de circunscribirse a una mera constatación típica.

24. [...] con el objeto de evitar contradicciones y guardar coherencia interna en la interpretación y aplicación de la normatividad transicional, la SAI, ante una petición de amnistía *de iure* y libertad condicionada, debe otorgar prelación a la solución de la primera si las conductas por las cuales se pide el beneficio están enlistadas en los artículos 15 y 16 de la Ley 1820 de 2016. Empero, vale acotar que *la definición del beneficio definitivo no siempre se limita a una mera constatación normativa y temporal, sino que también conlleva, especialmente en casos difíciles y complejos [...], la valoración, así sea*

¹⁹ JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA-178 de 22 de mayo de 2019, párr. 18.

²⁰ JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA-081, cit., párr. 25.

²¹ *Ibid.*, párr. 27.

*menor, de la conexidad con el delito político y su relación con el conflicto armado interno.*²²
(Énfasis agregado)

En consecuencia, para conceder el beneficio de amnistía *de iure* se debe establecer: i) que se cumpla con el ámbito temporal y personal establecido en el artículo 17 de la Ley 1820 de 2016;²³ ii) que la conducta esté incluida en los artículos 15 o 16 de la misma norma; y iii) realizar una valoración, así sea menor, de la conexidad con el delito político y su relación con el conflicto armado interno.

De acuerdo con el artículo 5 del Decreto 277 de 2017, el otorgamiento de este beneficio acarreará “la declaración de la extinción de la acción penal, de las sanciones principales y accesorias, según el caso, así como de la acción civil de la condena indemnizatoria, por parte del funcionario judicial competente”.²⁴ Asimismo, si el beneficiario estaba privado de la libertad, la amnistía *de iure* conllevaría su puesta en libertad inmediata y definitiva en relación con aquellas conductas por las cuales se otorgó el beneficio.²⁵

Amnistías de sala

En el capítulo II del título III –Amnistías, indultos y otros tratamientos penales especiales– de la Ley 1820 de 2016, el legislador reguló lo referente a las *amnistías de sala*, esto es, las amnistías que serán objeto de análisis y decisión por parte de la SAI “en todos los casos que no sean objeto de una amnistía *de iure*”.²⁶

El artículo 22 de esta ley hace referencia al ámbito de aplicación personal y tiene una redacción idéntica al artículo 17, con la única diferencia de que el primero alude a las amnistías de sala y el segundo a las *de iure*. Lo anterior implica que, independientemente del tipo de amnistía que va a ser otorgado por la SAI –sea de sala o *de iure*–, la comprobación del ámbito de aplicación personal es igual para ambos beneficios.

Los artículos 23 de la Ley 1820 de 2016 y 83 de la Ley 1957 de 2019 establecen los criterios que deben ser estudiados por la Sala, en cada caso, para establecer la conexidad entre un delito y el delito político. El párrafo 1 del artículo 40 de la Ley 1957 de 2019 establece que las reglas de conexidad con el delito político son las contenidas en la Ley 1820 de 2016.

Respecto a estos criterios de conexidad, la Corte Constitucional señaló que se trata de “tres grandes criterios de valoración para que los jueces definan, con un mayor margen de apreciación, si el beneficio de mayor entidad es

²² JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA-128 de 13 de marzo de 2019, párr. 24.

²³ En igual sentido, véase Decreto 277 de 2017, artículo 6, “ámbito de aplicación personal” de las amnistías *de iure*.

²⁴ *Ibid.*, artículo 5.

²⁵ *Ibid.*, artículo 9.

²⁶ Ley 1820 de 2016, artículo 21.

procedente”.²⁷ Asimismo, sostuvo que ese margen de apreciación es “imprescindible para conceder estos beneficios, caso a caso, en el marco de un conflicto armado interno tan extenso y complejo como el colombiano”.²⁸

Estos criterios no son acumulativos; en ese sentido, con alcanzarse uno de ellos la Sala encontraría satisfecha esa conexidad:

- Aquellos delitos relacionados específicamente con el desarrollo de la rebelión cometidos con ocasión del conflicto armado, como las muertes en combate compatibles con el DIH y la aprehensión de combatientes efectuada en operaciones militares.
- Aquellos delitos en los cuales el sujeto pasivo de la conducta es el Estado y su régimen constitucional vigente.
- Aquellas conductas dirigidas a facilitar, apoyar, financiar u ocultar el desarrollo de la rebelión.

Ahora, tanto el artículo 42 de la Ley 1957 de 2019 como el parágrafo del artículo 23 de la Ley 1820 de 2016 se refieren a los delitos que en ningún caso podrán ser objeto de amnistía. Ello implica que si bien pueden llegar a tener conexidad con el delito político, esa es una conexidad que el legislador prohibió amnistiar. La Corte Constitucional indicó que se trataba de “criterios de exclusión, es decir, de lo no amniable”.²⁹ También afirmó que este parágrafo

... refleja los límites de las amnistías, desde dos perspectivas: la improcedencia de estos beneficios de mayor entidad por las conductas más graves para la dignidad humana, y la obligación de que no se extiendan a delitos comunes, ambas, limitaciones previstas en el DIDH, el DIH, el DPI y la jurisprudencia constitucional.³⁰

Se trata de los delitos que correspondan a las siguientes conductas:

- 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 amniables.
- 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 re-

²⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-007, cit., párr. 606.

²⁸ *Ibid.*, párr. 610.

²⁹ *Ibid.*, párr. 606.

³⁰ *Ibid.*, párr. 611.

belión durante el conflicto armado o cuya motivación haya sido obtener beneficio personal, propio o de un tercero.

En relación con la motivación, la Sección de Apelación del Tribunal para la Paz ha explicado:

... la competencia de la JEP se activa cuando las conductas que se someten a su conocimiento fueron cometidas por causa, con ocasión, o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, *sin que, en principio, frente a los comparecientes forzosos, exista el ánimo de obtener enriquecimiento ilícito personal o, en caso de que existiera, no ser este la causa determinante de la conducta.*³¹ (Énfasis agregado)

Finalmente, el mencionado párrafo se refiere a otro criterio para discernir si existe o no conexidad entre un delito y el delito político; así, “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”.

Ámbitos de aplicación temporal, personal y material

Para la concesión de amnistías, la SAI debe analizar si se cumplen los ámbitos de aplicación temporal, personal y material. Para el otorgamiento del beneficio deben satisfacerse los tres ámbitos, lo cual implica que al no superarse alguno de ellos, la Sala no continúa con el análisis de los ámbitos restantes. Es de anotar que el marco normativo no indica que los ámbitos deban analizarse en algún orden determinado.

Es importante enfatizar que la SAI concede amnistías sobre conductas y no sobre personas. Es decir, al otorgar una amnistía a un exmiembro o colaborador de las FARC-EP, la SAI no está amnistiando todas las conductas punibles por las que esa persona esté siendo investigada o procesada, o por las cuales haya sido condenada. El beneficio, de llegar a otorgarse, se daría sobre las conductas específicas que fueron de conocimiento de la Sala y que puedan ser objeto de amnistía. En consecuencia, una misma persona puede tener delitos respecto de los cuales se conceda el beneficio y otros sobre los que se niegue.

A continuación, se indicará en qué consisten los ámbitos de aplicación referidos.

³¹ JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA-166, cit., párr. 14; véase también Auto TP-SA-110 de 30 de enero de 2019, párr. 41.1.

Ámbito de aplicación temporal

Los artículos 3³² y 22³³ de la Ley 1820 de 2016, 5³⁴ del Acto Legislativo 01 de 2017 y 8³⁵ de la Ley 1957 de 2019 se refieren a este ámbito. En concreto señalan como límite temporal de la competencia la entrada en vigor del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera –esto es el 1° de diciembre de 2016–, o que la conducta hubiera estado estrechamente relacionada con la dejación de armas –este último supuesto contemplado, además, en el artículo 18 de la Ley 1820 de 2016–. En este sentido, de acuerdo con la Corte Constitucional,

... para los excombatientes de las Farc-EP existen dos tipos de conductas amnistiables, que se proyectan de forma distinta en el tiempo. Las conductas punibles ocurridas por causa, con ocasión, o en relación directa e indirecta con el conflicto, siempre que hayan ocurrido antes de la entrada en vigor del Acuerdo Final. Y las conductas relacionadas específicamente con el proceso de dejación de armas y durante el tiempo de duración del mismo.³⁶

Conforme con lo indicado respecto al primer tipo de conductas amnistiables, la SAI analiza si fueron o no cometidas con anterioridad a dicha fecha. De haberlo sido, se encontrarían dentro del ámbito de aplicación temporal de las conductas que conoce la JEP, con lo cual se acredita el requisito de temporalidad para la concesión de la amnistía. La satisfacción de este ámbito implicará que la SAI deberá continuar realizando el análisis de concurrencia de los ámbitos de aplicación restantes.

En relación con el segundo tipo de conductas amnistiables, esto es, las estrechamente vinculadas con el proceso de dejación de armas, es importante referirse primero a la duración de dicho proceso. El artículo 5 del Acto Legislativo 01 de 2017 aclara su duración, indicando que la dejación de armas fue “desarrollad[a] desde el primero de diciembre de 2016 hasta el momento en el que finali[zara] el proceso de extracción de las armas por parte de las Naciones

³² La Ley 1820 de 2016 “aplicará de forma diferenciada e inescindible a todos quienes, habiendo participado de manera directa o indirecta en el conflicto armado, hayan sido condenados, procesados o señalados de cometer conductas punibles por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado *cometidas con anterioridad a la entrada en vigor del acuerdo final. También cobijará conductas amnistiables estrechamente vinculadas al proceso de dejación de armas*” (énfasis agregado).

³³ “La amnistía que se concede por la Sala de Amnistía o Indulto se aplicará [...] siempre y cuando los delitos hubieran sido cometidos antes de la entrada en vigor del Acuerdo Final de Paz, así como respecto a las conductas amnistiables estrechamente vinculadas al proceso de dejación de armas” (énfasis agregado).

³⁴ “Conductas cometidas con anterioridad al 1° de diciembre de 2016, por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, por quienes participaron en el mismo, en especial respecto a conductas consideradas graves infracciones al derecho internacional humanitario o graves violaciones de los derechos humanos” (énfasis agregado).

³⁵ *Idem*.

³⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-007, cit., párr. 546.

Unidas, conforme a lo dispuesto en el Acuerdo Final”. En el artículo 62 de la Ley 1957 de 2019 se aborda la misma idea. Al respecto, según lo indicado por la Misión de Verificación de las Naciones Unidas en Colombia, dicho proceso de dejación de armas de las FARC-EP finalizó el 15 de agosto de 2017.³⁷

Sobre las conductas, la Corte Constitucional explicó que deben ser conexas tanto con el conflicto armado como directamente con el proceso de dejación de armas. Señaló que “se refiere únicamente a eventos surgidos mientras esta culmina, tales como el porte ilegal de armas o el uso de prendas militares, ejemplos apenas ilustrativos”.³⁸ Asimismo, el artículo 62 de la Ley 1957 de 2019, especificó lo siguiente:

Son conductas consideradas estrechamente vinculadas al proceso de dejación de armas todas aquellas que no estén incluidas en el párrafo del artículo 23 de la Ley 1820 de 30 de diciembre de 2016, que no supongan incumplimiento del Cese al Fuego y Hostilidades Bilateral y Definitivo según lo convenido en el “Protocolo de Reglas que rigen el Cese al Fuego y de Hostilidades Bilateral y Definitivo (CFHBD) y Dejación de Armas (DA)” que hace parte del Acuerdo Final, y siempre que hayan sido cometidas antes de que concluya el proceso de Dejación de Armas de las FARC-EP acordado entre ese grupo y el Gobierno nacional. En ningún caso se considerará como conductas estrechamente vinculadas al proceso de dejación de armas los delitos de homicidio agravado (artículo 104 del Código Penal), desaparición forzada (artículo 165 del Código Penal), secuestro (Artículos 168 y 169 del Código Penal), tortura (178), desplazamiento forzado (artículo 180 del Código Penal), reclutamiento ilícito (artículo 162 del Código Penal), extorsión (Artículo 244 del Código Penal), enriquecimiento ilícito de particulares (artículo 327 del Código Penal), tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (artículo 376 del Código Penal) o de cualquiera de las

³⁷ Comunicación remitida por Michela Paolini, asesora legal de la Misión de Verificación de las Naciones Unidas en Colombia, a la Sección de Revisión del Tribunal para la Paz, el 18 de junio de 2018. Cfr. artículos 1 y 2 del Decreto 1274 del 28 de julio de 2017, “por el cual se prorroga la duración de las Zonas Veredales Transitorias de Normalización (ZVTN) y unos Puntos Veredales de Normalización (PTN), establecidos por los Decretos 2000, 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016, 2017, 2018, 2019, 2020, 2021, 2022, 2023, 2024, 2025 y 2026 de 2016, y 150 de 2017, y se dictan otras disposiciones”. “Artículo 1°. Para efectos de dotar de seguridad jurídica al proceso, y que el Componente Internacional del Mecanismo de Monitoreo y Verificación (CIMM&V) culmine las actividades del proceso de extracción de armas conforme a los procedimientos convenidos en los respectivos protocolos del Acuerdo Final, tareas que deben iniciar a más tardar el 31 de julio y terminar a más tardar el 15 de agosto del año en curso, de forma paulatina o progresiva, se prorrogarán las Zonas Veredales Transitorias de Normalización (ZVTN) y los Puntos Transitorios de Normalización (PTN) de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 del presente decreto. Párrafo. Con la finalización del proceso de extracción de las armas depositadas en los contenedores por parte del CI-MM&V, se dará por terminado el proceso de dejación de armas. Artículo 2°. Prorróguese la duración de las Zonas Veredales Transitorias de Normalización (ZVTN) y los Puntos Transitorios de Normalización (PTN), establecidos por los Decretos 2000, 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016, 2017, 2018, 2019, 2020, 2021, 2022, 2023, 2024, 2025 y 2026 de 2016, y 150 de 2017, prorrogadas por el Decreto 901 de 2017, hasta el 15 de agosto del año en curso, sin perjuicio de que la fecha se anticipe para cada Zona o Punto en el cual haya culminado el proceso de extracción de armas, día en el cual concluirá dicha zona o punto” (énfasis agregado).

³⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-007, cit., párr. 559.

conductas previstas en el Título IV del Libro Segundo de la Ley 599 de 2000, cuando su ejecución haya comenzado durante el proceso de dejación de armas.

Ámbito de aplicación personal

De conformidad con los artículos 17 y 22 de la Ley 1820 de 2016, el ámbito de aplicación personal de la SAI en materia de amnistías se circunscribe a las personas –tanto nacionales como extranjeras– que hayan sido autoras o partícipes de delitos políticos o conexos a estos y “que han sido imputadas, procesadas o condenadas por hechos relacionados directamente con el conflicto armado”,³⁹ siempre que la persona se encuentre inmersa en alguno de los supuestos que se relacionan a continuación:⁴⁰

1. Que la providencia judicial condene, procese o investigue por pertenencia o colaboración con las FARC-EP.
2. Integrantes de las FARC-EP tras la entrada en vigencia del Acuerdo Final de Paz con el Gobierno nacional, de conformidad con los listados entregados por representantes designados por dicha organización expresamente para ese fin, listados que serán verificados conforme a lo establecido en el Acuerdo Final de Paz. Lo anterior aplica, aunque la providencia judicial no condene, procese o investigue por pertenencia a las FARC-EP.
3. Que la sentencia condenatoria indique la pertenencia del condenado a las FARC-EP, aunque no se condene por un delito político, siempre que el delito por el que haya resultado condenado cumpla los requisitos de conexidad establecidos en esta ley.
4. Quienes sean o hayan sido investigados, procesados o condenados por delitos políticos y conexos, cuando se pueda deducir de las investigaciones judiciales, fiscales y disciplinarias, providencias judiciales o por otras evidencias que fueron investigados o procesados por su presunta

³⁹ *Ibid.*, párr. 756.

⁴⁰ En la etapa de revisión de este artículo, la Sección de Apelación se pronunció sobre la calidad de “colaborador” mediante el Auto TP-SA-235 de 2019 en el que sostuvo: “El relacionamiento del solicitante del beneficio provisional con las FARC-EP era causa de los réditos económicos que le reportaban la compra y venta de elementos de guerra, no a una finalidad unívoca y decidida de colaborar al desarrollo de la rebelión. Por lo mismo, no puede considerarse un colaborador solo de las FARC-EP, ni una persona cuya colaboración haya sido conexa al delito político” (párr. 33); “cuando el carácter de colaborador con las FARC-EP pretende convalidarse en un caso en el cual es claro que la persona no ha incurrido en un delito político o conexo, sino que se encuentra involucrada en una conducta objetivamente no amnistiable ni indultable (L 1820/16 art. 23 pará.), la JEP también debe verificar la concurrencia efectiva de un elemento subjetivo adicional. Para ser considerado colaborador de las FARC-EP el individuo, al cometer la conducta, ha de haber contado con *consciencia* de estar colaborando con la extinta guerrilla. En otros términos, a la par del *conocimiento* y la *voluntad* de ejecutar los hechos punibles, debió conocer que al realizarlos colaboró con la guerrilla, sin que esto implique, naturalmente, sintonía o afinidad ideológica con la causa subversiva” (párr. 34) (JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA-235 de 17 de julio de 2019, párrs. 33 y 34).

pertenencia o colaboración a las FARC-EP. En este supuesto el interesado, a partir del día siguiente de la entrada en vigor de esta ley, solicitará al fiscal⁴¹ o juez de ejecución de penas competente, la aplicación de la misma aportando o designando las providencias o evidencias que acrediten lo anterior.

Estos supuestos son de carácter alternativo, es decir, la persona satisface el ámbito de aplicación personal con estar incluida en uno solo de ellos, sin perjuicio de que pueda estarlo en dos o más. Los medios probatorios con los que puede demostrarse el cumplimiento de este ámbito de aplicación están establecidos en la misma Ley 1820 de 2016.⁴² A continuación, se hará referencia a cada uno de estos cuatros supuestos.

- Numeral 1 de los artículos 17 y 22 de la Ley 1820 de 2016

Este supuesto se refiere a personas condenadas, procesadas o investigadas por pertenencia o colaboración con las FARC-EP que cuentan con providencia judicial, la Sección de Apelación del Tribunal para la Paz de la JEP ha señalado que para dar por cumplido este supuesto debe: i) contarse con providencia judicial que condene, procese o investigue al solicitante y que dé cuenta de su pertenencia o colaboración con las FARC-EP, y ii) “la providencia esté relacionada con los hechos por los cuales [...] está requiriendo el beneficio”.⁴³

En este sentido, al analizar este supuesto, la SAI verifica si la providencia judicial condena al solicitante, lo procesa o investiga por pertenecer o colaborar con las FARC-EP, y si la misma recae sobre los hechos objeto de estudio. En caso contrario, este supuesto no se encontraría demostrado.

Ahora bien, la expresión “providencia judicial” tiene distintos significados dependiendo del sistema penal colombiano objeto de estudio por parte de la

⁴¹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-007, cit., párr. 729: “Antes de la entrada en funcionamiento de la Sala de Amnistías e Indultos de la JEP, si se trata de procesos adelantados en el marco de la Ley 600 de 2000, será el fiscal competente el encargado de aplicar este tipo de amnistía, si la actuación se encuentra en investigación previa o instrucción, mientras que si la actuación está en etapa de juzgamiento, la solicitud que se formula al fiscal debe ser trasladada al juez competente. Por su parte, si se trata de procesos adelantados bajo la Ley 906 de 2004 o la Ley 1098 de 2006, la solicitud que se formula al fiscal debe ser trasladada al juez competente (de garantías o de conocimiento), dependiendo de la etapa en que se encuentre el proceso, para que aplique el beneficio”.

⁴² La Sección de Apelación del Tribunal para la Paz de la JEP ha sido reiterativa en que “[el ámbito personal de competencia] se debe demostrar conforme a las exigencias taxativas de la Ley 1820 de 2016 y el Decreto Ley 277 de 2017 [...]. Aunque el solicitante aduzca que puede probar su pertenencia al grupo por medio de ‘certificaciones de sus excompañeros’, lo cierto es que, de acuerdo con el ordenamiento transicional que hoy reitera la SA, este no es un mecanismo conducente para la validación del factor personal de competencia” (autos TP-SA-075 de 2018, TP-SA-132, 136 y 145 de 2019).

⁴³ JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA-013 de 13 de julio de 2018, párrs. 21 y 25.

JEP. En los procesos tramitados bajo la Ley 600 de 2000, las providencias se clasifican en: i) sentencias, ii) autos interlocutorios, iii) autos de sustanciación y iv) resoluciones que profiera la Fiscalía.⁴⁴ En el Sistema Penal Oral Acusatorio (Ley 906 de 2004) se clasifican en: i) sentencias, ii) autos y iii) órdenes, que son proferidas exclusivamente por los jueces.⁴⁵

En resumen, son *providencias judiciales* las decisiones que tomen los jueces, independientemente de la ley que cubija el procedimiento penal, y excepcionalmente lo serán también las resoluciones proferidas por la Fiscalía General de la Nación en los procesos penales adelantados en con base en la Ley 600 de 2000.

Lo anterior se debe a que la Ley 906 de 2004 establece un sistema adversarial de partes, por lo que la presentación del escrito de acusación y su formulación oral ante un juez imparcial comprenden las pretensiones de una sola de esas partes. Situación distinta es la ocurrida en la Ley 600 de 2000, por cuanto la resolución de acusación, por ser objeto de notificación y recursos –características propias de los actos judiciales–, puede generar una revisión por parte del superior funcional en aras de revisar su legalidad.⁴⁶

- Numeral 2 de los artículos 17 y 22 de la Ley 1820 de 2016

Se refiere a aquellos que fueron integrantes de las FARC-EP de conformidad con los listados entregados por representantes designados por ese grupo expresamente para tal fin y verificados conforme a lo establecido en el Acuerdo Final de Paz.

En este supuesto, la Ley 1779 de 2016 y el Decreto 1174 del mismo año precisan que la autoridad competente para acreditar que alguien es exintegrante de las FARC-EP es la Oficina del Alto Comisionado para la Paz (OACP). Esa oficina es la que, de conformidad con los listados entregados y una vez surtido el proceso de verificación respectivo, profiere un acto administrativo que acredita al integrante del referido grupo armado.⁴⁷ En consonancia, la Sección de Apelación del Tribunal para la Paz de la JEP indicó:

... por disposición legal la acreditación es un trámite formal, reglado y complejo que se inicia con la elaboración de los listados por parte de los representantes designados por las FARC-EP expresamente para tal fin y que culmina con la revisión y verificación que está a cargo de la [OACP]. Ello quiere decir que la inclusión en los listados de miembros de las FARC-EP no puede hacerla cualquier integrante de esta organización, sino únicamente las personas expresamente facultadas para ello, y que la simple inclusión en tales listados no basta para acreditar la pertenencia a este grupo armado ilegal, pues siempre se requerirá que la OACP expida un acto administrativo

⁴⁴ Ley 600 de 2000, artículo 169.

⁴⁵ Ley 906 de 2004, artículo 161.

⁴⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto del 13 de marzo de 2013, Radicado 39.561, M. P. Javier Zapata Ortiz.

⁴⁷ Al respecto, véase también Ley 1957 de 2019, artículo 63.

formal que hace las veces de “certificación de pertenencia al grupo armado organizado al margen de la ley de que se trate”, conforme a lo dispuesto en el artículo 2 del Decreto 1753 de 2016.⁴⁸

En este sentido, cualquier documento firmado por algún presunto exintegrante de las FARC-EP que pretenda hacer las veces de “acreditación”, “certificación” o “reconocimiento” de otra persona como exmiembro o colaborador de ese grupo armado, no tiene vocación de satisfacer el numeral 2 de los artículos 17 y 22.⁴⁹ Ello por cuanto no sería prueba idónea para acreditar que alguien haya sido exintegrante de las FARC-EP dado que, se reitera, dicha condición debe estar debidamente verificada y acreditada por parte del Gobierno nacional, a través de la OACP.

También es importante indicar que el hecho de estar acreditado por la OACP no implica necesariamente que los hechos respecto de los cuales se estudia el beneficio estén relacionados con el conflicto armado. Como afirmó la Sección de Apelación del Tribunal para la Paz, dicha certificación

... prueba el *factor personal*, pero no es eficaz para establecer, per se, el *factor material*, esto es, la conexidad entre la conducta delictiva y el conflicto armado interno, por la elemental razón que no es posible suponer que todas las actuaciones de un integrante acreditado de las FARC-EP tuvieron relación directa o indirecta con el conflicto armado.⁵⁰

Por otra parte, de conformidad con lo dispuesto por la referida sección, la certificación a través de la cual el Comité Operativo para la Dejación de las Armas (CODA) ratifica la pertenencia a las FARC-EP constituye un medio idóneo para dar por cumplido el ámbito de aplicación personal:

⁴⁸ JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA-104 de 2019, párr. 17.3. Cfr. autos TP-SA-013, TP-SA-024 y TP-SA-084 de 2018.

⁴⁹ JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA-176 de 22 de mayo de 2019, párr. 18: “La Sección no puede pasar por alto que Silva Ibagué aportó un ‘certificado’ notarial con miras a acreditar el factor personal de competencia. En los Autos TP-SA-67 de 2018, 121, 129 y 136 de 2019, entre otros, la Sección ordenó remitir copia de los expedientes relacionados a la Fiscalía General de la Nación (FGN). Esto, con el propósito de que se investigara ‘la eventual comisión de conductas punibles atentatorias contra la fe pública y la administración de justicia, que puedan derivarse del actuar desplegado por [el solicitante] y Abraham Cardozo Medina, alias Herly Herrera’, y que hayan podido presentarse cuando el comandante guerrillero emitió certificaciones de pertenencia a las FARC-EP por fuera del conducto legalmente establecido, con el ánimo de activar la competencia de la JEP sobre casos que estaban ostensiblemente por fuera de su órbita competencial. Dando alcance a estos precedentes, se dispondrá el envío a la FGN de una copia del presente auto, de las peticiones presentadas por el interesado y del escrito del señor Cardozo Medina para nutrir las pesquisas adelantadas sobre el particular y, con ello, ordenarle a dicha institución que remita a esta Jurisdicción un informe sobre el estado de avance de la investigación a efectos de iniciar, si no se ha hecho ya, un incidente de verificación del régimen de condicionalidad al que está sometido Abraham Cardozo Medina, teniendo en cuenta que él es actualmente compareciente ante la JEP” (énfasis agregado).

⁵⁰ JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA-166, cit., párr. 20.

La verificación de una persona como exintegrante de las FARC-EP presupone el paso por un matiz estatal –el del *Comité Técnico Interinstitucional*–. Pero eso, en principio, no es necesario cuando las situaciones ya han superado el filtro del *Comité Operativo para la Dejación de las Armas*. Para comprobar el factor personal de competencia en el marco del análisis para la concesión de beneficios de la Ley 1820 de 2016 es posible demostrar la pertenencia a las FARC-EP mediante *certificado CODA*, pues este en lo sustancial y por regla general es semejante a la *acreditación OACP*.⁵¹

En conclusión, la persona debe encontrarse inmersa o en el supuesto de hecho señalado por la jurisprudencia de la Sección de Apelación del Tribunal para la Paz o en el establecido taxativamente en el numeral 2 de los artículos 17 y 22 de la Ley 1820 de 2016. Si la OACP no ha suscrito el referido acto administrativo, la persona no se encontraría dentro del grupo de exmiembros de las FARC-EP acreditados por dicha oficina. Asimismo, si la persona no cuenta con certificado CODA que demuestre su pertenencia a las FARC-EP y que haya sido proferido con posterioridad a la fecha de ocurrencia de los hechos materia de estudio, no es posible entender satisfecho este supuesto normativo.

- Numeral 3 de los artículos 17 y 22 de la Ley 1820 de 2016

El supuesto contenido en este numeral se refiere a personas que hayan sido condenadas y en cuya sentencia condenatoria se indique su pertenencia a las FARC-EP, aunque no se le condene por un delito político y siempre que el delito por el cual resultó condenada cumpla con los requisitos de conexidad establecidos en la Ley 1820 de 2016.

De conformidad con lo señalado por la Sección de Apelación del Tribunal Especial para la Paz, para que este supuesto se cumpla debe: i) “allegar[se] la sentencia o la decisión judicial que dé cuenta de que el solicitante es miembro de las FARC[-EP]”;⁵² ii) la sentencia debe estar relacionada con los hechos por los cuales, en la actualidad, el solicitante está requiriendo el beneficio,⁵³ y iii) la pertenencia a las FARC-EP se ha debido indicar en “la sentencia condenatoria adoptada por la comisión de una conducta punible que cumpla los requisitos de conexidad, así no se les reprochara un delito político”.⁵⁴

⁵¹ JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA-123 de 6 de marzo de 2019, párr. 18. Este criterio fue reiterado mediante el Auto TP-SA-182 de 29 de mayo de 2019: “La SA también ha admitido la idoneidad de la acreditación de pertenencia a las FARC-EP que suministra el Comité Operativo para la Dejación de las Armas (CODA) para quienes se desmovilizaron individualmente, por ejemplo, antes del proceso y el AFP (Dcto 128/03), y a quienes se les aplican los instrumentos transicionales en virtud de lo ordenado por el Acto Legislativo 1 de 2012” (párr. 35.2).

⁵² JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA-013, cit., párr. 21.

⁵³ *Ibid.*, párr. 25.

⁵⁴ JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA-088 de 13 de diciembre de 2018, párr. 15.

En este sentido, en el estudio de este supuesto es necesario que exista una sentencia condenatoria. Eso quiere decir que aquellas personas cuyo proceso esté en la etapa de investigación o juzgamiento no podrían encajar en lo dispuesto por este supuesto del numeral 3. Podrían, en todo caso, llegar a satisfacer los otros numerales de los artículos 17 y 22 de la Ley 1820 de 2016.

En consecuencia, de haber sentencia condenatoria, la SAI analiza si en la misma se indica la pertenencia del solicitante a las FARC-EP, caso en el cual se examina si la condena se da por un delito conexo con el político de conformidad con lo dispuesto en los artículos 16 y 23 de la Ley 1820 de 2016. Al respecto, la Corte Constitucional indicó:

... esta hipótesis debe interpretarse en el contexto de la Ley 1820 de 2016, lo que implica que el delito conexo por el cual fue condenado el aspirante no puede corresponder a alguno de aquellos respecto de los cuales se contempla la prohibición de conceder amnistías o indultos conforme al parágrafo del artículo 23.⁵⁵

Si la sentencia condenatoria no hace alusión alguna a la pertenencia del sujeto a las FARC-EP, no es menester realizar el examen de los criterios de conexidad de la(s) conducta(s) por las cuales fue condenado con el delito político.

- Numeral 4 de los artículos 17 y 22 de la Ley 1820 de 2016

Finalmente, este supuesto se refiere a quienes sean o hayan sido investigados, procesados o condenados por delitos políticos y conexos, cuando se pueda deducir de las investigaciones judiciales, fiscales y disciplinarias, así como de providencias judiciales o por *otras evidencias*, que fueron investigados o procesados por su presunta pertenencia o colaboración a las FARC-EP.

De acuerdo con la Sección de Apelación del Tribunal para la Paz de la JEP, cuando el numeral 4 se refiere a *otras evidencias*, se trata de “alguna evidencia –p. e. investigaciones judiciales, fiscales, disciplinarias o providencias judiciales, *necesariamente recolectadas o practicadas en los procesos penales respectivos*–”⁵⁶ (énfasis agregado).

Asimismo, señaló que estas *otras evidencias* con las que puede acreditarse el numeral 4

... no pueden ser de cualquier clase, sino que, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 6 numeral 4 del Decreto Ley 277 de 2017, debe tratarse de “*evidencias de actuaciones falladas o en curso*”, lo cual por principio indica que no incluye aquellos medios que se presenten como *evidencias pero de forma sobreviniente, que no reposen ya en otros procesos decididos o pendientes de decisión*.”⁵⁷ (Énfasis agregado)

⁵⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-007, cit., párr. 728.1.

⁵⁶ JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA-095 de 13 de febrero de 2019, párr. 29.1.

⁵⁷ JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA-161 de 11 de julio de 2019, párr. 5.

La referida sección estableció que de las actuaciones procesales debe deducirse que se trata de delitos cometidos durante el conflicto armado y con ocasión de la pertenencia del individuo a las FARC-EP. Es decir que aunque la providencia no lo exprese textualmente, pueda deducirse de esas actuaciones su pertenencia a ese grupo armado organizado.⁵⁸

Según la Sección de Apelación, se requieren entonces tres condiciones para satisfacer este supuesto: i) “no basta con que haya cualquier tipo de investigación, proceso o condena, sino que tiene que ser judicial, fiscal o disciplinaria”; ii) dicha investigación, proceso o condena debe “versar sobre la comisión de ‘delitos políticos o conexos’”, y iii) “en esos procesos ya fallados o en curso debe poder haber investigaciones, providencias o evidencias que permitan inferir que las actuaciones se surtieron por presunta ‘pertenencia o colaboración’ con las FARC-EP”.⁵⁹

En este sentido, entonces, la SAI debe verificar primero que el individuo haya sido investigado, procesado o condenado por delitos políticos y conexos. Luego, en caso de que así haya sido, debe realizar un análisis del que pueda deducir, a partir de distintas investigaciones –judiciales, fiscales y disciplinarias–, providencias judiciales y otras evidencias relacionadas con el proceso penal respectivo que resulten conducentes, que esa persona fue investigada o procesada por su presunta pertenencia o colaboración con las FARC-EP.

Del ámbito de aplicación material

De acuerdo con el Acto Legislativo 01 de 2017 y las leyes 1820 de 2016 y 1957 de 2019, el ámbito de aplicación material para la concesión de amnistías por parte de la SAI recae: i) sobre las conductas cometidas *por causa*, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado,⁶⁰ y ii) sobre los delitos políticos y los comunes declarados conexos con el delito político.⁶¹

En consecuencia, en el análisis del ámbito de aplicación material debe establecerse: i) si las conductas objeto de análisis fueron cometidas *por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado no internacional*, y ii) si podrían ser amnistiables, es decir, si siendo conexas con el delito político, no se encuentran cobijadas por los criterios de exclusión del beneficio de amnistía señalados por el legislador.

Si en el primer nivel de análisis se concluye que la conducta no tiene nexo con el conflicto armado se torna innecesario determinar si se está en sede de

⁵⁸ JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA-013, cit., párrs. 21 y 26. Cfr. Auto TP-SA-088 de 13 de diciembre de 2018, párr. 15.

⁵⁹ JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA-161, cit., párr. 5.

⁶⁰ Acto Legislativo 01 de 4 de abril 2017, artículo 5; Ley 1820 de 2016, artículo 3; Ley 1957 de 2019, artículo 8.

⁶¹ Ley 1820 de 2016, artículos 15, 16 y 23; Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-007, cit., párr. 783.

una conducta susceptible de amnistía y, en consecuencia, la Sala no continúa el análisis.

Por otra parte, si las conductas objeto de estudio en efecto fueron cometidas por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, puede darse uno de dos escenarios: que el beneficio de amnistía se conceda o que se niegue. Si se concede es porque la Sala encuentra que la conducta tiene conexidad con el delito político y que puede ser objeto de amnistía.

Si se niega puede ser porque la SAI: i) considera que la conducta no tiene conexidad con el delito político, o ii) encuentra que sí tiene conexidad con este delito, pero que, de acuerdo con lo establecido por el legislador, es de aquellas conductas cuya conexidad con el delito político no sería objeto de amnistía. En ambos casos, al existir un nexo con el conflicto armado, la JEP mantiene su competencia, razón por la cual, al negar el beneficio, la SAI remitirá el caso a la SRVRDH o a la SDSJ.

Para establecer la relación con el conflicto armado no internacional, la SAI debe determinar si la conducta objeto de estudio se cometió por causa, en ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado. Ese análisis debe hacerse con una intensidad alta pues, en sede del estudio sobre la concesión de la amnistía, se está ante la decisión “de fondo en relación con el otorgamiento de [un] benefici[o] de mayor entidad”.⁶²

La Sección de Apelación ha indicado que para establecer si una conducta fue cometida *por causa* del conflicto armado, se deberá realizar “un juicio de causalidad que establezca si la conducta tuvo origen o no en el conflicto”.⁶³ Al respecto, la referida Sección señaló que debe establecerse que dicha conducta tenga “una relación cercana y suficiente con [el] desarrollo [del conflicto]”.⁶⁴ Sobre esta relación, la Corte Constitucional ha sostenido que “lejos de entenderse bajo una óptica restrictiva que la limite a las confrontaciones estrictamente militares, o a un grupo específico de actores armados con exclusión de otros, ha sido interpretada en un sentido amplio que incluye toda la complejidad y evolución fáctica e histórica del conflicto armado interno colombiano”.⁶⁵

En lo referente a la *relación directa* con el conflicto armado, la Sección de Apelación ha sostenido que guarda similitud con la expresión “con causa”, y que debe hacerse “una evaluación de un juicio de causalidad entre la conducta

⁶² JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA-20 de 21 de agosto de 2018, párr. 19.

⁶³ JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA-19 de 21 de agosto de 2018, párr. 11.13; Auto TP-SA-110, cit., párr. 41.4.

⁶⁴ JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA-19, cit., párr. 11.12; Auto TP-SA-110, cit., párr. 41.4.

⁶⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-253 A de 29 de marzo de 2012, párr. 6.3.3.

y el conflicto para establecer fácticamente si tiene su origen en este y con ello la constatación del nexo".⁶⁶

Al respecto, la referida sección ha expuesto que, para determinar si una conducta punible tiene relación directa o indirecta con el conflicto armado no internacional, debe examinarse el artículo 23 transitorio constitucional.⁶⁷ Así también lo indicó la Corte Constitucional colombiana en la Sentencia C-080 de 2018:

... si bien estos criterios son aplicables a los miembros de la fuerza pública, no implica que no se puedan extender a otros actores responsables de hechos en el marco del conflicto, en cuanto se trata de conductas cometidas "con ocasión", "por causa" o "en relación directa o indirecta" con el conflicto armado. En efecto, los criterios señalados en la disposición mencionada se inspiran en la jurisprudencia internacional que ha desarrollado dichas directrices para todas aquellas personas responsables de hechos en el marco del conflicto armado.⁶⁸

La Sección de Apelación se refiere a dos criterios auxiliares incorporados por dicha norma: la causalidad, "si el conflicto armado fue la causa directa o indirecta del delito",⁶⁹ y el criterio subjetivo, cuando la existencia del conflicto "influyó en el autor, partícipe o encubridor de la conducta punible cometida por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con la guerra".⁷⁰

Respecto a este último criterio, la Sección indica los cuatro parámetros contenidos en el artículo 23:

Que la existencia del conflicto armado haya influido en el autor, partícipe o encubridor de la conducta punible cometida por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto, en cuanto a:

- Su capacidad para cometerla, es decir, a que por razón del conflicto armado el perpetrador haya adquirido habilidades mayores que le sirvieron para ejecutar la conducta.
- Su decisión para cometerla, es decir, a la resolución o disposición del individuo para cometerla.
- La manera en que fue cometida, es decir, a que, producto del conflicto armado, el perpetrador de la conducta haya tenido la oportunidad de contar con medios que le sirvieron para consumarla.
- La selección del objetivo que se proponía alcanzar con la comisión del delito.⁷¹

Ahora bien, en relación con los criterios de conexidad con el delito político, este tema se describió en los apartados referentes a amnistías *de iure* y amnistía

⁶⁶ JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA-19, cit., párr. 11.15.

⁶⁷ JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA-110, cit., párr. 41; Auto TP-SA-166, cit., párr. 14.

⁶⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-080 de 15 de agosto de 2018, núm. 4.1.3, párr. 10.

⁶⁹ JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA-110, cit., párr. 41.2; Auto TP-SA-166, cit., párr. 15.

⁷⁰ *Idem*.

⁷¹ Artículo transitorio 23°, Competencia de la Jurisdicción Especial para la Paz, Acto Legislativo 01 de 2017. Cfr. Acuerdo Final, p. 145, 5.1.2, párr. 9; *idem*.

que se concede por la Sala, en los que se abordó lo relacionado con los delitos políticos, los delitos conexos a estos y los criterios tanto de conexidad como de exclusión del beneficio de amnistía.

Casos vistos por la Sala de Amnistía o Indulto

La Sala y sus subsalas, hasta el 31 de mayo de 2019, concedieron 12 amnistías, otorgando así el beneficio a 26 comparecientes. Por su parte, los despachos de la SAI han otorgado, hasta el 30 de junio de 2019, 83 amnistías *de iure* a 107 comparecientes. Ahora bien, dentro de las 73 resoluciones de la SAI o de sus subsalas que negaron el beneficio de amnistía a 75 comparecientes, 4 de ellas lo hicieron por el factor temporal, 36 por el factor personal y 33 por el factor material.

El 29 de octubre de 2018, la Sala Plena resolvió de fondo la primera decisión sobre amnistía.⁷² Desde entonces hasta mayo de 2019, la Sala Plena concedió dos amnistías –una de ellas parcialmente–⁷³ y negó la concesión de cinco.⁷⁴ A través de las subsalas se ha realizado el mayor número de estudio de amnistías de sala. En efecto, en el primer trimestre de 2019, la Sala Plena decidió crear dos subsalas para el estudio de ese beneficio.

El 5 de febrero de 2019, la Sala Plena, mediante el Protocolo 003 de 2019, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 018 de 18 de mayo de 2018, estableció las directrices generales para la división en subsalas, y la organización y el funcionamiento de las subsalas y subsecciones de la JEP, para el conocimiento de amnistías de sala de competencia de la SAI.⁷⁵

Así las cosas, resolvió que la Sala “estará compuesta por dos subsalas que se rotarán cada cuatro meses, según la disposición y aprobación de la Sala Plena. Estas estarán nominadas así: Subsala A y Subsala B”.⁷⁶ Tendrán por objeto “dictar las resoluciones que otorgan o niegan las amnistías de sala y las que otorguen la libertad por efecto de la aplicación de la amnistía concedida, consagrada en el artículo 40 de la Ley 1820 de 2016”.⁷⁷

Ahora bien, es relevante señalar que mediante el Protocolo 002 de 2019, la Sala Plena resolvió que a “solicitud del magistrado o magistrada ponente o sustanciador(a), la Sala podrá decidir asuntos que considere de trascendencia, o se requiera unificar la jurisprudencia o establecer un precedente judicial

⁷² JEP - Salas de Justicia, Sala de Amnistía o Indulto, Resolución SAI-AOI-001 de 29 de octubre de 2018.

⁷³ *Ibid.*, resoluciones SAI-AOI-001, cit. (en la que se concede amnistía a dos comparecientes) y SAI-AOI-006 de 04 de febrero de 2019 (amnistía parcial).

⁷⁴ JEP - Salas de Justicia, Sala de Amnistía o Indulto, resoluciones SAI-AOI-002 de 09 de noviembre de 2018; SAI-AOI-003 de 27 de diciembre de 2018; SAI-AOI-004 de 27 de diciembre de 2018; SAI-AOI-005 de 20 de febrero de 2019; SAI-AOI-007 de 09 de mayo de 2019.

⁷⁵ JEP - Salas de Justicia, Sala de Amnistía o Indulto, Protocolo 003 de 2019.

⁷⁶ *Ibid.*, artículo 3.

⁷⁷ *Ibid.*, artículo 2.

horizontal”.⁷⁸ Es decir que, en estos supuestos, dichos casos que en principio serían estudiados por alguna de las subsalas, podrían ser estudiados por la Sala Plena de la SAI.

Las subsalas comenzaron a funcionar en febrero de 2019. De febrero a mayo, las subsalas A y B de la SAI concedieron 10 amnistías, 6 de ellas totales y 4 parciales. Fueron negadas 68 amnistías y una fue remitida por competencia a la SRVRDH.

Es importante señalar que, para mayo de 2019, los distintos despachos de la SAI decidieron no avocar en un total de 42 casos, rechazar *in limine* en 44, y remitir por competencia en 40. Estas decisiones se toman por despacho y no por sala en razón de lo dispuesto en el Protocolo 002 de 2019, en el que se establece que “el magistrado o magistrada ponente o sustanciador(a) dictará las demás resoluciones interlocutorias y de trámite”.⁷⁹

En relación con los 12 casos en los que se encontraron cumplidos los tres ámbitos de aplicación –temporal, personal y material–, y, en consecuencia, se concedió el beneficio de amnistía de sala, en el cuadro 1 se indica la siguiente información: el número de la resolución, el supuesto por el que se encontró cumplido el ámbito de aplicación personal, el o los delito(s) por los que se concedió y el tipo de relación que se encontró con el conflicto armado no internacional.

⁷⁸ JEP - Salas de Justicia, Sala de Amnistía o Indulto, Protocolo 002 del 24 de enero de 2019, artículo 2.

⁷⁹ *Idem*.

CUADRO 1. AMNISTÍAS CONCEDIDAS POR LA SAI O SUS SUBSALAS

NÚMERO DE LA RESOLUCIÓN	SUPUESTO DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN PERSONAL	DELITO(S) POR EL/LOS QUE SE CONCEDIÓ LA AMNISTÍA	TIPO DE RELACIÓN CON EL CONFLICTO ARMADO NO INTERNACIONAL	CRITERIO DE CONEXIDAD CON EL DELITO POLÍTICO	ESTRUCTURA DE LAS FARC-EP A LA CUAL PERTENECIÓ EL COMPARECIENTE	LUGAR DE COMISIÓN DE LOS HECHOS
1 SAI-AOI-001-2018	Ambos comparecientes satisficieron el supuesto del numeral 1 del artículo 22 de la Ley 1820 de 2016	Rebelión	Relación directa	Ley 1820 de 2016, artículos 16 y 23, literal b)	Ambos comparecientes eran integrantes del Frente 53 de las FARC-EP	Cubarral, Meta
2 SAI-AOI-006-2019	Numeral 2 del artículo 22 de la Ley 1820 de 2016	Rebelión, daño en bien ajeno, concierto para delinquir ⁱ	Relación directa	Ley 1820, artículo 16	Frente 53 de las FARC-EP	Granada, Meta
3 SAI-SUBA-AOI-001	Ambos comparecientes satisficieron el numeral 2 del artículo 22 de la Ley 1820 de 2016	Concierto para delinquir agravado ⁱⁱ	Relación directa	Ley 1820, artículo 16	Ambos colaboradores del Frente 10 de las FARC-EP	Lugar planeado para la ejecución de los delitos: plan para explotar artefactos en los puentes de Girardot, Cundinamarca; Flandes y Suárez, Tolima y Bogotá D.C.
4 SAI-SUBA-AOI-002	Numeral 2 del artículo 22 de la Ley 1820 de 2016	Lavado de activos	Relación directa y con ocasión del conflicto	Ley 1820 de 2016, artículo 23, literal c)	Miembro del grupo de Finanzas del secretariado de las FARC-EP	Pereira, Risaralda

ⁱ En este caso, se recalificaron como rebelión los delitos de terrorismo y tentativa de terrorismo, por los cuales fue condenado el compareciente en la justicia ordinaria.

ⁱⁱ En este caso, se concedió una amnistía parcial, toda vez que al compareciente le fue negado el beneficio por los delitos de homicidio agravado, actos de terrorismo, homicidio en persona protegida, terrorismo y homicidio en persona protegida en modalidad de tentativa.

ⁱⁱⁱ En este caso, se concedió una amnistía parcial, toda vez que al compareciente le fue negado el beneficio por el delito de secuestro extorsivo.

CUADRO 1. AMNISTÍAS CONCEDIDAS POR LA SAI O SUS SUBSALAS (continuación)

NÚMERO DE LA RESOLUCIÓN	SUPUESTO DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN PERSONAL	DELITO(S) POR EL/LOS QUE SE CONCEDIÓ LA AMNISTÍA	TIPO DE RELACIÓN CON EL CONFLICTO ARMADO NO INTERNACIONAL	CRITERIO DE CONEXIDAD CON EL DELITO POLÍTICO	ESTRUCTURA DE LAS FARC-EP A LA CUAL PERTENECIÓ EL COMPARECIENTE	LUGAR DE COMISIÓN DE LOS HECHOS
5 SAI-SUBA-AOI-005-2019	De los once comparecientes, diez satisficieron el numeral 1 de la Ley 1820 de 2016. El restante acreditó su pertenencia mediante el supuesto del numeral 2 de la misma normativa	Lavado de activos	Relación directa	Ley 1820 de 2016, artículo 23, literal c)	Frente 7 de las FARC-EP	Bogotá D.C., Lejanías, Meta Granada, Meta
6 SAI-SUBA-AOI-011	Numeral 2 del artículo 22 de la Ley 1820 de 2016	Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes	Relación directa	Ley 1820 de 2016, artículo 23, literal c)	Frente 1 de las FARC-EP	Santiago de Cali, Valle del Cauca
7 SAI-AOI-SUBA-D-011	Numeral 1 del artículo 22 de la Ley 1820 de 2016	Rebelión, concierto para delinquir y fabricación y tráfico de armas y municiones de uso privativo de las FFAA. ^{iv}	Relación directa	Ley 1820 de 2016, artículos 15 y 16	Miembro FARC-EP	San José del Fragua, Caquetá
8 SAI-AOI-SUBA-D-020	Numeral 2 del artículo 22 de la Ley 1820 de 2016	Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones ^y	Por causa, con ocasión o relación directa o indirecta con el conflicto armado	Ley 1820 de 2016, artículo 16	Miembro FARC-EP	Chinchiná, Caldas

9	SAI-AOI-SUBA-D-044	Numeral 1 del artículo 22 de la Ley 1820 de 2016	Rebelión (amnistía de iure) hurto agravado y calificado ^{vi}	Relación directa	Ley 1820 de 2016, artículos 15 y 16	Jefe de finanzas de la Compañía Ayiber González de la columna móvil Teófilo Forero de las FARC-EP	Hobo, Huila Gigante, Huila
10	SAI-SUBB-AOI-002-2019	Ambos comparcientes satisficieron el numeral 2 del artículo 22 de la Ley 1820 de 2016	Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado	Con ocasión del conflicto	Ley 1820 de 2016, artículo 23, literal c)	Integrantes del Frente 15 de las FARC-EP	La Montañita, Caquetá
11	SAI-SUBB-AOI-D-004-2019	Ambos comparcientes satisficieron el numeral 3 del artículo 22 de la Ley 1820 de 2016	Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado	Relación directa y con ocasión del conflicto armado	Ley 1820 de 2016, artículo 23, literal c)	Jefe de finanzas de la compañía Cacique Pipatón de las FARC-EP	El Bagre, Antioquia
12	SAI-SUBB-AOI-D-022-2019	Numeral 2 del artículo 22 de la Ley 1820 de 2016	Tráfico de estupefacientes, utilización ilícita de equipos de transmisión o receptores y lavado de activos	Relación directa y con ocasión del conflicto armado	Ley 1820 de 2016, artículo 23, literal c)	Jefa de finanzas del Frente 14 del Bloque Sur de las FARC-EP	Cartagena del Chairá, Caquetá

^{iv} En este caso, se concedió una amnistía parcial, toda vez que al compareciente le fue negado el beneficio por los delitos de homicidio agravado y terrorismo.

^v En este caso, se concedió una amnistía parcial, toda vez que al compareciente le fue negado el beneficio por los delitos de homicidio agravado.

^{vi} En este caso, se concedió una amnistía parcial, toda vez que al compareciente le fue negado el beneficio por los delitos de homicidio en persona protegida, tentativa de homicidio agravado, tentativa de homicidio en persona protegida, utilización de métodos y medios de fuerza ilícitos, hurto calificado y agravado.

Respecto al ámbito de aplicación personal, el cuadro 2 detalla cuáles de los supuestos del artículo 22, numerales 1-4, de la Ley 1820 de 2016 fueron los que la SAI o sus subsalas encontraron cumplidos para entender satisfecho el referido ámbito. Es de anotar que, como se indicó, basta con que se dé uno de los supuestos para que el ámbito se cumpla. Por consiguiente, puede ocurrir que algunos de los solicitantes hayan satisfecho más de un supuesto, pero que las decisiones no hagan referencia específica a ello.

Asimismo, se indica cuántos de aquellos que superaron el análisis del ámbito de aplicación personal obtuvieron el beneficio de amnistía, pues el solo hecho de cumplir con ese ámbito no implica la concesión del beneficio. De esta manera, hubo casos en los que se encontró que la persona fue miembro o colaborador de las FARC-EP pero que el delito se encontraba por fuera del ámbito temporal o material.

CUADRO 2. SUPUESTOS DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN PERSONAL SATISFECHOS Y AMNISTÍAS CONCEDIDAS		
SUPUESTO DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN PERSONAL	NÚMERO DE SOLICITUDES	AMNISTÍAS CONCEDIDAS
Ley 1820 de 2016, artículo 22, numeral 1: Que la providencia judicial condene, procese o investigue por pertenencia o colaboración con las FARC-EP.	15	13
Ley 1820 de 2016, artículo 22, numeral 2: Integrantes de las FARC-EP tras la entrada en vigor del Acuerdo Final de Paz con el Gobierno nacional, de conformidad con los listados entregados por representantes designados por dicha organización expresamente para ese fin, listados que serán verificados conforme a lo establecido en el Acuerdo Final de Paz. Lo anterior aplica, aunque la providencia judicial no condene, procese o investigue por pertenencia a las FARC-EP.	43	10
Autos 123 y 182 de 2019 de la Sección de Apelación del Tribunal Especial para la Paz de la JEP, mediante los cuales se posibilita demostrar la pertenencia a las FARC-EP a través del certificado CODA.	1	0
Ley 1820 de 2016, artículo 22, numeral 3: Que la sentencia condenatoria indique la pertenencia del condenado a las FARC-EP, aunque no se condene por un delito político, siempre que el delito por el que haya resultado condenado cumpla los requisitos de conexidad establecidos en la ley.	1	1
Ley 1820 de 2016, artículo 22, numeral 4: Quienes sean o hayan sido investigados, procesados o condenados por delitos políticos y conexos, cuando se pueda deducir de las investigaciones judiciales, fiscales y disciplinarias, providencias judiciales o por otras evidencias que fueron investigados o procesados por su presunta pertenencia o colaboración a las FARC-EP.	3	2

A continuación, en el cuadro 3 se señala el tipo de conductas delictivas que fueron objeto de estudio por parte de la SAI o sus subsalas en el trámite de amnistía. Están ordenadas de conformidad con el número de veces que se analizaron –fueran solicitadas o conocidas de oficio por la SAI o sus subsalas–. Asimismo, se indica cuántas de esas amnistías fueron concedidas.⁸⁰ Se recuerda que para que la Sala o sus subsalas otorgaran el beneficio era necesario satisfacer los tres ámbitos de aplicación personal, temporal y material. Se debe tener en cuenta que el cuadro no hace referencia a circunstancias de agravación punitiva o dispositivos amplificadores de los tipos penales, atendiendo a que estos corren

⁸⁰ Este esquema fue realizado con base en los informes de las coordinaciones de las subsalas A y B de febrero a mayo de 2019, y a la información recabada en los despachos de la Sala en relación con las amnistías de Sala.

CUADRO 3. TIPOS DE DELITOS RESPECTO DE LOS CUALES SE ANALIZÓ LA CONCESIÓN DEL BENEFICIO DE AMNISTÍA Y NÚMERO DE AMNISTÍAS CONCEDIDAS Y NEGADAS

CONDUCTA		NÚMERO DE VECES ANALIZADA	NÚMERO DE VECES CONCEDIDA	NÚMERO DE VECES NEGADA
1	Homicidio	39	0	39
2	Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones ^I	17	1	16
3	Secuestro extorsivo ^{II}	9	0	8
4	Secuestro simple	8	0	8
5	Tráfico, fabricación de estupefacientes	16	6	10
6	Concierto para delinquir	11	4	7
7	Tentativa de homicidio	7	0	7
8	Extorsión	6	0	6
9	Hurto	6	1 ^{III}	5
10	Rebelión	6	5 ^{IV}	1 ^V

^I Si bien este delito podría llegar a ser amnistiable de *iure*, fue estudiado por la subsala en tanto concursaba con otros tipos penales que no se encontraban dentro de los descritos en el artículo 16 de la Ley 1820 de 2016. En los casos en los que se negó el beneficio, esto ocurrió debido a que no se acreditó el factor personal, o el temporal, o los delitos con los que concursó no satisficieron el criterio material.

^{II} JEP - Salas de Justicia, Sala de Amnistía o Indulto, Resolución SAI-SUBB-AOI-D-015-2019, en la que se remite por competencia a la SRVRDH.

^{III} *Ibid.*, Resolución SAI-AOI-SUBA-D-04, mediante la cual se concede amnistía de *iure* por subsala.

^{IV} Tres fueron concedidas por la Sala Plena: una en virtud de la recalificación como rebelión de los delitos de terrorismo y tentativa de terrorismo (SAI-AOI-006-2019) y las otras dos, mediante la primera resolución de la Sala Plena (Resolución SAI-AOI-001-2018). Las dos amnistías restantes salieron por la subsala A, con un análisis menos exigente por tratarse de un delito político (SAI-AOI-SUBA-D-011 y SAI-AOI-SUBA-D-044).

^V JEP - Salas de Justicia, Sala de Amnistía o Indulto, Resolución SAI-AOI-SUBA-D-030, párr. 85, en la que se negó por el criterio material, dado que “se evidencia que los actos desarrollados por parte del compareciente señor, fueron propios de un grupo armado diferente al que suscribió los acuerdos de Paz con el Gobierno Nacional; puesto que no se encontró elemento o pieza procesal que determinara que de la comisión de estos fuera ordenada o realizada por la organización armada de las FARC-EP, puesto que de las piezas procesales se pudo establecer que es un miembro del ELN”.

CUADRO 3. TIPOS DE DELITOS RESPECTO DE LOS CUALES SE ANALIZÓ LA CONCESIÓN DEL BENEFICIO DE AMNISTÍA Y NÚMERO DE AMNISTÍAS CONCEDIDAS Y NEGADAS (continuación)

CONDUCTA		NÚMERO DE VECES ANALIZADA	NÚMERO DE VECES CONCEDIDA	NÚMERO DE VECES NEGADA
11	Terrorismo	4	0	4
12	Lesiones personales	3	0	3
13	Lavado de activos	14	13	1
14	Acceso carnal violento en persona protegida	1	0	1
15	Actos sexuales con menor de 14	2	0	2
16	Acceso carnal abusivo con menor de 14	1	0	1
17	Apoderamiento de hidrocarburos	1	0	1
18	Utilización ilegal de uniformes	1	0	1
19	Desplazamiento forzado	1	0	1
20	Homicidio en persona protegida	2	0	2
21	Tentativa de homicidio en persona protegida	1	0	1
22	Fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las FF.MM.	3	1	2
23	Falsedad en documento público	1	0	1
24	Fraude procesal	1	0	1
25	Peculado por apropiación	1	0	1
26	Reclutamiento ilícito	1	0	1
27	Utilización ilícita de equipos de transmisión	1	1	0
28	Utilización de métodos y medios de guerra ilícitos	1	0	1
29	Daño en bien ajeno	1	1	0
30	Cohecho	1	0	1
31	Administración de recursos relacionados con actividades terroristas	1	0	1
Total		168	33	134

la misma suerte del delito base objeto de estudio de la amnistía.⁸¹ En el cuadro 4 se detalla el análisis de los casos en los que no se concedió el beneficio de amnistía o se concedió de manera parcial –debido a que algunas de las conductas estudiadas no cumplían el ámbito de aplicación material y otras sí–, fuera que se encontrara relación con el conflicto armado no internacional, pero que, habiendo conexidad con el delito político, esta se hallaba dentro de los criterios de exclusión trazados por el legislador, o fuera que no se encontrara relación y, por ende, carecía de sentido continuar con el análisis sobre si la conducta pudiera o no ser objeto de amnistía.

⁸¹ Ley 1820 de 2016, artículo 16, parágrafo 3.

CUADRO 4. CASOS EN LOS QUE SE CONCEDIÓ PARCIALMENTE EL BENEFICIO O SE NEGÓ POR FALTA DE RELACIÓN CON EL CONFLICTO O POR ALGUNO DE LOS CRITERIOS DE EXCLUSIÓN

RESOLUCIÓN	CONDUCTA	TIPO DE RELACIÓN CON EL CONFLICTO ARMADO NO INTERNACIONAL, SI SE ENCONTRÓ	CRITERIOS DE EXCLUSIÓN LEY 1820 DE 2016, ARTÍCULO 23, PARÁGRAFO
SAI-AOI-006-2019 ⁱ	Homicidio agravado con fines terroristas, actos de terrorismo Homicidio en persona protegida, homicidio agravado y terrorismo Homicidio en persona protegida, tentativa de homicidio en persona protegida	Relación directa	Ley 1820 de 2016, artículo 23, literal a) del parágrafo (crímenes de guerra)
SAI-AOI-002-2018	Tráfico, porte o fabricación de estupefacientes	No se encontró relación con el conflicto armado	Ley 1820 de 2016, artículo 23, literal b) del parágrafo
SAI-AOI-003-2018	Extorsión agravada	No se encontró relación con el conflicto armado	Ley 1820 de 2016, artículo 23, literal b) del parágrafo
SAI-SUBA-AOI-001-2019 ⁱⁱ	Secuestro extorsivo	Relación indirecta	Ley 1820 de 2016, artículo 23, literal a) del parágrafo (toma de rehenes u otra grave privación de la libertad)
SAI-AOI-SUBA-D-011-2019 ⁱⁱⁱ	Homicidio agravado y terrorismo	Relación directa	Ley 1820 de 2016, artículo 23, literal a) del parágrafo (crímenes de guerra)
SAI-AOI-SUBA-D-020-2019 ^{iv}	Homicidio agravado	No se encontró relación con el conflicto armado	Ley 1820 de 2016, artículo 23, literal a) del parágrafo

ⁱ Caso amnistía parcial: se concedió por rebelión, daño en bien ajeno, concierto para delinquir.

ⁱⁱ Caso amnistía parcial: se concedió por concierto para delinquir.

ⁱⁱⁱ Caso amnistía parcial: se concedió por rebelión, concierto para delinquir y fabricación y tráfico de armas o municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas.

^{iv} Caso amnistía parcial: se concedió por porte de armas, niega homicidio.

^v Caso amnistía parcial: se concedió por hurto y rebelión de iure.

CUADRO 4. CASOS EN LOS QUE SE CONCEDIÓ PARCIALMENTE EL BENEFICIO O SE NEGÓ POR FALTA DE RELACIÓN CON EL CONFLICTO O POR ALGUNO DE LOS CRITERIOS DE EXCLUSIÓN (continuación)

RESOLUCIÓN	CONDUCTA	TIPO DE RELACIÓN CON EL CONFLICTO ARMADO NO INTERNACIONAL, SI SE ENCONTRÓ	CRITERIOS DE EXCLUSIÓN LEY 1820 DE 2016, ARTÍCULO 23, PÁRAGRAFO
SAI-AOI-SUBA-D-044-2019 ^v	Homicidio en persona protegida, tentativa de homicidio agravado, tentativa de homicidio en persona protegida, homicidio agravado, utilización de métodos y medios de fuerza ilícitos, hurto calificado y agravado	Relación directa	Ley 1820 de 2016, artículo 23, literal a) del párrafo (crímenes de guerra)
SAI-SUBBA-AOI-007-2019	Homicidio agravado	No se encontró relación con el conflicto armado	Ley 1820 de 2016, artículo 23, literal b) del párrafo
SAI-SUBA-AOI-010-2019	Apoderamiento de hidrocarburos y concierto para delinquir	No se encontró relación con el conflicto armado	Ley 1820 de 2016, artículo 23, literal b) del párrafo
SAI-SUBA-AOI-013-2019	Tráfico, fabricación de estupefacientes	No se encontró relación con el conflicto armado	Ley 1820 de 2016, artículo 23, literal b) del párrafo
SAI-SUBA-AOI-014-2019	Secuestro simple agravado y homicidio	Relación directa	Ley 1820 de 2016, artículo 23, literal a) del párrafo (privación grave de la libertad)
SAI-SUBA-AOI-008-2019	Homicidio, tentativa de homicidio y porte de armas	No se encontró relación con el conflicto armado	Ley 1820 de 2016, artículo 23, literal b) del párrafo
SAI-AOI-SUBA-D-002-2019	Secuestro extorsivo	Relación directa	Ley 1820 de 2016, artículo 23, literal a) del párrafo (privación grave de la libertad)
SAI-AOI-SUBA-D-003-2019	Tráfico de estupefacientes	No se encontró relación con el conflicto armado	Ley 1820 de 2016, artículo 23, literal b) del párrafo
SAI-AOI-SUBA-D-004-2019	Homicidio y concierto para delinquir	No se encontró relación con el conflicto armado	Ley 1820 de 2016, artículo 23, literal b) del párrafo

SAI-AOI-SUBA-D-013-2019	Homicidio	No se encontró relación con el conflicto armado	Ley 1820 de 2016, artículo 23, literal b) del párrafo
SAI-AOI-SUBA-D-014-2019	Homicidio agravado, fabricación y tráfico de armas de fuego de defensa personal, utilización ilegal de uniformes	No se encontró relación con el conflicto armado	Ley 1820 de 2016, artículo 23, literal b) del párrafo
SAI-AOI-SUBA-D-017-2019	Tráfico de estupefacientes	No se encontró relación con el conflicto armado	Ley 1820 de 2016, artículo 23, literal b) del párrafo
SAI-AOI-SUBA-D-021-2019	Homicidio	No se encontró relación con el conflicto armado	Ley 1820 de 2016, artículo 23, literal a) del párrafo
SAI-AOI-SUBA-D-022-2019	Terrorismo	Relación directa	Ley 1820 de 2016, artículo 23, literal a) del párrafo (crimen de guerra grave)
SAI-AOI-SUBA-D-024-2019	Homicidio y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones	No se encontró relación con el conflicto armado	Ley 1820 de 2016, artículo 23, literal b) del párrafo
SAI-AOI-SUBA-D-030-2019	Desplazamiento forzado, administración de recursos relacionados con actividades terroristas y de la delincuencia organizada y rebelión agravada	No se encontró relación con el conflicto armado ^{vi}	Ley 1820 de 2016, artículo 23, literal b) del párrafo
SAI-AOI-SUBA-D-032-2019	Homicidio agravado y lesiones personales agravadas	Relación directa	Ley 1820 de 2016, artículo 23, literal a) del párrafo (crimen de guerra)
SAI-AOI-SUBA-D-029	Homicidio agravado, hurto agravado y tráfico de armas agravado, tráfico de armas, cohecho por dar u ofrecer y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos	No se encontró relación con el conflicto armado	Ley 1820 de 2016, artículo 23, literal b) del párrafo
SAI-AOI-SUBA-D-043-2019	Tráfico de estupefacientes	No se encontró relación con el conflicto armado	Ley 1820 de 2016, artículo 23, literal b) del párrafo

^{vi} En este caso la persona era FARC-EP.

CUADRO 4. CASOS EN LOS QUE SE CONCEDIÓ PARCIALMENTE EL BENEFICIO O SE NEGÓ POR FALTA DE RELACIÓN CON EL CONFLICTO O POR ALGUNO DE LOS CRITERIOS DE EXCLUSIÓN (continuación)

RESOLUCIÓN	CONDUCTA	TIPO DE RELACIÓN CON EL CONFLICTO ARMADO NO INTERNACIONAL, SI SE ENCONTRÓ	CRITERIOS DE EXCLUSIÓN LEY 1820 DE 2016, ARTÍCULO 23, PÁRAGRAFO
SAI-AOI-SUBA-D-027-2019	Secuestro simple y secuestro extorsivo	Relación directa	Ley 1820 de 2016, artículo 23, literal a) del párrafo (privación grave de la libertad)
SAI-AOI-SUBA-D-025-2019	Secuestro extorsivo agravado y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones agravado	No se encontró relación con el conflicto armado	Ley 1820 de 2016, artículo 23, literal b) del párrafo
SAI-AOI-SUBA-D-026-2019	Homicidio agravado	No se encontró relación con el conflicto armado	Ley 1820 de 2016, artículo 23, literal b) del párrafo
SAI-AOI-SUBA-D-045-2019	Terrorismo y lesiones personales agravadas	Relación directa	Ley 1820 de 2016, artículo 23, literal a) del párrafo (crimen de guerra)
SAI-AOI-SUBA-D-039-2019	Tráfico de estupefacientes	No se encontró relación con el conflicto armado	Ley 1820 de 2016, artículo 23, literal b) del párrafo
SAI-AOI-SUBA-D-040-2019	Reclutamiento ilícito	Relación directa	Ley 1820 de 2016, artículo 23, literal a) del párrafo (reclutamiento de menores)
SAI-SUBB-AOI-001-2019	Acceso carnal violento en persona protegida	Relación indirecta	Ley 1820 de 2016, artículo 23, literal a) del párrafo (acceso carnal violento)
SAI-SUBB-AOI-003-2019	Homicidio	No se encontró relación con el conflicto armado	Ley 1820 de 2016, artículo 23, literal b) del párrafo
SAI-SUBB-AOI-011-2019	Homicidio agravado	No se encontró relación con el conflicto armado	Ley 1820 de 2016, artículo 23, literal b) del párrafo
SAI-SUBB-AOI-D-011-2019	Homicidio	No se encontró relación con el conflicto armado	Ley 1820 de 2016, artículo 23, literal b) del párrafo

SAI- SUBB-AOI-D-017-2019	Secuestro simple	No se encontró relación con el conflicto armado	Ley 1820 de 2016, artículo 23, literal b) del párrafo
SAI- SUBB-AOI-D-013-2019	Homicidio	No se encontró relación con el conflicto armado	Ley 1820 de 2016, artículo 23, literal b) del párrafo
SAI-SUBB-AOI-D-014-2019	Homicidio agravado	No se encontró relación con el conflicto armado	Ley 1820 de 2016, artículo 23, literal b) del párrafo
SAI-SUBB-AOI-D-023-2019	Homicidio agravado y tentativa de homicidio agravado	Relación directa	Ley 1820 de 2016, artículo 23, literal a) del párrafo
Total: 38 resoluciones		En 26 casos no se acreditó la relación con el conflicto armado, en 11 casos la relación fue directa, en 2 casos la relación fue indirecta ^{vii}	En 26 casos el criterio de exclusión fue el literal b) del párrafo del artículo 23 de la Ley 1820 En 13 casos el criterio de exclusión fue el literal a) de la misma normativa, discriminados así: 7 crímenes de guerra 4 tomas de rehenes u otra privación grave de la libertad Un reclutamiento de menores Un acceso carnal violento ^{viii}

^{vii} Téngase en cuenta que la suma excede en un número a la cantidad de resoluciones porque en la resolución SAI-AOI-SUBA-D-040-2019 se analizaron dos tipos de relaciones: directa e indirecta, de conformidad con diferentes delitos.

^{viii} Ídem.

Las resoluciones están organizadas de la siguiente manera: amnistías parcialmente concedidas por la Sala Plena, amnistías negadas por la Sala Plena, amnistías parcialmente concedidas por la subsala A, amnistías negadas por la subsala A, y amnistías negadas por la subsala B.

Respecto a las amnistías *de iure*, mediante el Protocolo 002 de 24 de enero de 2019, la SAI consideró:

... de acuerdo con la Sección de Apelación, “el ejercicio de valoración que corresponde al juez [es menor] al momento de decidir sobre una amnistía *de iure* o por ministerio de la ley y el deber que le corresponde de decidir de manera expedita sobre su procedencia”. En este sentido, dadas las características de la amnistía *de iure* estas deberán ser tramitadas y resueltas por magistrado ponente.⁸²

Así, desde el mes de enero de 2019, la SAI, en cumplimiento con lo dispuesto por la Sección de Apelación, comenzó a estudiar la procedencia del beneficio de amnistía *de iure*. En total, desde enero hasta junio de 2019 se habían concedido amnistías *de iure* a 107 comparecientes, a través de 83 resoluciones. En el cuadro 5 se presenta el tipo de delitos por los cuales se concedió el referido beneficio y el número de veces en que se hizo; debe tenerse en cuenta que es posible que un mismo compareciente haya solicitado la amnistía *de iure* por varios delitos.

⁸²JEP - Salas de Justicia, Sala de Amnistía o Indulto, Protocolo 002, cit. (Consideraciones).

CUADRO 5. TIPOS DE DELITOS POR LOS CUALES SE HA CONCEDIDO EL BENEFICIO DE AMNISTÍA DE IURE Y NÚMERO DE AMNISTÍAS CONCEDIDAS¹		
CONDUCTA		NÚMERO DE VECES CONCEDIDA
1	Rebelión	50
2	Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones	38
3	Fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas	18
4	Concierto para delinquir	14
5	Daño en bien ajeno	1
6	Fuga de presos	1
7	Falsedad marcaría	1
8	Falsedad material en documento público	1
9	Receptación	1
10	Simulación de cargo o investidura	1

¹ Según comparecientes.

Conclusión

A lo largo de 2019, la SAI recorrió un largo camino en el que ha ido interpretando y aplicando el marco normativo y jurisprudencial, afinando su análisis y produciendo resultados en materia de amnistías. Ese proceso no ha estado exento de desafíos, pues las singularidades propias del SIVJRNR han implicado que un grupo de seis magistrados y magistradas haya tenido que poner en marcha un procedimiento novedoso, que les exigió tener una curva de aprendizaje más acelerada y trabajar desde el principio de manera coordinada como órgano colegiado.

Desde que comenzó sus labores, la SAI ya contaba con un alto número de solicitudes que había sido remitido previamente a la JEP y que estaba pendiente de reparto en espera de la entrada en funcionamiento de la Sala. Ello ha implicado un gran esfuerzo para dar respuesta de la manera más ágil y organizada posible tanto a aquellas solicitudes como a las que continuaban y continúan llegando a la Jurisdicción.

En la realización de las labores de la Sala aún persisten otros desafíos, por ejemplo, en materia tecnológica, que afectan a su Secretaría Judicial, en especial, en el reto de alcanzar la celeridad necesaria para procesar en el día a día la alta cantidad de información –expedientes, solicitudes, remisiones, recursos, notificaciones, comunicaciones, etc.– asociada a los distintos beneficios de los que conoce la SAI. Esa misma carga presenta también desafíos en temas de personal de trabajo. La movilidad de funcionarios a la Sala ha sido medular para agilizar las labores, pero es una medida temporal que no logra responder a necesidades estructurales de la SAI para dar abasto con el alto número de trámites en curso.

Otro desafío que se presenta es que, como lo reflejan los datos numéricos, la gran mayoría de los trámites de amnistía no cumplen con alguno de los criterios de aplicación –material, personal, temporal–. De ello pueden derivarse algunas conclusiones.

La primera es que, con el acervo probatorio a su disposición, la Sala no ha logrado concluir, en un alto número de los casos que ha conocido, que las personas hayan sido excolaboradoras o exmiembros de las FARC-EP. Por el contrario, la gran mayoría de las solicitudes que esta Sala ha recibido ha sido de personas respecto de las cuales no puede comprobarse, de acuerdo con el marco normativo y jurisprudencial aplicable, que hayan sido miembros o colaboradores de ese grupo armado organizado.

La segunda es que, en otro alto número de casos, si se satisfacen los ámbitos personal y temporal, en el análisis del ámbito material la Sala ha concluido que las conductas por las cuales se estudió el beneficio no han estado relacionadas

con el conflicto armado no internacional o, estándolo, ha encontrado que no son conductas amnistiables.

La tercera es que las conductas cometidas con posterioridad al 1 de diciembre de 2016 que han sido analizadas hasta ahora por la SAI no han estado relacionadas con el proceso de dejación de armas.

La Sala también enfrenta otro desafío relacionado con la ampliación de información, facultad que tiene de conformidad con el artículo 27 de la Ley 1820 de 2016 y el artículo 2.2.5.5.3.4 del Decreto 522 de 2018. La gran mayoría de solicitudes de amnistía no cuenta con la información necesaria para poder realizar un estudio de fondo. Es más, varias de ellas no contienen información sumaria sobre el proceso penal o los hechos objeto de la solicitud, caso en el cual los despachos de la SAI profieren resoluciones en las que se pide ampliar la solicitud de amnistía de manera previa a avocar conocimiento.

Cuando la información no es suficiente, la SAI realiza una ampliación de información que le permita concluir si concede o no el beneficio de amnistía. Ello acarrea demoras tanto en el envío de información, por ejemplo, por parte de las autoridades del Estado a las que se les solicita la misma, como en su recolección por parte de 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, información sobre si la persona se encuentra o no acreditada por la OACP como exintegrante de las FARC-EP, etc.

Si bien están presentes los retos referidos, lo cierto es que la SAI ha empezado a consolidar líneas de argumentación, de análisis y de funcionamiento que han hecho que con el paso del tiempo pueda profundizar y detallar más sus construcciones jurisprudenciales, trabajar de manera más articulada, lograr consensos en temas relevantes para el desarrollo de sus funciones y agilizar los trámites propios de su misión dentro del SIVJRNR.

El año 2019 fue el inicio de una labor vital para la protección de los derechos de las víctimas que están en el centro de todos los procesos que se adelantan en el SIVJRNR, y para la seguridad jurídica de los exintegrantes y excolaboradores de las FARC-EP que se encuentran ante la Sala.

Vale la pena resaltar que a aquellos exintegrantes y excolaboradores de las FARC-EP a los que la SAI ha otorgado beneficios, se les ha comunicado y han suscrito el Régimen de Condicionalidad. En este se encuentran descritos todos los compromisos y las obligaciones que ellos adquieren con el Sistema Integral en razón del beneficio concedido y para el mantenimiento del mismo. Entre esos compromisos están: i) informar todo cambio de residencia a la JEP; ii) no salir del país sin previa autorización de la SAI o de la sala o sección de la JEP que esté conociendo, o le corresponda conocer, de las actuaciones en su contra;

iii) garantizar la dejación de armas, esto es, comprometerse a no utilizar las armas para atacar el régimen constitucional y legal vigente y, de esta forma, contribuir a la terminación del conflicto; iv) garantizar la no repetición y abstenerse de cometer nuevos delitos, o delitos de ejecución permanente, después del primero de diciembre de 2016; v) participar en los programas de contribución a la reparación de las víctimas; vi) aportar verdad plena en los términos del Acto Legislativo 01 de 2017; y vii) comparecer ante la JEP cuando sea requerido en trámites judiciales, incluidos –pero no limitados– los que adelante en causa propia.

Bibliografía

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-007 de 1° de marzo de 2018.

_____, Sentencia C-080 de 15 de agosto de 2018.

_____, Sentencia C-253 A de 29 de marzo de 2012.

HENCKAERTS, Jean-Marie y Louise DOSWALD-BECK (eds.), *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, vol. I, Normas, Buenos Aires, Comité Internacional de la Cruz Roja, 2007.

JEP - ÓRGANO DE GOBIERNO, Acuerdo 011 de 07 de febrero de 2019.

_____, Acuerdo 013 de 11 de febrero de 2019

_____, Acuerdo 014 de 11 de febrero de 2019.

_____, Acuerdo 019 de 12 de marzo de 2019.

_____, Acuerdo 026 de 12 de abril de 2019.

_____, Acuerdo 038 de 11 de septiembre de 2018.

JEP - SALAS DE JUSTICIA, Sala de Amnistía o Indulto, Protocolo 003 de 2019.

_____, Sala de Amnistía o Indulto, Protocolo 002 del 24 de enero de 2019.

_____, Sala de Amnistía o Indulto, Resolución SAI-AOI-001 de 29 de octubre de 2018.

_____, Sala de Amnistía o Indulto, Resolución SAI-AOI-006 de 04 de febrero de 2019 (amnistía parcial).

_____, Sala de Amnistía o Indulto, Resolución SAI-AOI-002 de 09 de noviembre de 2018.

_____, Sala de Amnistía o Indulto, Resolución SAI-AOI-003 de 27 de diciembre de 2018.

_____, Sala de Amnistía o Indulto, Resolución SAI-AOI-004 de 27 de diciembre de 2018.

_____, Sala de Amnistía o Indulto, Resolución SAI-AOI-005 de 20 de febrero de 2019.

_____, Sala de Amnistía o Indulto, Resolución SAI-AOI-007 de 09 de mayo de 2019.

_____, Sala de Amnistía o Indulto, Resolución SAI-SUBB-AOI-D-015-2019.

_____, Sala de Amnistía o Indulto, Resolución SAI-AOI-SUBA-D-04-2019.

JEP - TRIBUNAL PARA LA PAZ, Sección de Apelación, TP-SA-001 del 30 de abril de 2018.

_____, Sección de Apelación, Auto TP-SA-013 de 13 de julio de 2018.

_____, Sección de Apelación, Auto TP-SA-19 de 21 de agosto de 2018.

_____, Sección de Apelación, Auto TP-SA-20 de 21 de agosto de 2018.

_____, Sección de Apelación, Auto TP-SA-024 de 2018.

_____, Sección de Apelación, Auto TP-SA-081 de 4 de diciembre de 2018.

_____, Sección de Apelación, Auto TP-SA-084 de 2018.

_____, Sección de Apelación, Auto TP-SA-088 de 13 de diciembre de 2018.

_____, Sección de Apelación, Auto TP-SA-095 de 13 de febrero de 2019.

_____, Sección de Apelación, Auto TP-SA-104 de 2019.

_____, Sección de Apelación, Auto TP-SA-110 de 30 de enero de 2019.

_____, Sección de Apelación, Auto TP-SA-123 de 6 de marzo de 2019.

_____, Sección de Apelación, Auto TP-SA-128 de 13 de marzo de 2019.

_____, Sección de Apelación, Auto TP-SA-161 de 11 de julio de 2019.

_____, Sección de Apelación, Auto TP-SA-176 de 22 de mayo de 2019.

_____, Sección de Apelación, Auto TP-SA-178 de 22 de mayo de 2019.

_____, Sección de Apelación, Auto TP-SA-235 de 17 de julio de 2019.

JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ (JEP), Unidad de Investigación y Acusación, Resolución 215 de 06 de marzo de 2019.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, Decreto 1274 del 28 de julio de 2017, “por el cual se prorroga la duración de las Zonas Veredales Transitorias de Normalización (ZVTN) y unos Puntos Veredales de Normalización (PTN), establecidos por los Decretos 2000, 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016, 2017, 2018, 2019, 2020, 2021, 2022, 2023, 2024, 2025 y 2026 de 2016, y 150 de 2017, y se dictan otras disposiciones”.

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”.

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) *

«DANILO ROJAS BETANCOURT»: Magistrado de la Sección de Apelación

Resumen: Además de resolver los casos concretos, la nueva jurisprudencia en materia de justicia transicional producida por la Jurisdicción Especial para la Paz tiene el reto de afirmar el entendimiento de las principales nociones normativas establecidas en el Acuerdo Final de Paz y en las reglas y los principios constitucionales y legales que lo han desarrollado. Este artículo trata del ejercicio hecho en ese sentido por la Sección de Apelación del Tribunal para la Paz en su primer año de funcionamiento. Así, se describe y comenta la línea jurisprudencial establecida alrededor de cinco temas, a saber: acreditación del factor personal, que incluye un particular análisis del concepto de la conexidad contributiva; el tratamiento de la Jurisdicción a las solicitudes de ingreso hechas por paramilitares; los primeros estudios sobre la noción “relación con el conflicto”; la participación de las víctimas, y el régimen de condicionalidad. Asimismo, se enuncian algunas pautas para el subsiguiente desarrollo jurisprudencial.

Palabras clave: reto conceptual de la JEP, conexidad contributiva, paramilitares en la JEP, relación con el conflicto armado, participación de víctimas en la JEP, régimen de condicionalidad.

Abstract: In addition to resolving specific cases, the new transitional justice jurisprudence produced by the JEP has the challenge of affirming the understanding of the principal normative notions established in the Final Peace Agreement and in the rules and main constitutional and legal principles that have developed it. This article discusses the work performed in that regard by the Appellate Section of the Peace Court in its first year of operation. Thus, it describes and comments on the jurisprudential line established around five issues, namely: accreditation of the personal factor, which includes a particular analysis of the concept of the contributory connection; the JEP’s treatment of entry requests made by paramilitaries; the first studies on the notion of ‘relation to the conflict’; the participation of victims; and the conditionality regime. The article also sets forth some guidelines for subsequent jurisprudential development.

Key words: Conceptual challenge for the JEP, contributory connection, paramilitaries in the JEP, relation to the armed conflict, participation of victims in the JEP, conditionality regime.

* 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, Sergio Patiño, Antonio Franco y Astrid Carvajal.

Introducción

El Tribunal para la Paz es el órgano de cierre y la máxima instancia de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP). Está conformado por dos secciones de primera instancia –para reconocimiento y no reconocimiento de verdad, respectivamente–, una sección de revisión de sentencias y la Sección de Apelación (SA).¹ Esta última detenta un papel protagónico en el ejercicio de la función jurisdiccional que concierne a toda la JEP, a través de cada uno de sus órganos. Sus aptitudes competenciales no solo tienen que ver con fungir como juez *ad quem* respecto de distintas resoluciones, autos o sentencias de las Salas de Justicia y de los otros entes del Tribunal para la Paz –atribución que generalmente le demanda resolver los reparos concretos formulados por los recurrentes–, sino que se extienden al cumplimiento de propósitos más genéricos y trascendentales para el componente judicial del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR), como asegurar la unidad de la interpretación del derecho transicional y garantizar la seguridad jurídica, en el marco de los mecanismos especiales establecidos para el efecto.

Las vías ordinarias dispuestas en la normatividad transicional instituida –recursos de apelación, quejas e impugnaciones contra fallos de tutela–, así como las herramientas decisionales de naturaleza especial concebidas –sentencias de unificación de jurisprudencia o interpretativas– y la potestad de hacer seguimiento al cumplimiento de sentencias son las instituciones procesales que permiten a la Sección de Apelación asumir y ejecutar su rol como órgano de cierre hermenéutico de la JEP. Cualquiera de sus determinaciones, en tal calidad, es un referente vinculante para todos los demás entes del componente judicial del SIVJRNR, no solo porque resuelve los trámites comunes en segunda instancia –agotando la jurisdicción transicional en los asuntos específicos que llegan para su conocimiento–, sino porque un número singular de sus pronunciamientos en un mismo sentido –tres en particular– constituirían, por ley, doctrina probable; y tiene la facultad, en últimas, de unificar o sentar criterios decisionales cuando así lo considere oportuno –por importancia jurídica o por necesidad de un proveído unívoco sobre cierto tema–.

La jurisprudencia que emana de la Sección de Apelación, entonces, está impregnada de las interpretaciones y los parámetros conceptuales vigentes en la JEP sobre las normas derivadas del Acuerdo Final de Paz. Aunque estos no son infalibles o intangibles, necesariamente deben incorporarse o guiar las determinaciones jurisdiccionales de las distintas Salas de Justicia y de los otros órganos del Tribunal para la Paz –incluyendo la misma Sección de Apelación–,

¹ La Sección de Estabilidad y Eficacia, otro órgano del Tribunal para la Paz, detenta vocación funcional a futuro y en eventos excepcionales.

pues ello, en definitiva, es lo que garantiza la unidad de la interpretación del derecho y garantiza la seguridad jurídica.

Un diagnóstico genérico del componente judicial del SIVJRNR, en términos de resultados cuantitativos, debe realizarse primordialmente con base en lo decidido por los jueces de instancia de la JEP –Salas de Justicia y secciones del Tribunal para la Paz– y no a partir de lo resuelto por la Sección de Apelación, pues en ese escenario inicial es donde se ubica el universo de asuntos que hay que decidir y, justamente allí, es en donde se concretan la mayoría de los acuerdos en cuanto a parámetros decisionales. Solo algunos de los casos tramitados –puede suponerse– acceden a la continuación del procedimiento ordinario ante la autoridad *ad quem*. Pero, justamente estos últimos –en los que se hace uso de la prerrogativa constitucional de la doble instancia– son los que muestran las verdaderas controversias fácticas o jurídicas, o los genuinos retos conceptuales que circunscriben el diario actuar de todos los órganos judiciales de la JEP. Si bien las posibles dificultades decisionales que se presenten –de interpretación o subsunción de las disposiciones transicionales existentes– pueden ser poco o muy trascendentales en el marco de los propósitos genéricos del componente judicial del SIVJRNR, el solo hecho de que demanden la mediación de un órgano funcionalmente superior, las reviste de especialidad.

La precisión de conceptos clave que aparecen en la normativa que guía la JEP es una tarea consustancial del juez de última instancia. En ella hay que evitar lo que Carlos Nino llamó el esencialismo conceptual, es decir, las aclaraciones inocuas de expresiones normativas.² Adquieren, sí, todo sentido tales definiciones cuando se opera con ellas en un escenario subsuntivo, genérico o específico,³ y, especialmente, cuando tienen consecuencias prácticas –“el método pragmático sólo implica que las verdades deben tener consecuencias prácticas”–.⁴ En cualquier caso, las definiciones hacen parte del ordenamiento jurídico junto con las reglas y los principios⁵ y la “claridad conceptual”, al igual que la ausencia de contradicción y coherencia “son los presupuestos de racionalidad de toda ciencia”.⁶

² Entender el derecho como un sistema de conceptos relacionados fue uno de los principales objetivos de la jurisprudencia de conceptos. Una síntesis de esta escuela alemana puede verse en Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica* (trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

³ Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, “Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico”, en *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

⁴ William James, *El significado de la verdad. Una escuela de pragmatismo* (trad. Ramon Vilà), Barcelona, Marbot Ediciones, 2011, p. 60.

⁵ Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1997.

⁶ Martín Borowsky, *Estructura de los derechos fundamentales* (trad. Carlos Bernal), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 20.

El reto conceptual en la JEP es aún mayor cuando, merced a la novedad de la institución y las particularidades de la normativa que regula la transición impuesta, en ocasiones debe hacerse notar que lo avanzado en escenarios internacionales autorizados no necesariamente puede ser aplicado, sin más, para resolver casos locales. Al analizar un caso en el que se estudiaba la “relación con el conflicto”, la Sección de Apelación dijo en el Auto TP-SA 020 de 2018:

47. Vistos en conjunto, los elementos normativos y jurisprudenciales atrás reseñados “operan como elementos que orientan la función de apreciación de los hechos por parte de los órganos de la JEP”,⁷ con miras a precisar cuándo una determinada conducta ha sido cometida “por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto”. Pese a todo, es forzoso reconocer que los referentes extraídos de la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales tienen, al interior de la JEP, un ámbito de aplicación limitado, atendiendo al contexto fáctico en el que se profirieron. En efecto, dichos tribunales –a diferencia de la JEP, cuya competencia es más amplia– fueron constituidos esencialmente para investigar y sancionar crímenes de guerra, genocidio y crímenes contra la humanidad,⁸ por lo que los criterios reseñados no agotan los criterios de conexidad de una conducta punible con el conflicto, pertinentes para el ordenamiento transicional de Colombia. La referencia a los fallos del TPIY y la CPI tiene una fuerza doctrinal, y se convierten así en un criterio auxiliar de interpretación para que las Salas y Secciones de esta jurisdicción determinen si un hecho es conexo al conflicto, cuando quien lo cometa pertenezca a los grupos que participaron directamente en las hostilidades, pero no –como sucede en el caso concreto– para determinar si una conducta atribuida a un agente del Estado no perteneciente a la Fuerza Pública fue cometida o no por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado.

48. Los órganos de la JEP tienen, entonces, el reto enorme de construir una dogmática propia que complemente y expanda el aporte que han hecho los tribunales penales internacionales a la construcción del *corpus iuris* de derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho penal internacional. Para ello deben empezar por reconocer que algunas de las construcciones dogmáticas que emanan de su jurisprudencia tienen una utilidad limitada en un conflicto armado como el colombiano, caracterizado –en los términos de la Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas⁹– por su complejidad, irregularidad, prolongación y degradación. De lo contrario, se corre el riesgo de excluir del ámbito de competencia material de la JEP un sinnúmero de conductas que no pueden ser legalmente catalogadas como crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad, pero que sí guardan una relación directa o indirecta con el conflicto armado.

49. Dicho en otros términos, la evaluación del nexo de una determinada conducta con el conflicto armado no internacional no puede hacerse únicamente con los

⁷ [45] C-007 de 2018, párr. 540.

⁸ [46] Conforme a lo dispuesto en el Estatuto de Roma, la Corte Penal Internacional también tiene competencia para conocer del crimen de agresión (artículo 1).

⁹ [47] Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas, *Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia*, febrero de 2015, pp. 43-47. Disponible en: http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/mesadeconversaciones/PDF/Informe%20Comisi_n%20Hist_rica%20del%20Conflicto%20y%20sus%20V_ctimas.%20La%20Habana%2C%20Febrero%20de%202015.pdf

presupuestos de los crímenes mencionados, pues esto imprime a la noción un alcance en extremo restrictivo y limitado a las confrontaciones estrictamente militares, que en principio solo resultan atribuibles a quienes participan directamente en las hostilidades, y no a otro grupo de actores relevantes, como es el caso de los terceros y los agentes del Estado que no son miembros de la Fuerza Pública, cuya participación puede considerarse, *prima facie*, que tiene un carácter indirecto.

El propósito de este documento es poner la lupa en la jurisprudencia de la Sección de Apelación. La identificación de sus principales desarrollos jurisprudenciales hasta el momento es, sin duda, un buen diagnóstico de parte de la realidad del sistema de justicia transicional instituido, en particular de las controversias y dificultades conceptuales que se tienen en el ejercicio jurisdiccional de la JEP. Se trata de una jurisprudencia nueva e inicial en constante desarrollo, pues no hay que olvidar que la JEP está llamada a aplicar un modelo de justicia sin par en el contexto nacional e internacional.

Entre abril de 2018 –fecha de inicio de actividades judiciales de la JEP– y junio de 2019, la Sección de Apelación profirió 219 autos interlocutorios que resuelven recursos de apelación interpuestos contra decisiones de las Salas de Justicia, 79 sentencias de tutela en segunda instancia y 1 sentencia interpretativa a petición de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas (SDSJ). Con base en una muestra, es posible identificar, específicamente, seis temas que han resultado problemáticos o que han merecido especial consideración. Tres de ellos tienen que ver con el ámbito personal de competencia de la JEP, es decir, quiénes son los destinatarios del componente judicial del SIVJRNR o, en otros términos, quiénes son los usuarios de la administración de justicia transicional derivada del Acuerdo Final de Paz: i) la acreditación del factor personal a efectos de la concesión del beneficio de libertad condicionada, análisis que condujo a la elaboración y aplicación del ii) concepto de conexidad contributiva, así como iii) al estudio de las posibilidades que tienen los integrantes de grupos paramilitares para ingresar o no a la JEP; otro tópico concierne al elemento material en la JEP, esto es, iv) al entendimiento de la premisa competencial “por causa, con ocasión, o en relación directa o indirecta con el conflicto armado”; uno adicional, relacionado con v) la participación de víctimas en la JEP, que es el eje y propósito último que justifica la existencia de todo el andamiaje institucional concebido; y, finalmente, vi) uno que resulta transversal a cualquier tratamiento penal especial pretendido e incluso para el acceso mismo al sistema transicional: el régimen de condicionalidad de los comparecientes.

Los seis temas anunciados se presentarán tal y como se han ido decantando en distintos pronunciamientos de la Sección de Apelación. Todos conllevan unas premisas implícitas que deben observarse y comprenderse previamente, relacionadas con la competencia de la JEP, asunto que no es menor; de hecho, de sus especificidades y componentes se derivan los puntos neurálgicos tratados

hasta el momento en la jurisprudencia de la Sección de Apelación. Por ahora, basta con decir que la competencia de la JEP está determinada por la concurrencia de unos supuestos establecidos en la normatividad transicional instituida. El artículo transitorio 5 del Acto Legislativo 01 de 2017 es el que, en principio, menciona los criterios requeridos para que la JEP ejerza su competencia prevalente respecto de las actuaciones penales, disciplinarias o administrativas por conductas cometidas con ocasión, por causa o en relación directa o indirecta con el conflicto armado interno.

Según dicha disposición, el componente judicial del SIVJRNR se activa i) si la actuación correspondiente se ejecutó con anterioridad al 1 de diciembre de 2016 y, excepcionalmente, después de esa fecha, pero en el proceso estricto de dejación de armas por parte de las FARC-EP (requisito temporal); ii) si el sujeto comprometido en la actuación es de aquellos cobijados por las disposiciones transicionales concebidas (requisito personal); y iii) si las conductas se consumaron por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado (requisito material). Al ser supuestos concurrentes de competencia, todos deben verificarse en la situación particular de un individuo frente a determinada actuación penal o administrativa. De no ser así, las autoridades ordinarias conservan su competencia en la materia, bajo las reglas propias de sus procedimientos.

Acreditación del factor personal o subjetivo para la concesión del beneficio provisional de libertad condicionada

La libertad condicionada es un beneficio transitorio determinado para los integrantes o colaboradores de las FARC-EP que se encuentran privados material o jurídicamente de la libertad, ya sea por disposición cautelar o condena judicial. Su concesión depende de que se cumplan ciertos presupuestos del ámbito de aplicación de la Ley 1820 de 2016 y sus decretos reglamentarios –que concuerdan con los criterios de competencia genérica de la JEP (personal, temporal y material)–, y de que los virtuales beneficiarios suscriban el acta formal de compromiso, es decir que se obliguen ante la Secretaría Ejecutiva a someterse al imperio de la JEP, a quedar a disposición de esta, a informar todo cambio de residencia y a no salir del país sin autorización previa (Ley 1820 de 2016, art. 35).

Este artículo se ocupa del requisito personal o subjetivo, puntualmente en lo que tiene que ver con su acreditación a efectos de acceder al beneficio transitorio de libertad. En general, la jurisprudencia de la Sección de Apelación del Tribunal para la Paz ha sido constante y uniforme sobre el particular, asignando a cada uno de los supuestos de cumplimiento de dicho criterio un alcance autónomo y diferenciado. Se relatará su desarrollo, identificando los criterios de acreditación del ámbito personal y el alcance que le ha sido otorgado a cada uno. Al final, luego de referenciar la posibilidad de cumplimiento del requisito

personal por fuera de los supuestos habitualmente tenidos en cuenta para el efecto –y sus implicaciones y dificultades actuales–, a modo de conclusión se hará un recuento del estado actual de la jurisprudencia y se planteará una breve reflexión sobre la posible interpretación restrictiva de la Sección de Apelación en la materia.

El requisito *personal* tiene que ver con los destinatarios del componente judicial del SIVJRNR, quiénes pueden acceder a la JEP y, en particular, qué individuos pueden hacerse merecedores de la prerrogativa de naturaleza provisional denominada libertad condicionada. La norma que concibe el beneficio transitorio mencionado, el artículo 35 de la Ley 1820 de 2016, determina sus eventuales beneficiarios. En su tenor literal, la prerrogativa concierne a “las personas a las que se refieren los artículos 15, 16, 17, 22 y 29 [...] que se encuentren privadas de la libertad, incluidos los que hubieren sido procesados o condenados por los delitos contemplados en los artículos 23 y 24”. Al revisar estas normas, en primer lugar, se evidencia en los artículos 15 y 16 una lista de conductas punibles que son amnistiables por ministerio de la ley o que *prima facie*, para los mismos efectos, se consideran como conexas con el delito político. El ámbito de aplicación personal de la ley y, en consecuencia, los destinatarios de la libertad condicionada fueron especificados en los artículos restantes. Los artículos 17, 22 y 29 fueron redactados casi que de forma idéntica. La dificultad en la verificación del cumplimiento del ámbito de aplicación personal, justamente, ha radicado en las mínimas diferencias de redacción que detentan dichas disposiciones, que, en todo caso, como lo dictamina el artículo 35, regulan el mismo supuesto: quiénes son los destinatarios del beneficio de la libertad condicionada.

Teniendo en cuenta esta normativa, la Sección de Apelación en uno de sus primeros pronunciamientos advirtió:

De conformidad con la Ley 1820 de 2016 [...], existen cuatro supuestos para dar por cumplido el criterio del ámbito de aplicación personal [...]. En los escenarios descritos en los numerales 1 y 3 del mencionado artículo, es claro que, para demostrar la pertenencia al grupo armado ilegal, se deberá allegar la sentencia o la decisión judicial que dé cuenta de que el solicitante es miembro de las FARC. En el evento descrito en el numeral 4, lo que tiene que demostrarse es que de las actuaciones allegadas se deduzca la pertenencia a las FARC aunque no lo exprese textualmente la providencia. Mientras tanto, si la actuación del solicitante es la descrita en el numeral 2, lo que debe acreditarse es la inclusión del solicitante en los listados entregados al Gobierno Nacional por parte de los miembros representantes de las FARC y la verificación realizada por la Oficina del Alto Comisionado para la Paz.¹⁰

Como se ve, el entendimiento inicial de la Sección de Apelación es que se presentan cuatro supuestos de acreditación del requisito personal exigido para el

¹⁰ JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 013 de 13 de julio de 2018.

decreto de la libertad condicionada. El 1 y el 3 relacionados con la pertenencia del interesado a las FARC-EP a partir de las providencias respectivas, el 2 atinente a la acreditación formal del individuo por parte de la Oficina del Alto Comisionado para la Paz (OACP) y el 4 referente a la pertenencia del sujeto a las FARC-EP, pero con base en las actuaciones allegadas, aunque en estas no se indique textualmente dicha condición.

En una oportunidad posterior, la Sección de Apelación avanzó en la determinación de los criterios de acreditación del requisito personal, considerando, esta vez, cinco eventualidades:

Que el solicitante i) haya sido condenado, procesado o investigado por pertenecer o colaborar con las FARC-EP; ii) esté enlistado como miembro acreditado de dicha organización; iii) se le profiriera una sentencia condenatoria por una conducta punible que cumpla con los requisitos de conexidad y en la que se haya indicado su pertenencia a las FARC-EP, así no se le reprochara un delito político; iv) haya sido investigado, procesado o condenado por cometer delitos políticos o conexos, sin importar que no esté reconocido como integrante de las FARC-EP pero siempre y cuando el proceso o la sanción derivaran de su supuesta colaboración o pertenencia al grupo subversivo; o v) incurriera en delitos relacionados con el ejercicio del derecho a la protesta o disturbios internos.¹¹

De esta manera, además de precisar un supuesto adicional de acreditación del requisito personal exigido –el que tiene que ver con individuos inmiscuidos en hechos de protesta social o disturbios internos–, la Sección de Apelación empezó a clarificar el alcance de cada uno de ellos, distinguiéndolos. Así, sostuvo que la primera hipótesis referenciada indudablemente tenía que ver con el hecho de que al interesado se le reprochara jurisdiccionalmente pertenecer o colaborar con las FARC-EP (imputado, acusado o condenado por rebelión o por colaborar con su ejercicio). La segunda, por su parte, con las resultas del procedimiento formal de acreditación que tiene a cargo la OACP. La tercera, con que se le haya desvirtuado la presunción de inocencia por cuenta de la comisión de un delito político o conexo, no necesariamente por rebelión, pero que en la providencia se indicara su pertenencia a las FARC-EP. Y la cuarta, con dos supuestos relacionados –cuyo alcance no se fijó entonces claramente–: i) que haya sido investigado, procesado o condenado por cometer delitos políticos o

¹¹ JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 024 de 3 de septiembre de 2018. Este auto tuvo en cuenta lo considerado, en el mismo sentido, en el Auto TP-SA 016 de 30 de julio de 2018. Luego se profirieron los autos TP-SA 039 de 10 de octubre de 2018, TP-SA 047 de 17 de octubre de 2018, TP-SA 049 de 17 de octubre de 2018, TP-SA 067 de 21 de noviembre de 2018, TP-SA 075 de 4 de diciembre de 2018, TP-SA 082 de 13 de diciembre de 2018, TP-SA 083 de 13 de diciembre de 2018, TP-SA 088 de 13 de diciembre de 2018, TP-SA 099 de 9 de enero de 2019, TP-SA 108 de 6 de febrero de 2019, TP-SA 112 de 6 de febrero de 2019, TP-SA 119 de 27 de febrero de 2019, TP-SA 132 de 27 de marzo de 2019 y TP-SA 139 de 3 de abril de 2019, en los que se reiteraron las mismas consideraciones, sin mayor desarrollo.

conexos, sin importar que no esté reconocido como integrante de las FARC-EP, ii) siempre y cuando el proceso o la sanción derivaran de su supuesta colaboración o pertenencia al grupo subversivo.

En una decisión posterior, la Sección de Apelación reiteró los supuestos de acreditación del requisito personal desarrollados hasta el momento, pero afirmó que el análisis correspondiente debía tener en cuenta que “existen cuestiones de la competencia en razón de la persona que se determinarán en relación con las competencias temporal y material, pues en algunas de estas tipologías será necesario hacer referencia a relaciones de pertenencia con las FARC-EP o relaciones de vinculación con la protesta social”.¹² Si bien dicha consideración hace suponer una suerte de entrelazamiento entre el cumplimiento de los distintos requisitos para la concesión de la libertad condicionada –p. ej., del material con el personal– que hasta el momento no se había tenido en cuenta, lo cierto es que en esa oportunidad no se hizo mayor desarrollo del tema, ni en providencias posteriores, hasta la fecha analizadas, se ha ahondado en la materia. La razón de lo anterior, simplemente, es que no se ha presentado un asunto que amerite aplicar o, en realidad, darle algún contenido u operatividad a la eventualidad descrita, es decir, no se ha precisado cuándo, por el hecho de que una acción tenga que ver con el conflicto armado interno o se haya consumado antes del 1 de diciembre de 2016, el requisito personal se cumple, sin más.

En la tarea de precisar el alcance de los cinco supuestos de acreditación del requisito personal exigido, la Sección de Apelación afirmó posteriormente:

Las hipótesis [...] están dirigidas a abarcar no sólo a los integrantes y presuntos integrantes de las FARC-EP –para quienes se previó especialmente la de los numerales 2 y 3–, sino también a todas las personas que han sido condenadas, procesadas o investigadas por su presunta pertenencia o colaboración con dicha organización, siendo estas últimas las principales destinatarias de las hipótesis fácticas consagradas en los numerales 1 y 4, bajo el entendido de que, si no hicieron parte de las FARC-EP, nunca cumplirán con la contemplada en el numeral 2; pero nada impide que, para efectos de acceder al beneficio de la libertad condicionada, los miembros de dicha organización invoquen y acrediten la configuración de uno de los eventos consagrados en los numerales 1, 3 y 4.¹³

En particular, la Sección de Apelación se centró en fijar el alcance del cuarto supuesto. La configuración de la hipótesis cuarta de acreditación del requisito personal, según se indicó, detenta dos dimensiones:

... i) además de la acreditación del carácter político o conexo del delito por el cual se produjo la investigación o la condena, ii) la ‘deducción’ o inferencia de que la causa de la investigación o procesamiento, es decir, de la puesta en marcha del aparato

¹²JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 071 de 21 de noviembre de 2018.

¹³JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 084 de 13 de noviembre de 2018. En el Auto TP-SA 104 de 23 de enero de 2019 se reiteraron las mismas consideraciones.

estatal con miras a indagar o judicializar la conducta, fue la presunta pertenencia o colaboración a las FARC-EP.

En otros términos,

... esta hipótesis estaría destinada a cobijar a todos aquellos que, sin haber sido investigados, procesados o condenados expresamente por su pertenencia o colaboración a dicha organización –evento contemplado en el numeral 1–, si lo fueron por delitos políticos y conexos en el marco de investigación o procesos que, según pueda inferirse de las mismas investigaciones, providencias o de otras evidencias, se iniciaron o adelantaron con el objeto de perseguir penalmente a presuntos miembros y/o colaboradores de las FARC-EP –numeral 4–, ello bajo el entendido de que en algunos casos esta supuesta pertenencia o colaboración, no concretada en una sindicación formal, determinó la iniciación o continuación de investigaciones o procesos penales.¹⁴

Para la Sección de Apelación, entonces, el cuarto supuesto de configuración del criterio personal debe analizarse en función del primero y así, a partir de sus diferencias, fijar el alcance de ambos. No puede suponerse que el legislador haya establecido dos numerales distintos con el mismo propósito, dado que las otras causales (la 2 y la 3) se diseñaron, en esencia, para amparar a los integrantes y presuntos integrantes de las FARC-EP, mientras que las analizadas (la 1 y la 4) tienen que ver, más bien, con individuos condenados, procesados o investigados por su presunta pertenencia o colaboración con dicha organización. El criterio de distinción entre ambos supuestos es el motivo implícito (para el 4) y el motivo expresado (para el 1).

El numeral 4 se considera en aquellos asuntos en los que “se pueda deducir de las investigaciones judiciales, fiscales y disciplinarias, providencias judiciales o por otras evidencias que [los interesados, en realidad –a pesar de lo explícitado–] fueron investigados o procesados por [la comisión de delitos políticos y conexos a causa de] su presunta pertenencia o colaboración a las FARC-EP”; y el 1, por su parte, cuando la supuesta pertenencia o colaboración a las FARC-EP fue expresamente tenida en cuenta para determinar el inicio o la continuación de las actuaciones. Dicho de otra forma, si la causa subyacente –no explicitada– de la investigación o procesamiento por delitos políticos o conexos fue la presunta pertenencia o colaboración a las FARC-EP, debe entenderse cumplido el requisito personal con base en lo establecido en el numeral 4, pero si textualmente una providencia judicial condenó, procesó o investigó a un individuo por el hecho de supuestamente pertenecer o colaborar con las FARC-EP, el numeral 1 es el que se configura.

En ese escenario, es claro que el análisis dirigido a corroborar que la investigación, procesamiento o condena tuvo como sustrato la presunta pertenencia o colaboración a las FARC-EP, procede en cualquier momento del *iter*

¹⁴JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 084, cit.

procedimental seguido por las autoridades comunes, no solamente en sus instancias primigenias. En efecto, indistintamente de la etapa procesal del trámite ordinario, la JEP puede examinar si, en algún momento, la supuesta pertenencia o colaboración de un individuo a dicha organización, deducida (en el marco del numeral 4) o efectivamente expresada (en el contexto del numeral 1), fue la razón del inicio o la continuación de la actuación. De otro lado, es evidente que a partir del alcance concedido al supuesto 4, no se sigue que para su aplicación deba comprobarse que la Fiscalía tuvo la intención ilegal o indebida de enrostrarle a un interesado su pertenencia o colaboración a las FARC-EP –contrariando la realidad–, o que la actuación necesaria únicamente inició o prosiguió por dicha circunstancia, sino solo que, en cualquier momento de aquella, se haya presentado una hipótesis investigativa o de responsabilidad relacionada con esa circunstancia: por ejemplo, que la Fiscalía, al suponer –no expresamente– que alguien pertenecía o colaboraba con las FARC-EP, encontró justificación –implícita– para ejercer la acción penal o para insistir en una acusación o condena por la presunta consumación de delitos políticos y conexos.¹⁵

Dar alcance a cada una de las formas de acreditación del supuesto personal ha conllevado, de suyo, establecer cuáles son los medios de convicción específicos con que se demuestran. Frente al numeral 1 se ha sostenido unívocamente que su acreditación depende de manera exclusiva del contenido de una providencia judicial, en la que se advierta que el interesado fue condenado, procesado o investigado por pertenecer o colaborar con las FARC-EP. Sobre el numeral 2 se ha indicado sin mayores elucubraciones que se configura cuando la OACP certifica formalmente a un individuo como integrante de las FARC-EP. Respecto del 3 se ha dicho que su aplicación depende de la existencia de una sentencia de carácter condenatorio por la comisión de un delito político o conexo, en la que se indique la pertenencia del condenado a las FARC-EP. En lo que incumbe al numeral 5 se ha afirmado, sin mayor inconveniente, que se demuestra con base en las actuaciones que den cuenta de la existencia de procesos o condenas por delitos circunscritos al ejercicio del derecho a la protesta social o por disturbios internos. Y, en cuanto al numeral 4, la Sección de Apelación ha enunciado de forma unánime que se presenta en el evento en que “las investigaciones judiciales, fiscales y disciplinarias, providencias judiciales o por otras evidencias” permitan deducir que un sujeto fue investigado, procesado o condenado por su presunta pertenencia o colaboración a las FARC-EP, en el contexto de la comisión de delitos políticos y conexos. A pesar del acuerdo genérico, existen entendimientos disímiles, en particular, frente al alcance de la expresión “o por otras evidencias”.

¹⁵ En contraste, véase la aclaración de voto realizada respecto del Auto TP-SA 084, cit.

La Sección de Apelación ha reiterado que las “otras evidencias” deben entenderse “como aquellas que prueban que el interesado fue investigado o procesado por su vinculación a las FARC-EP”, es decir, “elementos probatorios que reposen en los expedientes judiciales o administrativos, adelantados contra el interesado, de los que se pueda inferir la relación entre tales investigaciones y su presunta pertenencia a las FARC-EP”.¹⁶ Lo anterior se ha dicho así, en esencia, para restarles valor probatorio a los documentos notariales concernientes a declaraciones juramentadas de individuos que se identifican como integrantes con mando de las extintas FARC-EP, con las cuales pretenden probar la pertenencia o colaboración de determinados individuos a la estructura armada.¹⁷

Es de notar también que la Sección de Apelación, en un caso, consideró acreditado el requisito personal respecto de uno de los –varios– delitos que había cometido el interesado al margen de los cinco supuestos hasta el momento tenidos en cuenta para el efecto. En particular, la Sección de Apelación consideró que, a partir de algunos hechos indicadores del asunto, analizados en conjunto, podían obviarse los supuestos habituales –que no se configuraban cabalmente en esa oportunidad– y advertir cumplido el requisito personal exigido, propendiendo así a la verdad material. Encontró, puntualmente, que la existencia de una certificación del Comité Operativo para la Dejeción de las Armas (CODA), de la que se derivaba que el solicitante estuvo formalmente vinculado a las FARC-EP para la época de consumación de la conducta punible reprochada –o que su desmovilización fue posterior a esa fecha–, y la circunstancia de que el interesado, en el pasado, efectivamente ejecutó delitos en su condición de integrante de dicha organización, resultaban aspectos concluyentes en cuanto a la acreditación del criterio personal.¹⁸

Posteriormente, la jurisprudencia de la Sección de Apelación avanzó respecto del alcance de las certificaciones CODA. Si bien consideró inicialmente que un documento de esa índole podía tenerse como un hecho indicador –no concluyente– para la eventual satisfacción del requisito personal en determinado asunto, después definió que el mismo debía equivaler, en cuanto a sus efectos, a la acreditación definida por la OACP, con la que se entiende cumplido el requisito personal, sin más. Lo anterior, en la medida en que uno y otro procedimiento de acreditación –el del CODA y el de la OACP–, según las disposiciones que los gobiernan, son análogos en tanto detentan las mismas

¹⁶ JEP - Tribunal para la Paz - Sección de Apelación, Auto TP-SA 133 de 27 de marzo de 2019. Igual conclusión, aunque no explicada *in extenso*, se había consignado en los autos TP-SA 104 de 23 de enero de 2019, TP-SA 112 de 6 de febrero de 2019, TP-SA 119, cit., TP-SA 120 de 27 de febrero de 2019, TP-SA 121 de 27 de febrero de 2019 y TP-SA 129 de 20 de marzo de 2019.

¹⁷ Una visión contraria en este punto puede verse en el salvamento de voto realizado respecto de los autos TP-SA 104, cit., TP-SA 112, cit., TP-SA 119, cit., TP-SA 121, cit., y TP-SA 129, cit.; véase también la aclaración de voto del Auto TP-SA 120, cit.

¹⁸ JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 095 de 13 de febrero de 2019.

garantías y, en últimas, los mismos propósitos: identificar efectivamente a los excombatientes de grupos organizados al margen de la ley, bien sean desmovilizados de forma individual o a través de un proceso colectivo.¹⁹

Examinados los pronunciamientos del órgano de cierre hermenéutico de la JEP en cuanto a la acreditación del requisito personal y los supuestos considerados para el efecto hasta el momento, puede concluirse, en consecuencia, lo siguiente:

- Existen cinco supuestos mediante los cuales, en condiciones normales, puede considerarse cumplido el requisito personal exigido a efectos de acceder al beneficio provisional de libertad condicionada: que el solicitante i) haya sido condenado, procesado o investigado por pertenecer o colaborar con las FARC-EP; ii) esté enlistado como miembro acreditado de dicha organización; iii) se le profiriera una sentencia condenatoria por una conducta punible que cumpla con los requisitos de conexidad y en la que se haya indicado su pertenencia a las FARC-EP, así no se le reprochara un delito político; iv) haya sido investigado, procesado o condenado por cometer delitos políticos o conexos, sin importar que no esté reconocido como integrante de las FARC-EP, pero siempre y cuando el proceso o la sanción derivaran de su supuesta colaboración o pertenencia al grupo subversivo; o v) incurriera en delitos relacionados con el ejercicio del derecho a la protesta o disturbios internos.
- Las hipótesis de cumplimiento del requisito personal están pensadas para cobijar no solo a los integrantes y presuntos integrantes de las FARC-EP –para quienes se previó especialmente la de los numerales 2 y 3–, sino también a todas las personas que han sido condenadas, procesadas o investigadas por su presunta pertenencia o colaboración con dicha organización, siendo estas últimas las principales destinatarias de las hipótesis fácticas consagradas en los numerales 1 y 4.
- Los supuestos 1 y 4 se diferencian, y a su vez complementan, por el motivo implícito (para el 4) y el motivo expresado (para el 1). Lo anterior, dado que si la causa implícita de la investigación o el procesamiento por delitos políticos o conexos fue la presunta pertenencia o colaboración a las FARC-EP, debe entenderse cumplido el requisito personal con base en lo establecido en el numeral 4; pero si textualmente una providencia judicial condenó, procesó o investigó a un individuo por pertenecer o colaborar con las FARC-EP, el numeral 1 es el que se configura.
- La forma en que cada una de las cinco eventualidades mencionadas se configura depende del supuesto específico que se analice en el caso por decidir: el numeral 1 depende exclusivamente del contenido de

¹⁹ JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 123 de 6 de marzo de 2019.

una providencia judicial, en la que se advierta que el interesado fue condenado, procesado o investigado por pertenecer o colaborar con las FARC-EP. El 2 se configura cuando la OACP certifica formalmente a un individuo como integrante de las FARC-EP. La aplicación del 3 depende de la existencia de una sentencia de carácter condenatorio por la comisión de un delito político o conexo, en la que se indique la pertenencia del condenado a las FARC-EP. El 5 se demuestra con base en las actuaciones respectivas que den cuenta de la existencia de procesos o condenas por delitos circunscritos al ejercicio del derecho a la protesta o por disturbios internos. Y, finalmente, el 4 se presenta en el evento de que las investigaciones judiciales, fiscales y disciplinarias, providencias judiciales o por otras evidencias, permitan deducir que un sujeto fue investigado, procesado o condenado por su presunta pertenencia o colaboración a las FARC-EP, en el contexto de la comisión de delitos políticos y conexos.

- Una certificación del Comité Operativo para la Dejación de las Armas, en un inicio, fue considerada por la Sección de Apelación como un hecho indicador que, junto a otros aspectos, posiblemente daría lugar a entender cumplido excepcionalmente el requisito personal exigido. Posteriormente, se equiparó el CODA a la certificación formal de pertenencia a las FARC-EP expedida por la OACP, dando por acreditado el ámbito personal requerido por su existencia, sin más. La jurisprudencia de la Sección de Apelación debe revalidar este criterio jurisprudencial con base en lo dispuesto en la Ley Estatutaria de Administración de Justicia de la JEP.

Vale la pena anotar, finalmente, que el medio de cumplimiento por excelencia del criterio analizado es el relacionado con la segunda hipótesis establecida, es decir, la certificación formal de pertenencia a las FARC-EP expedida por la OACP.²⁰ Únicamente en dos asuntos conocidos por la Sección de Apelación se entendió satisfecho el requisito personal con fundamento en supuestos distintos.²¹ En ese contexto, aunque no se puede generalizar –pues la Sección de Apelación conoce de los asuntos en impugnación y, por tanto, sería la Sala de Amnistías o Indultos (SAI) la que podría elevar una conclusión genérica al respecto–, surge la inquietud acerca de la operatividad de las otras hipótesis: ¿la Sección de Apelación está siendo en extremo restrictiva al fijar el alcance de las otras causales, sobre todo de las que se pensaron principalmente para individuos investigados, procesados o condenados por su presunta pertenencia o

²⁰ Al respecto, véanse los autos TP-SA 016, cit., TP-SA 070 de 27 de noviembre de 2018, TP-SA 081 de 4 de diciembre de 2018, TP-SA 093 de 20 de diciembre de 2018, TP-SA 105 de 23 de enero de 2019, TP-SA 117 de 13 de febrero de 2019 y 127 de 13 de marzo de 2019.

²¹ Véanse los autos TP-SA 095, cit. (respecto de uno de los delitos examinados) y TP-SA 121 de 27 de febrero de 2019.

colaboración a las FARC-EP –distintas a las establecidas, en esencia, para los integrantes o presuntos integrantes–?

El concepto de conexidad contributiva y su aplicación

La calidad de los comparecientes, de la cual depende la ruta jurídica que cada uno de ellos debe seguir al interior de la JEP y el tipo de tratamientos penales a los que puede acceder, no puede establecerse a partir de consideraciones puramente formales sino que debe atenerse a criterios materiales que permitan identificar qué rol desempeñó la persona en el caso concreto, pues, dada la degradación y duración del conflicto armado interno, así como la multiplicidad de actores que intervienen en él, es posible que alguien que ostenta formalmente la calidad de integrante de un grupo armado cumpla de manera transitoria o esporádica labores que son útiles a los intereses o los propósitos de otro.

En este contexto surgió el concepto de conexidad contributiva.²² Según la Sección de Apelación, la probada “doble militancia” de los miembros de las FARC-EP en otras organizaciones armadas ilegales “plantea un problema jurídico real e ineludible”²³ a la hora de resolver sobre los beneficios transicionales previstos en el ordenamiento jurídico, pues no parece razonable que el guerrillero que sirve a los propósitos o intereses de otro grupo armado ilegal obtenga tratamientos penales especiales solo porque formalmente pertenece a las FARC-EP. Recuérdesse que estos beneficios se otorgan en contrapartida a la decisión del grupo –más que de sus integrantes individualmente considerados y sin perjuicio de lo ya señalado acerca de la situación de quienes se acreditan

²² JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, autos TP-SA 016 de 2018, TP-SA 070 de 2018, TP-SA 108 de 2019, TP-SA 115 de 2019, TP-SA 120 de 2019, TP-SA 127 de 2019, TP-SA 147 de 2019 y TP-SA 198 de 2019. A excepción del Auto TP-SA 147, las restantes providencias resolvieron los recursos de apelación interpuestos por integrantes de las FARC-EP, acreditados por la Oficina del Alto Comisionado para la Paz, contra las resoluciones de la SAI que decidieron negativamente sus respectivas solicitudes de libertad condicionada. En todas ellas –salvo en el Auto TP-SA 127 de 2019–, la decisión de la Sección de Apelación consistió en confirmar las resoluciones apeladas, por considerar que no se cumplía el requisito de conexidad contributiva, dado que las conductas atribuidas a los comparecientes se cometieron para favorecer los intereses y propósitos del Ejército de Liberación Nacional (ELN), tal como ocurrió en los autos TP-SA 016 de 2018 y TP-SA 115 de 2019, o de bandas delincuenciales, como fue el caso de los autos TP-SA 070 de 2018, TP-SA 108 de 2019, TP-SA 120 de 2019 y TP-SA 198 de 2019. En contraste, en el Auto TP-SA 127 de 2019, la decisión de la Sección de Apelación, consistió en revocar la resolución apelada por considerar, en oposición a la SAI, que la conexidad contributiva no podía concebirse como un elemento más de acreditación particular y positiva en cada caso, sino solamente en aquellos eventos en los que se evidencia el involucramiento del solicitante con otro grupo armado ilegal distinto a las FARC-EP, o con delincuencia común. Finalmente, el Auto TP-SA 147 de 2019, resolvió un asunto distinto a todos los demás, en cuanto involucraba a un integrante de la fuerza pública que fue capturado en flagrancia cuando transportaba, junto con otras personas y sin permiso para ello, material de guerra que sería entregado al Frente 53 de las FARC-EP.

²³ JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 127 de 2019, párrafo 30.

mediante el CODA– de abandonar las armas y de asumir un compromiso con la verdad, la reparación y la no repetición.

La pregunta concreta es si en estos casos basta que la persona acredite formalmente su pertenencia a la antigua guerrilla, aunque existan pruebas que sean indicativas de que la conducta que motivó su investigación, acusación o sanción penal fue cometida a favor o en nombre de otro grupo armado ilegal. Una interpretación literal de las normas transicionales (Ley 1820 de 2016, arts. 17 y 22) ofrece una respuesta afirmativa a esta pregunta porque, para obtener el reconocimiento de los beneficios provisionales o definitivos, la normatividad vigente solo exige que la conducta atribuida a los integrantes o colaboradores de las FARC-EP o a las personas señaladas de serlo haya sido cometida por causa, con ocasión o en relación con el conflicto armado interno, pero no específicamente con ese grupo armado ilegal. De hecho, el propio legislador parece haber considerado irrelevante la conexión entre la conducta y la actividad de la antigua guerrilla, al señalar, en el numeral 2 de los artículos 17 y 22 de la Ley 1820 de 2016, que son destinatarios de los beneficios transicionales las personas incluidas en los listados de las FARC-EP que han sido certificados por la OACP, aunque la providencia judicial no las condene, procese o investigue por su pertenencia a la antigua guerrilla.

Esta interpretación, sin embargo, fue rechazada inicialmente por los jueces de la JEP. Así, en la Resolución de 18 de junio de 2018, la SAI consideró que una persona acreditada como integrante de las FARC-EP, que había sido penalmente condenada por un secuestro cometido por orden de un integrante del ELN con el fin de procurar financiación para ese grupo armado ilegal, no podía obtener el beneficio de libertad transitoria por incumplimiento del requisito material previsto en el artículo 35 de la Ley 1820 de 2016, debido a que no existía conexidad entre los hechos que motivaron la condena en su contra y el conflicto armado con las FARC-EP. La Sección de Apelación llegó a la misma conclusión, pero por razones distintas. En el Auto TP-SA 016 de 2018, la Sala indicó que no es irrelevante, a efectos del otorgamiento de los beneficios provisionales, que la persona acreditada como integrante de las FARC-EP haya sido investigada, procesada o condenada por delitos cometidos para favorecer los intereses o propósitos de otro grupo armado ilegal. Sin embargo, precisó que esta circunstancia no comporta el incumplimiento del requisito material, sino el personal.

De esta manera, en criterio de la Sección de Apelación, el requisito personal para el otorgamiento del beneficio transicional no podía considerarse cumplido a partir de la sola verificación formal de la pertenencia del interesado a las FARC-EP, sino que era necesario “constatar lo que puede llamarse la *conexidad contributiva* de su particular actividad criminal con la organización armada, lo que supone cotejar que el delito que significó su detención haya sido cometido, también, por cuenta de su vinculación al grupo subversivo” (énfasis

agregado).²⁴ En esta línea, posteriormente, la Sección de Apelación precisó que la verificación del cumplimiento del factor personal con miras al otorgamiento del beneficio de la libertad condicionada admite dos niveles de análisis: el primero exige constatar que el solicitante se encuentre en alguno de los supuestos de los artículos 17, 22 o 29 de la Ley 1820 de 2016;²⁵ si ello ocurre y, en consecuencia, se comprueba la pertenencia del solicitante a las FARC-EP, procede agotar el segundo nivel de análisis, a efectos de comprobar que el delito que motivó la medida restrictiva de la libertad se cometió como consecuencia de su vinculación a ese grupo subversivo.²⁶

Surge de lo anterior que la verificación de los dos niveles de análisis debe hacerse de manera gradual y progresiva, de tal suerte que si no se supera el examen del primer nivel del factor personal no habría necesidad de evaluar la conexidad contributiva en el caso concreto. Solo si el interesado supera los dos niveles de análisis del factor personal, entonces el juez transicional debe avanzar en el estudio de los factores temporal y material a efectos de verificar la fecha de comisión de la conducta y su relación con el conflicto armado. En caso contrario, no es necesario continuar con el análisis.²⁷

Debe precisarse que el análisis de la conexidad contributiva solo se requiere en aquellos casos en los cuales exista duda acerca de la vinculación del actuar delictivo del solicitante con las FARC-EP, con fundamento en pruebas que indiquen que este podría haber incurrido en “doble militancia”. Esto es relevante, porque si la persona ostenta la calidad de integrante de las FARC-EP y no hay prueba que desvirtúe que el delito tiene conexidad contributiva con ese grupo armado ilegal, debe tenerse por acreditado el factor personal con fundamento, únicamente, en el primer nivel de análisis. Empero, si las pruebas desdican de tal conexidad, debe agotarse el segundo nivel de análisis para establecer si los delitos realmente se cometieron con el fin de favorecer los propósitos o las necesidades de las FARC-EP. Solo en este caso se entenderá que el solicitante cumple con el requisito personal.

El concepto de conexidad contributiva no parece haber sido correctamente entendido en el interior de la SAI. Inicialmente, como se señaló, esta sala de justicia vinculó el análisis de la conexidad contributiva a la verificación del cumplimiento del requisito material, y no del personal. Esta postura se mantuvo

²⁴ *Ibid.*, párrafo 25. El solicitante había cometido el delito ideado por el ELN.

²⁵ JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 108 de 2018, párrafo 26. Reiterado en el Auto TP-SA 115 de 2018.

²⁶ Este punto motivó una aclaración en la que se consideró que el análisis de la conexidad contributiva solo procede cuando, una vez establecida la existencia de los tres factores de competencia en un caso concreto, se avizore que no existe una relación entre la conducta y el rol acreditado por el actor ante la JEP.

²⁷ JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 115 de 2018, párrafo 16. En el mismo sentido, véase el Auto TP-SA 198 de 2019, párrafo 18.

por algún tiempo, incluso luego de que la Sección de Apelación adoptó la tesis contraria en el Auto TP-SA 016 de 30 de julio de 2018. Así, por ejemplo, en la Resolución SAI-LC-ASM-049 de 8 de noviembre de 2018, que fue conocida en apelación por la Sección de Apelación el 13 de marzo de 2019, la SAI señaló que la conexidad contributiva debía analizarse dentro del ámbito material, y no personal, porque “su estudio se encuentra íntimamente relacionado con la comprobación del nexo entre la conducta y el conflicto armado”.²⁸ En pronunciamientos más recientes, la Sección de Apelación no hizo ninguna mención expresa de este concepto, pese a que los casos puestos a su conocimiento involucraban a integrantes de las FARC-EP incursos en doble militancia.²⁹

Es posible que ello se deba a una comprensión distinta de la expresión ‘conflicto armado’, pues como se vio al reseñar la primera decisión en donde se habló de conexidad contributiva, la SAI desechó el beneficio porque no había un “conflicto armado con las FARC” en el caso concreto, lo que supone la tesis de la existencia de varios conflictos armados en Colombia.³⁰

Estas aseveraciones, sin embargo, no se acompañan con las características del conflicto armado no internacional colombiano, al tiempo que restringen, de forma desacertada, el alcance de la competencia material de esta Jurisdicción. Debe anotarse que el artículo 5 transitorio introducido por el Acto Legislativo 01 de 2017, al determinar el alcance material de la competencia de la JEP, se refiere, únicamente, al “conflicto armado”, de forma genérica, sin calificarlo ni atarlo a un grupo armado en particular. Esta determinación reproduce la contenida en la Ley 1448 de 2011 –Ley de víctimas y de restitución de tierras–, que en su artículo segundo también se refirió al conflicto armado no internacional colombiano como si se tratara de uno solo. La Corte Constitucional, al pronunciarse sobre la constitucionalidad de dicho artículo, dictó las siguientes pautas que también son aplicables a la norma transicional:³¹

Las organizaciones armadas comparten y disputan territorios similares, ejercen control territorial sobre determinadas zonas, establecen relaciones de confrontación, o de cooperación dependiendo de los intereses en juego, participan de prácticas delictivas

²⁸ Dijo, además, la SAI: “Si se demuestra que la conducta está relacionada con el accionar o beneficios de la organización armada, en este caso en particular de las FARC-EP, difícilmente podría concluirse que la misma conducta no tiene relación con el conflicto armado. De manera que no sería necesario dividir en dos el análisis de relación con el conflicto, sino entender la conexidad contributiva como una etapa de dicho estudio” (Resolución SAI-LC-ASM-049 de 8 de noviembre de 2018).

²⁹ Véanse, por ejemplo, las resoluciones SAI-LC-XBM-031 de 7 de diciembre de 2018 y SAI-LC-JCP-0341 de 13 de diciembre de 2018.

³⁰ Postura que también ha sido sostenida por el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), *Cinco conflictos armados en Colombia ¿qué está pasando?*, 6 de diciembre de 2018. Disponible en: <https://www.icrc.org/es/document/cinco-conflictos-armados-en-colombia-que-esta-pasando>

³¹ Corte Constitucional, Sentencia C-781 de 2012. Esas mismas consideraciones fueron tenidas por la Sección de Apelación al expedir el Auto TP-SA 20 de 2018.

análogas para la financiación de sus actividades, así como de métodos, armamentos y estrategias de combate o de intimidación a la población, generando tanto enfrentamientos armados como situaciones de violencia generalizada de gran intensidad, en donde son frecuentes las violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y de derecho internacional humanitario [...]. De lo anterior surge que la noción de conflicto armado interno al que han hecho referencia tanto el Ejecutivo, como el Congreso y los jueces recoge un fenómeno complejo que no se agota en la ocurrencia de confrontaciones armadas, en las acciones violentas de un determinado actor armado, en el uso de precisos medios de combate, o en la ocurrencia del hecho en un espacio geográfico específico, sino que recogen la complejidad de ese fenómeno, en sus distintas manifestaciones.

Se trata, entonces, de un solo conflicto armado no internacional, que debe ser entendido de forma amplia. No podría ser de otro modo. Resulta incompatible con la realidad colombiana pretender diferenciarlo con ocasión de sus actores, pues lo cierto es que la confrontación que mantuvieron contra el Estado –o entre sí– no está separada de las demás, de una forma aséptica o compartimentada. Por el contrario, i) los grupos armados sostuvieron relaciones de distinto tipo e intensidad; ii) ejercieron un dominio territorial que, en no pocas ocasiones, se traslapó o sucedió con el de otras organizaciones; iii) compartieron métodos y armas para la confrontación, y iv) en ciertas coyunturas, actuaron motivadas por las mismas creencias e ideas. A estas razones debe añadirse el hecho de que fueron las mismas razones estructurales las que dieron origen o permitieron la continuidad de las hostilidades. Ello, claro está, no significa que deba negarse que el conflicto, por su especial complejidad, adopta diferentes dinámicas en razón al territorio, al momento o al actor que participó en la confrontación, situaciones que tendrán que ser tenidas en cuenta por la JEP para los efectos pertinentes.

De otro lado, no es cierto que la JEP solo tenga competencia para conocer de asuntos relacionados con el conflicto armado “con las FARC-EP”. Tal tesis no solamente contraría de forma manifiesta la jurisprudencia de la JEP, que ha entendido que el presupuesto material de competencia debe interpretarse de forma amplia,³² sino que además carece de todo respaldo normativo.

Las disposiciones transicionales, por el contrario, en varias ocasiones hacen referencia a conductas acaecidas en el marco del conflicto armado que son de competencia de la JEP, a pesar de que no guardan relación con la actuación del citado grupo rebelde. Así, por ejemplo, el artículo 62 de la Ley Estatutaria 1957 de 2019 dispone que la competencia material de la JEP, en relación con los integrantes de la fuerza pública, se extiende a “conductas desarrolladas por miembros de la fuerza pública con o contra cualquier grupo armado ilegal, aunque no hayan suscrito el Acuerdo Final de Paz con el Gobierno Nacional”. En ese mismo sentido, el artículo 11 de la Ley 1922 de 2018 señala que son de

³²JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 020 de 2018.

competencia de la JEP las conductas cometidas con ocasión del conflicto armado, “relacionad[as] con financiar, patrocinar, promover o auspiciar la conformación, funcionamiento y operación de grupos armados organizados al margen de la ley relacionados con el conflicto armado interno”.

Finalmente, debe subrayarse que un entendimiento de este tipo llevaría a excluir de la competencia de la JEP ciertas conductas que son del mayor interés para el logro de sus fines, a saber: los crímenes de guerra, los delitos de lesa humanidad y otras conductas de especial gravedad en las que incurrieron los miembros o colaboradores de las FARC-EP en el marco de las confrontaciones que en ciertos periodos mantuvieron con grupos paramilitares o con otros grupos alzados en armas, como el ELN.

Hasta el momento, la conexidad contributiva ha sido utilizada por la SAI y la Sala de apelaciones para resolver sobre el otorgamiento del beneficio de libertad condicionada a favor de quienes ostentan la calidad de integrantes de las FARC-EP, acreditados por la OACP. Sin embargo, nada obsta para que, en el futuro, su uso se haga extensivo a quienes acrediten su pertenencia o colaboración con este grupo armado ilegal a través de cualquiera otra de las hipótesis previstas en el ordenamiento jurídico y a quienes, en calidad de integrantes o colaboradores de la antigua guerrilla, pretendan el otorgamiento de beneficios definitivos, como la amnistía o el indulto, pues la lógica que subyace al análisis sobre la conexidad contributiva –que es la vinculación de la conducta al esfuerzo general de guerra de las FARC-EP– no tendría por qué variar en función de la forma de acreditación del factor personal o de la entidad del beneficio pretendido.

Está por verse si el criterio de conexidad contributiva quedará restringido a los integrantes de las FARC-EP o si se hará extensivo a los otros comparecientes obligatorios, concretamente, a los miembros de la fuerza pública que pretenden el otorgamiento de beneficios provisionales y definitivos por conductas cometidas para favorecer los intereses o propósitos de un grupo armado ilegal. Por lo pronto, la Sección de Apelación ha señalado que el hecho de que un miembro de la fuerza pública actúe al servicio de otro actor armado tiene incidencia, al menos, para determinar cuál de las Salas de Justicia es competente para resolver sobre el otorgamiento de tales beneficios, pues si la conducta cometida por un miembro de la fuerza pública tiene como finalidad y potencial efecto inmediato fortalecer a las FARC-EP, es la SAI y no la SDSJ la llamada a analizar su situación jurídica, a fin de determinar si la persona debe ser tratada o no como un colaborador de ese grupo armado ilegal y, en consecuencia, si puede o no comparecer ante la JEP y si puede recibir tratamientos penales especiales y de qué tipo.³³

³³ JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 147 de 2019.

La competencia personal de la JEP respecto de los integrantes de grupos paramilitares

A pesar de que el proceso de reinserción de los grupos paramilitares se produjo a partir de la Ley 975 de 2005, con las modificaciones posteriormente incorporadas, y de que los encargados de resolver las controversias que se presenten con ocasión de su aplicación son los jueces especiales de justicia y paz –que incluye la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia–, muchos han sido los miembros de estos grupos que han solicitado ser admitidos en la JEP, entre otras razones porque existe un universo específico cuyo ingreso estaría permitido según el Acuerdo Final de Paz y la normativa que lo desarrolló.

El primer pronunciamiento sobre el punto se produjo el 31 de octubre de 2018, en el Auto TP-SA 57 de 2018. Allí resolvió la petición de postulación ante la JEP que presentó el señor Duván Hurtado Henao, quien se encontraba condenado por varios delitos en los que incurrió mientras fungía como integrante de un grupo paramilitar en el Magdalena Medio. El interesado manifestó que la JEP tenía competencia personal para conocer de su caso, pues los paramilitares eran actores del conflicto armado no internacional colombiano que habían suscrito un acuerdo de paz con el Gobierno nacional. Alternativamente, señaló que se había previsto la competencia de esta jurisdicción para los colaboradores o financiadores de este tipo de grupos. Tras analizar la cuestión planteada y resolver los argumentos del peticionario, la Sección de Apelación concluyó que “los miembros de agrupaciones paramilitares no deben ser admitidos ante esta Jurisdicción, pues no pueden ser considerados ni como combatientes de grupos armados rebeldes que celebren un acuerdo de paz con el Gobierno nacional, ni tampoco son terceros o civiles que participaron directa o indirectamente en el conflicto armado”.

A continuación, se hará un recuento de los argumentos expuestos en este auto para adoptar la referida decisión. Comoquiera que la tesis ha sido reiterada en otras providencias que la Sección de Apelación ha proferido sobre el asunto (autos TP-SA 063, 069, 079, 101, 103, 126, 134, 135, 137, 141, 144, 146, 149, 153, 155, 159, 185, 194, 195, 199, 201, 207, 212 y 213), las reflexiones realizadas en la providencia del 31 de octubre de 2018, Auto 057, se acompañarán con las precisiones y adiciones que después introdujeron las providencias citadas.

En primer lugar, se preguntó la Sección de Apelación si la interpretación de las normas relativas a la competencia personal de la JEP debía ser amplia o restringida. Como antecedente, en el Auto TP-SA 019 de 2018,³⁴ la Sección de Apelación había advertido que “en el marco de la transicionalidad, la búsqueda de la verdad impone una concepción no restrictiva del derecho de acceso a la

³⁴ En ese caso se estudió la solicitud de sometimiento presentada por el señor David Char Navas, quien pidió que se le admitiera en la JEP en su calidad de tercero y de agente del Estado.

justicia especial de paz, lo que a su turno debe facilitarse con una comprensión amplia de la competencia”. Pues bien, al pronunciarse sobre la petición del señor Duván Hurtado Henao, la Sección matizó tal afirmación, al considerar que una interpretación extensiva de la competencia no puede llevar a desconocer las normas existentes sobre la materia ni a invadir las competencias que mantiene la justicia penal ordinaria.

A continuación, advirtió que ninguna de las normas atrás referidas contempló a los integrantes de grupos paramilitares, circunstancia que impedía que la JEP se atribuyera competencia para conocer de las conductas en las que pudieren haber incurrido en el marco del conflicto armado no internacional colombiano. Al hacer el estudio de constitucionalidad respectivo, en la Sentencia C-674 de 2017, la Corte Constitucional tampoco consideró a los paramilitares dentro de los sujetos a quienes estaba dirigido el componente de justicia del SIVJRNR. Con posterioridad, en la Sentencia C-080 de 2018, dicha corporación afirmó, de forma más explícita, que el juicio de las conductas en las que los integrantes de estos grupos hubieren incurrido con ocasión del conflicto armado permanecía en la justicia ordinaria. Estas consideraciones fueron reiteradas por la Sección de Apelación. Así, en el Auto TP-SA 063 de 2018 se advirtió que la no inclusión de los integrantes de grupos paramilitares dentro de los sujetos sobre los que tiene competencia la JEP se debió a que ya existe un modelo de justicia transicional que les es aplicable y que continúa vigente: el establecido en la Ley de Justicia y Paz.³⁵

La Sección de Apelación también descartó que los grupos paramilitares fueran grupos armados al margen de la ley que hubieran celebrado un acuerdo de paz con el Gobierno nacional, en los términos exigidos en el artículo 5 transitorio. En primer lugar, señaló que, aunque el Gobierno nacional celebró con las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) el Acuerdo de Santa Fe de Ralito para contribuir a la paz del país, con este solo se daba por terminada la etapa de exploración, para dar inicio a la fase de negociación, de suerte que “no puso fin a la negociación respectiva, sino que se trató, tan solo de un acuerdo previo y parcial de desmovilización –que no de paz–”. En el Auto TP-SA 079 de 2018 se dijo:

A pesar de contener algunos elementos de lo que podría ser considerado como la base para el inicio de un proceso de paz (por ejemplo, el hecho de comenzar con una fase de negociación), los diálogos desarrollados entre diversas estructuras paramilitares y el gobierno nacional fueron, ante todo, un proceso de sometimiento a la justicia.³⁶

³⁵ Cabe señalar que sobre este punto se presentó una aclaración de voto, donde se consideró que bajo la idea de la complementariedad entre la JEP y el sistema de Justicia y Paz podría interpretarse una suerte de derecho a ingresar a la JEP, incluso sin que se cumplieran los requisitos de competencia previstos para el efecto.

³⁶ Se presentó una aclaración en este punto, donde se consideró que era innecesario y apresurado calificar de esta forma el proceso adelantado con las estructuras paramilitares, análisis que, en

Adicionalmente, se advirtió que la norma se refiere solo a “aquellos [grupos] que de forma concomitante con la disposición o a futuro alcancen un acuerdo con estas características. La expresión suscribir fue escrita en tiempo presente, sin que se refiriera a acuerdos celebrados en el pasado”. Nada hay de raro en esta disposición si se tiene en cuenta que el componente de justicia del SIVJRNR es producto de las negociaciones entre el Gobierno nacional y las FARC-EP, en el marco del cual ambas partes asumieron compromisos concretos a cambio de un tratamiento penal diferenciado. Comoquiera que los integrantes de grupos paramilitares no participaron de ese proceso ni asumieron obligaciones por cuenta de ello, es natural que no esté prevista su intervención dentro de la JEP.

Como se dijo en el Auto TP-SA 185 de 2019, la Corte Constitucional ha señalado que incluso en el evento en el que un grupo armado celebre a futuro un acuerdo de paz con el Gobierno nacional, la JEP no adquiere competencia automática para conocer de los procesos penales adelantados en contra de sus integrantes: es preciso, primero, que se adelanten los ajustes normativos e institucionales necesarios para adecuar su competencia temporal y material. Con mayor razón, entonces, tratándose de grupos que alcanzaron acuerdos en el pasado con el Estado, se requiere una norma expresa que habilite la competencia de la jurisdicción transicional, que actualmente no existe en el ordenamiento jurídico colombiano.

En tercer lugar, la Sección de Apelación manifestó que el Congreso de la República, al expedir la referida norma, exigió que los grupos que celebraran el acuerdo de paz fueran rebeldes, esto es, que “mediante el uso de las armas pretendieran derrocar al gobierno nacional y suprimir o modificar el régimen constitucional vigente”. Aseguró que los grupos paramilitares no podían ser considerados rebeldes, pues su propósito no era atacar contra el Estado de derecho mediante el uso de las armas; su interés era contribuir ilegalmente a un proyecto contrainsurgente. Adicionalmente, como se dijo en el Auto TP-SA 137 de 2019, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-080 de 2018, al pronunciarse sobre la constitucionalidad del proyecto de Ley Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz, advirtió que los paramilitares no ostentan la calidad de delincuentes políticos.

La Sección de Apelación también rechazó que los integrantes de los grupos paramilitares pudieran ingresar a la JEP como terceros, pues esa calidad la ostentan civiles, es decir, personas “que no son miembros de las Fuerzas Armadas estatales o de los grupos armados organizados”. En otras palabras, “[los terceros] son, en esencia, no combatientes, que contribuyeron a cometer delitos en el marco del conflicto armado colombiano” (Auto TP-SA 069 de 2018). Comoquiera que los paramilitares eran cuerpos armados que tomaron parte en las

cualquier caso, habría requerido un estudio más complejo.

hostilidades, tal como lo señaló el artículo 1 de la Ley 975 de 2005, no podían ser admitidos en la JEP como si se tratara de terceros.

Finalmente, la Sección de Apelación rechazó la posibilidad de admitir la comparecencia de los integrantes de esos grupos, por cuenta de la aplicación del principio de favorabilidad. Se advirtió que dicho principio solo resulta aplicable ante la existencia de dos normas que regulen el mismo supuesto de hecho. Así, “de encontrarse que el peticionario está incurso en los supuestos de una de las disposiciones, pero no en los de la otra, será evidente que ambas normas tienen un alcance distinto y, por ende, no son equiparables para ese efecto”.

Estos argumentos llevaron a que la Sección de Apelación rechace en general la posibilidad de admitir la comparecencia ante la JEP de los integrantes de grupos paramilitares, en jurisprudencia que ya puede calificarse como uniforme y reiterada.

También se ha señalado que la imposibilidad de la JEP de conocer de las conductas en las que hubieran incurrido las personas que ostentan la ya señalada calidad no significa que esos asuntos sean completamente ajenos al SIVJRNR: tanto la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición (CEVCNR) como la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto (UBPD) mantienen competencia para conocer de asuntos relacionados con integrantes de grupos paramilitares, en el marco de sus funciones (Auto TP-SA 185 de 2019).

Sentada esta regla general, es preciso advertir que, desde el Auto 057 de 31 de octubre de 2018, la Sección de Apelación afirmó que esta no significaba que el juez estuviera eximido de estudiar las circunstancias particulares del caso concreto. Se dijo que excepcionalmente es posible abrir una puerta para admitir la comparecencia de personas integrantes de grupos paramilitares, siempre que i) el interés de las víctimas, particularmente a obtener verdad, así lo exigiera –para lo cual se mencionó la posibilidad de llevar a cabo un test de aporte a la verdad, que no fue definido–, y ii) se evaluaran los aspectos esenciales y las modalidades de intervención en el conflicto armado no internacional colombiano.

Comoquiera que esa providencia no explicó de forma detallada –porque no era el caso– las condiciones que debían cumplirse para que se accediera a tal ingreso, se prestó para confusiones. Adicionalmente, en el Auto TP-SA 069 de 2018, la Sección de Apelación señaló:

En el presente caso, el señor Martínez Sarmiento aludió ser parte de un grupo paramilitar involucrado en el conflicto armado interno, pero no ofreció un aporte a la verdad sobre aspectos esenciales y modalidades de intervención de los presuntos integrantes del grupo al que afirmó pertenecer, aporte necesario que pudiera justificar la excepción de la regla general según la cual los miembros de grupos paramilitares están excluidos de la JEP.

Los términos usados se prestaron para equívocos, pues parecía que la única exigencia de la Sección para acceder a la solicitud de comparecencia de un integrante de un grupo paramilitar era que realizara un aporte superlativo de verdad.

Ante las dudas que tales providencias despertaron, en el Auto TP-SA 103 de 2019³⁷ la Sección de Apelación esclareció que esas circunstancias excepcionales se producen, únicamente, en los eventos en los que un integrante de un grupo paramilitar, antes o después de empuñar las armas, fuese un tercero colaborador o financiador de estos grupos.

Dicha regla tiene un fundamento normativo claro: el párrafo del artículo 11 de la Ley 1922 de 2018 –que recoge lo consignado en el Acuerdo Final de Paz cuando afirma la competencia de la JEP respecto de las personas que incurrieron en “conductas de financiación o colaboración con los grupos paramilitares, o con cualquier actor del conflicto”– otorga a esta jurisdicción la competencia para conocer de conductas relacionadas con “financiar, patrocinar, promover o auspiciar la conformación, funcionamiento y operación de grupos armados organizados al margen de la ley relacionados con el conflicto armado interno”.

En cuanto al aporte a la verdad que debiera hacerse en esos casos, en el Auto TP-SA 126 de 2019, la Sección de Apelación precisó que este no depende del estatus o la jerarquía de mando que tuvo el solicitante dentro del grupo armado ilegal, sino, en realidad, “de la significación, trascendencia, magnitud e importancia del aporte que realice a la verdad para la satisfacción de los derechos de las víctimas del conflicto armado”. En dicha providencia, también se formuló una pregunta clave que aún no había sido objeto de pronunciamiento por parte de la Sección de Apelación, así:

Una cuestión abierta que deberá ser dilucidada en el futuro por la SA, en el evento de que, aprobado el test de aporte a la verdad, admita el sometimiento a la JEP de quien fuera parte de un grupo paramilitar y ha asumido diversos roles en o para el grupo armado al margen de la ley, es si las conductas relacionadas con el conflicto armado y cometidas en calidad integrante de un grupo paramilitar y/o en calidad de tercero financiador o colaborador del mismo grupo sin formar parte de él, deben ser conocidas por la justicia transicional.

La respuesta a esta inquietud se incluyó en el Auto TP-SA 185 de 2019, a pesar de que no se hizo en esa ocasión un estudio particularmente exhaustivo sobre el asunto. Al pronunciarse sobre la solicitud presentada por un excomandante del Bloque Noroccidente Antioqueño de las Autodefensas Campesinas de Córdoba y Urabá y recientemente condenado por su pertenencia a las FARC-EP, la Sección de Apelación dijo:

³⁷ Reiterado en los autos TP-SA 134, 141, 144 y 146 de 2019, entre otros.

... la integralidad del sometimiento a la JEP implica que esta asume la competencia para y el deber de analizar todas las conductas punibles que el compareciente –obligatorio o voluntario– haya cometido por cuenta de la calidad que le valió el ser admitido en este sistema de justicia transicional. No obstante, de allí no puede derivarse que esta jurisdicción adquiera competencia automática para conocer sobre todas las conductas cometidas por el compareciente –al margen de que las mismas cumplan o no los demás factores de competencia de la JEP–, menos aun cuando se trate de conductas cometidas en calidades que escapan al ámbito competencial fijado para el componente de justicia del SIVJRN –respecto de las cuales ni siquiera se cumpliría el factor personal–.

Esa consideración, como es lógico, también puede extenderse a los casos en los que el solicitante ostenta las calidades de integrante de un grupo paramilitar y tercero colaborador o financiador de una de esas organizaciones.

Ante este panorama, a través del Auto TP-SA 199 de 2019, la Sección de Apelación consolidó su jurisprudencia en cuanto a la excepción mencionada. Adujo que la posibilidad de admitir en la JEP a terceros colaboradores y financiadores de grupos paramilitares, que antes o después hubieran ostentado el rol de combatientes, no era una innovación jurisprudencial: era, simplemente, el reconocimiento de que la JEP tiene competencia para conocer de las conductas en las que, como civiles, hubieran incurrido este tipo de personas, de conformidad con lo que establecen las normas constitucionales y legales vigentes en la materia. Así, se confirmó que, aun cuando el solicitante hubiese ostentado ambas calidades: la de colaborador y la de combatiente, la JEP solo tiene competencia para juzgar –y conferir beneficios transicionales– por las conductas cometidas con ocasión de la primera.

Bajo este entendido, la Sección revisó también el contenido del –hasta ese momento– apenas esbozado test de verdad, para señalar que este no es más que un acápite del régimen de condicionalidad, que le es exigible a todos los comparecientes voluntarios, como lo señaló la JEP al pronunciarse sobre la comparecencia de terceros y agentes estatales no integrantes de la fuerza pública.³⁸ En ese entendido, no se trata de un requisito excepcional que tuviera por propósito ampliar de forma extraordinaria la competencia personal de la JEP, como pareció señalarse en los autos TP-SA 057 y 069 de 2018, sino uno ordinario, cuyo fin es ratificar que el peticionario es un verdadero tercero colaborador y no un mero combatiente paramilitar –caso en el cual la JEP habría de rechazar la solicitud de sometimiento– y que tiene información relevante que está dispuesto a revelar, de modo que se justifique el beneficio que para él supone, como compareciente voluntario, la posibilidad de escoger si será la JEP o la jurisdicción ordinaria la encargada de juzgar las conductas en las que incurrió en el marco del conflicto armado.

³⁸ Véanse, por ejemplo, los autos TP-SA 019, 020, 021 y 063 de 2018.

Esta providencia, que constituye el último pronunciamiento relevante que hasta la fecha ha dictado la Sección de Apelación, ratifica entonces la tesis inicial establecida en el Auto 057 de 31 de agosto de 2018, a saber, que los integrantes de grupos paramilitares que participaron directamente en las hostilidades (combatientes) no pueden ingresar a la JEP. Igualmente, precisa que esa regla no impide reconocer que cuando el combatiente tuvo en otro momento la calidad de tercero, puede comparecer de forma voluntaria a la JEP, autoridad que tiene competencia para conocer de los asuntos en los que este incurrió por cuenta de esa última condición, esto es, “por los delitos efectuados en su rol de civiles”, y, para ello, como sucede con los demás terceros y los agentes estatales no integrantes de la fuerza pública, deberá comprometerse a realizar un aporte a la verdad y a los derechos de las víctimas. El implícito de la regla y la excepción precisadas es que cuando se esté directamente ante un financiador o colaborador de grupos paramilitares –no ante un combatiente que demuestre otros roles como tercero–, la competencia claramente será de la JEP.

A pesar de que el Auto TP-SA 199 de 2019 fijó las tesis señaladas, lo cierto es que aún no se ha presentado el caso concreto que permita aplicar la excepción establecida. En futuros pronunciamientos, la Sección de Apelación tendrá entonces que ocuparse de establecer cuáles son las circunstancias de hecho que permiten calificar a una persona como integrante de un grupo paramilitar, como tercero, o como acreedor de ambas calidades: tercero y combatiente, pero en momentos de vida o acciones distintas.

La Sección de Apelación también deberá definir si, para efectos de su comparecencia ante la JEP, son ontológicamente diferentes tres grupos de personas que se encuentran referidas en distintos escenarios normativos: i) los “terceros civiles que se hayan sometido voluntariamente a [la JEP, por conductas], relacionados con financiar, patrocinar, promover o auspiciar la conformación, funcionamiento y operación de grupos armados organizados al margen de la ley relacionados con el conflicto armado interno” (Ley 1922 de 2018, artículo 11, parágrafo); ii) las personas que incurrieron en “conductas de financiación o colaboración con los grupos paramilitares, o con cualquier actor del conflicto” (Acuerdo Final de Paz); y iii) los terceros, definidos como “[l]as personas que sin formar parte de las organizaciones o grupos armados, hubieren contribuido de manera directa o indirecta a la comisión de delitos en el marco del conflicto” (Acto Legislativo 01 de 2017, artículo 16 transitorio).

**El factor material como elemento transversal en la JEP:
delitos y hechos por causa, con ocasión, o en relación directa
o indirecta con el conflicto armado**

La relación con el conflicto armado se presenta hoy como una institución jurídica de la justicia transicional trascendental e ineludible para el SIVJRNR y,

por ello, su definición, características y alcance han sido objeto de múltiples consideraciones por la Sección de Apelación desde sus primeros casos de conocimiento sustancial. En este primer año, solicitudes de acceso o beneficios provisionales han servido de plataforma para aterrizar las principales discusiones que esta figura ha suscitado en el interior de la JEP, y aunque se trata de un tema inacabado, ya existe cierto acuerdo sobre su entendimiento y alcance por parte de la Sección, a efectos de orientar dogmáticamente las aplicaciones realizadas por las salas de justicia de la JEP.

Para el entendimiento de la noción ‘relación con el conflicto’ es imprescindible atender a los contenidos normativos derivados del propio SIVJRNR, como por ejemplo, el artículo transitorio 1 que refiere como principio transversal de la JEP, que el Sistema busca entre otros, el establecimiento de responsabilidad de todos los que participaron “de manera directa o indirecta en el conflicto y se vieron involucrados de alguna manera en graves violaciones a los derechos humanos y graves infracciones al derecho internacional humanitario”; al tiempo que el artículo transitorio 5 prevé como mandato de la JEP la administración de justicia sobre conductas cometidas “por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, por quienes participaron en el mismo, en especial respecto a conductas consideradas graves infracciones al derecho internacional humanitario o graves violaciones de los derechos humanos”.³⁹ Lo mismo ocurre con otras normas de desarrollo del Acuerdo Final de Paz, como la Ley 1820 de 2016 en los artículos 2 y 52, entre otros, sus decretos reglamentarios y la Lejep en múltiples de sus disposiciones.

Lo anterior implica que la noción de relación con el conflicto no se configura como un simple factor competencial para la JEP sino que es un elemento ineludible y determinante en el momento de comprender el mandato y la finalidad de los órganos que la componen en la tarea de administrar justicia transicional. La complejidad e importancia de la relación con el conflicto se ve canalizada por las exigencias o los requisitos legales para el otorgamiento de beneficios transicionales y provisionales, frente a los cuales la exigencia de la relación de los hechos/conductas con las hostilidades (sea directa o indirecta) es ineludible, en tanto está presente en cada una de las regulaciones relativas al tema, de manera expresa o implícita.

³⁹ Asimismo, como el Acto Legislativo 01 de 2017 es desarrollo directo de ciertos contenidos del Acuerdo Final de Paz, este establece como elemento interpretativo vinculante (apartado 9 del punto 5.1.2. sobre el componente de Justicia) que la JEP es una justicia que ejerce funciones judiciales de manera autónoma y preferente sobre todas aquellas conductas que, conforme a las reglas de su competencia, fueron cometidas “por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado”, que esta norma caracteriza como aquellas “donde la existencia del conflicto armado haya sido la causa de su comisión, o haya jugado un papel sustancial en la capacidad del perpetrador para cometer la conducta punible, en su decisión de cometerla, en la manera en que fue cometida o en el objetivo para el cual se cometió”.

En la jurisprudencia de la Sección de Apelación pueden identificarse tres ejes de desarrollo dogmático importantes acerca del elemento material en la JEP: i) noción y alcance, ii) niveles de intensidad y estándar de prueba para su valoración y iii) desarrollos derivados o complementarios. Estos escenarios representan, en términos ilustrativos, las conceptualizaciones del órgano de cierre hermenéutico de la JEP, en el marco de decisiones concretas, que serán ilustradas cronológicamente a continuación, a efectos de evidenciar el estatus actual en relación con este componente tan importante para la Jurisdicción y el SIVJRNR.

Noción y alcance del factor material

Desde sus primeros pronunciamientos, la Sección de Apelación ha avanzado en la noción y el alcance de la relación con el conflicto, al estudiar el factor material de competencia, dada su característica transversal para el SIVJRNR y las finalidades del mismo. En el Auto 015 de 2018, la Sección de Apelación advirtió que las normas transicionales sobre el factor material

... deben ser interpretados de forma tal que se cumpla con los principios de integridad y prevalencia del SIVJRNR, que busca que todos los participantes del conflicto armado –incluidos aquellos cuya responsabilidad ha permanecido oculta a lo largo de los años– rindan cuentas de sus actos, develen la estructura y el funcionamiento de sus respectivas redes criminales y contribuyan al esclarecimiento de los crímenes cometidos.

Por eso, aunque en un evento determinado la JEP no disponga de elementos suficientes para establecer con anticipación si una determinada conducta está relacionada con el conflicto armado o, por el contrario, se trata de un fenómeno de delincuencia común, deberá abstenerse de realizar una exclusión *a priori* del sistema para, en cambio, privilegiar el acceso del compareciente y con ello el otorgamiento de los beneficios iniciales, en la medida en que existan pruebas sumarias que permitan resolver a su favor la conexión con el conflicto armado.⁴⁰

Posteriormente, la Sección de Apelación realizó importantes definiciones sobre el factor material en relación con una solicitud de comparecencia y beneficios de un peticionario que ostentaba la calidad de agentes estatal no integrante de la fuerza pública, en una dogmática que puede sintetizarse así: i) el concepto de conflicto armado, que para el caso colombiano no se circunscribe solamente “a un marco de acciones militares” sino que debe ser entendido, en un sentido amplio, como un “fenómeno complejo y multicausal” que obliga a considerar “su nexos con una conducta en particular más allá de la constatación de un crimen de guerra o infracción al DIH”; y ii) el alcance de las expresiones a) *por causa*: la cual no alude solamente a “un nexos causal” sino que comporta

⁴⁰ JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 015 de 8 de agosto de 2018.

un vínculo cercano y suficiente con el desarrollo de las hostilidades, que incluye toda la complejidad y evolución fáctica e histórica del conflicto; b) *en relación directa o indirecta*: cuya primera acepción implica la realización de un “juicio de causalidad entre la conducta y el conflicto para establecer fácticamente si tiene su origen en este y con ello la constatación del nexo”; mientras que la segunda “admite el procesamiento de conductas frente a las cuales se alega dicho criterio de conexidad con el conflicto teniendo en cuenta, a su vez, el carácter omni-comprendido de la competencia de [la] JEP para conocer la mayor cantidad de hechos que se hayan presentado en este marco dada su complejidad y extensión”; y c) la relación y la participación *directa o indirecta* en las hostilidades (a la luz del derecho internacional humanitario [DIH]) como elemento complementario en la tarea de definir la relación con el conflicto armado, respecto del cual

... la participación directa se colige de las actividades que comporten la conducción de las hostilidades [al buscar la concreción de un daño a la contraparte], mientras que la participación indirecta se concluye de las acciones que hacen parte del esfuerzo general de guerra o del apoyo a la misma [se enderezan a mantener la capacidad de materializar el referido menoscabo].⁴¹

Más adelante, la Sección de Apelación se refirió nuevamente a la noción de la relación indirecta entre hechos/conductas y conflicto armado a efectos de determinar el factor material para casos de violencia sexual. En tal sentido, se estableció que la violencia sexual puede ser calificada como constitutiva del conflicto armado cuando tiende a desarrollarse por causa o en relación directa o indirecta con este. De suerte que sería *por causa* cuando superare “un juicio de estricta causalidad, en el que se establezca si la conducta tuvo origen en el conflicto, en el sentido literal de la expresión”. A su vez, comportaría una *relación directa* “cuando infrinja (sic) daño a la contraparte, se evidencie un nexo beligerante entre la conducta y las finalidades en las que se inspira la agrupación criminal, y obre un vínculo causal entre la acción y el menoscabo generado”. Finalmente, la relación será *indirecta* cuando el delito “se enderece a brindar apoyo general al esfuerzo de guerra, con miras a mantener o aumentar las capacidades de cualquier actor armado, pero sin dar lugar a afectaciones concretas”.⁴²

Los niveles de intensidad en la valoración del factor material

Otro de los desarrollos jurisprudenciales en relación con el factor material de la JEP tiene que ver con las oportunidades procesales o etapas en función de las cuales los órganos de la Jurisdicción pueden verse avocados a pronunciarse sobre el nexo entre los hechos/conductas y las hostilidades/circunstancias adyacentes. En efecto, la Sección de Apelación ha decantado una dogmática sobre

⁴¹ JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 019 de 21 de agosto de 2018.

⁴² JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 171 de 8 de mayo de 2019.

lo que se ha denominado *niveles de intensidad*, como noción dirigida única y exclusivamente al supuesto material en diversos escenarios de la Jurisdicción, tales como la competencia, los beneficios transitorios de libertad y las decisiones definitivas tendientes a resolver la situación jurídica de los comparecientes al Sistema.

Desde sus primeras decisiones, la Sección de Apelación estableció que la tarea de determinar el factor material no es igual en todas las etapas procesales que se surten ante la JEP, pues las complejidades del Sistema implican un tratamiento diferente en materia probatoria que permita la adopción de decisiones acordes con el avance de los procedimientos y las etapas que les son propias en relación con las pruebas del caso. En la providencia 015, la Sección de Apelación advirtió:

Para el caso del numeral 1 [del artículo 52 de la Ley 1820 de 2016] –determinación de la conexión de los hechos y conductas con el conflicto armado interno–, el análisis de los elementos probatorios aportados por el compareciente y disponibles en el expediente deben ser valorados con la finalidad concreta del beneficio de libertad aludido, y con ello, de conformidad con el estadio en el que se encuentre el caso del compareciente en la JEP.

Lo que implica que por tratarse de una prerrogativa que se otorga de manera transitoria, a la espera del análisis definitivo, el estudio de la “conexión con el conflicto debe ser modificable, en la medida en que ello toca con la solicitud de excarcelación anticipada, y no con la competencia ni con la decisión conclusiva ante la JEP”.⁴³

Así, entonces, la necesidad que impulsó la concreción de los *niveles de intensidad* se erigió sobre la base del entendimiento según el cual la pregunta sobre la relación con el conflicto armado adquiere relevancia en, al menos, tres oportunidades distintas. La primera, en el momento de definir si la JEP tiene o no competencia para conocer de una determinada conducta, esto es, en una etapa inicial de admisibilidad del asunto. La segunda, en el evento de pronunciarse sobre el otorgamiento de los beneficios anticipados y transitorios previstos por la Ley 1820 de 2016, el cual puede presentarse en cualquier estadio del procedimiento de definición de la situación jurídica del compareciente. Y la tercera, a la hora de definir el fondo, esto es, según el caso, la responsabilidad sobre los hechos y demás circunstancias conexas, así como los beneficios jurídicos definitivos establecidos en el Acto Legislativo 01 de 2017 y la Ley 1820 de 2016, tales como la cesación de la persecución penal.⁴⁴

En la tarea por determinar qué conductas caben dentro del ámbito de competencia material, cuya “taxatividad abierta” impone que tal expresión deba

⁴³ JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, cit.

⁴⁴ *Idem*.

ser analizada a la luz de pautas que permitan definir su correcto significado, teniendo en cuenta los distintos momentos procesales en que se haga la evaluación y el material probatorio disponible, se impone considerar el estudio de la relación con el conflicto armado a partir de distintas intensidades, según el momento procesal y también acorde con los elementos de prueba disponibles. Así, como se estableció en el Auto 020 de 2018, el estudio del factor material debía hacerse con una intensidad baja, media o alta, según el caso se encuentre en la etapa inicial, intermedia o final.⁴⁵ Posteriormente, bajo la misma idea de los niveles de intensidad, la Sección de Apelación resaltó la pertinencia de analizar el material probatorio disponible “teniendo en cuenta distintos patrones que operarían en cada momento procesal”. Se caracterizó entonces cada nivel de intensidad, a la luz de la terminología usada en el derecho penal ordinario, según las nociones de inferencia razonable, probabilidad de verdad y de certeza más allá de toda duda razonable.⁴⁶

Finalmente, en el Auto 070, esta Sección consolidó la dogmática vigente sobre los niveles de intensidad para la determinación del factor material en el escenario probatorio, a efectos de establecer las particularidades que tiene la relación con el conflicto en función de cada etapa del procedimiento en la cual sea necesaria su determinación. En esta oportunidad, la Sección de Apelación aclaró que los niveles de intensidad, además de relacionarse con el estadio procesal y el estándar de prueba connatural a este, tenían que ver con la atención que debe prestarse de conformidad con la cantidad y calidad de las pruebas, lo que determina en gran parte la forma en la que se distingue el estándar frente a la etapa del procedimiento en la que deba definirse el nexo entre hechos y hostilidades.

En efecto, se señaló en la providencia que la relación con el conflicto debe ser estudiada acorde con:

(a) el momento procesal, (b) el material probatorio y (c) el estándar de prueba. El primero de ellos (a) refiere los tres estadios en que la JEP debe pronunciarse respecto de alguno de los comparecientes: al inicio –como cuando se define la competencia–, en una fase intermedia –v. gr., para resolver sobre ciertos beneficios como la libertad–, y al finalizar el caso –típicamente cuando se toma una medida de las previstas en el SIVJRNR como la amnistía, la renuncia a la persecución penal o las sanciones propias–. // El (b) material probatorio designa en este escenario no solo el número de pruebas requeridas para tomar una cierta decisión –*quantum*–, sino también y especialmente, su calidad –*qualitas*–. Este volumen y calidad de pruebas puede variar según el momento procesal –inicial, intermedio o final–, por razón de la dinámica propia del proceso, que incluye el interés de los comparecientes y la capacidad oficiosa del juez para decretar y obtener pruebas. La variación del *quantum/qualitas* puede designarse con tres expresiones relativas a cada momento procesal: mínimo, aceptable y exhaustivo.

⁴⁵ *Idem.*

⁴⁶ *Idem.*

La anterior regla jurisprudencial ostenta actualmente el estatus de doctrina probable dentro de la JEP, por lo cual no solo es criterio actual de aplicación directa y vinculante por parte de las salas y secciones para casos análogos, sino que además constituye un criterio determinante en el momento de enfrentar las cuestiones relacionadas con la noción de relación directa o indirecta entre hechos y conflicto armado.⁴⁷

Desarrollos complementarios sobre el factor material

Adicional a los anteriores desarrollos, la Sección de Apelación también ha conceptualizado algunos aspectos complementarios que se tornan relevantes en lo que al factor material se refiere. Estas conceptualizaciones han servido para llenar de contenido los primeros avances dogmáticos, así como también para dar alcance a los mismos conforme a los casos en los que se han venido aplicando los análisis y criterios sobre la relación con el conflicto. En efecto, pueden destacarse como exposiciones de soporte sobre el factor material las expresiones siguientes: 1) *ámbito de aplicación material* en el beneficio de la libertad condicionada, 2) *influencia del conflicto* en el perpetrador del hecho conexo con las hostilidades y 3) *análisis escalonado* del factor material.

1. Sobre lo primero, en el Auto 048 de 2018 se dijo que la verificación de la relación con el conflicto debe circunscribirse a cualquiera de las siguientes expresiones guía como formas de su constatación: a) los delitos políticos amniables *de iure* –según la lista de los artículos 15 y 16 de la Ley 1820 de 2016–, b) los que son conexos con los delitos políticos por ministerio de la ley –según los criterios del artículo 23 de dicha ley–, c) aquellos cometidos en el marco de disturbios públicos o del ejercicio de la protesta social conexos con el delito político –como hechos/conductas especiales– o d) los delitos no amniables *de iure* que se traten de delitos graves (tales como 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, entre otros), siempre que el interesado hubiera permanecido privado de la libertad cuando menos cinco años o hubiese surtido el proceso de traslado a las zonas veredales transitorias que prevé el inciso final del artículo 35 de la Ley 1820 de 2016.⁴⁸
2. Sobre la *influencia del conflicto* para el victimario, a la luz de lo previsto en el artículo transitorio 23 constitucional, introducido por el Acto

⁴⁷ Entre otras, la Sección ha retomado la dogmática sobre los *niveles de intensidad* en la valoración del factor material en los autos TP-SA-117, cit., TP-SA-140 de 10 de abril de 2019 y TP-SA-172 de 15 de mayo de 2019, entre otros.

⁴⁸ JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 048 de 17 de octubre de 2018.

Legislativo 01 de 2017, la Sección de Apelación estableció que la verificación del necesario nexo entre los hechos delictivos y el conflicto armado se presenta cuando se demuestra que la existencia de este ha “influido” en el “autor, partícipe o encubridor” de la conducta punible, lo que implica que el sujeto activo del delito hubiere adquirido capacidad, resolución o disposición de ejecución, logrado la disponibilidad de medios que determine la modalidad de comisión de la infracción, así como la posibilidad de selección del objetivo que se proponía alcanzar mediante la realización del delito.⁴⁹

3. Y con respecto al *análisis escalonado* del factor material, la Sección de Apelación ha considerado que este estudio es compuesto, constituido por un elemento subjetivo excluyente, que opera solo cuando se ha concluido que existe un nexo entre hechos/conductas y hostilidades/circunstancias adyacentes. En efecto, desde el Auto 070 se ha establecido que en la aplicación del requisito material en la libertad condicionada, para miembros de las FARC-EP, colaboradores o quienes fueron acusados de serlo, debe distinguirse el análisis de la relación con el conflicto, del ingrediente del beneficio personal, pues para que este tenga el sentido normativo atribuido, la relación con el conflicto debe darse por sentada, de lo contrario el beneficio personal pierde importancia, pues esta conducta fuera del conflicto armado no presenta interés para el SIVJNR.

Posteriormente, en el Auto 089, la Sección de Apelación advirtió que un análisis equivalente aplicaría para los agentes estatales integrantes de la fuerza pública, conforme al cual la competencia de la JEP sobre delitos cometidos por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, aplica siempre y cuando su móvil determinante no haya sido el de obtener enriquecimiento personal ilícito.

Desde esta perspectiva, 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?⁵⁰

Ya se dijo que esta es una jurisprudencia inacabada, sujeta a transformaciones. En ese sentido, pueden suponerse retos concretos en relación con el factor material con delimitaciones o ajustes sobre: i) el alcance de las modalidades y expresiones de este factor en torno a los casos más graves y representativos de los

⁴⁹JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 069 de 21 de noviembre de 2018.

⁵⁰JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 089 de 20 de diciembre de 2018.

máximos responsables, sus interacciones con diversos grupos armados y las dinámicas que permitieron las violaciones investigadas, sobre las cuales cobrarán importancia las nociones y los entendimientos de la relación *directa o indirecta* entre hostilidades y conductas; casos que se encuentran aún en diversas etapas procesales sin culminar. En estos eventos, la complejidad del conflicto armado, sus imbricaciones con diversas esferas más allá de los enfrentamientos bélicos y la forma de subsumir la dogmática decantada por la Sección de Apelación en cada asunto o situación asociada a la labor de la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas (SRVRDH) implicarán los desafíos más grandes con los cuestionamientos y las adecuaciones que les serían naturales a efectos de dar sentido a los desarrollos jurisprudenciales iniciales, de modo que se actualice su sentido y limitaciones conforme a las necesidades y evoluciones del Sistema; ii) en similar sentido, los niveles de intensidad deberán tener un papel imprescindible en la tarea de valoración probatoria en los escenarios definitivos a cargo de la SRVRDH, de las resoluciones finales de la SAI y la SDSJ y las instancias dialógicas y adversariales en las secciones del Tribunal para la Paz,⁵¹ pues se espera que para ese momento los órganos de la JEP se hayan articulado, a efectos de contar con la mayor parte de los elementos probatorios necesarios para adoptar las decisiones más acertadas para el Sistema y de cara a lo que esperan las víctimas.

Régimen de condicionalidad en la JEP

La comparecencia al componente judicial del SIVJRNR, entendida en sí misma como un beneficio, implica una correlativa obligación de contribuir al esclarecimiento de la verdad sobre los hechos lesivos relacionados con el conflicto armado no internacional, la no repetición de estos, la reparación a las víctimas y el recto funcionamiento de la administración de justicia en la JEP. El numeral 13 del punto 5.1.2 del Acuerdo Final de Paz dispuso que un requisito para el acceso al tratamiento judicial especial es la suscripción de un compromiso formal de los comparecientes destinado a rendir aportes en ese sentido. Dicha previsión programática fue materia de desarrollo normativo de rango constitucional plasmado en el inciso octavo del artículo 5 transitorio del Acto Legislativo 01 de 2017, en el que de manera explícita se estableció que el tratamiento especial sería dispensado para quienes suministraran los correspondientes aportes, y retirado cuando los procesados incurrieran en conductas que entorpecieran el logro de las finalidades primordiales del SIVJRNR, entendido esto último como un incumplimiento del régimen de condicionalidades.

⁵¹ Es decir, en la Sección de Reconocimiento de Verdad y de Responsabilidad de los Hechos y Conductas y en la Sección de Ausencia de Reconocimiento de Verdad y de Responsabilidad de los Hechos y Conductas.

La Corte Constitucional, al pronunciarse sobre la exequibilidad de la Ley 1820 de 2016 (Sentencia C-007 de 2018), dispuso que el otorgamiento de cualquiera de los beneficios consagrados en dicha ley estaría sujeto al cumplimiento del régimen de condicionalidades, lo que es una materialización de lo normado por el artículo 1 transitorio del Acto Legislativo 01 de 2017, en cuanto que allí se establece la interconexión entre los diferentes beneficios.

El establecimiento de un régimen de condicionalidades es la materialización del principio de integralidad, que rige el funcionamiento del SIVJRNR, y que consiste en que todos los componentes del Sistema están interconectados y son interdependientes.⁵² Así, al ser admitida la comparecencia de una persona para ser juzgada en la JEP, hay que determinar cuáles son los presupuestos cuyo cumplimiento es necesario para que el sujeto procesal pueda mantener tal beneficio –relacionado con la comparecencia a la JEP–, o cualquiera otro que sea concedido durante el transcurso del procedimiento, bajo el entendido de que los mismos son procedentes solo si la actuación proactiva del beneficiario contribuye a las finalidades esenciales del componente judicial del sistema, lo que constituye, a su vez, una verdadera condición resolutoria para el mantenimiento del tratamiento transicional. La Ley 1820 de 2016 dispone las consecuencias para los comparecientes que no cumplan los compromisos adquiridos en el marco del régimen de condicionalidades:

Art. 14.- Contribución a la satisfacción de los derechos de las víctimas. La concesión de amnistías o indultos o de cualquier tratamiento especial, simétrico, simultáneo, equilibrado y equitativo no exime del deber de contribuir individual o colectivamente al esclarecimiento de la verdad o del cumplimiento de las obligaciones de reparación que sean impuestas por la Jurisdicción Especial para la Paz.

Si durante los cinco años siguientes a la concesión de la amnistía, indulto o de cualquier tratamiento especial, simétrico, simultáneo, equilibrado o equitativo, se rehusaran de manera reiterada e injustificada a cumplir los requerimientos del Tribunal para la Paz de participar en los programas de contribución a la reparación de las víctimas, o acudir ante la Comisión de Esclarecimiento de la Verdad, de la Convivencia y No Repetición, o ante la Unidad de Búsqueda de las Personas dadas por Desaparecidas cuando exista obligación de comparecer ante las anteriores, perderán el derecho a que se les apliquen las sanciones propias de la Jurisdicción Especial para la Paz, o las equivalentes previstas en cualquier tratamiento de los definidos como especial, simultáneo, equilibrado y equitativo, en el evento de que llegaran a ser declarados responsables por algunas de las conductas que se les atribuyan al interior de la misma.

Dichas consecuencias podrán hacerse efectivas previo adelantamiento del correspondiente incidente regulado por la Ley 1922 de 2018, en sus artículos 67 a

⁵² De acuerdo con la parte final del inciso primero del artículo 6 de la Ley 1820 de 2016, “los distintos componentes y medidas del Sistema Integral están interconectados a través de mecanismos, garantías, requisitos para acceder y mantener los tratamientos especiales de justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz”.

69, en los que se dispone que corresponde a las salas y secciones de la JEP establecer el cumplimiento o incumplimiento del régimen de condicionalidad, lo cual debe hacerse “dentro de los parámetros fijados en el Acuerdo Final, con criterios de proporcionalidad para determinar la gravedad del incumplimiento” (art. 67). La no observancia del compromiso de aportes a la verdad, la reparación y la no repetición puede constituir incluso una “causal para que la jurisdicción ordinaria asuma competencia para investigar los hechos” (art. 67), todo lo cual puede dar lugar a “la pérdida de tratamientos especiales, beneficios, renunciaciones, derechos y garantías, según el caso” (art. 68), de acuerdo con los criterios fijados en la Lejep.

La Sección de Apelación se ha pronunciado sobre la instrumentalidad del régimen de condicionalidades para asegurar el cumplimiento de las finalidades del SIVJRNR,⁵³ y ha tomado decisiones en lo tocante a la comparecencia voluntaria al Sistema y las implicaciones de la verificación en el cumplimiento de los aportes. En ese sentido, ha establecido una línea jurisprudencial uniforme con el criterio de que la elaboración de un programa de aportes, aun cuando se trate de comparecientes voluntarios, constituye un presupuesto de ingreso a la jurisdicción especial, y su cumplimiento comporta un requisito para la permanencia dentro de la misma⁵⁴ y la prolongación en el tiempo de los demás beneficios transicionales. En lo relacionado con la verificación del cumplimiento de lo ofrecido, se han dispuesto medidas judiciales destinadas a que las salas competentes hagan las labores de revisión y control.⁵⁵ Además, se ha fijado el régimen de condicionalidades como una característica distintiva de los beneficios otorgados en el marco de los trámites en el componente transicional de justicia, que no son equiparables con otras figuras jurídicas operantes en procesos de desmovilización, tales como la gestoría de paz otorgada por el Gobierno nacional.⁵⁶

En el caso de los terceros y los agentes estatales no integrantes de la fuerza pública en su calidad de comparecientes voluntarios, la Sección de Apelación ha recurrido a la aplicación del artículo 16 transitorio del Acto Legislativo 01 de 2017, que dispone que el ingreso a la JEP está condicionado a que se cumplan las contribuciones a los objetivos del componente judicial del SIVJRNR. Y dicho compromiso, en tanto comporta un requisito de acceso, se adquiere desde el momento mismo de la entrada al Sistema, pues fue ese el entendido bajo el cual la Corte declaró constitucional el sometimiento de ese tipo de comparecientes, según se estableció en la Sentencia C-007 de 2018, al analizar la exequibilidad

⁵³ Uno de los primeros pronunciamientos quedó plasmado en el Auto TP-SA 015 de 2018.

⁵⁴ Al respecto, véase JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, autos TP-SA 019, 020 y 021 de 2018.

⁵⁵ JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, autos TP-SA 120 y 129 de 2019.

⁵⁶ JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 102 de 2019.

de los beneficios plasmados en la Ley 1820 de 2016.⁵⁷ En ese mismo sentido, el régimen de condicionalidades también ha sido caracterizado como “el supremo atributo autorreferencial de la JEP”,⁵⁸ lo que quiere decir que se trata de una de las características que determinan la especialidad del componente judicial del SIVJRNR, diferenciador de lo que ocurre en otras jurisdicciones. En virtud de ese rasgo, ninguna actuación llevada a cabo dentro de la JEP puede desligarse de la condicionalidad, y los resultados de los trámites dependen necesariamente de ella.

En los autos 019, 020 y 021 de 2018, la Sección de Apelación reiteró la regla constitucional de que, aunque se trata de un sometimiento voluntario, la comparecencia de los terceros y de los agentes estatales no integrantes de la fuerza pública implica el nacimiento de un deber a su cargo de contribuir a las condicionalidades del Sistema, lo cual tiene que quedar formalizado en un acta de compromiso que contenga una descripción rigurosa –clara, concreta y programada– de las “aportaciones”. De igual forma, los aludidos pronunciamientos de la instancia de cierre hermenéutico de la JEP han precisado que el sometimiento del aludido tipo de comparecientes debe ser integral, pues sería propiciatorio de impunidad permitirles escoger cuáles de las conductas deben ser juzgadas por la JEP, lo que a su vez podría fragmentar sus compromisos frente al régimen de condicionalidades y, por tanto, truncar el logro de las finalidades del componente judicial el SIVJRNR.

También se ha precisado que en la medida en que el proceso transicional ante la JEP tiene diferentes etapas de definición que varían en función de la participación de las víctimas, el recaudo probatorio y el carácter inquisitivo o dialógico de las instancias procesales, es claro que el nivel de exigibilidad de los compromisos no es el mismo en cada una de las etapas, y tiene un carácter incremental conforme el proceso avanza y la situación jurídica de los comparecientes se va transformando, de un estatus provisional a uno definitivo. En esta última fase se espera que se agoten todas las aristas que tienen que ver con

⁵⁷ Dijo en aquella oportunidad la Corte Constitucional: “554. Segundo, es constitucional la extensión de estas medidas a los agentes del Estado distintos a los miembros de la Fuerza Pública, siempre que acudan voluntariamente, y se sometan a la JEP, lo que incluye el compromiso ineludible con los derechos de las víctimas, en términos que se estudiarán al momento de estudiar el artículo 14 de esta Ley. De igual modo –tercero– resulta válido que los terceros que apoyaron, colaboraron o financiaron a los directos participantes acudan a la JEP, de forma voluntaria, y con el mismo compromiso por los derechos de las víctimas”. Dicha consideración constituye una reiteración de lo que ya había sido consignado en la Sentencia C-674 de 2017, en donde se incluyó la siguiente regla: “5.5.2.11. En cualquier caso, y sin perjuicio de que el acceso de los terceros civiles a la Jurisdicción Especial para la Paz debe ser voluntario, la Corte entiende que estos también se encuentran sometidos al sistema de condicionalidades establecido de manera general en el Acto Legislativo 01 de 2017, y que, por ende, el régimen penal especial al que puedan tener acceso según lo determine el legislador, depende de la oportunidad y la calidad de su aporte de verdad, así como de su contribución a la verdad, a la reparación de las víctimas y a la no repetición”.

⁵⁸ JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 019 de 2018, párrafo 9.5.

el programa de contribuciones, con el establecimiento de una premisa fáctica final sobre los hechos materia de juzgamiento, la fijación de una sanción que incluya medidas tendientes a la reparación de los bienes jurídicos lesionados y la determinación de actividades encaminadas a que hechos similares no tengan nueva ocurrencia en el futuro. Todo ello constituye el corolario y la cosecha de los réditos que, en términos de justicia restaurativa, han podido obtenerse, no solo en virtud del esfuerzo institucional del componente judicial, sino también por los aportes que al mismo hagan los intervinientes. Dentro de estos productos, que miden cualitativamente el nivel de éxito de las actividades del régimen de justicia restaurativa, tienen un papel preponderante los aportes que hayan hecho los comparecientes sujetos al trámite judicial.

Así las cosas, el régimen de condicionalidad, en el entendido de que debe suponer un aporte integral a la verdad y al buen funcionamiento de la justicia transicional, implica además que la comparecencia debe rendir frutos en materia probatoria para la sustanciación de los procesos judiciales que conoce la JEP, incluidos aquellos en los que no es parte el aportante. Para tales efectos, la jurisprudencia transicional, al analizar la comparecencia voluntaria de terceros y de agentes estatales no integrantes de la Fuerza Pública, precisó que el programa de aportes debe cumplir con las características de ser claro, concreto y programado, criterios que en cada sala deben tenerse en cuenta para verificar el cumplimiento del requisito de acceso y permanencia en la JEP.

Igualmente, debe resaltarse que en relación con la activación de la competencia de la JEP para los casos de comparecientes voluntarios, la Sección de Apelación ha establecido que no basta con la simple voluntad de someterse al componente judicial del SIVJRNR sino que es imprescindible que dicha manifestación sea inequívoca y que vaya acompañada del compromiso de colaborar con el logro de los fines del Sistema, lo cual está justificado por el hecho de que, en estos casos, el conocimiento de los asuntos está supeditado a la voluntariedad del potencial sujeto de juzgamiento.

Establecidos de esa forma los rasgos esenciales del régimen de condicionalidad, los pronunciamientos de apelación en la JEP también se han ocupado de determinar cuáles son los instrumentos que se tienen a la mano para garantizar la eficacia de las contribuciones. Dentro de esos mecanismos se prevé el que tiene que ver con la realización de audiencias con participación de las víctimas para la construcción dialógica del programa de aportaciones, trámite para el cual tiene competencia la sala o sección que se encuentre conociendo del caso.

Además, la Sección de Apelación ha precisado que el régimen de condicionalidades hace distinción de los beneficios transicionales que se otorgan dentro del mismo, en comparación con otros beneficios que si bien son concedidos en el marco de procesos de desmovilización, no están enmarcados en la lógica que rige a la JEP. Como ejemplo de ello, en el Auto TP-SA 102 de 2019 se fijaron las

reglas de distinción entre las libertades transicionales y la excarcelación por la designación gubernamental para la gestoría de paz.

También se han fijado reglas jurisprudenciales relacionadas con la suspensión de los procesos que, a pesar de que venían siendo tramitados en la jurisdicción ordinaria, eventualmente pueden ser de conocimiento de la JEP. Para tales efectos se estimó que en el entendido de que el componente judicial del SIVJRNR está encaminado a generar rendimientos en verdad, justicia, reparación y no repetición en el marco del régimen de condicionalidad, entonces se justifica que, bajo ciertas pautas, se detenga el trámite de los casos relacionados directa o indirectamente con el conflicto armado, en especial si los procesados han sido cobijados con el otorgamiento de alguno de los beneficios transicionales.

Finalmente, debe resaltarse que la Sección de Apelación también ha realizado una utilización instrumental del régimen de condicionalidad, no solo con miras a garantizar el logro de los fines esenciales del SIVJRNR, sino también para regular situaciones que suponen tensiones hermenéuticas con otros marcos normativos relevantes para el funcionamiento de la justicia transicional especial. En efecto, en referencia específica a los beneficios de libertad de que pueden gozar los agentes estatales integrantes de la fuerza pública –como son la libertad transitoria condicionada y anticipada y la sustitución de la medida de aseguramiento–, cuando se trata de sujetos que están *sub iudice* sin sentencia condenatoria en firme, se ha advertido una discordancia entre el requisito de privación de la libertad por mínimo cinco años para obtener esos tratamientos especiales, y lo dispuesto en el artículo 307 del Código de Procedimiento Penal, que dispone un tiempo más corto de máxima vigencia de la medida de aseguramiento de detención preventiva.

La Sección de Apelación precisó que, en situaciones de hecho como la anotada, es posible flexibilizar la aplicación del requisito de los cinco años, siempre y cuando ello se haga previo reforzamiento en la aplicación del régimen de condicionalidad por la vía de la exigencia de un compromiso de verdad –*pactum veritatis*– más estricto y comprensivo. A juicio de la Sección de Apelación, dicha vía hermenéutica es permitida por los principios del sistema transicional especial, con la consideración de que la intensificación en la exigencia del programa de aportes del compareciente, para efectos de hacer efectivos los derechos de las víctimas –y demás finalidades constitucionalmente admisibles– resulta una herramienta mucho más eficaz que la opción de mantener privados de su libertad a los procesados por un tiempo mayor al permitido por las normas penales ordinarias.

En el mismo pronunciamiento se reiteró la posibilidad de que se revocara dicho tratamiento especial si llegara a comprobarse el incumplimiento del régimen de condicionalidades, lo que debía hacerse previo adelantamiento de los trámites procesales previstos para tal fin, y con base en información fidedigna

proveniente de las diferentes salas o secciones de la JEP, de la Unidad de Investigación y Acusación (UIA), de los otros comparecientes, del Ministerio Público, de las víctimas o de las organizaciones de la sociedad civil. Dicha precisión constituye, nuevamente, una manifestación de la integralidad del sistema y del carácter intersticial e inmanente del régimen específicamente referido a los aportes que los intervinientes de la jurisdicción especial deben hacer en materia de verdad, justicia, reparación y no repetición.

Son muchos los retos que aún tiene la JEP respecto del régimen de condicionalidad, en especial asegurar su cumplimiento en todos aquellos casos en los que, en el futuro, se requiera la presencia de los comparecientes beneficiados por las medidas del SIVJRNR. Quizá sea el caso integrar una instancia unificada encargada no solo del monitoreo del cumplimiento de las condiciones admitidas, sino de establecer una suerte de política judicial de todo el tema, de modo que en el momento de admitir las medidas o de vigilar su realización, las mismas se hagan en el marco de unas directivas generales establecidas por el organismo encargado para el efecto.

En cualquier caso, el régimen de condicionalidad corresponde con una impronta del componente de justicia del Acuerdo Final de Paz que justifica la apuesta de flexibilidad normativa propia de un escenario de transición. Del cumplimiento de las condiciones a las que se sometan los distintos comparecientes a la JEP dependerá, en buena medida, el éxito de la justicia restaurativa que en esta nueva y transicional institución se imparte.

Participación de víctimas en la JEP

Aunque podría pensarse que no se trata de un desafío propiamente conceptual, es claro que, como lo ha puesto de presente la Corte Constitucional,⁵⁹ la participación de las víctimas en los trámites adelantados ante la JEP plantea retos de la mayor envergadura en tanto exige un esfuerzo constante para que se respete su centralidad, sin que se dé al traste con los objetivos de la jurisdicción que incluyen, por supuesto, la satisfacción de sus propios derechos. La Sección de Apelación ya ha tenido que enfrentarse a este desafío en el estudio de dos situaciones concretas: con ocasión de la Sentencia Interpretativa 01 de 2019 y al referirse a las exigencias a las que debe someterse la concesión de amnistías. Las problemáticas subyacentes a estos asuntos y las soluciones planteadas ilustran i) el panorama actual de la cuestión y ii) permiten hacer un breve diagnóstico de las tareas pendientes.

⁵⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-080 de 2018. Análisis del artículo 14.

Las problemáticas identificadas en torno al tema de la participación de las víctimas en los procedimientos adelantados ante la JEP y las soluciones adelantadas por la Sección de Apelación

Hasta el momento, la Sección de Apelación ha conocido dos situaciones en las que el principio de centralidad de las víctimas ha quedado en entredicho por cuenta de fallas en la puesta en obra de mecanismos tendientes a facilitar su participación. Se trata de las planteadas y resueltas en los autos TP-SA 041 de 3 de octubre de 2018 y TP-SA 131 de 20 de marzo de 2019.

- En el primero de ellos (TP-SA 041), la Sección de Apelación debió resolver la solicitud de nulidad de una resolución de la SDSJ mediante la cual otorgó el beneficio de libertad transitoria condicionada y anticipada (LTCA) a un militar procesado y condenado por delitos relacionados con ejecuciones extrajudiciales de civiles presentados como muertos en combate. La solicitud, hecha por la apoderada de una de las víctimas,⁶⁰ se fundó en la vulneración al debido proceso derivada del hecho de que, pese a haberse otorgado un término de cinco días a la representación de las víctimas para que se manifestara sobre el beneficio provisional pedido por el interesado, la decisión de concederlo fue proferida antes del vencimiento de ese plazo, sin esperar a tener en cuenta los argumentos que dicha representación podía –como en efecto lo hizo– presentar a la Sala en cualquier momento dentro del término otorgado. Al resolver la solicitud, la SDSJ admitió la existencia de la irregularidad señalada; sin embargo, concluyó que no constituía una vulneración al debido proceso por cuanto, en realidad, dichos argumentos sí habían sido considerados, dado que ya habían sido formulados de manera similar ante la jurisdicción ordinaria y la resolución cuestionada los retomó y respondió expresamente. En este auto, más allá de la constatación de la evidente irregularidad en la que incurrió la SDSJ y de que, sin lugar a dudas, esta se tradujo en una vulneración del principio de centralidad de las víctimas, la Sección de Apelación se encontraba en la obligación de determinar el alcance de este último por la vía de la definición de las consecuencias jurídicas de su vulneración. En efecto, al tener que decidir sobre si la irregularidad referida tenía o no la entidad suficiente para viciar el trámite, en particular, la concesión de un beneficio que implicaba que el militar interesado ingresara formalmente al SIVJRNR y quedara sujeto al régimen de condicionalidad, la Sección de Apelación debía determinar, en últimas, qué tan grave era dicha irregularidad de cara al principio vulnerado y a las circunstancias del caso y cuál era el mejor remedio para corregir el yerro.

⁶⁰ La madre de uno de los jóvenes por cuya desaparición y muerte fue condenado en primera instancia el militar interesado en el beneficio.

- En relación con la primera pregunta, la Sección de Apelación puso de manifiesto en varios apartes que se trataba de una actuación inexplicable que, por poner en tela de juicio el principio de centralidad de las víctimas, resultaba ajena a la lógica y filosofía de la JEP y que, en esa medida, había lugar a ordenar a la Sala que se abstuviera “de incurrir en una práctica de pretermisión de términos, de manera fundamental cuando ellos se hayan concedido a las víctimas o sus representantes judiciales”. No obstante, dichas consideraciones no se acompañan completamente con aquellas por las cuales se descartó la configuración de una nulidad procesal, razones fundadas en la falta de cumplimiento del principio de acreditación que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia-Sala Penal, orienta la aplicación de esta institución procesal y que exige que el yerro evidenciado tenga vocación para cambiar el sentido de la decisión.

En efecto, según la posición mayoritaria de la Sección de Apelación, el hecho de que la apoderada de la víctima hubiera mantenido una misma línea argumentativa ante la jurisdicción ordinaria y la SDSJ y de que, en la resolución cuestionada, esta Sala haya abordado expresamente los argumentos expuestos por aquella en el trámite del proceso ordinario, hacía posible sostener que “el sentido de la providencia adoptada por la Sala no habría variado”, circunstancia que, a luz del mencionado principio de acreditación, descartaba la nulidad solicitada. Sin embargo, como se puso de manifiesto en la aclaración de voto formulada frente a dicha providencia, dichas consideraciones desconocen

... los presupuestos y principios propios que deben orientar a la justicia transicional, extensamente descritos en la misma ponencia aprobada, de acuerdo con los cuales es necesario otorgar una posición central y preponderante a las víctimas que se ve garantizada, no sólo con que tengan la posibilidad de participar dentro del trámite judicial –cosa que no se garantizó en el *sub lite*–, sino también con que se les brinde un empoderamiento material y simbólico que les permita participar dialógicamente en la construcción de todas las premisas que conducirán a la adopción de las decisiones judiciales correspondientes.

Este empoderamiento, en el caso concreto, no se otorgó –más bien, todo lo contrario–, pues, pese a los llamados de atención formulados, la mayoría de la Sección de Apelación concluyó que en la medida en que la voz acallada no iba a aportar ningún elemento nuevo, dicho silenciamiento no era tan grave, al punto que no llevaba a la invalidación de la actuación. Presentado así, este razonamiento no le da fuerza al principio de centralidad de las víctimas. Al contrario, le quita prevalencia y relevancia. Al margen de que se admita que la irregularidad anotada no necesariamente daba lugar al decreto de una nulidad, lo cierto es que dicha conclusión

no podía fundarse en una razón que, de facto, le resta el valor práctico y simbólico a una posibilidad de intervención que fue ofrecida, justamente, con el ánimo de garantizar a las víctimas su derecho a participar en los trámites adelantados ante la JEP como una manera de concretar su centralidad en el seno de esta jurisdicción.

En un escenario como el planteado, el reto de la Sección de Apelación consistía en concentrarse en definir el mejor remedio para subsanar la irregularidad constatada, sin menguar, en modo alguno, la gravedad de esta última. Dejando de lado las desafortunadas consideraciones sobre el hecho de que la participación de las víctimas no habría cambiado el sentido de la decisión cuya nulidad se pretendía, la Sección de Apelación respondió a dicho reto. En efecto, al señalar que, en el caso concreto, el decreto de la nulidad solicitada habría tenido más consecuencias negativas que positivas en relación con las dimensiones individual y colectiva del derecho a la verdad de las mismas víctimas, la Sección de Apelación realizó un juicio de ponderación distinto –y más acorde con los principios del sistema de justicia transicional– a aquel al que conduce la aplicación pura y simple de los principios de las nulidades desarrollados por la Corte Suprema de Justicia (CSJ).

Adicionalmente, al ordenar a la SDSJ “que, de manera previa a continuar con el avance del proceso de condicionalidad y documentación de la desaparición forzada, reali[zara] una audiencia judicial dialógica y participativa, con presencia del compareciente y su apoderada, las víctimas y sus representantes judiciales, y de los demás intervinientes”, audiencia que estaría dirigida a “escuchar los argumentos de la apoderada [de la víctima peticionaria de la nulidad] y [que] tendr[ía] como objetivo que qued[aran] absolutamente claras sus tesis”, la Sección de Apelación generó un espacio apropiado y propicio para devolverles la voz a quienes habían sido privadas de ella, sin necesidad de decretar la nulidad solicitada.

Apropiado porque, pese a que surge con posterioridad al otorgamiento de un beneficio provisional del sistema cuando las víctimas del caso se oponían a su ingreso a la JEP, tiene en cuenta que el estudio de la competencia de esta jurisdicción es un asunto que se plantea a lo largo de todo el trámite, sin que pueda entenderse que la decisión que se haya proferido sobre el particular en un momento inicial determine la que se adopte sobre el mismo punto en etapas posteriores, pues, con base en nuevos elementos de juicio –los cuales pueden ser aportados por las mismas víctimas–, puede llegar a ser distinta. Propicio porque, además de potenciar el mecanismo de participación, procurando que el mismo ya no sea escrito sino verbal, garantiza la escucha por parte no solo de las autoridades judiciales llamadas a adoptar decisiones sobre el caso en el

futuro –se recuerda que, en los términos de la orden proferida por la Sección de Apelación, la SDSJ debía invitar a la audiencia a la SRVR–, sino también del mismo compareciente que, en cumplimiento del régimen de condicionalidad al que está sujeto, no podría excusarse de su deber de concurrir a la diligencia; escucha esta que, sin lugar a dudas, constituye por sí misma una forma de restauración no solo respecto a la indiscutible irregularidad constatada en el procedimiento, sino del hecho victimizante original.⁶¹

- El otro auto en el que la Sección de Apelación abordó irregularidades relacionadas con el principio de centralidad de las víctimas fue el TP-SA 131 de 2019. En esta providencia, la Sección de Apelación estudió las solicitudes de aplicación de una excepción de inconstitucionalidad y de una nulidad hechas por varios representantes de víctimas en el trámite del sometimiento a la JEP de un oficial retirado del Ejército Nacional de alto rango, vinculado a procesos penales también referidos a la ejecución extrajudicial de civiles presentados como muertos en combate. Dichas solicitudes pusieron de manifiesto la gran inconformidad generada por el fundamento jurídico de la convocatoria a la audiencia en la que el exmilitar suscribiría el acta de sometimiento –respecto del cual se solicitaba la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad–, las irregularidades que se habrían presentado en la notificación de la iniciación del trámite a las víctimas determinadas de las investigaciones penales adelantadas en contra del oficial, las implicaciones que dichas irregularidades habrían tenido en materia de su participación en la citada audiencia, la manera como se condujo esta última y, finalmente, el reconocimiento tardío de la calidad de víctimas a algunas de ellas, tardanza que también habría tenido incidencia en la posibilidad de oponerse a la aceptación del sometimiento.

A pesar de que al menos las tres últimas cuestiones tenían que ver directamente con la participación o centralidad de las víctimas y, en ese sentido, habrían ameritado un pronunciamiento a partir de esa perspectiva, lo cierto es que, planteadas en el marco de las solicitudes de nulidad procesal por la indebida notificación de algunas víctimas y el reconocimiento tardío de otras, la Sección de Apelación se limitó a analizar estos

⁶¹ Así lo demostró el desarrollo de la audiencia ordenada, llevada a cabo el 5 de marzo de 2019, en donde, después de solicitarle expresamente al compareciente su contribución a la verdad de los hechos y de expresar votos por que la situación vivida por su hijo no vuelva a repetirse, la víctima, cuya apoderada solicitó la nulidad sobre la cual decidió la Sección de Apelación, manifestó: “De verdad les agradezco, de verdad les agradezco algo, en los 10 años que estuvimos de audiencia, nunca tuvimos la oportunidad de hablar, no teníamos derechos y aquí sí nos están dando el derecho para poder hablar, para poder expresar todo lo que tenemos, así que muchas gracias”. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=yoKhg7c3YGQ>, 1:13:57.

cargos desde la lógica tradicional de este instituto procesal propio de la justicia ordinaria; no obstante, tomó atenta nota de las irregularidades constatadas con miras a plantear soluciones en otra decisión que, para ese entonces, ya se preparaba.

- En efecto, aunque es cierto que los apoderados de las víctimas recurrentes ante la Sección de Apelación insistieron fuertemente en las irregularidades en las que se habría incurrido en la convocatoria y conducción de la audiencia de sometimiento del exmilitar, también lo es que, al circunscribir su petición a que se revocara la decisión del *a quo* consistente en no aplicar la excepción de inconstitucionalidad planteada, algunos de ellos aceptaron tácitamente la decisión de primera instancia consistente en negar la solicitud de nulidad, decisión fundada, entre otras, en el hecho de que no se satisfacían los principios que rigen este instituto procesal, dado que las víctimas a las cuales representaban conocieron oportunamente del trámite de sometimiento del oficial, al punto que solicitaron ser acreditadas dentro del mismo, como en efecto lo fueron, y que, en esas condiciones, tuvieron la posibilidad de asistir a la audiencia controvertida. Así pues, la Sección de Apelación se limitó a constatar que no había una solicitud de revocatoria de dicha decisión; sin embargo, insistió en que, en todo caso, los apoderados recurrentes carecían de legitimidad para solicitar la nulidad de actos procesales supuestamente lesivos a los intereses de personas que no representaban.

En un sentido similar, en relación con el recurso formulado por otro apoderado de víctimas, sustentado en el reconocimiento tardío a algunas de sus representadas, la Sección de Apelación concluyó que si bien hubo demoras en dicho trámite –las cuales se encontraban justificadas por la complejidad del asunto y el elevado número de personas interesadas en ser reconocidas dentro del mismo–, ellas no afectaron sus derechos ni daban lugar a la declaratoria de nulidad por cuanto i) la acreditación previa no era requisito indispensable para que intervinieran en estados iniciales del procedimiento como los que tienen que ver con el sometimiento a la JEP; ii) finalmente, sí se produjo la acreditación; iii) el reconocimiento tardío no cercenó la posibilidad de controvertir la competencia de la JEP, dado que dicha discusión puede ser planteada en estadios ulteriores en donde las víctimas tendrán la posibilidad de hacer valer sus argumentos; y iv) ello tampoco incidió en la posibilidad de controvertir dicha competencia desde el primer momento, pues, pese a haber estado al corriente del contenido del auto mediante el cual se avocó el conocimiento del sometimiento del oficial, no fue discutido en las salidas procesales subsiguientes, con lo que se produjo una convalidación de la actuación.

- Así pues, aunque en la lógica de las nulidades procesales la Sección de Apelación respondió lo que le correspondía, lo cierto es que, desde el punto de vista de la concreción del principio de centralidad de las víctimas, su decisión dejó abiertas muchas preguntas en relación con i) la manera de garantizar su participación efectiva en los diferentes trámites ante la JEP, concretamente, las formas de notificarles las decisiones adoptadas en el seno de la jurisdicción y el alcance de su participación en cada estadio procesal; ii) la forma de conducir las audiencias a las que asisten víctimas; y iii) la representación de las que aún no han podido ser notificadas o que, habiéndolo sido, no han concurrido al trámite directamente o a través de un apoderado de confianza, o de un apoderado designado por una organización de víctimas, entre otras cuestiones. Estas preguntas y, en general, el malestar suscitado por el trámite de sometimiento que dio lugar a las solicitudes de nulidad resueltas en el Auto TP-SA 131 de 2019, ambientaron el estudio y fueron determinantes en el abordaje que la Sección de Apelación les daría a las preguntas 3 y 6 de la solicitud de sentencia interpretativa elevada por la SDSJ, la cual culminó con la Sentencia TP-SA-Senit 1 de 2019, aprobada el 3 de abril.

Esta sentencia interpretativa es la tercera decisión en la que la Sección de Apelación, dentro de sus competencias ordinarias, se ha pronunciado sobre el principio de centralidad de las víctimas. Las preguntas formuladas por la SDSJ en torno a este punto tenían que ver con la definición del trámite para la concesión de beneficios provisionales ante dicha Sala y la participación de las víctimas en la misma, así como sobre la posibilidad de que, en dicho estadio, las víctimas localizables pudieran ser representadas por el Ministerio Público, el **Sistema Autónomo de Asesoría y Defensa** o la Defensoría del Pueblo. No obstante, con miras a responderlas, la Sección de Apelación asumió una mirada panorámica sobre el tema y, en ese sentido, explicó detalladamente los objetivos de la participación de las víctimas en todos los trámites de la JEP, en particular los de concesión de beneficios provisionales, la necesidad de que dicha participación se traduzca en una acción restaurativa sin daño y los alcances que la misma debe tener para efectos de garantizar la eficiencia en la administración de justicia, en tanto que “su actuación masiva y desordenada representaría un riesgo para el desenvolvimiento oportuno de la jurisdicción”.

En esta línea panorámica, la Sección de Apelación consideró necesario que la JEP en su conjunto trabajara en la construcción de un manual de buenas prácticas en materia de participación de víctimas,⁶² con el fin de

⁶² Manual que especificaría, entre otras, las prácticas de acreditación de víctimas, de representación individual y colectiva, de confianza y oficiosa, la forma en que se llevaría a cabo la

que, en todo tipo de trámite, se garantice la debida atención a sus intereses y se les conceda un trato digno. En ese sentido, exhortó a los presidentes de cada sala y sección, así como al Secretario General de la JEP, a que presentaran insumos de trabajo a la Comisión de Participación, que sería la encargada de confeccionar el manual y de asegurar su publicación, así como de velar por su renovación periódica para recoger las mejores prácticas que se vayan aquilatando en la Jurisdicción; todo ello sin perjuicio de que, cada vez que lo considere oportuno, dicha comisión abra un espacio de diálogo con la sociedad civil que permita perfilar nuevas y mejores recomendaciones.

También en la línea de abordar de manera amplia la problemática planteada por la concreción de la participación de las víctimas, aunque limitándose al marco fijado por los términos del artículo 48 de la Ley 1922 de 2018, referido al procedimiento común ante la SDSJ –norma respecto de la cual se formularon las preguntas–, la Sección de Apelación se ocupó de precisar el trámite de notificación a las víctimas determinadas y localizadas, determinadas pero no localizadas y las indeterminadas pero determinables y localizables; las modalidades de notificación y su ajuste en función de los objetivos de la justicia transicional; el momento a partir del cual debe adelantarse; y las consecuencias que, desde el punto de vista de la continuación del trámite, conlleva la falta de notificación de todas las víctimas concernidas.

La Sección de Apelación también desarrolló consideraciones generales sobre la representación de las víctimas y se concentró en la necesidad de promover, ante todas las instancias de la JEP, la representación colectiva, la cual fue establecida como la regla general. En ese sentido, estableció reglas para definir los casos en los que esta última no se aplicaría y las razones que justificarían esas excepciones. Asimismo, analizó la posibilidad de su representación oficiosa por parte de organismos públicos y organizaciones de la sociedad civil, optando porque se prefiera la de los primeros y solo de manera excepcional la de los segundos. En este punto y, de nuevo, buscando respuestas integrales, la Sección de Apelación exhortó a la Secretaría Ejecutiva a diseñar, ejecutar y operar un sistema de coordinación para facilitar la intervención de las víctimas en todas las actuaciones que se surtan en la jurisdicción, por la vía de un plan de asociación que les permita agruparse en el transcurso de un plazo razonable para poder participar de manera coordinada, colectiva y organizada.

En torno al trámite de acreditación de las víctimas, la Sección de Apelación, en el marco de lo dispuesto en el mencionado artículo 48 de la Ley

1922, pero sin limitarse al procedimiento allí dispuesto, precisó que este no era indispensable para intervenir en los estadios iniciales, pero sí en los que tenían que ver con el otorgamiento de beneficios definitivos. Asimismo, en la línea de procurar la agilidad y homogeneización del trámite, así como de aprovecharlo para efectos de obtener insumos útiles para el trabajo de diferentes órganos de la JEP, la Sección de Apelación propugnó la realización del mismo a partir de un instrumento de captura de información, el cual debería ser diseñado por el Grupo de Análisis de Información y aprobado por el Órgano de Gobierno. Este instrumento tendría por objeto, además, facilitar un diálogo inicial y personal con las víctimas, el cual podría verse difuminado posteriormente por cuenta de los mecanismos de participación colectiva, de modo que, al menos con esa ocasión, se garantice un espacio de escucha de su caso individual. De acuerdo con la Sentencia Interpretativa 1, el formulario

... debería poder ser diligenciado con el acompañamiento psicosocial y jurídico requerido por las víctimas, y adecuarse a su diversidad, integrando enfoques de género, etario y étnico. Teniendo en cuenta esto último, la acreditación podría adelantarse por medio de los enlaces territoriales de la JEP, o en misiones de trabajo en campo adelantadas por cualquiera de los órganos de la Jurisdicción en las zonas donde residen las víctimas. También podrían suscribirse convenios con las personerías municipales y las organizaciones de víctimas o de defensa de derechos humanos, con miras a fijar puntos de recaudo de los mencionados formatos. Tratándose de pueblos indígenas, raizales o afrodescendientes, sería importante procurar por que la cooperación se trabe con sus respectivos cabildos o consejos comunitarios.

Finalmente, vale la pena señalar que dicha sentencia desarrolló de manera enfática lo que fue apenas enunciado en el Auto TP-SA 131, a saber: que la participación de las víctimas “debe ser proporcional en intensidad y extensión conforme a las características del ejercicio jurisdiccional que demanda de la JEP las discusiones y asuntos que se debaten en cada momento procesal”.

- La última decisión en la que la Sección de Apelación ha hecho referencia a la participación de las víctimas en los trámites ante la JEP es justamente una referida a la concesión de una amnistía.⁶³ Aunque en ese caso no se presentaban víctimas,⁶⁴ lo resuelto por la Sección de Apelación se traduce indudablemente en la habilitación de un espacio concreto y eficaz para escuchar su voz en ese estadio definitivo y en relación con un asunto que, además de concernirlas directamente, constituye uno de los objetivos centrales de la jurisdicción: el esclarecimiento de la verdad.

⁶³ Se trata de la Sentencia TP-SA-AM 81 de 2019.

⁶⁴ La amnistía versó sobre el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

En efecto, precisada a determinar si la concesión de una amnistía debía estar sujeta o no a la constatación de un aporte pleno a la verdad por parte del compareciente, la Sección de Apelación determinó que aunque era un deber de la SAI exigir dicho aporte, ese deber no podía traducirse en una “obligación desmedida de efectuar un ejercicio exhaustivo y profundo de investigación, como el que se demandaría en otros espacios de la JEP”, pero sí en la de respetar unos “mínimos de diligencia” que implican, en primer lugar, el recaudo del relato del compareciente en torno a los hechos y a su participación en el conflicto y, en segundo lugar, el sometimiento de dicho relato a un procedimiento restaurativo y dialógico que permita a las víctimas o, en su defecto, al Ministerio Público, manifestar si lo admiten o no como verdad plena y, de ser el caso, solicitar precisiones o adiciones a las cuales debe darse la oportunidad de responder al compareciente.

En tanto que, como lo precisó la Sección, dicho espacio de participación e interacción no puede entenderse suplido con el traslado previsto por el artículo 46 de la Ley 1922 de 2018 “una vez cerrado el trámite de amnistía”, sino que debe garantizarse en un momento anterior, la solución jurisprudencial implementada avanza en la concreción del principio de centralidad de las víctimas en los trámites adelantados ante la JEP, a través de la precisión de procedimientos que, en su concepción original, resultan insuficientes para materializarlo.

No obstante todos estos esfuerzos por aportar respuestas globales en torno a la problemática relacionada con la participación de las víctimas en los trámites adelantados ante la JEP, múltiples son las tareas que quedan pendientes.

Breve diagnóstico de las tareas pendientes en materia de participación de víctimas

Lo decidido en los autos TP-SA 041 de 2018 y 131 de 2019 pone en evidencia la necesidad de ahondar sobre el recurso a las nulidades procesales como forma de garantizar las posibles vulneraciones al derecho a la participación de las víctimas y, con él, a su centralidad como principio eje de la jurisdicción. En efecto, aunque sea por la vía de solicitudes de este tipo que las víctimas manifiestan sus inconformidades frente al tratamiento dado por los diversos órganos de la JEP, el análisis de estas últimas no puede llevarse a cabo en el estricto marco de los principios que rigen dicho instituto procesal en la jurisdicción ordinaria, pues, aunque estos permiten la consecución de objetivos que también son valiosos en la justicia transicional,⁶⁵ dejan de lado un aspecto central de la misma,

⁶⁵ Como, por ejemplo, la garantía de la eficacia de los actos procesales que propende a impedir su invalidación por motivos intrascendentes o convalidados por las mismas partes inicialmente

a saber: el hecho de que esta se constituye, por sí misma, en un espacio privilegiado de restauración en el que las afrentas procesales se amplifican y donde el factor simbólico juega un papel determinante tanto en la revictimización como en la reparación.

En ese sentido, no solo las mismas víctimas y, en particular, sus apoderados, sino la jurisdicción, como garante del principio de su centralidad, deben sugerir, plantear y formular alternativas que permitan darle plena eficacia tanto desde lo material como desde lo simbólico, sin desconocer los objetivos legítimos que buscan los principios que la jurisdicción ordinaria ha ido decantando en el análisis y decreto de nulidades procesales. Una solución como la planteada en el Auto TP-SA 041 de 2018 iría en esa lógica y, en todo caso, tendría que ser tomada como referente en el análisis de este tipo de casos, pues permite sensibilizar la actividad judicial respecto de irregularidades que, aunque no pasan el filtro ortodoxo de los criterios para decretar nulidades procesales, sí deben ser objeto de revisión, corrección y saneamiento con miras a trabajar en la consecución de los objetivos atribuidos a la JEP.

Estas decisiones también ponen en evidencia la necesidad de profundizar en la explicación de las razones por las cuales, pese a que víctimas concretas se opongan a que esta jurisdicción asuma competencia respecto a casos específicos, tal decisión puede ser de su interés –especialmente desde las dimensiones individual y colectiva de su derecho a la verdad–, máxime cuando la misma es provisional y, a la postre, en las decisiones sobre beneficios definitivos bien podría llegar a concluirse que, agotado el estudio del caso a la luz de todos los elementos aportados sobre el particular, el asunto concreto no tuvo que ver directa o indirectamente con el conflicto armado y, en consecuencia, no releva del marco competencial de la JEP. En ese sentido, es tarea de la jurisdicción aclarar que, pese a que la Sentencia Interpretativa 1 señaló que la participación de las víctimas “debe” ser proporcional en intensidad y extensión a las etapas en las que se encuentre el trámite, ese deber se refiere a la exigibilidad de los espacios de intervención, pero de ninguna manera las coarta para que, si lo desean, señalen desde el comienzo y a través del canal establecido para eso en el momento procesal en el que se encuentren, todos los elementos de juicio en los que sustentan su posición.

Por su parte, la Sentencia Interpretativa 1 deja tareas explícitas e implícitas que requerirán grandes esfuerzos de toda la JEP. En efecto, para que se cumpla con los objetivos de, entre otros, facilitación y homogeneización de los mecanismos de participación de víctimas en el seno de la jurisdicción, el acatamiento de las órdenes y exhortos contenidos en la parte resolutoria de la sentencia exigirá un

afectadas o, incluso, la economía procesal que propugna la no repetición de actuaciones, salvo que sea estrictamente necesario.

gran compromiso por parte de todos los órganos concernidos, de modo que aquellos sean vistos como lo que son, es decir, oportunidades valiosas para i) reflexionar sobre la propia práctica y experiencia que se ha ido acumulando con miras a organizarla, sistematizarla, mejorarla y, en la medida de lo posible, estandarizarla como forma de concretar el derecho a la igualdad; ii) diseñar mecanismos que faciliten la agrupación con miras a la participación colectiva en los trámites; y iii) idear instrumentos de captura de información que, sin perder de vista la importancia del contacto humano en el trato con víctimas, permita identificarlas, reconocerlas y, a la postre, acreditarlas en los trámites judiciales, a la vez que se recogen insumos valiosos para la jurisdicción en su conjunto.

Pero, además de esas tareas explícitas, subsisten otras implícitas que, sin duda, deberán ser objeto de tratamiento judicial más adelante. Así, por ejemplo, la normativa que regula los procedimientos ante las diferentes salas deja abierta la posibilidad de que, como en efecto está ocurriendo, se presenten diferencias de tratamiento en torno a los espacios de participación de las víctimas en cada una de ellas,⁶⁶ las que, por provenir de entendimientos normativos no unificados, difícilmente podrán ser zanjadas y homogeneizadas por la vía de la construcción del manual de buenas prácticas en materia de participación de víctimas. En ese sentido, queda trabajo para evitar que, como se consideró en la Sentencia Interpretativa 1, “los derechos de las víctimas se ejerciten bajo formas injustificadamente distintas, dependiendo del órgano interno de esta jurisdicción que finalmente resulte concernido con un trámite o procedimiento en los que se deba asegurar su intervención”.

Finalmente, el análisis efectuado en la Sentencia TP-SA-AM 81 de 2019 refleja que, al margen de que el principio de centralidad de las víctimas constituya o no el corazón de la discusión planteada, todos los órganos de la jurisdicción deben velar por su materialización efectiva, lo cual supone un esfuerzo constante por precisar y desarrollar los procedimientos en procura de dicha materialización. En un momento en el que buena parte de los procedimientos contemplados hasta ahora está empezando a ser aplicada, la vigilancia sobre su capacidad para materializar y optimizar el principio de centralidad de las víctimas debe ser una tarea prioritaria en toda la jurisdicción.

Conclusiones

- La claridad conceptual es una condición *sine qua non* en la construcción de cualquier aproximación teórica. Si, adicionalmente, ella tiene como objeto la toma de decisiones en un escenario judicial, tal claridad es una exigencia superlativa que todo juez debería cumplir. Consciente de ese

⁶⁶ En ese sentido, basta con comparar lo dispuesto en los artículos 46 y 48 de la Ley 1922 de 2018, referidos a los trámites ante la SAI y ante la SDSJ, respectivamente.

deber, en este primer año de funcionamiento, la Sección de Apelación de la JEP ha intentado avanzar, dando luces acerca del entendimiento correcto de una normativa compleja y novedosa.

- En ese esfuerzo, la jurisprudencia de la Sección de Apelación de la JEP ha tratado de integrar lo que en otro lugar se llamó el *corpus iuris* de derechos humanos y derecho internacional humanitario, pues, de un lado, incorpora lo dicho en la normatividad y jurisprudencia interna –Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia– y, de otro, hace lo propio respecto de la normativa y jurisprudencia internacional, con un resultado, a veces integrador y a veces renovador, de propuestas dogmáticas existentes, en función de las particularidades del sistema de justicia creado para la transición en Colombia.
- La muestra jurisprudencial escogida da cuenta del celo que ha tenido la Sección de Apelación para asegurar la consistencia de sus pronunciamientos, sin perjuicio de hacer notar la pertinencia de realizar ajustes y precisiones a sus primeras decisiones.

Bibliografía

- ALCHOURRÓN, Carlos y Eugenio BULYGIN, “Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico”, en *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica* (trads. Manuel Atienza e Isabel Espejo), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- ATIENZA, Manuel y Juan Ruiz MANERO, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1997.
- BOROWSKY, Martín, *Estructura de los derechos fundamentales* (trad. Carlos Bernal), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- CICR, *Cinco conflictos armados en Colombia ¿qué está pasando?*, 6 de diciembre de 2018.
- COMISIÓN HISTÓRICA DEL CONFLICTO Y SUS VÍCTIMAS, *Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia*, 2015. Disponible en: http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/mesadeconversaciones/PDF/Informe%20Comisi_n%20Hist_rica%20del%20Conflicto%20y%20sus%20V_ctimas.%20La%20Habana%2C%20Febrero%20de%202015.pdf
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, 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, 25 de julio de 2005.

Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0975_2005.html

_____, 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, 30 de diciembre de 2016. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1820_2016.html

_____, Acto Legislativo 1 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, 4 de abril de 2017. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/acto_legislativo_01_2017.html

_____, 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, 18 de julio de 2018. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1922_2018.html

_____, Ley 1957 de 2019. Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz, *Diario Oficial* 50.976, 6 de junio de 2019. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1957_2019.html

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-781 de 10 de octubre de 2012.

_____, Sentencia C-674 de 14 de noviembre de 2017.

_____, Sentencia C-007 de 1 de marzo de 2018.

_____, Sentencia C-080 de 15 de agosto de 2018.

JAMES, William, *El significado de la verdad. Una secuela de pragmatismo* (trad. Ramon Vilà), Barcelona, Marbot Ediciones, 2011.

JEP, Audiencia, 5 de marzo de 2019. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=yoKhg7c3YGQ>

JEP - SALAS DE JUSTICIA, Sala de Amnistía o Indulto, Resolución SAI-LC-ASM-049 de 8 de noviembre de 2018.

_____, Resolución SAI-LC-XBM-031 de 7 de diciembre de 2018.

_____, Resolución SAI-LC-JCP-0341 de 13 de diciembre de 2018.

JEP - TRIBUNAL PARA LA PAZ, Sección de Apelación, Auto TP-SA 013 de 13 de julio de 2018.

_____, Auto TP-SA 016 de 30 de julio de 2018.

_____, Auto TP-SA 015 de 8 de agosto de 2018.

_____, Auto TP-SA 019 de 21 de agosto de 2018.

_____, Auto TP-SA 020 de 21 de agosto de 2018.

____, Auto TP-SA 024 de 3 de septiembre de 2018.
____, Auto TP-SA 048 de 17 de octubre de 2018.
____, Auto TP-SA 056 de 31 de octubre de 2018.
____, Auto TP-SA 063 de 13 de noviembre de 2018.
____, Auto TP-SA 069 de 21 de noviembre de 2018.
____, Auto TP-SA 071 de 21 de noviembre de 2018.
____, Auto TP-SA 070 de 27 de noviembre de 2018.
____, Auto TP-SA 081 de 4 de diciembre de 2018.
____, Auto TP-SA 079 de 13 de diciembre de 2018.
____, Auto TP-SA 084 de 13 de diciembre de 2018.
____, Auto TP-SA 089 de 13 de diciembre de 2018.
____, Auto TP-SA 093 de 20 de diciembre de 2018.
____, Auto TP-SA 102 de 17 de enero de 2019.
____, Auto TP-SA 103 de 17 de enero de 2019.
____, Auto TP-SA 105 de 23 de enero de 2019.
____, Auto TP-SA 108 de 6 de febrero de 2019.
____, Auto TP-SA 095 de 13 de febrero de 2019.
____, Auto TP-SA 115 de 13 de febrero de 2019.
____, Auto TP-SA 117 de 13 de febrero de 2019.
____, Auto TP-SA 120 de 27 de febrero de 2019.
____, Auto TP-SA 121 de 27 de febrero de 2019.
____, Auto TP-SA 123 de 6 de marzo de 2019.
____, Auto TP-SA 127 de 13 de marzo de 2019.
____, Auto TP-SA 126 de 20 de marzo de 2019.
____, Auto TP-SA 133 de 27 de marzo de 2019.
____, Auto TP-SA 134 de 27 de marzo de 2019.
____, Auto TP-SA 141 de 3 de abril de 2019.
____, Auto TP-SA 137 de 10 de abril de 2019.
____, Auto TP-SA 140 de 10 de abril de 2019.
____, Auto TP-SA 144 de 10 de abril de 2019.
____, Auto TP-SA 146 de 11 de abril de 2019.
____, Auto TP-SA 147 de 11 de abril de 2019.
____, Auto TP-SA 171 de 8 de mayo de 2019.
____, Auto TP-SA 172 de 15 de mayo de 2019.
____, Auto TP-SA 185 de 28 de mayo de 2019.
____, Auto TP-SA 198 de 11 de junio de 2019.

- _____, Auto TP-SA 199 de 11 de junio de 2019.
- _____, Auto TP-SA 201 de 11 de junio de 2019.
- _____, Auto TP-SA 124 de 19 de junio de 2019.
- _____, Sentencia TP-SA-AM 81 de 17 de julio de 2019.

Reflexiones sobre el régimen de condicionalidad en el marco del Acuerdo de Paz

«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: En este artículo se reflexiona sobre la relación entre el régimen de condicionalidad que vigila la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), en el marco del cumplimiento integral del Acuerdo de Paz, y los compromisos de los comparecientes ante el sistema en favor de las víctimas. Asimismo, se reflexiona sobre la importancia de aplicar gradualmente y en contexto las condiciones del régimen de sanciones cuando se verifica el incumplimiento de los compromisos, el cual debe ser estimado integralmente; para ello, se comparan con el régimen de exclusión del proceso de justicia y paz de la Ley 975 de 2005 y el grado de cumplimiento del Gobierno en la implementación de dicho acuerdo.

Palabras clave: Acuerdo de Paz, régimen de condicionalidad, Ley de Justicia y Paz.

Abstract: This article reflects on the relationship between the conditionality regime overseen by the Special Jurisdiction for Peace (JEP), in the framework of the comprehensive compliance with the Peace Agreement and the commitments of the parties appearing in the system in favor of the victims. It also reflects on the importance of applying the conditions of the sanctions regime, gradually and in context, when a breach of the commitments has been verified, which should be considered in a comprehensive manner. For this purpose, they are compared with the regime governing exclusion from the Justice and Peace process of Law 975 of 2005 and the degree of the Government's compliance with the implementation of that agreement.

Key words: Peace agreement, conditionality regime, Justice and Peace Law.

Introducción

El Acuerdo de Paz es un conjunto de aspectos que se pactaron entre el Gobierno nacional y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (FARC-EP), en pro de la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera, a partir de la satisfacción de los derechos de las víctimas y la reincorporación de los alzados en armas a la sociedad. Para evaluar su cumplimiento se previó un régimen de condicionalidad que recoge las obligaciones de las partes, la forma de honrarlas y las consecuencias de la defraudación de las expectativas consignadas en el Acuerdo.

En la primera parte del artículo se realiza una aproximación al régimen de condicionalidad, esto es, su naturaleza y alcance, así como a aspectos relacionados con la verificación de su cumplimiento por las partes, y el contenido de las obligaciones contraídas; en un segundo apartado se hace un acercamiento a una figura que se puede relacionar con el mencionado régimen, como es la exclusión, en el contexto del proceso de Justicia y Paz y sus posibles implicaciones para alcanzar los objetivos propuestos; finalmente se pone en contexto el nivel de cumplimiento del Gobierno frente a los compromisos en la implementación del Acuerdo de Paz, a fin de ponderar la aplicación de las sanciones que resultan del incidente de verificación del incumplimiento de los compromisos adquiridos ante el sistema, especialmente por los insurgentes que suscribieron el Acuerdo de Paz.

Naturaleza y alcance del régimen de condicionalidad

Dentro de los tópicos materia del Acuerdo se pactó, en el punto 5, un componente de justicia para la consolidación de la paz, como garantía del núcleo básico de los derechos de las víctimas y la seguridad jurídica de quienes participaran en calidad de comparecientes, y se previó un tratamiento especial que flexibiliza la función sancionadora del Estado, con diversos niveles de selección y priorización para el ejercicio de la acción penal, así como un régimen propio de condicionalidad que define al sistema de justicia para la paz y su carácter restaurativo en el marco de la justicia transicional, que llamó Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR), dentro del cual se concibió a la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) como uno de sus elementos fundamentales.

La JEP es considerada un modelo integral, completo y prevalente para conocer de forma sistemática los crímenes relacionados con el conflicto armado frente a la justicia ordinaria, en tanto contiene los elementos y las figuras jurídicas diferenciadas y simétricas desarrolladas a través de los mecanismos de justicia transicional constitucionalizados de manera progresiva y articulados sistemáticamente.¹

¹ Klaus Marxen *et al.*, "Formas de intervención delictiva en el derecho penal internacional. A manera de estudio preliminar", en Yesid Reyes Alvarado (ed.), *Autores, partícipes y superiores en*

En ese horizonte, los actores pactaron que desde que entrara en vigor el Acuerdo se aplicaría un tratamiento especial de justicia, comprensivo de un régimen de condicionalidad, un sistema estructural con diversos desarrollos jurídicos para su implementación, dirigido a la satisfacción de los derechos de las víctimas, la justiciabilidad y la implementación por parte del Estado de las medidas de política de transición necesarias para lograr los objetivos que se insertan en los seis puntos que contiene el Acuerdo de Paz, considerados como un todo indisoluble e interdependiente. La aplicación del Acuerdo se previó de forma transversal y equilibrada, con enfoque de derechos, género, diferencial, étnico y territorial, para alcanzar la reconciliación y construir la paz de manera estable y duradera.

Los componentes del SIVJRNR son: la JEP, la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición (CEVCNR o Comisión de la Verdad); la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto (UBPD) y medidas de reparación integral para la construcción de la paz. Estos componentes deberán trabajar de manera coordinada y articulada para brindar garantías de no repetición.

Como quiera que el Acuerdo fijó compromisos y obligaciones para cada uno de sus suscriptores, resultaba imprescindible un desarrollo articulado y un proceso evaluativo conjunto sobre los niveles de cumplimiento de cada uno de ellos, a fin de permitir un análisis comparativo de los avances, que posibilitara formular recomendaciones para la materialización óptima de lo pactado en cada uno de los puntos, para lo cual se concibió el régimen de condicionalidad.

Verificación del cumplimiento del régimen de condicionalidad

El tratamiento especial de justicia que caracteriza a la JEP comprende un conjunto diferenciado de privilegios que benefician a los comparecientes del sistema, quienes a cambio han aceptado unos compromisos que deben cumplir para acceder y permanecer en este, así como mantener los beneficios que se les otorgan y aplican de manera simétrica, simultánea, integral e inescindible a todos quienes participaron directa o indirectamente en el conflicto armado.²

Así pues, el régimen de condicionalidad es un eje nuclear del modelo de justicia, constituido como un sistema integral de justicia de paz, omnicomprensivo de los elementos y factores necesarios para dar respuesta integral a las demandas sobre verdad y responsabilidad por los crímenes del conflicto, razón de ser de la JEP, en el marco del SIVJRNR y de la noción abierta y en construcción de la justicia transicional con su visión omnicomprensiva.³

la justicia transicional, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones en Derecho y Filosofía, 2018, p. 13.

² Acuerdo de Paz, numeral 11, p. 145.

³ Camila de Gamboa Tapias, "La transición democrática y la responsabilidad de la comunidad con su pasado", en Camila de Gamboa Tapias *et al.*, *Justicia transicional: teoría y praxis*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2006, p. 154.

El desarrollo del régimen de condicionalidad en la dimensión que proyectó la visión integral del Acuerdo es una de las preocupaciones más sensibles a propósito de su evolución, los posteriores desarrollos y las discusiones que sobre su sentido y alcance se han configurado legal y judicialmente, y por la forma como se han ampliado y endurecido los efectos del incumplimiento frente a los compromisos de los comparecientes con el sistema.

Sin embargo, llama la atención que el régimen de condicionalidad solo se reafirme en relación con el incumplimiento de lo pactado sobre justicia. La evaluación de la proporcionalidad que debe existir en la implementación de todos los aspectos del Acuerdo se extraña frente al cumplimiento de compromisos adquiridos por el Estado para que el mismo, en su perspectiva integral, se materialice y así garantice el logro de sus cometidos.

Pero, además, resulta conveniente evaluar el impacto del incumplimiento de los compromisos del Estado en la vocación de respeto de lo convenido por los excombatientes, miembros del grupo insurgente que también suscribieron el Acuerdo. Esto por cuanto los elementos de política que afectan el nivel de implementación de los compromisos que el Estado adquirió para garantizar los derechos de las víctimas, la seguridad jurídica y la confianza de los comparecientes en torno al conjunto de políticas con carácter integral, dirigidas a garantizar los citados derechos y la reincorporación social de los comparecientes, impacta en el cumplimiento de los compromisos que estos adquieren, así como en las decisiones de las salas y secciones de la JEP cuando los sancionan por ello.⁴

En este trabajo se resalta la importancia del régimen de condicionalidad como eje estructural del modelo de justicia de paz y, en general, del Acuerdo, y, por ende, antes de realizar un análisis evaluativo aproximado del cumplimiento de los compromisos, se describe de manera amplia dicho instituto, a fin de comprender su importancia y, en consecuencia, el cuidado que se debe tener al valorar la gravedad de la verificación sobre el cumplimiento exhaustivo de los compromisos de los comparecientes en el incidente de verificación. Al estimar su gravedad se debe considerar la exclusión del sistema como *ultima ratio*, la que se debe evitar al resolver los conflictos propios de un régimen de preferencia dialógico, construido con el horizonte de desestructurar las causas que originan los conflictos armados y garantizar la no repetición de las violencias, ubicando en el centro de la discusión y la solución a las víctimas, con la pretensión de lograr el fortalecimiento del Estado de derecho pero, sobre todo, la reconciliación.⁵

⁴ Kai Ambos, “La ley de amnistía (Ley 1820 de 2016) y el marco jurídico internacional”, en Kai Ambos, Francisco Cortés Rodas y John Zuluaga (coords.), *Justicia transicional y derecho penal internacional*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2018, p. 133.

⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-080 de 19 de diciembre de 2018. Esta sentencia considera la noción de justicia transicional “como estrategia para superar el conflicto armado, garantizar los

Obligaciones que asume quien se beneficia de la justicia transicional

Verdad y satisfacción de las víctimas

El compromiso que los comparecientes adquieren con la construcción de la verdad completa y exhaustiva es fundamental para permanecer y conservar los beneficios que el sistema les otorga a quienes suscribieron el Acuerdo de Paz, frente al ámbito de aplicación que corresponde a los instrumentos jurídicos expedidos con posterioridad para materializar los objetivos propuestos, con el ánimo de contar la verdad de lo ocurrido, rendir cuentas, satisfacer los derechos de las víctimas, y promover la reconciliación y la construcción de la paz, en el entendido de que se respetarían por cada una de las partes los términos de lo pactado.⁶

Beneficios jurídicos que se reciben a cambio

El Acto Legislativo 01 de 2017 –y la Sentencia C-674 de 2017 que revisó su constitucionalidad– desarrollan las reglas fundamentales del régimen de condicionalidad, destacando la gradualidad y proporcionalidad que lo caracterizan; se advierte que estos beneficios encuentran su justificación en un contexto transicional, que de contera introduce la flexibilización del deber de investigar, juzgar y sancionar a los máximos responsables a cambio de alcanzar la paz. Asimismo, se especifican las estrategias para blindar y proteger a los comparecientes a través de un sistema de condicionalidades que los supedita a la obligación de realizar aportes efectivos, y a los demás componentes del sistema proporcionales verdad, reparación y no repetición, consecución y difusión de la verdad, reparación y diseño e implementación de garantías de no repetición.

Además, el Acto Legislativo 01 de 2017 estableció que cada uno de los tratamientos especiales, beneficios, derechos, renunciaciones y garantías previstas quedará sujeto a la verificación por parte de la JEP de las obligaciones derivadas del sistema transicional y la consiguiente apertura de incidentes de verificación del cumplimiento de las condiciones otorgadas y aceptadas por los comparecientes de manera personal, con las implicaciones originadas en el incumplimiento. En ese mismo sentido, el artículo 67 de la Ley 1922 de 2018 asignó a las salas y secciones la función de seguimiento, la apertura del incidente de incumplimiento del régimen de condicionalidad y la forma de graduar las consecuencias que estos acarrearán conforme a los criterios establecidos en el artículo 66 de la citada ley, que se relacionan con la pérdida de tratamientos especiales, beneficios, renunciaciones, derechos y garantías.

derechos de las víctimas y fortalecer el Estado de derecho”, párrs. 188 y ss.

⁶ La Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-630 de 2017, ratificó que el Acuerdo de Paz fue suscrito en perspectiva de política de Estado, de tal forma que en los siguientes tres gobiernos no se podrían modificar sus alcances.

En esa misma línea, la Sentencia C-080 de 2018⁷ de la Corte Constitucional, al referirse al régimen de condicionalidad, precisó que los comparecientes ante la JEP tienen el deber de cumplir “i) una condición esencial de acceso, consistente en la finalización de su participación en el conflicto armado; y ii) las condiciones de acceso y permanencia de no reincidencia, el reconocimiento de responsabilidad, la contribución al esclarecimiento de la verdad y la reparación de las víctimas”, es decir, un modelo no impuesto, pero que consulte o armonice la teleología de las penas que aplica el sistema ordinario⁸ con la de la transición que se pretende instrumentalizar con el andamiaje previsto en el punto 5 del Acuerdo de Paz, lo cual sugirió los tratamientos especiales.

En ese contexto jurídico, la aplicación de la justicia restaurativa contiene los beneficios que estructuran el sistema de justicia y, como parte del régimen de condicionalidad, se introdujeron filtros de ingreso al sistema en calidad de comparecientes a partir de unos criterios de selectividad que delimitan el marco y alcance de las actuaciones jurisdiccionales frente a los compromisos de los llamados a responder judicialmente ante la JEP, desde los siguientes supuestos:

1. Ingreso personal al sistema: a) los combatientes que están obligados a comparecer: los integrantes de las FARC-EP y de las fuerzas armadas, y b) por voluntad propia, los agentes del Estado no pertenecientes a la fuerza pública y los terceros que soliciten el ingreso a la JEP.
2. Derecho a los beneficios de aplicación de las amnistías y los indultos para los integrantes de las FARC-EP, con tres grandes ámbitos de aplicación: a) la amnistía *de iure*, lo más amplia posible, para quienes hayan cometido delitos políticos y conexos; b) la precisión de los delitos que no pueden ser amnistiables, ni indultables, vale decir, los crímenes internacionales, de lesa humanidad y de guerra, y el genocidio; c) la aplicación de la amnistía a las situaciones en que estas solo se pueden otorgar caso a caso, según las particularidades de los delitos, conforme a las reglas del derecho internacional humanitario (DIH) y en el contexto de las acciones bélicas.
3. Gravedad de los delitos: el componente de justicia se concentrará en la investigación, el juzgamiento y la sanción de las conductas más graves y representativas, la priorización de los máximos responsables y las medidas alternativas para los demás delitos que no quedan cobijados en las categorías clasificadas.
4. Frente a las sanciones que introduce el sistema se prevé la aplicación de tres tipos de sanciones conforme al momento de la aceptación de responsabilidad: a) sanciones propias, de 5 a 8 años de restricción efectiva de la

⁷ Como se señaló, el Proyecto de Ley Estatutaria objeto de control fue expedido mediante el Procedimiento Legislativo Especial para la Paz previsto en el Acto Legislativo 01 de 2016, y tiene por objeto regular la organización y el funcionamiento de la JEP.

⁸ Según las disposiciones de los artículos 3 y 4 del Código Penal.

libertad en establecimientos no carcelarios, para quienes decidan aceptar tempranamente su responsabilidad en el marco del procedimiento dialógico de reconocimiento de verdad y responsabilidad; b) sanciones alternativas, de 5 a 8 años de prisión, a quienes acepten tardíamente la responsabilidad en los crímenes investigados, antes de iniciar el procedimiento de juzgamiento adversarial; c) sanciones ordinarias, de 15 a 20 años de prisión, por no haber reconocido responsabilidad, comprobarse su participación determinante y ser declarados responsables en el marco del procedimiento adversarial.

5. Con relación a los agentes del Estado: se establece un tratamiento especial, simultáneo, equilibrado y equitativo basado en el derecho internacional humanitario (DIH) y su valoración frente a las reglas operacionales de la fuerza pública. En cuanto a la responsabilidad del mando, “no podrá fundarse exclusivamente en el rango, la jerarquía o el ámbito de jurisdicción; frente a los actos de sus subordinados, el control efectivo de la respectiva conducta, del conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante y después de la realización de la respectiva conducta, y los medios a su alcance para prevenir, y, de haber ocurrido, promover las investigaciones procedentes”. Sin embargo, esta norma fue depurada en la Sentencia C-080 de 2018, que introdujo los estándares del derecho internacional consuetudinario; el artículo 28 del estatuto de Roma, y las recomendaciones de la fiscal de la Corte Penal Internacional, “que solamente exige que el jefe ejerza su mando o control efectivo sobre sus subordinados que cometen los crímenes”.⁹

La condicionalidad

En el artículo transitorio 5 del Acto Legislativo 01 de 2017 se dispuso que para obtener los beneficios se debe aportar verdad, justicia y no repetición,¹⁰ norma frente a la cual la Corte Constitucional¹¹ advirtió que era de carácter integral, pues vincula todos los componentes del sistema y se relaciona tanto con la inclusión como con la permanencia, así como la proporcionalidad y gradualidad de sus formas para la valoración del cumplimiento u omisión al permitir delimitar el nivel de contribución a la verdad, la reparación y la no repetición.

⁹ Escrito de *amicus curiae* de la fiscal de la Corte Penal Internacional sobre la JEP, *Ante la Corte Constitucional de la República de Colombia*, 18 de octubre de 2017. Referencia RPZ-0000001 y RPZ-003, p. 6. Disponible en: <http://cr00.epimg.net/descargables/2017/10/21/17135b6061c7a5066ea-86fe7e37ce26a.pdf?int=masinfo>

¹⁰ “Para acceder al tratamiento especial previsto en el componente de Justicia del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR) es necesario aportar verdad plena, reparar a las víctimas y garantizar la no repetición”.

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia C-674 de 4 de noviembre de 2017.

Las condicionalidades son medidas para el mantenimiento y la permanencia de los comparecientes en el sistema de justicia, de manera que dan lugar a su evaluación, a la graduación del cumplimiento y a la apertura de la discusión sobre el tipo de sanciones en caso de que se verifique el incumplimiento de los compromisos estipulados y adquiridos por quien goza de los beneficios, con relación al componente de justicia y sus deberes.

Lo anterior implica preguntas sobre el tipo de restricción de beneficios, su pérdida o incluso la expulsión del modelo de justicia de paz como uno de los componentes del SIVJRNR, en el marco de la integralidad que caracteriza el Acuerdo de Paz. Preguntas que nos ayudan a abordar la discusión más que a tomar una posición respecto a la necesidad de evaluar las sanciones por aplicar según la gravedad del incumplimiento de los compromisos adquiridos por los comparecientes conforme al régimen de condicionalidad exigido por la JEP y con relación a la evaluación del impacto que en estos puede tener el grado de cumplimiento integral de los acuerdos, como ya se dejó planteado.

A propósito del régimen de condicionalidad y su aplicabilidad, la Sección de Apelación del Tribunal para la Paz de la JEP, en la sentencia interpretativa, resalta su importancia en términos de aplicación de los mecanismos no sancionatorios que implican a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas al señalar “los objetivos sustanciales de construir confianza para consolidar la paz y de suministrar incentivos para obtener aportes a la justicia transicional”.¹²

Comparación de la exclusión dentro del SIVJRNR con el modelo de la Ley de Justicia y Paz

Para efectos de evaluar las consecuencias del incumplimiento del régimen de condicionalidad por parte del compareciente vale la pena recordar y revisar la figura de la exclusión en comparación con el proceso de Justicia y Paz, definido por la Ley 975 de 2005, con los procesos propios del Acuerdo de Paz (2016).

Del proceso de Justicia y Paz que regula la Ley 975 de 2005 como un componente de justicia especial de la justicia ordinaria, para juzgar a quienes se desmovilizaron y se sometieron en calidad de autodefensas o paramilitares, e incluso de subversivos, la Sala Penal de la Corte, en su oportunidad, dejó claro que ese fue un proceso de sometimiento a la justicia ordinaria con unos rasgos especiales, al concluir: “No es posible asimilar el concierto para delinquir en la modalidad de promover grupos paramilitares, con un delito político”; de esta manera, desconoció la norma jurídica que pretendió introducir beneficios de

¹² JEP - Sección de Apelación, Sentencia interpretativa TP-SA-SENIT 1 de 2019, sobre beneficios provisionales, régimen de condicionalidad y participación de víctimas, Bogotá, 3 de abril de 2019, p. 9 (# 15).

connotación política con carácter de delito de sedición al concierto para delinquir, dada su naturaleza de crimen común.¹³

Para identificar la proximidad de las dos figuras conviene poner en perspectiva las pretensiones, formas, concepciones políticas y jurídicas y los alcances de cada una; sus aspectos normativo y argumentativo, y la comparación correspondiente de esta figura en el modelo de la JEP, incluso para matizarla o flexibilizarla, dada la naturaleza política del Acuerdo suscrito entre el Gobierno y las FARC-EP.

En Colombia, el proceso de negociación entre el Gobierno y las FARC-EP desarrolló un modelo de construcción de paz con visión integral, que ofrece múltiples ventajas, por ser una transacción entre las partes en conflicto orientada a reconocer y superar las causas de la confrontación, que incluye aspectos vinculados con la participación política diversa y con una apertura democrática, unidos a aspectos de justicia social y desarrollo económico.

La comprensión de la dinámica de las negociaciones de paz con las FARC-EP implicó: 1) la legitimidad del régimen político vigente con los ajustes necesarios para la apertura democrática y participativa; 2) el reconocimiento de los sujetos políticos que confrontan al Estado; 3) la vinculación a la solución del conflicto armado de quienes se vieron involucrados en su desarrollo: las víctimas, los actores armados, los llamados terceros y la sociedad en general; y, 4) la reincorporación de los rebeldes a la vida ciudadana y la implementación de las medidas de carácter integral contenidas en los puntos del Acuerdo de Paz.

Además, como parte del proceso de negociación entre el Gobierno nacional y las FARC-EP, se introdujeron unos supuestos básicos implícitos a los diálogos que condujeron al Acuerdo de Paz, a saber: 1) legitimidad política entre los actores: el Gobierno nacional y el grupo insurgente levantado en armas; 2) compromiso de los actores del conflicto con la superación de las causas estructurales y con los fines y objetivos propuestos; 3) un pacto entre actores: en la lógica de la reincorporación o el regreso a la sociedad, que implica ser juzgados a través de mecanismos propios de la justicia transicional y con enfoque restaurativo, con la centralidad de las víctimas y la seguridad jurídica de los participantes del conflicto, y un régimen de condicionalidad anclado en beneficios recíprocos, simétricos y equitativos para los infractores, con un tratamiento en condiciones especiales conforme al diseño del punto 5 del Acuerdo de Paz, el cual implica que:

- los jueces que evaluaran los hechos de la guerra no fueran los de la justicia ordinaria, sino unos de naturaleza independiente y autónoma de la administración de justicia general, cuya selección no dependiera directamente de ninguna de las partes en la negociación, sino que fueran elegi-

¹³ Corte Suprema de Justicia, SJ AP de 11 de julio de 2007. Radicado 26945.

dos por una comisión independiente, esa sí, conformada por delegados de instituciones internacionales y nacionales que ofrecieran confianza a las dos partes;

- las reglas de procedimiento para investigar, juzgar y sancionar no fueran impuestas a dichos jueces por ninguna de las dos partes, sino que el diseño y la elaboración correspondieran al desarrollo del Acuerdo de forma propia e independiente, del mismo modo que el reglamento de su gestión;
- a los jueces de esta jurisdicción se les entregara de manera prevalente, excluyente y definitiva la valoración y definición de los hechos realizados con ocasión, por causa o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, con consecuencias penales, disciplinarias o administrativas hasta el 1 de diciembre de 2016, así como aquellos estrechamente derivados del proceso de dejación de armas.

Por otra parte, el Acto Legislativo 01 de 2017, en el artículo transitorio 5º, inciso tercero, estableció diversos tipos de sanciones, según las situaciones, por ejemplo, en caso de que el compareciente cometa un nuevo delito, este será de competencia de la justicia ordinaria y, a su vez, dicha conducta implica un incumplimiento de las condiciones del sistema, en cuyo caso se discute si esto implica aplicarle las sanciones ordinarias y no las propias o alternativas.

El modelo de Justicia y Paz

Las dudas sobre la legitimidad de un posible acuerdo con las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) intentaron ser disipadas por la vía de la inclusión de una pregunta en el referendo que se preparaba para el año 2003, según la cual se le consultaría al Constituyente Primario la autorización para conceder curules a los miembros de dicho grupo que se desmovilizaran.¹⁴ En esta dinámica se presentó el Proyecto de Ley Estatutaria 85 de 2003, “Por la cual se dictan disposiciones en procura de la reincorporación de miembros de grupos armados que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional”, que garantizaba libertad inmediata y elegibilidad política a los desmovilizados de los grupos paramilitares, que fue posteriormente retirado del trámite legislativo, para dejar a consideración el proyecto que se convertiría en la Ley 975 de 2005, creadora de lo que se conoce como el modelo de Justicia y Paz, que responde a los siguientes supuestos: 1) la desmovilización colectiva de los miembros de los grupos de autodefensas o la individual de otros grupos armados al margen de la ley; 2) en contraprestación al sometimiento voluntario se les impondría una pena alternativa que oscilaría entre 5 y 8 años de prisión,

¹⁴ La Ley 796 de 2003, que convocó a referendo, incluyó la pregunta sobre adjudicación de curules para grupos armados, la cual fue retirada por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-551 de 2003.

determinada por jueces pertenecientes a la justicia ordinaria; 3) el régimen de beneficios se aplicaría como consecuencia de que rindieran verdad plena de todos los hechos delictivos que cometieron; 4) los postulados de justicia y paz repararían a sus víctimas.

A medida que el proceso fue tomando forma se empezaron a presentar situaciones de desmovilizados que no contaban la verdad, o no lo hacían de manera completa, o seguían delinquiendo, sin que hubiese un mecanismo que permitiera a la Fiscalía reaccionar ante ese tipo de estratagemas, hasta que surgió la tesis según la cual el incumplimiento de los requisitos de elegibilidad para tener derecho a la pena alternativa implicaría la posibilidad de excluir de Justicia y Paz al justiciable inmerso en esa situación. El precedente judicial en dicha materia fue tomando cuerpo, para luego crearse por medio de la Ley 1592 de 2012, en cuyo artículo 5 se adicionó el 11 A de la Ley 975 de 2005, reglamentado luego por el artículo 35 del Decreto 3011 de 2013.

Varias han sido las causas de exclusión según los precedentes de la Corte Suprema de Justicia: por no asistir a las citaciones judiciales;¹⁵ por no relatar la verdad en la versión libre a la que acudió;¹⁶ por no cumplir con el régimen de elegibilidad previsto para la desmovilización¹⁷ individual y colectiva;¹⁸ por cometer delitos con posterioridad a la dejación de las armas, previa ejecutoria de la sentencia condenatoria correspondiente;¹⁹ y, por último, se expulsa al desmovilizado como consecuencia de su extradición.²⁰

En términos generales, se puede afirmar que la figura jurídica de la exclusión fue prevista como una sanción al incumplimiento de los requisitos de elegibilidad,²¹ ya que otros factores, como el desistimiento de acogerse al sistema, o la falta de interés de comparecer a las diligencias, exhibidos antes de la formulación de la imputación, fueron resueltos como simple pérdida de interés. Dado su carácter sancionatorio, solo podría ser considerada la exclusión de quien ya habría ingresado al esquema judicial –mediante formulación de imputación– por parte del magistrado de Justicia y Paz, previa petición fundamentada de la Fiscalía correspondiente, esto es, no podría realizarse oficiosamente por la judicatura.

¹⁵ Autos: 27 de agosto de 2012, Radicado 39664; 5 de junio de 2013, Radicado 41262 (en el que se discute si dicha inasistencia corresponde a un desistimiento tácito de someterse al proceso de Justicia y Paz); reiterado en Auto de 5 de marzo de 2014, Radicado 43110.

¹⁶ Auto de 23 de agosto de 2011, Radicado 34423.

¹⁷ Autos de 26 de octubre de 2007, Radicado 39162; 12 de febrero de 2009, Radicado 30998; 12 de diciembre de 2014, Radicado 42686, entre otros.

¹⁸ Previsto en los artículos 10 y 11 de la Ley 975 de 2005.

¹⁹ Autos de 23 de agosto de 2011, Radicado 34423; 5 de marzo de 2011, Radicados 43024; 20 de noviembre de 2011, Radicado y 43212.

²⁰ Autos de 22 de marzo y 10 de abril de 2008, radicados 29559 y 29472, respectivamente.

²¹ Los artículos 5 y 6 de la Ley 1592 de 2012 crean la exclusión de postulados, al adicionar la Ley 975 de 2005 con los nuevos artículos 11A y 11B.

Paralelo entre la Ley 975 de 2005 y el SIVJRNR

De acuerdo con la aproximación a la justicia transicional realizada, el modelo de Justicia y Paz no se corresponde plenamente, pues: 1) no fue un acuerdo entre los paramilitares y el Estado para terminar un enfrentamiento que existiera entre ellos; 2) no fue producto de un pacto de identificación y solución de las causas que motivaron la decisión de los insurgentes de acudir a las armas; 3) no fue producto de un Acuerdo de Paz que pretendiera superar la exclusión social y abrir la democracia; 4) la aplicación de la Ley de Justicia y Paz no respondió a un proceso de negociación, sino a un ejercicio de sometimiento de quienes, al desmovilizarse, acogieran la bondad punitiva que se ofrecía por la desmovilización; 5) como consecuencia de lo anterior, no involucró compromisos del Estado orientados a generar política pública alguna, distinta de aquella referida a la asistencia a la dejación de armas y reincorporación de los exintegrantes –inicialmente de las AUC– que colectivamente dejaran las armas y, luego, la de todos los grupos armados al margen de la ley que lo hicieran individualmente dentro de los plazos fijados por el legislador para el efecto.

En ese orden, si bien se puede identificar un elemento próximo entre la Ley 975 de 2005 y el componente de justicia del SIVJRNR, en tanto escucha a exactores armados y les impone una pena, dada la naturaleza de las dos negociaciones su diferencia específica es más que evidente, y, por tanto, resulta inapropiado aplicar la lógica de la exclusión del modelo de Justicia y Paz al contexto de la evaluación del eventual incumplimiento del régimen de condicionalidad en la JEP, pues implica resquebrajar la razón de ser del Acuerdo de Paz como un todo, indivisible e interdependiente.

Consideraciones sobre la evaluación de las razones del incumplimiento del régimen de condicionalidad

La evaluación del cumplimiento de los compromisos de los comparecientes exmiembros del movimiento guerrillero en proceso de incorporación a la vida social y política, en función de las víctimas y la construcción de la paz, debe considerarse en el contexto de las relaciones entre el SIVJRNR, la agenda del Gobierno nacional, del Congreso de la República, de los gremios vinculados con la producción, de las élites políticas y económicas, frente al cumplimiento del Acuerdo en materia del modelo de desarrollo rural, de facilitar la participación política de las víctimas y demás sectores excluidos de los escenarios de decisión política y económica del país, así como del tratamiento del problema de las drogas ilícitas en los términos que se pactó.

Lo anterior, considerando que el Gobierno que se instaló el 7 de agosto de 2018 presenta una agenda y un Plan Nacional de Desarrollo (Ley 1955 de 2019) cuya prioridad es realizar ajustes y modificaciones al Acuerdo de Paz, e incluso suprimir algunos puntos que considera inconvenientes políticamente, lo cual

ha ocasionado profundos traumatismos en la implementación plena de los objetivos acordados en el Acuerdo Final.

En relación con los recursos destinados a su implementación, se queda corto en aspectos centrales, como las condiciones de garantías y seguridad para los partidos y movimientos políticos, las curules de víctimas, el desmonte del paramilitarismo, el Programa Integral de Seguridad y Protección para las Comunidades y Organizaciones en los Territorios, el Programa Nacional Integral de Sustitución de Cultivos de Uso Ilícito (PNIS) y los planes integrales comunitarios y municipales de sustitución y desarrollo alternativo (Pisda).

En ese contexto es relevante, para efectos de ponderar la graduación de los niveles de cumplimiento individual frente a lo colectivo, estimular los avances, de forma tal que se motive al grueso de los comparecientes a continuar profundizando su reincorporación a la vida civil, política y social del país.

El SIVJNR es solo un componente de un conjunto de medidas que conforman el Acuerdo en su integralidad, que implica obligaciones y consecuencias en el incumplimiento de los compromisos, razón por la cual a la JEP le corresponde siempre aplicar la integralidad, gradualidad y proporcionalidad a los comparecientes que acordaron un sistema de justicia al que se someterían, previa decisión de condicionalidades entre las partes, pues el Acuerdo de Paz involucra un camino integral y sistémico hacia la reconciliación.

A manera de conclusión:

el grado de cumplimiento del Gobierno nacional

Frente a la evaluación del grado de cumplimiento de los compromisos adquiridos por el Estado y plasmados en el Acuerdo de Paz, en relación con el punto 1, se tiene que organizaciones como el Instituto Kroc reportan bastante por hacer, señalando que el 3 % de los compromisos han sido completamente satisfechos, un 8 % con un nivel intermedio, y un alarmante 51 % en un nivel mínimo, entendido este último como “compromisos que han iniciado su implementación pero por su cronograma previsto o por el nivel de avance que tienen a la fecha no es posible saber si se podrán implementar completamente”. Lo anterior evidencia serios rezagos en lo que atañe al Sistema Catastral Integral y Multipropósito, las zonas de reserva campesina, el fondo de tierras, la seguridad alimentaria, las infraestructuras energética, de riego y de conectividad, los planes de desarrollo con enfoque territorial (PEDT), para solo mencionar algunos tópicos que son el centro de la reivindicación campesina y cuya inejecución daría al traste con una de las principales garantías de no repetición, porque no se interviene, como se pactó, nada menos que en el primero de los puntos del Acuerdo, por ser una de las más definitivas causas que propiciaron la guerra.²²

²² Kroc Institute for International Peace Studies, *Estado efectivo de la implementación del acuerdo de*

Con relación al cumplimiento del punto 2 (participación política), según las cifras del Instituto Kroc, se evidencia un 35 % de avances mínimos, seguido de un 13 % de compromisos cumplidos y un 7 % con un grado de implementación intermedia, quedando un 45 % de aquellos sin haber comenzado a concretarse. La polarización política del país, sumada a la falta de garantías para la participación ciudadana y la adopción de medidas para el acceso al sistema político en condiciones de igualdad, se erigen como algunos de los principales retos para el cumplimiento de lo pactado. Los objetivos eran facilitar el surgimiento de nuevos movimientos políticos y garantizar seguridad a los integrantes de partidos y movimientos de oposición, así como la movilización y la protesta pacífica, sumados a la representación en el Congreso de las FARC-EP y la promoción de la representación política de las poblaciones y zonas más afectadas por el conflicto (Zomac).

A la fecha,²³ y según diferentes medios de comunicación, el partido Fuerza Alternativa Revolucionaria del Común (FARC) afirma que han sido asesinados más de 185 de sus excombatientes, y 785 líderes sociales han sido asesinados desde la firma del Acuerdo de Paz,²⁴ sin que tampoco se hayan logrado las curules para las víctimas en el Congreso, y las manifestaciones de protesta que se han presentado han sido gravemente contenidas con represión.

En relación con el punto 3 del Acuerdo de Paz se han visibilizado dificultades frente a garantías de seguridad (un número significativo de excombatientes han sido asesinados, a la par que han aumentado las amenazas a líderes sociales). La Defensoría del Pueblo, a 26 de marzo de 2019, había emitido 13 alertas tempranas en las que advertía acerca de los riesgos para las personas y las comunidades en 8 departamentos y 23 municipios. Además, en el Plan de Desarrollo no se incluyó presupuesto para la reincorporación social y económica de excombatientes, pese al llamado de atención que al respecto hiciera la Organización de las Naciones Unidas (ONU): “Esperamos que en el Plan Nacional de Desarrollo que se está discutiendo en el Congreso se prevean claramente recursos adicionales, que serán fundamentales para implementar el programa de reincorporación”. Sumado a ello, dicho organismo alertó sobre la importancia de la definición de la situación de los espacios territoriales de capacitación y reincorporación (ETCR), cuya conservación llegaría, en principio, solo hasta el 15 de agosto de 2019.

Frente al punto 4 del Acuerdo de Paz se tiene aún bastante camino por recorrer: según cifras del Instituto Kroc, se ha implementado completamente un 2 % de los compromisos pactados, hay un 18 % con un grado de cumplimiento intermedio, y un 50 % de ellos se encuentra en niveles mínimos, de lo que se

Paz de Colombia 2 años de implementación. Informe 3: diciembre 2016-diciembre 2018, Bogotá, Kroc Institute, 2019.

²³ 29 de enero de 2020.

²⁴ <http://www.indepaz.org.co/paz-al-liderazgo-social/>

colige que en un 30 % no se han adelantado mayores gestiones. Como dificultades se ponen de presente las relacionadas con la prevención del consumo, así como la sustitución de cultivos, máxime cuando se ha planteado la posibilidad de utilizar aspersiones con glifosato, sumado a que aún no se cuenta con una respuesta gubernamental respecto de 30.000 personas que desean acceder al Programa Nacional Integral de Sustitución de Cultivos de Uso Ilícito, según manifiesta la ONU.

Si bien el anterior Gobierno, así como el Congreso que terminó su legislatura el 20 de junio de 2018, dejó ampliamente desarrolladas las instituciones creadas con el punto 5 del Acuerdo de Paz, con posterioridad se han evidenciado dificultades y presiones de tipo político, como las objeciones al proyecto de ley estatutaria de la JEP –pese la declaración de su conformidad con la Constitución–; la mediatización de algunas decisiones que han sido proferidas dentro del ámbito de competencias de la JEP, como la garantía de no extradición de uno de los negociadores de las FARC-EP, la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado (UBPD) y Comisión de la Verdad.

De cara a evaluar el cumplimiento del punto 6, “Implementación, verificación y refrendación”, el Instituto Kroc señala que se ha avanzado en compromisos, al punto de que un 54 % de ellos han sido implementados completamente, un 12 % a nivel intermedio, un 20 % con un cumplimiento mínimo, y un 14 % aún no se ha abordado. De la misma manera, se presenta insuficiencia en la divulgación y socialización del Acuerdo de Paz, sus avances y el estado de implementación de cada uno de sus puntos; tampoco se observan avances en el Sistema Integrado de Información y medidas para la transparencia, lo cual puede impactar en que los ciudadanos sean ajenos a los avances y acontecimientos, y contribuye de alguna manera a mantener la tensión y la polarización social en torno al cumplimiento de los fines y objetivos del sistema de justicia.

La garantía de no repetición es un conjunto de compromisos por cumplir equilibrada, simultánea e integralmente por todos aquellos que participaron en el conflicto armado; por ende, endurecer las cargas de los comparecientes, mientras se bajan o ralentizan los niveles de compromiso del Estado, genera un desequilibrio en el proceso de construcción de paz y con relación al sistema de justicia, pues si bien, como afirma la Corte Constitucional, “el compromiso de no repetición consiste en no alzarse nuevamente en armas como rebeldes, integrar grupos armados organizados, o grupos delictivos organizados”, las causas de la guerra que pretenden superarse con el cumplimiento del Acuerdo dependen en un alto porcentaje de las garantías que el Estado debe implementar que, como se observa, son insuficientes y falta la proporcionalidad que debe caracterizar a cada una de ellas, lo que se constituye en un alto riesgo de repetición de los hechos de violencia.

La JEP fue la instancia creada por las partes para verificar que se cumpliera lo pactado y para que todos los comprometidos con el conflicto armado contribuyeran en favor de las víctimas a desestructurar definitivamente la cadena de hechos victimizantes y rindieran cuentas a la sociedad, por lo cual, al examinar y valorar los incumplimientos de los exintegrantes de las FARC-EP, debería ponderarse el nivel de cumplimiento de los otros puntos del acuerdo, de forma que las decisiones sean adecuadas, proporcionales e impacten de manera afirmativa sobre las obligaciones que el Estado no ha implementado adecuadamente.

Si bien el cumplimiento del régimen de condicionalidad también se exige a los agentes del Estado y a terceros, los compromisos en relación con los exintegrantes de las FARC-EP no se les extienden a ellos en la medida en que solo son incluidos en el componente de justicia; mientras tanto, aquellos fueron la parte que negoció a cambio de que se cumpliera, si y solo si, la totalidad de lo acordado.

La JEP es un instrumento entre el pasado y el futuro, en la medida en que es la llamada a juzgar la historia a partir de la construcción de la verdad y la impartición de justicia sobre hechos de violencia que causaron enormes daños a las víctimas y la sociedad; pero, sobre todo, lo más importante, es la encargada de asegurar la reconciliación del futuro a partir de prevenir que se reproduzcan los escenarios en los que surgió la guerra, cuya terminación y no repetición es un mandato del constituyente primario.

Bibliografía

- DE GAMBOA TAPIAS, Camila, “La transición democrática y la responsabilidad de la comunidad con su pasado”, en Camila DE GAMBOA TAPIAS *et al.*, *Justicia transicional: teoría y praxis*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2006.
- KAI, Ambos, “La ley de amnistía (Ley 1820 de 2016) y el marco jurídico internacional”, en KAI Ambos, Francisco CORTÉS RODAS y John ZULUAGA (coords.), *Justicia transicional y derecho penal internacional*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2018.
- KROC INSTITUTE FOR INTERNATIONAL PEACE STUDIES, *Estado efectivo de la implementación del Acuerdo de Paz de Colombia 2 años de implementación. Informe 3: diciembre 2016-diciembre 2018*, Bogotá, Kroc Institute, 2019.
- MARXEN, Klaus *et al.*, “Formas de intervención delictiva en el derecho penal internacional. A manera de estudio preliminar”, en Yesid REYES ALVARADO (ed.), *Autores, partícipes y superiores en la justicia transicional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones en Derecho y Filosofía, 2018.

Estándares internacionales para el diseño y la fijación de las sanciones propias en la Jurisdicción Especial para la Paz *

«JUAN RAMÓN MARTÍNEZ VARGAS» Magistrado de la Sección de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas

Resumen: Este documento aborda los límites establecidos, desde el derecho nacional e internacional, a la facultad del Estado colombiano para diseñar y determinar un sistema de sanciones propio que apunta hacia un modelo de justicia transicional y que pretende lograr fines restauradores a través de la pena. Así, se exploran los siguientes temas y sus relaciones con la sanción propia: el marco constitucional que la rige, la normativa del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, el sistema universal de protección de derechos humanos, el sistema interamericano de protección de derechos humanos y el derecho internacional penal. Finalmente, se presentan conclusiones generales.

Palabras clave: sanción propia, estándares de derecho internacional, justicia transicional, justicia restaurativa.

Abstract: This document addresses the limits established under national and international law on the Colombian State's authority to design and determine a system of jurisdiction-specific sanctions that is consistent with a transitional justice model and that seeks to achieve restorative aims through punitive sentences. Thus, it explores the following issues and their relation to JEP sanctions: the constitutional framework that governs the sanctions, the rules of the Final Agreement for the Termination of the Conflict and the Construction of a Stable and Lasting Peace, the Universal System for the Protection of Human Rights, the Inter-American System for the Protection of Human Rights, and international criminal law. Finally, it presents general conclusions.

Key words: Jurisdiction-specific sanctions, international law standards, transitional justice, restorative justice.

* Este documento es resultado de una construcción colectiva del Despacho, integrado por Johana Arias Torres, Tania Bonilla Matiz, Andrea Núñez Uribe, Laura Quijano Ortiz, Jonathan Riveros Tarazona y Luisa Torrado Rojas.

“Lo que debe imperar es la inevitabilidad de la pena, mas no su severidad”.

CORTE PENAL INTERNACIONAL, SALA DE JUICIO II¹

Introducción

Desde la suscripción del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, que dio fin al conflicto armado sostenido entre el Estado colombiano y la guerrilla de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (FARC-EP), se estableció un sistema de justicia transicional que tendría como referente doctrinal la justicia restaurativa. Con este objetivo, se acordó que los perpetradores de los crímenes más graves cometidos en el marco del conflicto armado que comparecieran ante el sistema de transición, reconocieran su responsabilidad y contribuyeran otorgando verdad plena sobre los hechos de los que tuvieran conocimiento, estarían sometidos a una justicia especial, que tendría como conclusión la imposición de una sanción propia. Esta modalidad de sanción consiste en la restricción de derechos (p. ej., la libertad de locomoción y residencia, la libertad personal, entre otros), junto con el compromiso de participar en actividades de reconstrucción y desmonte de los vestigios de la guerra librada hasta el momento (p. ej., labor de desminado, reconstrucción de infraestructura afectada por el conflicto, entre otros), mientras están inmersos en un proceso de reincorporación a la sociedad (en el caso de los desmovilizados). De esta manera, los perpetradores aportarían a la reparación de los daños generados a las víctimas y se reconstituiría, en alguna medida, el tejido social.

Por otra parte, el Estado colombiano ha adquirido compromisos domésticos e internacionales relacionados con la garantía de los derechos humanos, en particular, el contenido y alcance de la obligación de investigar, juzgar y sancionar a los perpetradores de violaciones de los derechos humanos –ante todo, las más graves– y reparar a las víctimas de estos actos.

Desde distintos ámbitos, entre los cuales se destacan el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional penal y el derecho internacional humanitario, se han fijado estándares que demarcan las fronteras dentro de las que un Estado se puede mover en una transición, sin que ello implique el desconocimiento de los derechos de las víctimas. Estos cuerpos de derecho vinculan de distintas maneras al Estado colombiano, pues, en virtud de su propio consentimiento, se ha hecho parte de los tratados, las declaraciones y los instrumentos principales que enuncian estos derroteros.

¹ Traducción no oficial. International Criminal Court, ICC, Trial Chamber II, Prosecutor v. Germain Katanga, ICC-01/04-01/07-3484, Decision on Sentence pursuant to article 76 of the Statute, 23 May 2014, párrafo 38. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2015_18046.PDF

Adicionalmente, Colombia no solo se ha adherido voluntariamente a estos instrumentos que generan obligaciones internacionales, sino que también ha aceptado el escrutinio realizado por organizaciones internacionales encargadas de verificar su efectivo cumplimiento a través de comités, comisiones y cortes.

Este documento tiene como finalidad explorar los límites fijados desde el derecho internacional a la facultad con que cuenta el Estado colombiano para diseñar y fijar un sistema de sanciones propio, distinto al clásico, que tradicionalmente privilegia la pena privativa de la libertad intramural y retributiva como la única manera de hacer justicia. Este sistema propio apunta hacia un modelo de justicia transicional que pretende lograr fines restauradores mediante la pena.

En el presente documento se hace énfasis particular en los sistemas que cuentan con mecanismos de monitoreo y verificación del cumplimiento de estas obligaciones. Así, se exploran los siguientes asuntos y sus relaciones con la sanción propia: i) el marco constitucional que la rige; ii) la normativa del Acuerdo Final de Paz; iii) el sistema universal de protección de los derechos humanos (SUDH); iv) el interamericano de protección de los derechos humanos (SIDH); v) el derecho internacional penal y, finalmente, vi) se plantean algunas conclusiones generales.

Es importante anotar que el escrito no aborda el cumplimiento de las obligaciones derivadas del derecho internacional humanitario (DIH). Esto se debe a dos motivos: en primer lugar, no existe un organismo internacional particular encargado de evaluar el cumplimiento de estas obligaciones al que Colombia le haya otorgado esta competencia; en segundo lugar, porque, a través de la figura del crimen de guerra, evaluar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del derecho internacional penal supone, de alguna manera, el cumplimiento de algunas obligaciones del DIH.

Asimismo, cabe mencionar que este documento dedica un aparte de cada sección al análisis de la interrelación del respectivo cuerpo de derecho internacional con la Constitución Política. Este estudio es importante, dada la necesidad de determinar la aplicabilidad de las normas y directrices internacionales que plantean múltiples posibilidades a la hora de definir su carácter vinculante para Colombia.

Marco normativo interno

Marco constitucional

El marco normativo del componente de justicia del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR) contiene algunas pautas claras para el cumplimiento de las funciones asignadas a la Sección de Primera Instancia en los casos de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad, del Tribunal para la Paz, en lo que tiene que ver con el diseño y la imposición de las sanciones propias.

Como punto de partida de esta construcción, surge la supremacía de la Constitución² en cuanto parámetro de orientación en la definición de los estándares a los que debe sujetarse la Sección en ejercicio de su función de diseño de las sanciones propias que se impondrán.

Lo anterior cobra gran relevancia para los propósitos del presente documento, comoquiera que, en virtud de la figura del bloque de constitucionalidad,³ el ordenamiento superior no se restringe a las disposiciones que formalmente se encuentran previstas en la carta, sino que se ubican en igual nivel jerárquico para los efectos que aquí interesan: i) los tratados de derecho internacional humanitario, ii) los tratados ratificados por Colombia que reconocen derechos humanos y prohíben su limitación en estados de excepción, iii) los artículos de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, cuando se trate de derechos reconocidos por la Constitución, y, de alguna manera, iv) la doctrina elaborada por los tribunales internacionales en la que estos definen el alcance de las mencionadas normas internacionales, al menos como criterio relevante de interpretación.⁴

De igual manera, hay que tener en cuenta que el Acto Legislativo 01 de 2017 adiciona un conjunto de disposiciones temporales a la carta política, por medio de las cuales se establece el SIVJRNR, marco fundamental para el accionar del componente de justicia de dicho sistema.

Ahora bien, adentrándonos en el estudio de los contenidos constitucionales que enmarcan la labor de fijación e imposición de sanciones propias, es necesario señalar que a partir de la carta política surge el carácter central del derecho, principio y valor de la paz, en tanto eje fundamental del ordenamiento superior en su integridad.⁵ Este informa y determina no solo el Acuerdo Final que

² El artículo 4 de la Constitución Política establece: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. // Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades”.

³ Véase, entre otras, Corte Constitucional, sentencias C-225 de 1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero; C-578 de 1995, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-582 de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero; C-291 de 2007, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; C-469 de 2016, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁴ Corte Constitucional, sentencias C-010 de 2000, M. P. Alejandro Martínez Caballero; C-979 de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño; C-187 de 2006, M. P. Clara Inés Vargas Hernández; C-442 de 2011, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁵ La Corte Constitucional ha señalado: “La paz ocupa un lugar principalísimo en el orden de valores protegidos por la Constitución. Dentro del espíritu de que la Carta Política tuviera la vocación de ser un tratado de paz, la Asamblea Constituyente protegió el valor de la paz de diferentes maneras en varias disposiciones. Por ejemplo, en el Preámbulo la paz figura como un fin que orientó al constituyente en la elaboración de toda la Constitución. En el artículo 2 dicho propósito nacional cardinal se concreta en un fin esencial del Estado consistente en ‘asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo’. Además, el artículo 22 va más lejos al establecer que ‘la paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento’. Dentro de los múltiples instrumentos para facilitar el logro de la paz, la Constitución reguló procedimientos de resolución institucional

plasma el compromiso político de cesar el cruento conflicto armado, sino que se erige en fundamento y fin de la normativa que lo desarrolla, a partir de la cual emanan para el Estado, considerado en su conjunto, unos deberes específicos frente a su materialización: i) un deber estatal de diseño e implementación de acciones, marco legal y política pública dirigidos a la superación del conflicto armado y el logro de la convivencia pacífica; ii) un deber social de aplicar la solución pacífica como mecanismo exclusivo y constitucionalmente admisible de resolución de las controversias, y iii) la consecución progresiva de la plena vigencia de los derechos fundamentales para toda la población.⁶

De esta manera, es claro que no se trata de una mera aspiración, sino que la paz, en sus tres dimensiones, en tanto valor, principio y derecho, genera obligaciones precisas que vinculan a las autoridades públicas, cuyas actuaciones deben estar enderezadas a alcanzarla, con vocación de permanencia. El deber enunciado no se agota con la firma del Acuerdo, sino que este es más bien su origen y exige actuaciones tendientes a posibilitar su desarrollo, a la vez que el deber correlativo de abstenerse de adelantar acciones que puedan obstaculizar el proceso de implementación.

El Acuerdo Final de Paz y su normativa de implementación. Cambio de paradigma respecto de la sanción desde la perspectiva retributiva

El componente de justicia del SIVJRNR, consignado en el punto 5.1.2. del Acuerdo Final,⁷ señala como objetivos de la Jurisdicción Especial para la Paz

de los conflictos y de protección efectiva de los derechos fundamentales, como la acción de tutela (CP, artículo 86). Además, sin circunscribirse a un proceso de paz, la Constitución permite que ‘por graves motivos de conveniencia pública’ se concedan amnistías o indultos por delitos políticos y estableció requisitos claros para que ello se ajuste a la Carta” (Sentencia C-578 de 2002, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa).

⁶ En esta oportunidad, la Corte adelantó el examen de constitucionalidad del Proyecto de Ley Estatutaria por la cual se reguló el plebiscito para la refrendación del Acuerdo Final (Corte Constitucional, Sentencia C-379 de 2016, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva).

⁷ La Corte Constitucional ejerció control de constitucionalidad sobre el 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” y declaró su exequibilidad (Sentencia C-630 de 2017, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y Antonio José Lizarazo Ocampo). El acto legislativo al que se hace mención prescribe: “Artículo 1. La Constitución Política tendrá un nuevo artículo transitorio así: // Artículo transitorio. En desarrollo del derecho a la paz, los contenidos del Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, firmado el día 24 de noviembre de 2016, que correspondan a normas de derecho internacional humanitario o derechos fundamentales definidos en la Constitución Política y aquellos conexos con los anteriores, serán obligatoriamente parámetros de interpretación y referente de desarrollo y validez de las normas y las leyes de implementación y desarrollo del Acuerdo Final, con sujeción a las disposiciones constitucionales. // 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

(JEP): i) satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia, ii) ofrecer verdad a la sociedad colombiana, iii) proteger los derechos de las víctimas, iv) contribuir al logro de una paz estable y duradera y v) adoptar decisiones que otorguen plena seguridad jurídica a quienes participaron de manera directa o indirecta en el conflicto armado interno respecto de hechos cometidos en el marco del mismo y durante este, que tengan connotación de graves infracciones al derecho internacional humanitario y graves violaciones de los derechos humanos.⁸

Como base de toda la construcción del componente de justicia del Acuerdo Final aparece la necesidad de darles una centralidad a las víctimas, por lo que se deben tener en cuenta, como eje axial, sus derechos y el profundo sufrimiento que padecieron durante el conflicto. A consecuencia de la centralidad de las víctimas en la justicia que ofrece la JEP, se instauró la justicia restaurativa como paradigma de la Jurisdicción, dirigida no solo a repararlas integralmente sino también a reconstruir el tejido social.⁹

Por lo anterior, uno de los principios orientadores de la JEP será la aplicación de una justicia que preferentemente busque la restauración del daño causado y la reparación de las víctimas afectadas por el conflicto, especialmente para acabar la situación de exclusión social que les haya provocado la victimización. En tal virtud, la justicia restaurativa atiende de manera prioritaria las necesidades y la dignidad de las víctimas y se aplica con un enfoque integral que garantiza la justicia, la verdad y la no repetición de lo ocurrido.

Las consecuencias de tales violaciones son más graves cuando son cometidas contra mujeres o cuando se trata de víctimas pertenecientes a los grupos más vulnerables, o sujetos de especial protección constitucional, que merecen una reparación y protección especial, entre ellas, “los pueblos indígenas, las comunidades afrodescendientes y otros grupos étnicamente diferenciados, las comunidades religiosas, los campesinos, los más pobres, las personas en condición de discapacidad, las personas desplazadas y refugiadas, las niñas, niños y adolescentes, la población LGBTI y las personas de la tercera edad”.

Con base en la centralidad de las víctimas, el Acuerdo contempla un tratamiento especial para quienes aporten verdad plena en aras de satisfacer sus

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. // Artículo 2. El presente Acto Legislativo deroga el artículo 4 del Acto Legislativo número 01 de 2016 y rige a partir de su promulgación hasta la finalización de los tres períodos presidenciales completos posteriores a la firma del Acuerdo Final”.

⁸ Acuerdo Final, punto 5.1.2. Justicia, I. Principios básicos del componente de justicia del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR), numeral 2.

⁹ Congreso de Colombia, Acto Legislativo 01 de 4 de abril de 2017, artículo transitorio 12, parágrafo; Ley Estatutaria de la JEP, artículo 13.

necesidades y garantizar sus derechos a la reparación y a la no repetición, lo cual permite a la JEP la imposición de sanciones propias y alternativas.¹⁰

Las primeras de ellas dirigidas a quienes reconozcan la verdad y responsabilidad ante la Sala de Reconocimiento en relación con infracciones muy graves y previstas en términos del cumplimiento de funciones reparadoras y restauradoras con una duración mínima de cinco años y máxima de ocho. Implican, pues, restricciones efectivas de libertades y derechos que, en ningún caso, se entenderán como pena de prisión, y están pensadas en términos de garantías de no repetición.¹¹ De esta manera, antes de imponer sanciones propias deberá verificarse el cumplimiento de las condiciones de contribución a la verdad y la reparación en el marco del SIVJRNR, requisito *sine qua non* para que sea viable la imposición de una sanción propia de la justicia transicional.¹²

Por su parte, el Acto Legislativo 01 de 2017¹³ recoge lo dispuesto por el Acuerdo Final en lo que tiene que ver con las sanciones que impondrá la JEP, cuya finalidad esencial es la satisfacción de los derechos de las víctimas y la consolidación de la paz, a través de procesos judiciales que garanticen un enfoque restaurativo con miras al reconocimiento, la reparación del daño y la reincorporación con garantías de no repetición.¹⁴

Es importante señalar que tanto el Acuerdo como el Acto Legislativo 01 de 2017 y la normativa posterior¹⁵ establecen un marco específico dentro del cual la JEP puede desempeñar su función de juzgamiento e imposición de sanciones, al determinar que la calificación jurídica propia del sistema transicional respecto de las conductas de su competencia “se basará en el Código Penal Colombiano y/o en las normas de derecho internacional en materia de derechos humanos (DIDH), derecho internacional humanitario (DIH) o derecho penal internacional (DPI), siempre con aplicación obligatoria del principio de favorabilidad”.¹⁶

¹⁰ Acuerdo Final, punto 5.1.2, cit., numeral 13.

¹¹ *Ibid.*, numeral 60.

¹² Proyecto de Ley Estatutaria de la Administración de Justicia en la JEP, artículo 92, literal e). Este artículo fue declarado exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-080 de 2018, M. P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

¹³ “Por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones”. La Corte Constitucional adelantó el control automático y posterior de este acto legislativo, mediante Sentencia C-674 de 2017, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

¹⁴ Congreso de Colombia, Acto Legislativo 01 de 4 de abril de 2017, capítulo III: Jurisdicción Especial para la Paz, artículo transitorio 13, declarado exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-674 de 2017. El Proyecto de Ley Estatutaria recoge lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2017 en cuanto a las condiciones para la imposición de sanciones propias, su finalidad y duración (tít. IX, Sanciones, arts. 127 y 128). De igual manera, reproduce lo estipulado en el Acuerdo Final en cuanto a los criterios para asegurar el cumplimiento de la sanción (tít. IX, Sanciones, art. 129).

¹⁵ Congreso de Colombia, leyes 1820 de 2016 y 1922 de 2018.

¹⁶ Congreso de Colombia, Acto Legislativo 01 de 2017, cit., artículo transitorio 5 (Los apartes que se citan fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional en Sentencia C-674 de 2017). Acuerdo Final, punto 5.1.2, cit., numeral 19.

El Acuerdo Final prevé, de manera expresa, que el derecho internacional es aplicable como marco jurídico de referencia, por lo que la calificación que haga la JEP puede resultar diferente a la efectuada con anterioridad por las autoridades judiciales, disciplinarias o administrativas para la calificación de esas mismas conductas.¹⁷ De este, toma como referente, asimismo, los deberes de i) asegurar verdad, justicia, reparación y medidas de no repetición; y ii) investigar, esclarecer, perseguir y sancionar las graves violaciones al DIDH y al DIH.¹⁸

La ley estatutaria de la JEP introduce un elemento adicional al marco general descrito en líneas precedentes, pues se ocupa de establecer un listado no taxativo de trabajos, obras y actividades con contenido restaurativo y reparador, como sanciones propias aplicables a quienes reconozcan verdad exhaustiva, detallada y plena ante la Sala de Reconocimiento. Señala la norma que estos han sido diseñados en estrecha relación con el cumplimiento de los siguientes puntos del Acuerdo Final: reforma rural integral, participación política y solución al problema de las drogas ilícitas. A partir de los anteriores elementos incorpora una variedad de sanciones que podrían ser impuestas por la JEP, como la ejecución de programas de protección medioambiental en zonas de reserva, la participación en programas de construcción y reparación de infraestructuras en zonas rurales, la ejecución de programas de alfabetización y capacitación escolar en zonas rurales o urbanas, la participación en programas de limpieza y erradicación de restos de explosivos de guerra y municiones sin explotar, así como de minas antipersonal, dentro de otra multiplicidad de posibles actividades y obras de contenido reparador.¹⁹

La sanción deberá comprender: i) el señalamiento preciso de su contenido, ii) el lugar de ejecución y iii) las condiciones y sus efectos, sin olvidar que es necesario establecer mecanismos efectivos de seguimiento y cumplimiento que permitan medir el impacto reparador de la sanción. Para ello, deberá tenerse en cuenta lo prescrito por la Ley 1922 de 2018²⁰ que consagra criterios para la determinación de las sanciones propias, en consideración de la gravedad de la conducta, la magnitud del daño causado a las víctimas y familiares, las circunstancias de mayor o menor punibilidad concurrentes, el número de conductas punibles cometidas, el grado de participación y de intencionalidad, la especial vulnerabilidad de las víctimas, al igual que el momento y las características del aporte de verdad, las manifestaciones de reparación y las garantías de no repetición, entre otros aspectos.²¹

¹⁷ *Idem.*

¹⁸ *Ibid.*, numerales 20 a 22.

¹⁹ Proyecto de Ley Estatutaria, artículo 136. Este artículo fue declarado exequible por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-080 de 2018.

²⁰ Por medio de la cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la JEP.

²¹ Ley 1922 de 2018, artículo 64.

Un criterio adicional de relevancia lo constituye el enfoque de género que ha de ser tenido en cuenta en casos relacionados con violencia basada en género en el momento de determinar los proyectos de ejecución de trabajos, obras o actividades reparadoras y restaurativas, en la medida en que los mismos deberán ser consultados con las víctimas, en procura, además, de que estos incluyan actividades redignificadoras para las mujeres.²²

La Ley Estatutaria de la JEP señala, además, que en el momento de la imposición de las sanciones propias, la Sección deberá indicar el lapso de su ejecución, que bien podrá ser por tiempo o por resultados.²³ Deberán ser compatibles con las políticas públicas del Estado y, cuando las víctimas hayan sido personas o pueblos indígenas, contribuir a garantizar su permanencia cultural y su derecho propio.²⁴

Se reitera que el aspecto central de esta construcción, que implica un importante cambio de paradigma respecto del derecho penal ordinario, es que las sanciones propias deberán tener contenido reparador desde un enfoque de justicia restaurativa, entendido como un mecanismo de humanización de la justicia, donde la solución del conflicto no sea simplemente un proceso para aplicar una sanción, sino ver la forma alternativa, útil, eficaz y pacífica de solucionarlo.²⁵ En el momento de establecer en la sentencia los mecanismos de reparación a las víctimas deberá garantizarse que sean integrales, adecuados, diferenciados y efectivos.²⁶

Además, deberán contener una restricción de derechos y libertades, los cuales solo serán efectivos en la medida en que existan mecanismos idóneos para su monitoreo y verificación. Para ello, será necesario fijar, de manera concreta, los espacios territoriales en los que estarán ubicados los sancionados, que tendrán un tamaño máximo equivalente al de las zonas veredales transitorias de normalización, durante los periodos y horarios de ejecución y cumplimiento de las sanciones propias del Sistema.²⁷

²² *Ibid.*, artículo 65.

²³ Por ejemplo, la culminación de una obra de infraestructura determinada.

²⁴ Proyecto de Ley Estatutaria, artículo 143, declarado exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-080 de 2018.

²⁵ Algunas sanciones reparadoras reconocidas por la doctrina son las siguientes: 1. La restitución, 2. el servicio a la comunidad y 3. la reparación, que puede ser individual, colectiva, simbólica, material, integral. Consulta realizada en: <http://www.justiciarestaurativa.org>

²⁶ Proyecto de Ley Estatutaria, artículos 39 y 49. El primero declarado exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C-080 de 2018, y el segundo, estarse a lo decidido en la Sentencia C-007 de 2018; en consecuencia, se declaró su constitucionalidad condicionada a que la contribución a la satisfacción de los derechos de las víctimas se enmarca en el régimen de condicionalidad del SIVJRNR, de acuerdo con parámetros señalados en esta última sentencia.

²⁷ Proyecto de Ley Estatutaria, artículo 129, declarado exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-080 de 2018.

En el caso de los miembros de la fuerza pública, el componente de restricción efectiva de la libertad de la sanción propia incluirá la fijación de su residencia en unidades militares o policiales cercanas al lugar de cumplimiento de la sanción durante los días en que esta se ejecute.²⁸

A partir de lo señalado hasta el momento, se aprecia que los desarrollos normativos propios de la justicia transicional determinan unos contornos precisos dentro de los cuales la JEP deberá cumplir sus funciones, particularmente, para lo que aquí interesa, referidos a la fijación e imposición de sanciones propias. Criterios como el valor, principio y derecho a la paz, que cumple una función de irradiación sobre las normas jurídicas y que debe regir las actuaciones de las autoridades del Estado; al igual que parámetros de actuación expresamente estipulados en el Acuerdo Final y sus posteriores desarrollos constitucionales y legales deben respetarse con estricta sujeción a deberes internacionales de garantía de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición, así como en cumplimiento de la obligación del Estado colombiano de investigar, juzgar y sancionar a los perpetradores de los delitos cometidos en el marco del conflicto armado interno que vivió el país durante décadas.

El sistema universal protección de los derechos humanos y la obligación de los Estados de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones de los derechos humanos

En el presente apartado se analizará el conjunto de instrumentos del SUDH que resulta de vital importancia para determinar el margen de discrecionalidad con el que cuenta la JEP para el diseño de la sanción propia. En ese sentido, se abordarán, en primer lugar, los diferentes tratados internacionales ratificados por Colombia que consagran, por un lado, la obligación de los Estados parte de investigar, juzgar y sancionar los crímenes relacionados con violaciones de los derechos humanos y, por otro lado, la garantía de la no repetición de los hechos victimizantes y una reparación adecuada para sus víctimas. En segundo lugar, se examinarán algunos principios, resoluciones e instrumentos de derecho internacional que establecen criterios de interpretación para satisfacer la obligación de sancionar a los perpetradores de los crímenes que son de competencia de esta Jurisdicción.

El derecho a un recurso efectivo y la obligación de investigar, juzgar y sancionar

El SUDH está conformado por el conjunto de principios, tratados y demás instrumentos de derecho internacional dirigidos a la promoción y protección de

²⁸ *Ibid.*, parágrafo 1°.

los derechos de todos los individuos, que funciona en el marco de la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

A partir, al menos, de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) se consagró el derecho que tiene todo ciudadano a obtener recursos efectivos para acudir ante los tribunales o entidades competentes en cada ordenamiento, con el fin de lograr el amparo de los derechos que considere vulnerados.²⁹ El derecho al recurso judicial efectivo es posteriormente desarrollado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP),³⁰ el cual, en su artículo 2, numeral 2, establece el deber de los Estados de crear las medidas legislativas necesarias para garantizar la efectividad de los derechos consagrados en el Pacto. Asimismo, la Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes,³¹ en sus artículos 2, 4, 7 y 13, establece no solo la obligación de investigar, juzgar y sancionar aquellas conductas que constituyan tortura, incluso en grado de tentativa, sino también el deber de los Estados de garantizar una reparación en favor de las víctimas. Por último, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc),³² a través del Consejo Económico y Social (Ecosoc) y los diferentes órganos como la Comisión para la prevención del crimen, ha establecido directrices en la lucha contra la impunidad.³³

En plena consonancia con los tratados internacionales mencionados, el derecho al recurso efectivo adquiere relevancia constitucional en Colombia a través del artículo 229 de la Constitución Política, el cual consagra el derecho de acceso a la justicia. Sobre él, la Corte Constitucional ha establecido que guarda estrecha relación con el derecho a un recurso efectivo, en la medida en que este último “permite a los ciudadanos y ciudadanas la posibilidad real de solicitar ante las autoridades competentes: (i) la declaración de que un derecho está siendo vulnerado, (ii) el cese de la vulneración y (iii) la reparación adecuada por los daños causados”.³⁴ En consecuencia, en virtud de los tratados internacionales ratificados por Colombia y la estrecha relación con el derecho constitucional de acceso a la justicia, corresponde al Estado garantizar recursos judiciales adecuados y

²⁹ 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”.

³⁰ Ratificado por el Estado colombiano a través de la Ley 74 de 1968.

³¹ Ratificado por el Estado colombiano a través de la Ley 70 de 1986.

³² Ratificado por el Estado colombiano a través de la Ley 74 de 1968.

³³ Al respecto, véase Resolución 2004/72, Comisión para la Prevención del Crimen; Resolución 2005/81, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH); Resolución 60/147, “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario e interponer recursos y obtener reparaciones”, ACNUDH, entre otros.

³⁴ Sentencia T-264 de 2017, M. P. Alberto Rojas Ríos.

efectivos para las víctimas, a través de la investigación, el juzgamiento y la sanción de los perpetradores de violaciones de los derechos humanos.

Partiendo entonces de la relevancia internacional y constitucional del derecho al recurso efectivo, resulta importante establecer el alcance dado por el SUDH a la obligación de investigar, juzgar y sancionar las violaciones de los derechos humanos. El Comité de Derechos Humanos tuvo la oportunidad de esclarecer el alcance de dicha obligación en contextos de dictadura militar, como las ocurridas en el cono sur del continente americano, donde se ejecutaron desapariciones forzadas, entre otras graves violaciones de los derechos humanos. En este escenario, frente a la omisión estatal de proporcionar los medios eficaces para investigar las irregularidades cometidas durante la detención,³⁵ el Comité consideró que se configura el incumplimiento de las obligaciones del Estado cuando no existen los recursos judiciales idóneos para el amparo de los derechos vulnerados, los tribunales no son independientes o el proceso se dilata de manera injustificada.³⁶

Aclara el órgano internacional que para determinar la eficacia del medio judicial es necesario tener en cuenta las circunstancias del caso concreto. En consecuencia, si bien el Comité desarrolla el alcance de lo que se considera como una investigación y juzgamiento eficaz a la luz del SUDH, no establece lineamientos claros de lo que se consideraría una sanción adecuada o proporcional a la gravedad del delito.³⁷

Ahora bien, a la luz del derecho internacional, el deber de investigar, juzgar y sancionar conductas que constituyen violaciones graves de los derechos humanos resulta de tal importancia que no es posible suspenderlo, bajo ninguna situación, bien sea de guerra, conmoción interior, inestabilidad política o cualquier otra emergencia pública.³⁸ Bajo este entendido, existe una cláusula general de incompatibilidad de las amnistías que acarrearán impunidad, es decir que interfieran con el deber de los Estados de juzgar y sancionar estas infracciones.³⁹

³⁵ El Comité consideró vulnerados los artículos 6, 7, 9 y 10 del PIDCP.

³⁶ Al respecto, véase Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Irene Bleier y otros *vs.* Uruguay, Comunicación 30/1978; Caso Carmen Almeida de Quinteros *vs.* Uruguay, Comunicación 107/1981.

³⁷ *Idem.*

³⁸ "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 ((PIDCP, art. 4).

³⁹ ACNUDH, Resolución 2005/81.

En ese entendido, tal y como fue manifestado por el Secretario General de las Naciones Unidas al referirse al Acuerdo celebrado entre el Gobierno de Colombia y las FARC-EP, los acuerdos de paz aprobados por las Naciones Unidas nunca pueden prometer amnistías por crímenes de genocidio, de guerra, de lesa humanidad o graves violaciones de los derechos humanos.⁴⁰ Por tal motivo, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, mediante Resolución 81/2005, creó un cuerpo de principios internacionales sobre la lucha contra la impunidad. La finalidad de estos principios es establecer unos lineamientos marco de evaluación para el cumplimiento de los deberes internacionales de investigar, juzgar, sancionar y reparar las violaciones de los derechos humanos.

Así, entonces, el mencionado documento desarrolla las garantías que deben tener en cuenta los Estados en sus ordenamientos para evitar la impunidad a través de tres categorías: i) el derecho a la verdad, por virtud del cual se garantiza el derecho de las víctimas y la sociedad a conocer las circunstancias bajo las cuales de desarrolló la violación del derecho; ii) el derecho a la justicia, encaminado a la protección de las garantías procesales del acusado, y a la participación activa de las víctimas en las actuaciones judiciales y, finalmente, iii) el derecho a obtener reparaciones efectivas, teniendo en cuenta las condiciones especiales de la víctima.

No obstante lo anterior, en lo que respecta a las sanciones que el Estado debe imponer al condenado, el cuerpo de principios centra su atención en el deber de establecer un castigo adecuado y proporcional, de acuerdo con la gravedad de la conducta.

Con fundamento en los elementos de verdad, justicia y reparación, la impunidad no consiste en la ausencia de imposición de sanciones de carácter exclusivamente retributivo, sino que se traduce, más bien, en el incumplimiento del Estado de investigar, juzgar, garantizar la reparación de las víctimas e imponer sanciones proporcionadas. Por tal motivo, en el marco del SUDH, puede observarse que los Estados cuentan con la facultad de organizarse internamente, según lo consideren más efectivo, para lograr una sanción proporcionada de aquellas personas que incurran en violaciones de los derechos humanos.

Especialmente en contextos de transición, cuando los Estados pasan de una situación de conflicto armado a un escenario de construcción de paz, la obligación de investigar, juzgar y sancionar infracciones al DIH y al DIDH resulta de mayor relevancia, comoquiera que lo que se busca es procurar garantizar la paz a través de escenarios que permitan, tanto a la víctima como a la sociedad, conocer la verdad sobre los crímenes ocurridos, juzgar y sancionar a los principales autores y, finalmente, establecer los medios idóneos de restauración social.

⁴⁰ Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas, Informe del Secretario General, *Misión de Verificación en Colombia*, 20 de julio de 2018.

Bajo ese entendido, la función de la sanción en contextos de transición no puede cumplir los mismos objetivos de la finalidad de la pena en crímenes ordinarios.

Por el contrario, en un contexto de justicia transicional, con la imposición de sanciones se pretende la combinación de los fines tradicionales de la pena y los fines específicos de la justicia transicional, lo cual quiere decir que los Estados, en virtud del principio de soberanía, cuentan con la posibilidad de fijar las sanciones que consideren apropiadas, con base en criterios como la gravedad de la conducta, la garantía de verdad, reparación integral de las víctimas y la prevención general. Entre esta gama de posibilidades, en los Estados que han tenido que afrontar procesos de transición existe una tendencia a adjudicar un componente restaurativo en la sanción que se va a imponer.⁴¹

Ahora bien, frente a la ausencia de criterios específicos derivados de fuentes formales del derecho internacional, principalmente tratados, que den luces sobre la legalidad de la imposición de sanciones propias como las contempla el Acuerdo de Paz, resulta conveniente acudir a lo prescrito por otros instrumentos jurídicos internacionales que pueden ser utilizados como criterios de interpretación para la aplicación de sanciones propias. Entre estos pueden encontrarse: las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio),⁴² los principios básicos en el uso de la justicia restaurativa en programas de asuntos criminales,⁴³ el informe de la reunión del Grupo de Expertos sobre Justicia Restaurativa⁴⁴ y, por último, el manual de medidas sustitutivas del encarcelamiento, elaborado por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2010).⁴⁵

A partir de lo anterior, se puede establecer que, desde el marco del SUDH, el deber de investigar, juzgar y sancionar los crímenes cometidos con ocasión y en razón del conflicto armado es un imperativo. Sin embargo, la imposición de sanciones eminentemente retributivas no implica, *per se*, la ausencia de impunidad. Para evitarla, es indispensable valerse de un principio mucho más complejo que se activa con la carga del Estado de realizar una investigación idónea sobre las conductas, llevar a cabo un juicio con cumplimiento de las garantías

⁴¹ Luisa Fernanda Caldas Botero, *Aproximación a los problemas fundamentales de la justicia transicional. Especial énfasis en las sanciones imponibles en el marco de la Jurisdicción Especial para la Paz*, Congreso Boyacense de Derecho Procesal, 4 de abril de 2016.

⁴² Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), adoptadas por la Asamblea General en Resolución 45/110 de 14 de diciembre de 1990.

⁴³ Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, *Los principios básicos en el uso de la justicia restaurativa en programas de asuntos criminales*, documento E/2002/99, 24 de julio de 2002.

⁴⁴ Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal, *Informe de la reunión del Grupo de Expertos sobre Justicia Restaurativa*, Viena, 16-25 de abril de 2002, p. 6.

⁴⁵ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), *Manual de medidas sustitutivas del encarcelamiento*, 2010, p. 7.

fundamentales tanto del investigado como de las víctimas y que se garanticen las medidas de reparación y no repetición en favor de los afectados.

En ese sentido, los principios internacionalmente consagrados para prevenir la impunidad permiten un margen en favor de los Estados, a efectos de imponer las sanciones que consideren adecuadas, siempre que se garantice la verdad de los hechos victimizantes, la participación permanente de las víctimas en las actuaciones judiciales y la implementación de medidas restaurativas adecuadas.

Adicionalmente, de acuerdo con los diferentes documentos internacionales sobre el particular, redactados y aprobados en el marco de la ONU, existe una tendencia a reconocer el aporte que las sanciones con carácter restaurativo pueden generar en los procesos de transición.

De todos modos, el Estado cumplirá con los estándares internacionales para evitar la impunidad, siempre que dentro del sistema de justicia se implementen mecanismos de participación directa de las víctimas de los crímenes en los cuales puedan acceder a información, ser asesoradas durante el trámite y participar en la implementación de sanciones que garanticen la restauración del daño causado y, por otro lado, la reincorporación del perpetrador a la sociedad.

Estándares interamericanos relativos a la sanción propia

El presente apartado tiene como finalidad explorar los estándares que ha fijado el SIDH en lo que pueda ser relevante para la sanción propia. Esta temática se puede estudiar desde distintos puntos de vista, principalmente el de los derechos de las víctimas y los derechos de los sancionados.

En concordancia con lo enunciado, se desarrollan los siguientes puntos: i) el tratamiento constitucional dado a los instrumentos del SIDH y los pronunciamientos de sus órganos; ii) los estándares interamericanos relacionados con a) la imposición de sanciones como resultado de la comisión de graves violaciones de los derechos humanos, b) el derecho a la verdad, c) la limitación de derechos y d) los trabajos forzados; por último, iii) las conclusiones que surgen a partir de los aspectos analizados.

El tratamiento constitucional dado a los instrumentos del sistema interamericano y los pronunciamientos de sus órganos

En virtud de la adopción de la dogmática del bloque de constitucionalidad, es dable preguntarse por la aplicabilidad de los estándares derivados de los instrumentos interamericanos en Colombia, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

En relación con los tratados, es claro que en el artículo 93 de la carta política se establece que prevalecen en el orden interno, y que los derechos

fundamentales deben interpretarse de conformidad con ellos. En el SIDH existe una multiplicidad de tratados de derechos humanos, la mayoría de ellos aprobados y ratificados por Colombia, lo que implica que hacen parte del bloque de constitucionalidad.⁴⁶

Es de resaltar que el tratado más importante, en la medida en que plantea una carta de derechos, crea y da competencias a la Corte IDH, al tiempo que fortalece las funciones de la CIDH, es la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Este instrumento ha sido reconocido de manera reiterada en la jurisprudencia constitucional como constitutivo del bloque de constitucionalidad.⁴⁷

Ahora bien, la pregunta más compleja surge al referirnos al valor de los pronunciamientos de los órganos del SIDH que no constituyen tratados. Sobre esta discusión, la Corte Constitucional no ha sido unívoca; sin embargo, se exponen a continuación los puntos que parecen ser los más consistentes en sus pronunciamientos.

En relación con la jurisprudencia que emite la Corte IDH, la Corte Constitucional se ha referido a dos situaciones distintas: i) aquella en que el alto tribunal internacional ha encontrado al Estado colombiano responsable y, en consecuencia, ha ordenado medidas de reparación; y ii) la que se relaciona con la obligatoriedad para Colombia de acatar, o tener en cuenta lo que ese tribunal ha establecido en casos contenciosos contra otros Estados.

Sobre el primer aspecto, la Corte Constitucional ha sido clara en afirmar que el Estado colombiano está obligado a acatar las órdenes proferidas a Colombia en el marco de los procesos contenciosos. El alto tribunal también aclara que no procede interponer obstáculos a su cumplimiento, pues, Colombia se obligó a cumplir con estas decisiones, sin mayor discusión o trámites internos.⁴⁸ Esto halla su fundamento no solo en el bloque de constitucionalidad, sino en el hecho de que Colombia, a partir de la ratificación de la CADH, se obligó a acatar los fallos de la Corte IDH.⁴⁹

⁴⁶ Entre ellos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, el Protocolo de San Salvador (Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), la Convención de Belém do Pará (Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer), la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

⁴⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-820 de 2005, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁴⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-653 de 2012, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁴⁹ CADH, artículo 68. 1. "Los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes. 2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado".

Por otra parte, en lo relativo al valor de las sentencias proferidas por el tribunal internacional contra otros Estados, la Corte Constitucional aclara que

... su jurisprudencia es un criterio relevante para fijar el parámetro de control de las normas que hacen parte del ordenamiento interno colombiano, precisamente porque establece el alcance de distintos instrumentos internacionales de derechos humanos. La Corporación ha sostenido que la jurisprudencia de la Corte IDH contiene la interpretación auténtica de los derechos contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, instrumento internacional que integra el parámetro de control de constitucionalidad.⁵⁰

Ahora bien, sobre este último aspecto es importante referir a la doctrina del control de convencionalidad, desarrollada por la Corte IDH. Esta consiste en la obligación de toda autoridad estatal de verificar, de oficio, la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte, y dejar sin efecto o tomar la decisión que se ajuste al contenido de las obligaciones del SIDH.⁵¹ Así, a través de esta figura, la Corte IDH refuerza la obligación de las autoridades colombianas de aplicar los instrumentos interamericanos conforme con la interpretación que de ellos ha realizado dicha corporación.

De igual manera, en relación con los distintos tipos de informes de la CIDH, la Corte Constitucional ha aclarado:

En aplicación de la función interpretativa del bloque de constitucionalidad, [la Corte Constitucional] de forma reiterada ha utilizado las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, así como las recomendaciones de los comités de monitoreo de Naciones Unidas, las recomendaciones generales de estos mismos órganos y los reportes emitidos en el marco del sistema interamericano, entre otros, como criterio hermenéutico relevante para establecer el alcance de la protección de los derechos fundamentales.⁵²

Teniendo en cuenta estas directrices, pasaremos a analizar los pronunciamientos relevantes realizados por los órganos del SIDH y que pueden tener una incidencia en la sanción propia. Cabe destacar que se hace un particular énfasis en la jurisprudencia de la Corte IDH, dado que, en atención a la estructura del sistema, es principalmente esta la que, en su condición de órgano judicial, fija los alcances legales de las garantías convencionales.

⁵⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-653 de 2012, cit.

⁵¹ Corte IDH, "Control de convencionalidad", *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, núm. 7, 2019. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo7.pdf>

⁵² Corte Constitucional, Sentencia C-327 de 2016, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Los estándares interamericanos relacionados con la imposición de sanciones como resultado de la comisión de graves violaciones de los derechos humanos

Al respecto, se debe mencionar que el deber de sancionar se enuncia de manera reiterada en el contexto interamericano, como una faceta de este conjunto de deberes de investigar, juzgar, sancionar y reparar. La Corte IDH ha señalado, de manera unívoca, la obligación que tienen los Estados de adelantar estas actividades ante la ocurrencia de una violación de los derechos humanos. Sin embargo, en algunos casos ha dado a entender que, en circunstancias especiales de transición como la colombiana, esta obligación se matiza.

Respecto del anterior punto no existe una línea consolidada en las providencias de la Corte IDH. Sin embargo, su pronunciamiento más claro al respecto se encuentra en la sentencia proferida en el Caso Masacres del Mozote y lugares aledaños *vs.* El Salvador, donde estableció que las amnistías otorgadas al finalizar un conflicto armado podrían ser amplias, pero, en ningún caso, impedir la investigación de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad.⁵³ Cabe resaltar que la Corte IDH ha incluido otras conductas sobre las que el Estado no puede renunciar a su deber de investigar, todas ellas consideradas graves violaciones de los derechos humanos.

Es de destacar que los deberes de investigar, juzgar y reparar se encuentran prolíficamente delimitados en materia de estándares y obligaciones, pues la Corte IDH se ha pronunciado en varias ocasiones sobre la manera en que un Estado debe cumplirlos, lo que no ha ocurrido en lo que tiene que ver con el deber de sancionar. Sancionar ha sido tomado como una consecuencia de investigar y juzgar, pero los desarrollos jurisprudenciales en materia de parámetros a los que debe sujetarse dicha obligación son casi inexistentes.

En dos sentencias proferidas contra el Estado colombiano, la Corte IDH se ha aproximado a los límites a la imposición de sanciones. La primera de ellas, proferida en el Caso de la Masacre de la Rochela *vs.* Colombia, cuando la Corte indicó que la pena debía ser proporcional al bien jurídico afectado, a la culpabilidad del autor, a la naturaleza y gravedad de los hechos, y que debía ser el resultado de una sentencia judicial motivada, y ser verificable y compatible con la Convención.⁵⁴ Es de recordar que este pronunciamiento tuvo lugar en el marco de la incertidumbre que aún existía sobre la manera en que serían impuestas las penas en los procesos de Justicia y Paz en Colombia.

Por otra parte, en la sentencia emitida en el Caso Cepeda Vargas *vs.* Colombia, la Corte sostuvo que en el marco del análisis de la efectividad de los

⁵³ Corte IDH, Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños *vs.* El Salvador, Sentencia de 25 de octubre de 2012, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 252, párr. 286.

⁵⁴ Corte IDH, Caso de la Masacre de La Rochela *vs.* Colombia, Sentencia de 11 de mayo de 2007, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 163, párr. 196.

procesos penales y el acceso a la justicia para el caso de graves violaciones de los derechos humanos, se puede evaluar la proporcionalidad de la pena con respecto a las características del delito, la participación y culpabilidad del acusado, la gravedad de los hechos, su debida fundamentación y si fue proferida por la autoridad competente.⁵⁵

Las decisiones enunciadas tienen elementos comunes, todos ellos dirigidos hacia un mismo propósito, consistente en que la sanción no puede ser tomada como un factor de impunidad. Con este fin, adquieren relevancia los siguientes elementos:

- La pena debe ser el resultado de un proceso surtido por una autoridad judicial.
- Debe existir proporcionalidad entre la pena y el daño generado al bien jurídico afectado.
- La pena debe ser proporcional al grado de culpabilidad del autor.
- La pena debe ser proporcional a la naturaleza y gravedad de los hechos.
- La imposición de la pena debe ser suficientemente motivada en el momento de ser individualizada.
- Aun cuando opere un principio de favorabilidad, este debe interpretarse de acuerdo con el principio de proporcionalidad para que la pena no resulte ilusoria.
- Todos los elementos que incidan en la efectividad de la pena deben ser concordantes con la CADH.

La CIDH también ha adoptado estos criterios al retomar la jurisprudencia de la Corte IDH.⁵⁶ Así, vemos que ambos órganos del SIDH están de acuerdo con la posibilidad de morigerar las penas impuestas a los perpetradores de violaciones de los derechos humanos –incluso las graves–, siempre y cuando se respete el principio de proporcionalidad y otras garantías de efectividad de los recursos internos.

Estándares interamericanos relativos al derecho a la verdad

Como está estructurada la JEP, el beneficio que obtiene la persona que se somete y recibe una sanción propia es, en parte, una contraprestación a su aporte a la verdad, la reparación y su compromiso de no reincidir. En este sentido, analizar lo que el SIDH ha entendido como el contenido del derecho a la verdad resulta importante, pues plantea criterios internacionales relevantes a la hora de concluir lo que se debe entender por la verdad plena que se busca con el proceso transicional.

⁵⁵ Corte IDH, Caso Cepeda Vargas *vs.* Colombia, Sentencia de 26 de mayo de 2010, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 213, párrs. 150 y 153.

⁵⁶ CIDH, OEA, *Verdad, justicia y reparación: Cuarto informe sobre la situación de [los] derechos humanos en Colombia*, párr. 255.

La Corte IDH ha diferenciado entre distintas perspectivas desde las cuales se debe materializar el derecho a la verdad: la víctima directa, sus seres queridos y la sociedad. Además, ha desarrollado jurisprudencialmente la autonomía del derecho a la verdad, desligándolo del derecho a las garantías judiciales, reconociendo que la verdad se puede alcanzar por medios distintos a los judiciales.⁵⁷

De este modo, más allá del derecho que tienen las víctimas de conocer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos, así como los motivos que llevaron a que se cometieran las violaciones, la Corte IDH ha complementado este contenido al establecer que el Estado debe investigar los hechos graves de oficio y divulgar sus resultados públicamente, con un contenido que abarque los patrones de actuación conjunta de todos los que participaron en las violaciones, las estructuras criminales y el contexto en que ocurrieron.⁵⁸

A partir de este análisis es claro que para la jurisprudencia interamericana el aspecto social del derecho a la verdad es de vital importancia. Asimismo, que la verdad se debe satisfacer de manera completa y ello implica ir más allá de los autores directos e intelectuales de las graves violaciones, llegando hasta cuestiones de móviles, estructuras criminales, contextos, patrones, prácticas, entre otros. Es fundamental que la verdad que se logre conocer a través de la JEP y que dé como resultado los beneficios penales, cumpla con estas características.

Estándares interamericanos relativos a la limitación de derechos

La sanción propia es entendida como una pena que si bien no es privativa de la libertad en el sentido clásico, es decir, en un centro carcelario, sí implica una limitación de derechos. En el caso de la JEP, los derechos que se limitan en virtud de la sanción propia son principalmente la libertad de locomoción y la libertad personal. A continuación se expondrán los requisitos establecidos por los órganos del SIDH para que una restricción de derechos sea considerada convencional.

La CADH contiene una cláusula general de restricción de derechos que establece: “Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”.⁵⁹ Además, en el caso concreto del derecho de circulación y residencia, desde la misma Convención se cuenta con una cláusula de limitación específica que establece:

El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir

⁵⁷ Corte IDH, Caso Vereda La Esperanza *vs.* Colombia, Sentencia de 31 de agosto de 2017, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 341, párr. 220.

⁵⁸ Corte IDH, Caso Masacres de Río Negro *vs.* Guatemala, Sentencia de 4 de septiembre de 2012, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 250, parr. 194.

⁵⁹ CADH, artículo 32.

infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden público, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.⁶⁰

Es importante anotar que la casuística interamericana no ha conocido de casos como el de las sanciones propias, producto de un proceso penal especial para castigar la comisión de graves violaciones de los derechos humanos; no obstante, en términos generales, la jurisprudencia ha establecido que para que las restricciones sean convencionales, deben ser legales, necesarias y proporcionales.⁶¹

Teniendo en cuenta que la sanción propia se impone dentro de un proceso judicial y que esta, si bien no implica la privación de la libertad, sí supone la limitación de derechos fundamentales, como la libre circulación y residencia, seguramente no tendrá mayores cuestionamientos en relación con los criterios de necesidad y proporcionalidad, vistos desde esta perspectiva. Sin embargo, se debe llamar la atención en cuanto al énfasis puesto por la Corte IDH en que estas restricciones estén contempladas en la ley de la manera más específica posible, eliminando toda ambigüedad, con el fin de minimizar la posibilidad de que su imposición resulte arbitraria. Adicional a lo anterior, es fundamental que la decisión esté debidamente motivada, con el fin de que el sancionado pueda contar con los elementos suficientes para controvertirla, en caso de considerarlo procedente.⁶²

Estándares interamericanos relacionados con los trabajos forzados

El sometimiento a trabajos forzados es entendido como una violación al derecho internacional, precisamente por su semejanza con la esclavitud, y ha sido definido por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en su Convenio 29.⁶³ Teniendo en cuenta que la sanción propia implica la realización de actividades como la labor de desminado, la reconstrucción de infraestructura y la construcción de vías, entre otras,⁶⁴ es importante resaltar que esto de ninguna manera puede ser entendido como un trabajo forzado.

La Corte IDH ha conocido de la figura del trabajo forzado a través de la interpretación del artículo 6 de la CADH que estipula la prohibición de la esclavitud y la servidumbre.⁶⁵ La Corte ha establecido que para que estas se configuren se

⁶⁰ CADH, artículo 22.

⁶¹ Corte IDH, Caso *Liakat Ali Alibux vs. Surinam*, Sentencia de 30 de enero de 2014, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 276, párr. 132.

⁶² Corte IDH, Caso *Ricardo Canese vs. Paraguay*, Sentencia de 31 de agosto de 2004, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 111, párr. 125.

⁶³ OIT, Convenio relativo al trabajo forzoso u obligatorio, entrada en vigor el 01 de mayo 1932.

⁶⁴ Será labor de la jurisdicción establecer un listado de trabajos, obras y actividades que permitan efectuar una reparación a las víctimas y comunidades.

⁶⁵ CADH, artículo 6°, "Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre. 1. Nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, y tanto éstas, como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas. 2. Nadie debe ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u

necesita de tres elementos: que el trabajo se exija bajo amenaza de una pena, que se realicen de forma involuntaria y que esto sea atribuible a agentes del Estado.⁶⁶ Además, el tratado aclara en su articulado que no se podrá entender como trabajo forzoso aquel que se realice en cumplimiento de una sentencia dictada por un juez, siempre y cuando su ejecución sea debidamente supervisada por el Estado.

Uno de los puntos diferenciales clave entre sanción propia y trabajo forzado es la voluntad del compareciente. La sanción propia es entendida como un beneficio del sistema, y para ello es necesario cumplir con un régimen de condicionalidad que requiere aportes a la verdad plena y a la reparación de las víctimas. Así, si alguien accedió a la sanción propia, es porque voluntariamente se encuentra reconociendo la verdad y responsabilidad, y, en contraparte, si quisiera salir del sistema y no ser objeto de sanción propia, puede negarse a estas condiciones. Así, en todo caso, media la voluntad para realizar estas labores en vez de las penas ordinarias.

Por otra parte, es importante recordar los requisitos de supervisión que contempla el SIDH, que plantean que esta debe ser siempre estatal y no delegada en privados.⁶⁷ Finalmente, se reitera la necesidad de que el ente juzgador no pierda de vista estos elementos de voluntariedad y supervisión a la hora de motivar y emitir sus decisiones.

A partir de todo lo expuesto, es claro que el SIDH aporta valiosos elementos que se deben tener en cuenta en la función de diseño e imposición de sanciones propias. Si bien los órganos del SIDH no han fijado mayores parámetros sobre la manera en que un Estado debe sancionar una grave violación de los derechos humanos, ha sentado una regla, de conformidad con la cual la sanción debe ser proporcional a la conducta cometida. Dentro de este análisis de proporcionalidad se deben tener en cuenta varios elementos, siendo capital y transversal que la sanción propia no se convierta en un elemento de impunidad.

obligatorio. En los países donde ciertos delitos tengan señalada pena privativa de la libertad acompañada de trabajos forzados, esta disposición no podrá ser interpretada en el sentido de que prohíbe el cumplimiento de dicha pena impuesta por juez o tribunal competente. El trabajo forzoso no debe afectar a la dignidad ni a la capacidad física e intelectual del recluso. 3. No constituyen trabajo forzoso u obligatorio, para los efectos de este artículo: a. los trabajos o servicios que se exijan normalmente de una persona reclusa en cumplimiento de una sentencia o resolución formal dictada por la autoridad judicial competente. Tales trabajos o servicios deberán realizarse bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas, y los individuos que los efectúen no serán puestos a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado; b. el servicio militar y, en los países donde se admite exención por razones de conciencia, el servicio nacional que la ley establezca en lugar de aquél; c. el servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenace la existencia o el bienestar de la comunidad, y del trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales”.

⁶⁶ Corte IDH, Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde *vs.* Brasil, Sentencia de 20 de octubre de 2016, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 292.

⁶⁷ CADH, artículo 6.3(a).

Los límites del sistema de justicia penal internacional del Estatuto de Roma en la imposición de sanciones propias

El presente aparte del documento tiene como finalidad determinar los criterios que la Sección deberá tener en cuenta en el momento de fijar las sanciones propias de la JEP, en aras de dar cumplimiento a los estándares que se derivan del derecho penal internacional, y específicamente del sistema de justicia penal del Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI). Para el efecto, estará estructurado en tres partes: i) se expone cómo resultan vinculantes las disposiciones del Estatuto de Roma para el Estado colombiano; ii) se presentan las principales posturas que la CPI ha fijado en materia de sanciones a conductas que constituyan crímenes de su competencia; finalmente, a partir del análisis de las dos primeras partes; iii) se exponen los criterios que, a nuestro juicio, deben verificarse cuando se fijen las sanciones restaurativas, con el fin de evitar que se incurra en alguna de las circunstancias que activa la competencia complementaria de la CPI.

Vinculatoriedad

La vinculatoriedad del Estatuto de Roma para la imposición de sanciones propias se deriva de tres circunstancias: la pertenencia de algunas disposiciones del Estatuto al bloque de constitucionalidad, la necesidad de cumplir sus estándares por la competencia complementaria de la CPI sobre la situación en Colombia y las referencias expresas al Estatuto en la normativa del SIVJRNR.

El Estatuto de Roma y el bloque de constitucionalidad

El Estatuto de la CPI fue suscrito por el Estado colombiano y posteriormente ratificado por medio de la Ley 742 de 2002, y entró en vigencia el 1 de noviembre del mismo año. Su incorporación estuvo precedida por una reforma constitucional que incluyó una referencia al mismo en el artículo 93 de la Constitución Política (Acto Legislativo 02 de 2001).⁶⁸ Posteriormente, el instrumento fue objeto de control de constitucionalidad en la Sentencia C-578 de 2002.⁶⁹

⁶⁸ Artículo 1°, “Adiciónese el artículo 93 de la Constitución Política con el siguiente texto: ‘El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución. La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él’”. La admisión de tratamientos diferenciados mencionada en la última parte del artículo se debió a que el Estado colombiano encontró algunos aspectos del Estatuto que eran incompatibles con normas constitucionales, como, por ejemplo, la posibilidad de imponer prisión perpetua como pena, la imprescriptibilidad de las acciones derivadas de la comisión de los crímenes contemplados en el Estatuto, y la posibilidad de revisión de decisiones judiciales internas definitivas.

⁶⁹ En esta sentencia la Corte hizo cinco anotaciones importantes: i) las normas del Estatuto surten efectos dentro del ámbito de la competencia de la CPI; ii) las disposiciones contenidas en este instrumento no reemplazan ni modifican las leyes nacionales, de tal manera que a quien delinca

Algunas de las disposiciones del Estatuto de Roma –mas no el tratado completo– han entrado a formar parte del bloque de constitucionalidad. Si bien este asunto no fue analizado en la referida decisión, fue abordado años después en la Sentencia C-290 de 2012,⁷⁰ en la cual la Corte concluyó:

1. El Estatuto de Roma es un insumo que permite reforzar la argumentación del juez constitucional: “En múltiples situaciones, la Corte Constitucional ha traído a colación el texto del Estatuto de Roma, no como parámetro para ejercer el control de constitucionalidad sobre las leyes, sino como un elemento que permite reforzar una determinada construcción argumentativa”. Y trajo como ejemplos: las nociones de posición de garante, la regla de exclusión, los derechos de las víctimas, juicios en ausencia, entre otros.
2. El instrumento tiene un efecto interpretativo: “En ciertos casos, la Corte Constitucional ha realizado un reenvío hacia el Estatuto de Roma, con el fin de dotar de contenido y alcance una determinada expresión legal”. Por ejemplo, crímenes de guerra.⁷¹
3. No todo el Estatuto de Roma hace parte del bloque de constitucionalidad: la Corte estima que, si bien no todo el texto hace parte del bloque, sí lo conforman algunos de sus artículos. Puntualmente, se refiere a aquellos que han sido tomados como criterios para ejercer el control de constitucionalidad de las leyes, por lo que ha ido determinando, caso por caso, qué artículos del instrumento, y para qué efectos, lo integran:
 - Preámbulo (Sentencia C-928/2005)
 - Artículo 6: crimen de genocidio (Sentencia C-488/2009).
 - Artículo 7: crímenes de lesa humanidad (Sentencia C-1076/2002).
 - Artículo 8: crímenes de guerra (sentencias C-291/2007, C-172/2004 y C-240/2009).
 - Artículo 20: cosa juzgada (sentencias C-004/2003 y C-871/2003).⁷²
 - Artículo 19.3: posibilidad de las víctimas de presentar observaciones a la Corte (Sentencia C-936/2010).
 - Artículo 65.4: interés de las víctimas como razón para que la Sala de Primera Instancia tome ciertas determinaciones (Sentencia C-936/2010).
 - Artículo 68: protección de las víctimas y los testigos y su participación en las actuaciones (Sentencia C-936/2010).
 - Artículo 75: reparación a las víctimas (Sentencia C-936/2010).
 - Artículo 82.4: posibilidad del representante de víctimas de apelar la decisión que concede reparación (Sentencia C-936/2010).

en el territorio nacional se le aplicará el ordenamiento jurídico interno, y las autoridades judiciales competentes al efecto son las que integran la administración de justicia colombiana; iii) cuando la CPI ejerza su competencia complementaria en un caso colombiano, podrá aplicar en su integridad el texto del Estatuto de Roma; iv) cuando las autoridades colombianas cooperen con la CPI y le presten asistencia judicial, en los términos de las partes IX y X del Estatuto y demás normas concordantes, aplicarán las disposiciones del tratado dentro del ámbito regulado en este; y, por último, v) el tratado no modifica el derecho interno aplicado por las autoridades judiciales colombianas, en ejercicio de las competencias nacionales que les son propias dentro del territorio de la República de Colombia (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa).

⁷⁰ M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁷¹ Corte Constitucional, Sentencia C-1076 de 2002, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁷² Este artículo tiene especial relevancia, como se expondrá más adelante.

La función complementaria de la Corte Penal Internacional

La CPI es un tribunal judicial permanente facultado para ejercer jurisdicción penal sobre personas naturales que hayan participado o cometido crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, genocidio o el crimen de agresión, y fue constituida con el principal objetivo de poner fin a la impunidad de estas conductas y contribuir a la prevención de la ocurrencia de nuevos crímenes.⁷³

A pesar de su carácter permanente, la competencia de esta institución debe entenderse como complementaria a las funciones que desarrollan las jurisdicciones nacionales de cada Estado parte del Estatuto, en el entendido de que la CPI únicamente admitirá el examen de un asunto cuando los hechos que puedan constituir crímenes de su competencia se encuentren en una de las siguientes circunstancias:⁷⁴

1. Que el asunto no haya sido, y no sea, objeto de una investigación o enjuiciamiento por el Estado que tenga jurisdicción sobre el mismo.
2. Que el asunto haya sido o sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción y este haya decidido no incoar acción penal, y se determine que el Estado:
 - a. no está dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento;
 - b. no puede realmente hacerlo.
3. Que el responsable haya sido enjuiciado por las conductas de competencia de la Corte, pero de manera que se determine que el enjuiciamiento:
 - a. obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal;
 - b. no haya sido instruido en forma independiente de conformidad con las debidas garantías procesales;
 - c. lo hubiere sido de alguna manera en que, en las circunstancias del caso, “fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia”.⁷⁵

En este sentido, la Corte está diseñada para examinar casos en que posiblemente se hayan cometido crímenes de su competencia, cuando estos no sean o hayan sido adecuadamente investigados y enjuiciados por las jurisdicciones nacionales o algún otro tipo de enjuiciamiento adecuado.

Los límites y alcances de la sanción en el ámbito de la Corte Penal Internacional

En el Estatuto de Roma no existe una referencia explícita a la forma en que los sistemas de justicia nacional deben sancionar los crímenes que contempla. En este sentido, los Estados tienen una amplia discrecionalidad. Sin embargo, para que las sanciones sean compatibles con el Estatuto de Roma, es preciso que estén encaminadas a fines acordes con este. En este sentido se pronunció el fiscal adjunto de la CPI, refiriéndose al proceso transicional colombiano:

⁷³ Estatuto de Roma, Preámbulo, parágrafo 10.

⁷⁴ *Ibid.*, artículo 17.

⁷⁵ *Ibid.*, artículo 20.3.b).

El derecho interno solamente debe llevar adelante investigaciones, enjuiciamientos y sanciones que apoyen el fin general del sistema de justicia penal internacional del Estatuto de Roma –poner fin a la impunidad por crímenes de atrocidad masiva. [...] [D]eben satisfacer objetivos adecuados vinculados a la pena, como la condena pública de la conducta criminal, el reconocimiento del sufrimiento de las víctimas, y la disuasión de conductas criminales ulteriores.⁷⁶

En 2013, la fiscal de la CPI remitió un documento a las autoridades colombianas refiriéndose al proceso de justicia transicional que se adelanta, del cual se resaltan las siguientes afirmaciones:

- Cualquier condena que se imponga debe ser proporcional a la gravedad de los delitos en cuestión y no una pena ilusoria. Las penas ilusorias activarían la competencia complementaria de la CPI, en virtud de lo dispuesto en el artículo 17.2 literales a) y c) del Estatuto de Roma.⁷⁷
- Cualquier providencia que permita la suspensión total de la pena indica que el proceso en la jurisdicción nacional no es genuino.⁷⁸

La Fiscalía de dicho tribunal internacional tuvo la oportunidad de desarrollar aún más este asunto en dos documentos recientes: en primer lugar, en el *amicus curiae* presentado ante la Corte Constitucional sobre la expedición del Acto Legislativo 01 de 2017, el cual crea y desarrolla el SIVJRNR contemplado en el Acuerdo Final; y en los informes de actividades de examen preliminar presentados en los años 2017 y 2018.

En el primero de ellos, la Fiscalía de la CPI reitera que la compatibilidad de las condenas con el Estatuto de Roma dependerá de las circunstancias particulares de cada caso y que la disminución de las penas en contextos de justicia transicional es concebible en la medida en que la persona condenada cumpla con determinados requisitos, como “el reconocimiento de responsabilidad penal, las garantías de no repetición, y la participación plena en mecanismos para establecer la verdad, entre otros”.⁷⁹

Respecto de las penas no privativas de la libertad, la Fiscalía expone que hay que tomar en consideración otros factores para determinar si existe una

⁷⁶ James Stewart, fiscal adjunto de la CPI, Conferencia “La Justicia transicional en Colombia y el papel de la Corte Penal Internacional”, Bogotá, Universidad del Rosario, 13 de mayo de 2015.

⁷⁷ Paul Seils, *Manual de complementariedad. Una introducción al papel de los tribunales nacionales y de la CPI en el enjuiciamiento de crímenes internacionales*, Bogotá, Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2018, p. 64.

⁷⁸ Así lo consideró la Corte Constitucional cuando examinó la constitucionalidad del Acto Legislativo 01 de 2012, al establecer una excepción relativa a casos seleccionados. En ese sentido, afirmó que “la suspensión total de la ejecución de la pena no se aplica a los casos seleccionados, es decir, a los condenados como máximos responsables de los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática” (Corte Constitucional, Sentencia C-579 de 2013, M. P. Jorge Ignacio Pretelt, 28 de agosto de 2013).

⁷⁹ *Amicus curiae*, presentado ante la Corte Constitucional en el proceso de control de constitucionalidad del Acto Legislativo 01 de 2017, pp. 20-21.

intención genuina de que la persona investigada comparezca ante la justicia, que incluyen, pero no se limitan, a “la proporcionalidad de la pena en relación con la gravedad del crimen, el grado de responsabilidad del autor, y el tipo y grado de restricciones a la libertad”. De igual manera, estableció que, en cualquier caso, las medidas adoptadas como sanción deben cumplir con los objetivos de la pena y satisfacer el derecho a la reparación de las víctimas, y agregó:

El cumplimiento de dichos objetivos también dependerá de una implementación efectiva de las restricciones de libertades y derechos, de un sistema riguroso de verificación, y de si su operacionalización con actividades que no forman parte de la sanción, como la participación en los asuntos políticos, no frustran el objeto y fin de la pena.⁸⁰

Ahora bien, es importante señalar que no existe un consenso en el derecho internacional penal sobre los fines de la pena. Algunos autores han sostenido que si bien pueden ser aplicables los mismos que se predicen del derecho interno, su aplicación debe darse de acuerdo con las particularidades propias de la clase de crímenes que conocen los tribunales penales internacionales.⁸¹ Es así como de manera general se pueden señalar los siguientes:

- Retribución: este fin debe ser entendido en términos de que la sanción es producto de “la necesidad de castigar a quienes han infringido las normas internacionales penales porque es lo que se merecen moralmente, con independencia de los beneficios que puedan derivarse de su aplicación en la sociedad internacional”.⁸²
- Prevención general y especial negativa: la función de prevención negativa de la pena trata de evitar que tanto el condenado (especial) como quienes hagan parte del grupo de máximos responsables (general) vuelvan a infringir las normas penales internacionales, atentando contra los valores esenciales de la sociedad internacional.⁸³
- Prevención general positiva: esta finalidad de la pena supone “generar una conciencia jurídica universal entre quienes dirigen las instituciones estatales y las organizaciones con capacidad suficiente para cometer crímenes internacionales, mediante la reafirmación de sus normas y los valores sociales que estas protegen”.⁸⁴
- Rehabilitación: la rehabilitación de máximos responsables de crímenes internacionales es considerada como un fin secundario del derecho penal

⁸⁰ *Idem.*

⁸¹ Héctor Olasolo, “Los fines del derecho internacional penal”, *International Law*, núm. 29, 2016, p. 112.

⁸² *Ibid.*, pp. 112-113.

⁸³ *Ibid.*, pp. 116-117.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 123.

internacional.⁸⁵ Aun así, en el Tribunal Internacional para Ruanda, en los casos Ruggiu, Rutaganira y Muhimana, se consideró que era tan relevante como los fines de retribución o prevención general negativa de la pena.⁸⁶

- Hacer justicia con las víctimas: este fin de la pena fue especialmente abordado por el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, en el caso Momir Nikolić, donde se afirmó que el castigo debe reflejar las peticiones de justicia de quienes han sido víctimas directas e indirectas de los hechos que constituyen crímenes internacionales y han sido juzgados.⁸⁷

La CPI, por su parte, se ha referido a los que considera los fines de la pena en el Estatuto de Roma. En la decisión del 23 de mayo de 2014, en el caso contra Germain Katanga,⁸⁸ estableció que, entre otros, algunos fines son:

- a. Dar respuesta a la necesidad legítima de verdad y justicia expresada por las víctimas y sus familiares.
- b. Expresar por medio del castigo el estigma social que rodea al crimen y a su autor.
- c. Reconocer el daño y el sufrimiento causado a las víctimas.
- d. Disuadir a quienes pudieran potencialmente pensar en cometer crímenes similares.
- e. Evitar cualquier deseo de causar venganza de propia mano, resaltando que lo que debe imperar es la inevitabilidad de la pena, mas no su severidad.
- f. Reflejar el grado de culpabilidad.
- g. Contribuir a la restauración de la paz y la reconciliación en las comunidades afectadas.
- h. Promover la rehabilitación de los condenados (aunque se aclara que este fin no puede considerarse primordial).

Por otra parte, es relevante mencionar el artículo 80 del Estatuto de Roma, que establece: “Nada de lo dispuesto en la presente parte se entenderá en perjuicio de la aplicación por los Estados de las penas prescritas por su legislación nacional ni de la legislación de los Estados en que no existan las penas prescritas en la presente parte”.

Este artículo es la única referencia explícita a las sanciones impuestas por los tribunales nacionales de los Estados parte del Estatuto de Roma.⁸⁹ La finalidad de esta disposición, como se evidencia en los trabajos preparatorios del instrumento,⁹⁰ es que los Estados cuyo derecho interno contempla penas distintas a las del Estatuto, como la pena de muerte, no se vieran afectados por la ratificación de dicho tratado internacional. Asimismo, se ha considerado que

⁸⁵ ICC, Trial Chamber II, *Prosecutor v. Germain Katanga*, cit.

⁸⁶ Olasolo, *op. cit.*, p. 130.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 131.

⁸⁸ ICC, Trial Chamber II, *Prosecutor v. Germain Katanga*, cit.

⁸⁹ Seils, *op. cit.*, p. 64.

⁹⁰ Otto Triffterer y Kai Ambos, *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, 3a. ed., Munich, C.H. Beck, Hart, Nomos, 2016, p. 1910.

esta disposición deja claro que el Estatuto de Roma no afecta la legitimidad de las penas establecidas en el derecho interno de los Estados, aun cuando estas sean diferentes a las contempladas en el tratado.⁹¹

En conclusión, el sistema de justicia penal internacional del Estatuto de Roma no establece un estándar estricto para la imposición de sanciones en el derecho nacional, sino que únicamente requiere que estas contribuyan a los fines que tiene la sanción en el mencionado instrumento.

Conclusiones

Los contornos específicos que delimitan la actuación de la JEP en el diseño y la fijación de las sanciones propias se encuentran a nivel interno, en el ordenamiento constitucional y en los desarrollos normativos propios de la justicia transicional, los cuales parten del principio y derecho a la paz que cumple una función de irradiación sobre las normas jurídicas y debe regir las actuaciones de las autoridades del Estado. De otra parte, los parámetros de actuación expresamente estipulados en el Acuerdo Final y sus posteriores desarrollos constitucionales y legales demarcan los criterios que deben ser tenidos en cuenta a la hora de determinar dichas sanciones, todo lo cual debe llevarse a cabo con estricta sujeción a deberes internacionales de garantía de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición, así como en cumplimiento de la obligación del Estado colombiano de investigar, juzgar y sancionar a los perpetradores de los delitos cometidos en el marco del conflicto armado.

Se deriva de los estándares del SUDH, del SIDH y del derecho penal internacional el deber de investigar, juzgar y sancionar los crímenes internacionales que se pudieron haber cometido en el marco del conflicto armado. Ahora bien, la ausencia de impunidad no implica, estrictamente, la imposición de sanciones eminentemente retributivas, sino que se trata de un principio mucho más complejo que se activa con la carga del Estado de realizar una investigación idónea sobre las conductas, llevar a cabo un juicio con cumplimiento de las garantías fundamentales tanto del investigado como de las víctimas y que garantice las medidas de reparación y no repetición en favor de estas últimas.

En ese sentido, los principios internacionalmente consagrados para prevenir la impunidad permiten un margen de maniobra en favor de los Estados para imponer las sanciones que consideren adecuadas, siempre que se garantice la verdad de los hechos victimizantes, la participación permanente de las víctimas en las actuaciones judiciales y la implementación de medidas restaurativas adecuadas. Adicionalmente, es importante destacar que en la actualidad existe la tendencia de reconocer el aporte que las sanciones con carácter restaurativo pueden generar en los procesos de transición e, incluso, en los de normalidad.

⁹¹ Seils, *op. cit.*, p. 64.

El SIDH, por su parte, aporta valiosos elementos que hay que tener en cuenta en la función de diseño e imposición de sanciones propias por parte de la Sección, para lo cual es de alta importancia considerar que los tratados de derechos humanos que lo componen hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto y que las sentencias e informes de sus órganos (Corte IDH y CIDH) constituyen criterios hermenéuticos relevantes para definir el contenido y alcance de los derechos fundamentales.

Si bien los órganos del SIDH no han fijado mayores directrices sobre la manera en que un Estado debe sancionar una grave violación de los derechos humanos, ha sentado una regla, de conformidad con la cual la sanción debe ser proporcional a la conducta cometida sin que en ningún caso pueda convertirse en un elemento de impunidad. Adicional a lo anterior, sobre la restricción de derechos que implica la sanción propia, la Corte IDH ha establecido que toda limitación a los derechos convencionales debe ser legal, necesaria y proporcional.

En el derecho penal internacional no existen unos estándares estrictos en materia de sanciones que impongan la necesidad de aplicar penas típicas de la justicia retributiva o que determinen un mínimo de años de privación de la libertad para quienes son hallados responsables de crímenes internacionales. A partir de informes y comentarios de la CPI, tanto generales como los elaborados sobre la situación colombiana, es posible extraer algunos criterios que deben ser tenidos en cuenta en el momento de aplicar cualquier tipo de sanción. Estos atienden, principalmente, al cumplimiento de los fines de la pena del Estatuto de Roma. En este sentido, es preciso que la sanción impuesta dé respuesta a la necesidad de verdad y de justicia de las víctimas, exprese por medio del castigo el estigma social sobre el crimen y su autor, reconozca el daño y sufrimiento causados, disuada la comisión de nuevos crímenes, evite el deseo de venganza, refleje el grado de culpabilidad del sancionado, contribuya a la restauración de la paz y a la reconciliación y, secundariamente, promueva la rehabilitación del condenado.

Bibliografía

CALDAS BOTERO, Luisa Fernanda, *Aproximación a los problemas fundamentales de la justicia transicional. Especial énfasis en las sanciones imponibles en el marco de la Jurisdicción Especial para la Paz*, Congreso Boyacense de Derecho Procesal, 4 de abril de 2016.

NACIONES UNIDAS, Asamblea General, *Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio)*, Resolución 45/110 de 14 de diciembre de 1990.

_____, Consejo Económico y Social, Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal, *Informe de la reunión del Grupo de expertos sobre Justicia Restaurativa*, Viena, 16-25 de abril de 2002.

_____, Consejo Económico y Social, *Los principios básicos en el uso de la justicia restaurativa en programas de asuntos criminales*, documento E/2002/99, 24 de julio de 2002.

OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, *Manual de medidas sustitutivas del encarcelamiento*, 2010.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Convenio relativo al trabajo forzoso u obligatorio*, 1930.

OLASOLO, Héctor, "Los fines del derecho internacional penal", *International Law*, núm. 29, 2016, pp. 93-146.

SEILS, Paul, *Manual de complementariedad. Una introducción al papel de los tribunales nacionales y de la CPI en el enjuiciamiento de crímenes internacionales*, Bogotá, Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2018.

TRIFFTERER, Otto y Kai AMBOS, *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, 3a. ed., Munich, C.H. Beck, Hart, Nomos, 2016.

La garantía de no extradición en la justicia transicional colombiana *

«RAÚL EDUARDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ» Magistrado de la Sección de Ausencia de Reconocimiento de Verdad y de Responsabilidad de los Hechos y Conductas

Resumen: Este artículo analiza la garantía de no extradición en la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) y plantea que esta cumple con los principios de la figura *aut dedere aut judicare* (o extradita o juzga), doble incriminación, reciprocidad, especialidad, no entrega por delitos políticos, marginación de hechos leves, debido proceso y prohibición de sometimiento a penas inhumanas. Además, permite cumplir los objetivos de salvaguardar los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición, y otorgar seguridad jurídica a los excombatientes en el marco de un proceso de justicia transicional.

Palabras clave: extradición, derecho penal internacional, justicia transicional, JEP.

Abstract: This article analyzes the non-extradition guarantee in the Special Jurisdiction for Peace (JEP), and posits that this complies with that jurisdiction's principles of *aut dedere aut judicare* (either extradite or adjudicate), double jeopardy, reciprocity, specialty, non-extradition for political crimes, marginalization of minor facts, due process, and prohibition against submission to inhuman punishments. It also argues that it enables fulfillment of the objectives of safeguarding victims' rights to the truth, justice, reparation and non-repetition, and that it provides legal certainty to ex-combatants in the framework of a transitional justice process.

Key words: Extradition, international criminal law, transitional justice, JEP.

* Agradecimiento especial a Carlos Guillermo Castro Cuenca, profesor de la Universidad del Rosario y magistrado auxiliar de la JEP.

Introducción

La justicia transicional se define como el conjunto de juicios, purgas y reparaciones que tienen lugar dentro de un proceso de transición para responder a la violación masiva de derechos humanos,¹ dentro de los cuales se encuentran herramientas propias de la justicia histórica, restaurativa y penal enfocadas en lograr la reconciliación de la sociedad.² En este contexto, es frecuente la utilización de mecanismos tales como amnistías, indultos y penas alternativas, pero en cada proceso pueden surgir nuevos instrumentos, tal como sucede con la garantía de no extradición, cuya finalidad central es salvaguardar los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición, y otorgar seguridad jurídica a los excombatientes.³

El objetivo de este artículo es mostrar que a pesar de que los principios del régimen ordinario de extradición se aplican a la garantía de no extradición, estamos en presencia de una herramienta procesal *sui generis* de la justicia transicional.

Concepto y principios esenciales de la extradición

La extradición es un procedimiento de cooperación internacional destinado a impedir que los responsables de delitos eludan la acción de los tribunales competentes para enjuiciarlos o ejecutar la pena, mediante su refugio en otro país,⁴ y se rige por los siguientes principios:

- El axioma *aut dedere aut judicare*⁵ –extraditar o juzgar–, en aplicación del cual los Estados pueden decidir si se extradita al presunto autor de la conducta, o si, por el contrario, se investiga, juzga y sanciona por los delitos cometidos en su propio territorio.⁶ Este principio constituye uno de los pilares fundamentales de la extradición, pues busca impedir la impunidad de los delitos que se cometan en otros países dando a los Estados

¹ Neil Kritz, “The dilemmas of transitional justice”, en Neil Kritz, *Transitional Justice*, Washington, United States Institute of Peace Press, 1995, p. 21; Jon Elster, *Rendición de cuentas. La justicia transicional en perspectiva histórica*, Buenos Aires, Katz, 2006, p. 15; Anja Mirh, “An introduction to transitional justice”, en Olivera Simic, *An Introduction of Transitional Justice*, London, Routledge, 2017, p. 1; Gerhard Werle y Moritz Vormbaum, *Transitional Justice*, Berlin, Springer, 2018, p. 3 y ss.

² Elster, *op. cit.*, p. 15.

³ Corte Constitucional, Sentencia C-080 de 2018, M. P. Antonio José Lizarazo Campo.

⁴ Cherif Bassiouni, *Introduction to International Criminal Law*, Bruselas, Martinus Nijhoff Publishers, 2013, p. 489; Jan Klabbers, *International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 230; M. A. Oppenheim, *International Law. A Treatise*, vol. I, London, The Lawbook Exchange, 2008, p. 506; Susan Nash e Ilias Bantekas, *International Criminal Law*, London, Cavendish, 2003, p. 179.

⁵ Bassiouni, *ibid.*, p. 488; Nash y Bantekas, *idem*.

⁶ Klabbers, *op. cit.*, p. 231; Malcolm Evans, *International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 329; Nash y Bantekas, *idem*.

la posibilidad de decidir si juzgan o entregan a quienes hayan sido acusados de cometer delitos.⁷

- El principio de doble incriminación supone que, para que proceda la extradición, el hecho ha de estar tipificado como delito tanto en las leyes del Estado requirente como en las del requerido.⁸
- El principio de reciprocidad significa que la extradición se acordará si el otro Estado concede también la extradición por los mismos delitos.⁹ La Corte Constitucional ha señalado que este principio “alude a la correspondencia que debe existir entre un Estado y otro, en el curso de las relaciones internacionales”.¹⁰
- El principio de especialidad, según el cual, si se concede la extradición, el sujeto solo puede ser juzgado y condenado por el Estado requirente por aquellos delitos que específicamente hayan motivado la concesión de su entrega.¹¹
- El principio de no entrega por delitos políticos.¹² Como se verá más adelante, esta prohibición ha sido consagrada en disposiciones nacionales e internacionales desde principios del siglo XX y tiene como fundamento evitar que se utilice este instrumento como mecanismo de represión de los adversarios políticos.¹³
- El principio de marginación de hechos leves, en virtud del cual la extradición no se aplica a las faltas o los delitos leves (lo que supone una aplicación amplia en esta materia del principio *minima non curat praetor*).¹⁴
- El principio de debido proceso, en virtud del cual deberán respetarse las garantías y los procedimientos para determinar si se cumplen las condiciones necesarias para aplicar la extradición.¹⁵
- Finalmente, el principio de prohibición de sometimiento a penas inhumanas que implica que la extradición no puede convertirse en un

⁷ Bassiouni, *op. cit.*, p. 488.

⁸ *Ibid.*, p. 501; Anthony Aust, *Handbook of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 265; Klabbbers, *op. cit.*, p. 230; Ivan Anthony Shearer, *Extradition in International Law*, Manchester, Manchester University Press, 1971, p. 137; Oppenheim, *op. cit.*, p. 509; Diego Manuel Luzón, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 109; Santiago Mir, *Derecho penal. Parte general*, Barcelona, Reppertor, 2011, p. 57; Francisco Muñoz y Mercedes García, *Manual de derecho penal. Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 166; Nash y Bantekas, *op. cit.*, p. 181.

⁹ Klabbbers, *idem.*; Shearer, *ibid.*, p. 32; Luzón, *idem.*; Muñoz y García, *ibid.*, p. 57.

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-893 de 2009.

¹¹ Bassiouni, *op. cit.*, p. 501; Aust, *op. cit.*, p. 265; Shearer, *op. cit.*, p. 189; Luzón, *op. cit.*, p. 109; Mir, *op. cit.*, p. 57; Muñoz y García, *op. cit.*, p. 166; Nash y Bantekas, *op. cit.*, p. 184.

¹² Klabbbers, *op. cit.*, p. 231; Luzón, *idem.*; Aust, *ibid.*, p. 266; Shearer, *ibid.*, p. 166; Oppenheim, *op. cit.*, p. 512; Mir, *idem.*; Nash y Bantekas, *ibid.*, p. 186.

¹³ Luzón, *idem.*

¹⁴ Luzón, *idem.*; p. 109; Muñoz y García, *op. cit.*, p. 166.

¹⁵ Aust, *op. cit.*, p. 266; Evans, *op. cit.*, p. 336; Oppenheim, *op. cit.*, p. 509.

instrumento para aplicar sanciones que afecten los derechos humanos o la dignidad humana.¹⁶

La regulación de la extradición

El objetivo de este aparte es mostrar que si si bien la mayoría de Estados cumple con el axioma *aut dedere aut judicare* y con los principios de la extradición, cada uno lo hace de una forma particular y a partir de procedimientos que difieren entre sí.

Convenio Europeo de Extradición de 1957

Para abordar el tema de la extradición es esencial tener en cuenta el Convenio Europeo de Extradición de 1957, ratificado sucesivamente por los países miembros del Consejo de Europa y por ello tuvo una influencia profunda, no solamente en los países de ese continente, sino también en aquellos donde estos han tenido aportes esenciales. A continuación se destacan los aspectos fundamentales de ese convenio.

En primer lugar, señala que la extradición se aplicará respecto de “aquellos hechos que las Leyes de la Parte requirente y de la Parte requerida castiguen, bien con pena privativa de libertad o medida de seguridad privativa de libertad cuya duración máxima sea de un año por lo menos bien con pena más severa”,¹⁷ parámetro que consagra el principio de marginación de hechos leves y se ha tomado en las legislaciones nacionales de todos los países que han ratificado este instrumento.

En segundo lugar, se establece una serie de eventos en los que no se aplicará la extradición: i) delitos políticos;¹⁸ ii) cuando la solicitud se ha presentado con el fin de perseguir o castigar a una persona por consideraciones de raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas o que la situación puede verse agravada por estas;¹⁹ iii) delitos militares;²⁰ iv) delitos fiscales;²¹ v) delitos prescritos;²² vi) cuando el hecho que motive la solicitud esté castigado con pena capital y dicha pena no se halle prevista en la legislación de la parte requerida.²³

En tercer lugar, los Estados tendrán la facultad de denegar la extradición de sus nacionales,²⁴ por lo cual en cada legislación se establecen parámetros con respecto a esta situación, incluyendo a los Estados americanos, como Colombia.

¹⁶ Luzón, *op. cit.*, p. 111; Muñoz y García, *op. cit.*, p. 167.

¹⁷ Convenio Europeo de Extradición de 1957, artículo 2.1.

¹⁸ *Ibid.*, artículo 3.1.

¹⁹ *Ibid.*, artículo 3.2.

²⁰ *Ibid.*, artículo 4.

²¹ *Ibid.*, artículo 5.

²² *Ibid.*, artículo 10.

²³ *Ibid.*, artículo 11.

²⁴ *Ibid.*, artículo 6.1.

España

En España, la extradición pasiva está contemplada en la Ley 4/1985, donde se señala que procede respecto de los hechos que tengan una pena o medida de seguridad cuya duración no sea inferior a un año de privación de la libertad en su grado máximo o aquella efectivamente impuesta no inferior a cuatro meses de privación de la libertad.

Asimismo, esta ley indica los eventos en que no procederá la extradición, muy similares a los contemplados en el Convenio Europeo de Extradición de 1957: i) por delitos que corresponda conocer a los tribunales españoles;²⁵ ii) por delitos políticos ni militares; iii) cuando la persona reclamada deba ser juzgada por un tribunal de excepción; iv) cuando se haya extinguido la responsabilidad criminal;²⁶ v) cuando el Estado requirente no dé la garantía de que la persona reclamada no sea ejecutada o sometida a penas que atenten contra su integridad;²⁷ vi) cuando el Estado requirente no hubiera dado las garantías;²⁸ vii) cuando a la persona reclamada le hubiere sido reconocida la condición de asilado;²⁹ viii) cuando se tuvieran razones fundadas para creer que la solicitud se ha presentado con el fin de perseguir o castigar a una persona por consideraciones de raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas, o que la situación de dicha persona corre el riesgo de verse agravada por estas;³⁰ ix) cuando la persona reclamada sea menor de 18 años en el momento de la solicitud.³¹

El procedimiento para la aplicación de la extradición en España es el siguiente: la solicitud deberá hacerse ante el Ministerio de Asuntos Exteriores, que la remitirá al de Justicia con expresión de la fecha en que se hubiere recibido.³² Posteriormente, este Ministerio elevará al Gobierno una propuesta motivada sobre si hay lugar o no a continuar en vía judicial el procedimiento de extradición.³³ Si el Gobierno acuerda la continuación del procedimiento en vía judicial remitirá el expediente al juzgado central de instrucción para su reparto.³⁴

Una vez asignado el caso, el juez deberá ordenar la inmediata comparecencia del Ministerio Fiscal y del reclamado asistido de abogado. Identificado el detenido, el juez le invitará a que manifieste si consiente en la extradición o intenta oponerse a ella. Si se opone se adoptará la resolución que ordena la libertad o decide

²⁵ Ley 4 de 1985, artículo 3.1.

²⁶ *Ibid.*, artículo 4.1.

²⁷ *Ibid.*, artículo 4.2.

²⁸ *Ibid.*, artículo 4.3.

²⁹ *Ibid.*, artículo 4.4.

³⁰ *Ibid.*, artículo 4.5.

³¹ *Ibid.*, artículo 4.6.

³² *Ibid.*, artículo 9.

³³ *Idem.*

³⁴ *Ibid.*, artículo 11.

su detención. Más adelante se hace una visita o audiencia con la intervención de todas las partes e incluso la ley señala que se “admitirá y practicará la prueba que verse sobre extremos relacionados con las condiciones exigidas por el Tratado aplicable o por esta Ley”.³⁵ Al final, el tribunal resolverá, por auto motivado, en el plazo improrrogable de los tres días siguientes a la visita, sobre la procedencia de la extradición, la cual es susceptible del recurso de súplica.³⁶

Alemania

En Alemania, la extradición está regulada por la Ley sobre la Cooperación Internacional en Materias Penales de 1982, la cual permite la extradición por delitos castigables que tengan pena de, al menos, un año de prisión,³⁷ y no se aplicará en los siguientes eventos: i) delitos políticos, ii) por motivos de discriminación, iii) delitos militares,³⁸ iv) si no hay compromiso de que no se aplicará la pena de muerte.³⁹

Se exige un documento de aplicación,⁴⁰ que será examinado por la Fiscalía, la cual podrá hacer la petición formal ante el juzgado donde se encuentre la persona.⁴¹ La primera fase del procedimiento es un examen inicial en el que se le pregunta a la persona si es su deseo ser extraditada, y el juez hace un examen general de la nacionalidad del sujeto.⁴² Si se satisfacen los requisitos formales básicos de la solicitud y la persona no desea ser extraditada, se presenta una audiencia para examinar si se cumplen los requisitos de la ley.⁴³ Al final, el juez tomará una decisión motivada⁴⁴ que podrá ser objeto de recurso.⁴⁵

Francia

En Francia, la extradición se rigió por mucho tiempo por la Ley de Extradición de Extranjeros del 10 de marzo de 1927, hasta que entró en vigencia el Convenio Europeo de Extradición de 1957, el 11 de mayo de 1986. Asimismo, cabe destacar que el trámite está contemplado en el artículo 696 del Código de Procedimiento Penal, que permite la extradición por delitos graves y la excluye en todo caso en los siguientes eventos: i) delitos políticos, ii) delitos militares, iii) cuando no se garantiza el derecho a la defensa, iv) frente a la aplicación de

³⁵ *Ibid.*, artículo 14.

³⁶ *Ibid.*, artículo 15.

³⁷ Ley sobre la Cooperación Internacional en Materias Penales, artículo 3.2.

³⁸ *Ibid.*, artículo 7.

³⁹ *Ibid.*, artículo 28.

⁴⁰ *Ibid.*, artículo 10.

⁴¹ *Ibid.*, artículo 28.

⁴² *Idem.*

⁴³ *Ibid.*, artículo 31.

⁴⁴ *Ibid.*, artículo 32.

⁴⁵ *Ibid.*, artículo 33.

penas no contempladas en la legislación francesa, v) sobre delitos no sancionados en Francia.⁴⁶

El Código de Procedimiento Penal Francés contempla un proceso ordinario y uno para cuando la persona acepta el trámite. El primero es totalmente simplificado y requiere la manifestación del solicitado de su intención de ser extraditado, primero ante el procurador y luego ante la Corte.⁴⁷

La extradición se solicita por vía diplomática, pero debe ser decidida por vía judicial.⁴⁸ El procedimiento comienza con la verificación de las piezas por los ministerios de Relaciones Exteriores y de Justicia y se envía al procurador territorial competente.⁴⁹ El procurador debe verificar la identidad del sujeto y avisarle que puede nombrar un abogado y consentir en la extradición;⁵⁰ asimismo, tomará declaración de la persona sobre los hechos.⁵¹ El Estado requirente puede intervenir en el trámite⁵² que se llevará a cabo ante la Corte de Instrucción,⁵³ la cual deberá citar al sujeto, a su abogado y a la Procuraduría a audiencia para debatir si se cumplen los requisitos legales.⁵⁴ Si la justicia aprueba la solicitud la extradición se dictará por decreto del Primer Ministro informando al Ministro de Justicia.⁵⁵ Cabe destacar que la Ley 2004-204 de 9 de marzo⁵⁶ simplificó el procedimiento en caso de terrorismo y otros delitos relacionados con la criminalidad organizada.

Reino Unido

En el Reino Unido, la extradición está regulada en la Extradition Act de 2003. En esta ley se diferencia el procedimiento aplicable de acuerdo con el Estado solicitante y es más simplificado respecto de las naciones con las que haya tratado de extradición. En ambos casos se debe distinguir un procedimiento simplificado cuando existe consentimiento del pedido,⁵⁷ y otro prolongado y complejo si este no existe.

En este proceso actúan el requerido y su defensor, un representante del Estado requirente y un procurador que tiene que certificar los requisitos esenciales de la extradición. El procedimiento consta de una audiencia preliminar para

⁴⁶ Código de Procedimiento Penal Francés, artículo 696-4.

⁴⁷ *Ibid.*, artículo 696-14.

⁴⁸ *Ibid.*, artículo 696-8.

⁴⁹ *Ibid.*, artículo 696-9.

⁵⁰ *Ibid.*, artículo 696-10.

⁵¹ *Ibid.*, artículo 696-13.

⁵² *Ibid.*, artículo 696-16.

⁵³ *Ibid.*, artículo 696-17.

⁵⁴ *Ibid.*, artículo 696-19.

⁵⁵ *Ibid.*, artículo 696-18.

⁵⁶ Loi 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

⁵⁷ Extradition Act de 2003, artículo 45.

determinar la identidad de la persona⁵⁸ y la preparación de la audiencia de extradición,⁵⁹ y una audiencia de extradición donde participan todas las partes; el debate se centra en los siguientes aspectos:⁶⁰ i) la doble incriminación; ii) consideraciones sobre el sujeto que impiden la extradición por motivos de raza, religión, nacionalidad, género, orientación sexual u opiniones; iii) consideraciones que impliquen que sería injusto extraditarlo; iv) si la persona, por su edad, no es culpable del delito; v) la no vulneración de la Convención de Toma de Rehenes; vi) el cumplimiento del principio de especialidad.

Italia

El procedimiento de extradición se encuentra regulado en los artículos 697 a 719 del Código de Procedimiento Penal que establece las pautas:

Una vez el Ministerio de Justicia recibe la demanda de extradición deberá remitirla al procurador general en los 30 días siguientes,⁶¹ quien deberá interrogar a la persona para determinar si desea ser extraditada⁶² y, luego, solicitará a la autoridad requirente, a través del Ministerio de Justicia, la documentación e información que considere necesaria.⁶³ En los 30 días siguientes, el procurador deberá presentar la demanda de requisición ante la Corte de Apelación,⁶⁴ la cual deberá convocar a audiencia al requerido, a su defensor, al procurador designado y, en su caso, a la autoridad requirente.⁶⁵

Salvo disposición en contrario de un tratado internacional, la Corte de Apelación solamente podrá decretar la extradición cuando existan graves indicios de culpabilidad o una sentencia condenatoria.⁶⁶ La decisión podrá ser objeto de recurso de casación.⁶⁷ La extradición solamente procede con decisión favorable de la Corte de Apelación.⁶⁸

México

Este mecanismo es regulado por la Ley de Extradición Internacional que permite que esta se aplique sobre "delitos dolosos, sean punibles conforme a la ley penal mexicana y a la del Estado solicitante, con pena de prisión cuyo término medio aritmético por lo menos sea de un año; y tratándose de delitos culposos,

⁵⁸ *Ibid.*, artículo 7.

⁵⁹ *Ibid.*, artículo 8.

⁶⁰ *Ibid.*, artículo 11.

⁶¹ Código de Procedimiento Penal Italiano, artículo 703.1.

⁶² *Ibid.*, artículo 703.2.

⁶³ *Ibid.*, artículo 703.3.

⁶⁴ *Idem.*

⁶⁵ *Ibid.*, artículo 704.

⁶⁶ *Ibid.*, artículo 705.

⁶⁷ *Ibid.*, artículo 706.

⁶⁸ *Ibid.*, artículo 701.

considerados como graves por la ley, sean punibles, conforme a ambas leyes, con pena de prisión”.⁶⁹

En todo caso, no podrá aplicarse en los siguientes eventos: i) cuando el reclamado haya sido objeto de absolución, indulto o amnistía, o cuando hubiere cumplido la condena relativa al delito;⁷⁰ ii) cuando falte querrela de parte legítima, si conforme a la ley penal mexicana el delito exige ese requisito;⁷¹ iii) si ha prescrito la acción o la pena;⁷² iv) si el delito ha sido cometido dentro del ámbito de la jurisdicción de los tribunales;⁷³ v) si la persona puede ser objeto de persecución política del Estado solicitante; vi) cuando el reclamado haya tenido la condición de esclavo en el país en donde se cometió el delito;⁷⁴ vii) si el delito por el cual se pide tiene fuero militar.⁷⁵

El procedimiento comienza con una petición formal a la Secretaría de Relaciones Exteriores, que la examinará; si la encuentra improcedente no la admitirá y se lo comunicará al solicitante.⁷⁶ Si se admite, la Secretaría de Relaciones Exteriores la enviará al procurador general de la República acompañando el expediente, a fin de que promueva el trámite ante el juez de distrito competente.⁷⁷ El juez decidirá sobre la extradición una vez escuchado el solicitado, el Ministerio Público y su defensor.⁷⁸ Durante el procedimiento, el detenido dispondrá de 20 días para probar sus excepciones.⁷⁹

Chile

La extradición se contempla en el artículo 440 del Código Procesal Penal de 2000, el cual la permite por delitos sancionados con pena privativa de la libertad superior a un año.⁸⁰ Existen dos modalidades: la extradición simplificada, que se presenta cuando el requerido da su consentimiento,⁸¹ y la ordinaria, que se aplica en el resto de eventos.

El procedimiento comienza con la remisión de la petición y los antecedentes a la Corte Suprema,⁸² que citará a audiencia.⁸³ En ese periodo inicial, tres días

⁶⁹ Ley de Extradición Internacional de México, artículo 6.8.

⁷⁰ *Ibid.*, artículo 7.I.

⁷¹ *Ibid.*, artículo 7.II.

⁷² *Ibid.*, artículo 7.III.

⁷³ *Ibid.*, artículo 7.IV.

⁷⁴ *Ibid.*, artículo 8.

⁷⁵ *Ibid.*, artículo 9.

⁷⁶ *Ibid.*, artículo 19.

⁷⁷ *Ibid.*, artículo 21.

⁷⁸ *Ibid.*, artículo 25.

⁷⁹ *Idem.*

⁸⁰ Código Procesal Penal Chileno, artículo 440.

⁸¹ *Ibid.*, artículo 454.

⁸² *Ibid.*, artículo 440.

⁸³ *Ibid.*, artículo 441.

antes de la audiencia, podrán presentar pruebas.⁸⁴ En la audiencia, el representante del Estado requirente explicará los antecedentes, luego, se practicarán pruebas, más adelante se dará la palabra a la defensa⁸⁵ y, al final, se decretará la sentencia,⁸⁶ que podrá ser objeto de apelación o nulidades.⁸⁷

Argentina

La extradición se encuentra contemplada en el artículo 52 del Código Procesal Penal, donde se señala que “los tribunales solicitarán la extradición de imputados o condenados que se encuentren en distinta jurisdicción, acompañando al exhorto copia de la orden de detención, del auto de procesamiento y prisión preventiva o de la sentencia y, en todo caso, los documentos necesarios para comprobar la identidad del requerido”. Asimismo, se establece que las solicitudes de extradición de otros tribunales “serán diligenciadas inmediatamente, previa vista por veinticuatro (24) horas al ministerio público”. Si el imputado o condenado es detenido, una vez verificada su identidad, se le permitirá que personalmente o por intermedio del defensor aclare los hechos e indique las pruebas que a su juicio pueden ser útiles, después de lo cual, si la solicitud de extradición es procedente, deberá ser puesto sin demora a disposición del tribunal requirente.⁸⁸

Perú

El Código Procesal Penal contempla la extradición pasiva y permite su procedencia frente a delitos graves. El procedimiento exige una demanda de extradición.⁸⁹ Una vez recibido por la Fiscalía de la Nación el pedido de extradición, el juez de la investigación preparatoria dictará mandato de detención para fines de extradición contra la persona requerida, en caso de que no se encuentre detenida en mérito de una solicitud de arresto provisorio.⁹⁰ Producida la detención y puesto el extraditado a disposición judicial por la oficina local de la Organización Internacional de Policía Criminal (Interpol), el juez de la investigación preparatoria, con citación del fiscal provincial, le tomará declaración, le informará previamente los motivos de la detención y los detalles de la solicitud de extradición.⁹¹ Cabe destacar que el juez de la investigación preparatoria, en un plazo no mayor de 15 días, citará a una audiencia pública, a la que deberán asistir el

⁸⁴ *Ibid.*, artículo 444.

⁸⁵ *Ibid.*, artículo 448.

⁸⁶ *Ibid.*, artículo 449.

⁸⁷ *Ibid.*, artículo 451.

⁸⁸ Código Procesal Penal Argentino, artículo 54.

⁸⁹ Código Procesal Penal Peruano, artículo 518.

⁹⁰ *Ibid.*, artículo 521.1.

⁹¹ *Ibid.*, artículo 521.2.

extraditado, su defensor, el fiscal provincial, el representante que designe la embajada y el abogado que nombre al efecto.

Asimismo, dentro de la audiencia “los intervinientes podrán presentar pruebas, cuestionar o apoyar las que aparezcan en el expediente de extradición, alegar la pertinencia o la impertinencia, formal o material, de la demanda de extradición, o cuanto motivo a favor de sus pretensiones”. A continuación, las partes alegarán en su orden y, finalmente, el imputado tendrá derecho a la última palabra. El expediente se elevará de inmediato a la Sala Penal de la Corte Suprema, la cual, previo traslado de las actuaciones elevadas por el juez de la investigación preparatoria al fiscal supremo y a los demás intervinientes, señalará fecha para la audiencia de extradición. La Corte Suprema emitirá resolución consultiva en el plazo de cinco días. Notificada la resolución y vencido el plazo de tres días se remitirá inmediatamente al Ministerio de Justicia.⁹²

Estados Unidos de América

En Estados Unidos de América, si bien la extradición se rige por tratados suscritos por ese país y por disposiciones internas de cada uno de los estados, el U.S. Code, en su capítulo 18, establece que las personas pedidas en extradición deberán ser llevadas ante un juez con evidencias suficientes para cumplir los requisitos exigidos por el tratado correspondiente.⁹³ También se señala que las evidencias señaladas en la audiencia deberán ser legalizadas y autenticadas para que sean aceptadas en los tribunales del país correspondiente.⁹⁴ Asimismo, se deberán garantizar los costos del traslado de los testigos necesarios para la defensa.⁹⁵

A manera de conclusión, es posible señalar que en gran parte de Estados existe un marco de aplicación de la extradición que exige un procedimiento judicial dotado de garantías procesales y probatorias que tiene por objeto verificar que se presentan las causales de procedencia de la extradición y que no se configura ninguno de los eventos de exclusión, como petición por delitos políticos, discriminación y penas incompatibles con los derechos humanos. Todo lo anterior, sin embargo, señalando que la extradición no es automática, toda vez que muchos Estados, como Austria, Francia, Alemania, Japón, Noruega, Brasil, China, Rusia, Arabia Saudita y Suiza, prohíben la extradición de sus nacionales, y otros, como Estados Unidos, Italia y España, lo hacen bajo condiciones estrictas y en virtud de tratados específicos.

⁹² *Ibid.*, artículo 521.4.

⁹³ 18 U.S. Code § 3184.

⁹⁴ *Ibid.*, § 3190.

⁹⁵ *Ibid.*, § 3191.

La extradición en Colombia

La extradición ordinaria se regula en el artículo 35 de la Constitución, el cual en un comienzo prohibía la extradición de colombianos por nacimiento, así como por delitos políticos o de opinión. Sin embargo, el Acto Legislativo 01 de 1997 modificó esta norma para permitir la de nacionales colombianos y simplemente estableció que “la extradición se podrá solicitar, conceder u ofrecer de acuerdo con los tratados públicos y, en su defecto, con la ley”.⁹⁶ Asimismo, agregó que “la extradición no procederá por delitos políticos”.⁹⁷

En virtud de lo anterior, la extradición ordinaria en Colombia está sujeta a un régimen donde deben considerarse tanto los tratados internacionales como la ley y, en particular, las disposiciones del Código de Procedimiento Penal, el cual señala los lineamientos generales del procedimiento aplicable.

La extradición ordinaria exige dos requisitos esenciales: i) que el hecho que la motiva también esté previsto como delito en Colombia y reprimido con una sanción privativa de la libertad cuyo mínimo no sea inferior a cuatro años y ii) que por lo menos se haya dictado en el exterior una resolución de acusación o su equivalente.⁹⁸ En todo caso, no podrá haber extradición por delitos políticos, ni de colombianos por hechos cometidos antes del 16 de diciembre de 1997.⁹⁹

El procedimiento comienza con una solicitud que deberá tener los siguientes documentos: copia o transcripción auténtica de la sentencia, de la resolución de acusación o su equivalente, indicación exacta de los actos que determinaron la solicitud de extradición y del lugar y la fecha en que fueron ejecutados, datos que se posean y que sirvan para establecer la plena identidad de la persona reclamada y copia auténtica de las disposiciones penales aplicables para el caso.¹⁰⁰ Una vez recibida la documentación, el Ministerio de Relaciones Exteriores ordenará que las diligencias pasen al Ministerio del Interior y de Justicia junto con el concepto que exprese si es del caso proceder. El Ministerio de Justicia examinará la documentación y la remitirá a la Corte Suprema de Justicia.¹⁰¹

Recibido el expediente, la Corte dará traslado a la persona requerida o a su defensor por el término de 10 días para que soliciten las pruebas que consideren necesarias; vencido el plazo, la actuación se abrirá a pruebas,¹⁰² luego de lo que se presentarán alegatos de las partes en los cinco días siguientes.¹⁰³ Vencido el término, la Corte Suprema de Justicia emitirá concepto; si este es negativo

⁹⁶ Constitución de Colombia, artículo 35.

⁹⁷ *Idem*.

⁹⁸ Ley 906 de 2004, artículo 493.

⁹⁹ *Ibid.*, artículo 490.

¹⁰⁰ *Ibid.*, artículo 495.

¹⁰¹ *Ibid.*, artículo 499.

¹⁰² *Ibid.*, artículo 500.

¹⁰³ *Idem*.

obligará al Gobierno, y si es favorable a la extradición, lo dejará en libertad de obrar según las conveniencias nacionales.¹⁰⁴

La garantía de no extradición en el proceso de justicia transicional en Colombia

Ahora bien, con la promulgación del Acto Legislativo 01 de 2017¹⁰⁵ se estableció la garantía de no extradición como una herramienta especial de la justicia transicional, esto es, del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR), que consiste “en la prohibición de concederla u ofrecerla por delitos ocasionados durante el conflicto armado interno o con ocasión de este hasta su finalización”.¹⁰⁶ Esta figura se encuentra contemplada en el numeral 72 del punto 5 del Acuerdo Final:

... no se podrá conceder la extradición ni tomar medidas de aseguramiento con fines de extradición respecto de hechos o conductas objeto de este Sistema, ocasionados u ocurridos durante el conflicto armado interno o con ocasión de este hasta la finalización del mismo, trátense de delitos amnistiables o de delitos no amnistiables.

Es decir, frente a delitos cometidos con ocasión o a causa del conflicto armado antes del 1º de diciembre de 2016. Esta disposición es reiterada en el artículo 149 de la Ley 1957 Estatutaria de la JEP. En todo caso, deben tenerse muy en cuenta las precisiones que sobre la fecha de comisión de los hechos hizo la Corte Constitucional en la Sentencia C-112 de 2019:

Reitérese entonces que, respecto del alcance temporal de la garantía de no extradición, esta se hace efectiva frente a todas las conductas consumadas con anterioridad a la firma del Acuerdo Final; también respecto de los hechos que tengan estrecha relación con el proceso de dejación de armas, pero asimismo, y conforme con el Acto Legislativo 01 de 2017 (art. transitorio 5º) también de los llamados delitos permanentes, pues, la dicha garantía alcanza también a los delitos con esta estructura (permanente), si la cesación del último acto consumativo es posterior al 1 de diciembre de 2016.

La garantía de no extradición hace parte, entonces, de los mecanismos especiales de justicia transicional contemplados en el Acuerdo Final y establece “una regulación que es distinta, tanto a nivel procesal como sustantivo, de la que rige en el derecho penal ordinario la posibilidad de extradición de otros colombianos, y que se concreta en unas reglas procesales y sustantivas especiales”.¹⁰⁷

Igualmente, cabe señalar que la jurisprudencia de la Sección de Revisión del Tribunal para la Paz ha establecido tres criterios para la aplicación de esta

¹⁰⁴ *Ibid.*, artículo 501.

¹⁰⁵ Artículo transitorio 19 del Acto Legislativo 01 de 2017.

¹⁰⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-080, cit.

¹⁰⁷ *Idem.*

garantía:¹⁰⁸ i) el *ratione materiae*, en virtud del cual la JEP conoce solo de los crímenes “cometidos por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, en especial conductas consideradas graves infracciones al derecho internacional humanitario o graves violaciones de los derechos humanos”; ii) el *ratione personae*, según el cual esta figura se aplica a “los integrantes de las FARC-EP y a personas acusadas de formar parte de dicha organización”, y a quien tiene la calidad de “familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o primero de afinidad de un integrante de las FARC-EP o de alguien acusado o señalado de ser integrante de las FARC-EP en una solicitud de extradición”;¹⁰⁹ y (iii) el *ratione temporis*, por el que es necesario que “la conducta se haya cometido con anterioridad a la firma del Acuerdo Final, esto es, el 1 de diciembre de 2016”.¹¹⁰

A continuación, se explicarán las particularidades de esta figura que la diferencian del régimen ordinario de la extradición en Colombia.

Personas a las que se aplica

La garantía de no de extradición se aplica a los exintegrantes de las FARC-EP, a personas acusadas de formar parte de dicha organización y a sus familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o primero de afinidad.¹¹¹ Al respecto, la Sección de Revisión del Tribunal para la Paz de la JEP ha señalado que el factor de carácter personal de competencia se presenta cuando el requerido en extradición se encuentra, por lo menos, en alguna de estas situaciones:

- a) ha sido integrante de las FARC-EP; b) ha sido acusado de ser integrante de las FARC-EP; y c) es familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o primero de afinidad de un integrante de las FARC-EP o de alguien acusado o señalado de ser integrante de las FARC-EP, siempre y cuando la solicitud de extradición obedece a hechos o conductas relacionados con la pertenencia o acusación de pertenencia a las FARC-EP; esta solicitud deberá ser incoada por alguno de los antiguos integrantes de las FARC-EP que hubieren suscrito el Acuerdo Final de Paz.¹¹²

Competencia y procedimiento

La competente para evaluar la garantía de no extradición es la Sección de Revisión de la JEP. Esta “evaluará la conducta atribuida para determinar la

¹⁰⁸ JEP - Sección de Revisión del Tribunal para la Paz, SRT-AE-003/2019 de 10 de enero de 2018; SRT-AE-007/2019 de 21 de enero de 2019, entre otras.

¹⁰⁹ JEP - Sección de Revisión del Tribunal para la Paz, SRT-AE-002/2019 de 10 de enero de 2019.

¹¹⁰ JEP - Sección de Revisión del Tribunal para la Paz, SRT-AE-003/2019, cit.; SRT-AE-007/2019, cit., entre otras.

¹¹¹ Inciso 4 del Acuerdo Final y 19.4 del Acto Legislativo de la JEP. Véase Corte Constitucional, Sentencia C-080 de 2018, cit.

¹¹² JEP - Sección de Revisión del Tribunal para la Paz, SRT-AE-003/2018 de 19 de abril de 2018; SRT-AE-019/2018 de 29 de mayo 2018; SRT-AE-021/2018 de 29 de mayo de 2018.

fecha precisa de su realización y decidir el procedimiento apropiado”.¹¹³ En virtud de lo anterior, cuando el Gobierno nacional reciba una solicitud de extradición de un integrante de las FARC-EP, o de una persona acusada de ser integrante de dicha organización, respecto de conductas ocurridas con posterioridad a la firma del Acuerdo Final y que no esté estrechamente vinculada al proceso de dejación de armas, deberá, una vez perfeccionado el expediente,¹¹⁴ remitirla a la Sección de Revisión del Tribunal para la Paz, a efectos de que determine el momento de ejecución de la conducta atribuida.

La jurisdicción y competencia de la Sección de Revisión se activan “cuando de la información y documentación aportada en la solicitud o requerimiento se pueda concluir que existe un trámite de extradición y que, además, concurren los presupuestos del factor de carácter personal”.¹¹⁵ La Sección de Revisión deberá hacer un escrutinio de tres factores que determinan su competencia:

... i) en razón de la materia –delitos cometidos antes del 24 de noviembre de 2016, en el marco del conflicto–; ii) el personal –por integrantes de las FARC desmovilizados en razón del Acuerdo de Paz que hagan parte de los listados oficiales y que se hayan sometido a la JEP–, y iii) en razón del tiempo –por hechos ocurridos con anterioridad a la firma del Acuerdo.¹¹⁶

El artículo 54 de las reglas de procedimiento para la JEP (Ley 1922 de 2018) señaló inicialmente que en el marco de este procedimiento la Sala de Revisión de la JEP “no podrá practicar pruebas”. Sin embargo, la Sección de Revisión del Tribunal para la Paz aplicó una excepción de inconstitucionalidad frente a esta norma por medio del Auto SRT-AE-067/2018 y señaló que la Subsección sí se encontraba facultada para decretar y practicar pruebas,¹¹⁷ lo cual fue avalado

¹¹³ Acto Legislativo 01 de 2017, artículo 19.3.

¹¹⁴ Código de Procedimiento Penal, artículo 499.

¹¹⁵ JEP - Sección de Revisión del Tribunal para la Paz, SRT-AE-003/2018, cit.

¹¹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, AP2176-2018, Radicado 51.134, Acta 71. Sentencia de 30 de mayo de 2018.

¹¹⁷ JEP - Sección de Revisión del Tribunal para la Paz, SRT-AE-067/2018, de 7 de noviembre de 2018, “Con base en el texto constitucional, y de conformidad con lo establecido por el máximo intérprete de la Constitución, la JEP sí puede –y además requiere para materializar de manera real y efectiva la garantía de no extradición– decretar y practicar pruebas para poder ‘verificar’, ‘evaluar’, ‘determinar’ y ‘decidir’ los presupuestos de carácter personal, material y temporal que le corresponden. // El inciso 1° del art. 54 de la Ley 1922 de 2018 contraría explícitamente disposiciones constitucionales contenidas en el artículo transitorio 19 del artículo 1° del AL 01 de 2017 que consagra competencias en el trámite de la garantía de no extradición mucho más amplias y exigentes que implican ineludiblemente adelantar la práctica de pruebas tal como lo ha señalado la Corte Constitucional en el Auto 401 de 2018. De igual forma, se opone a las garantías básicas del debido proceso probatorio previstas en el art. 29 de la Constitución. // Por lo anteriormente expuesto, y en aras de adelantar de manera cabal e integra el procedimiento relacionado con la garantía constitucional de no extradición, esta Subsección del Tribunal Especial para la Paz con fundamento en el artículo 4° de la Carta Política, considera que la expresión: ‘La Sección de Revisión verificará que los hechos a los que se refiere la solicitud de extradición sean posteriores a la firma de los acuerdos. No podrá practicar pruebas’, contenida en el artículo 54 de la Ley 1922 de

por la Corte Constitucional de manera reiterada. Primero lo hizo en la Sentencia C-080 de 2018; luego, en el Auto 401 de 2018,¹¹⁸ que decidió sobre el conflicto de competencias en el caso de Seuxis Paucias Hernández Solarte, alias Jesús Santrich; y, finalmente, de manera categórica en la Sentencia C-112 de 2019 que declaró inconstitucional que no se pudieran decretar pruebas en la garantía de no extradición del artículo 54 de la Ley 1922 de 2018, pues se afectaría el debido proceso.

La encargada principal de velar por dicha garantía de no extradición es la Sección de Revisión del Tribunal para la Paz. Esta sección evaluará la conducta atribuida para determinar la fecha precisa de su realización cuando en la solicitud de extradición se alegue que dicha conducta ocurrió con posterioridad a la firma del Acuerdo Final. De ser así, la remitirá a la autoridad judicial competente para que sea investigada y juzgada en Colombia, sin excluir la posibilidad de extradición.¹¹⁹

La Sección de Revisión del Tribunal para la Paz ha señalado que en este procedimiento deben determinarse los siguientes hechos o circunstancias:¹²⁰ i) la existencia de un trámite de extradición en curso contra el solicitante; ii) la calidad de integrante de las FARC-EP; iii) alternativamente al requisito anterior, que el requerido sea acusado por autoridad judicial de formar parte de dicha organización; iv) la calidad de familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o primero civil, del requerido respecto de un integrante de las FARC-EP o de una persona acusada de serlo; v) el sometimiento del solicitante al SIVJRNR y el cumplimiento del régimen de condicionalidad; vi) que las conductas por las cuales está siendo requerido en extradición hayan ocurrido durante el conflicto armado interno; vii) que las conductas por las que se ha hecho el requerimiento en extradición se hayan cometido por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado; viii) si se alega que la conducta por la cual se requiere en extradición al solicitante ocurrió posteriormente a la firma del Acuerdo Final, debe establecerse su fecha precisa. Asimismo, la Sección de Revisión ha señalado que para determinar estas circunstancias se pueden decretar pruebas de oficio.¹²¹

En caso de no conceder la garantía de no extradición, se remitirá a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia; esta deberá realizar el trámite ordinario contemplado en los artículos 501 a 514 del Código de Procedimiento Penal: “Si el concepto de la Corte fuere favorable, corresponderá al gobierno

2018 es *inaplicable* por desconocer y contrariar lo contenido en el artículo transitorio 19 del artículo 1º del AL 01 de 2017 y en el art. 29 de la Constitución Política”.

¹¹⁸ M. P. Alberto Rojas Ríos.

¹¹⁹ Acto Legislativo 01 de 2017, artículo 19.

¹²⁰ JEP - Sección de Revisión del Tribunal para la Paz, SRT-AE-026/2019 de 4 de abril de 2019.

¹²¹ *Idem*.

decidir, en forma facultativa, previa la ponderación [...], si concede la extradición”,¹²² la cual podrá subordinar a las condiciones que considere oportunas¹²³ e, incluso, diferirla, “en los casos en que con anterioridad al recibo del requerimiento, la persona solicitada hubiere delinquido en Colombia, hasta cuando sea juzgada y cumpla la pena, o hasta que por cualquier otra causa termine el proceso”;¹²⁴ si no fuere favorable, la Corte “remitirá el caso a la autoridad judicial competente en Colombia para que asuma el conocimiento del mismo, decida sobre la libertad del capturado y disponga dentro del respectivo proceso penal las medidas procesales de aseguramiento, si a ello hubiere lugar”.¹²⁵

La garantía de no extradición frente a los principios de esta figura

La garantía de no extradición no desconoce los principios de la misma, sino que, por el contrario, los amplía, aunque bajo unos parámetros distintos a los de la regulación ordinaria en Colombia, así:

- Desarrolla el principio *aut dedere aut judicare*¹²⁶ –extraditar o juzgar– pues busca que cuando la competencia la tenga la JEP, es decir que cuando los delitos se hayan cometido con ocasión o a causa del conflicto armado sea esta y no otro Estado el que adelante los deberes de investigar, juzgar y sancionar. Bajo este entendido, esta figura garantiza que no haya impunidad en el sistema a través de juzgamiento de estos crímenes en el sistema de la JEP. En este sentido, esta figura interpreta el artículo 49 del Convenio I de Ginebra que señala:

Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las disposiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si esta ha formulado contra ellas cargos suficientes.

Esta disposición también se encuentra presente en las subsiguientes convenciones de Ginebra (II, III y IV).

De esta manera, más allá de constituir un procedimiento especial con una serie de particularidades que se verán más adelante, lo esencial de la garantía de no extradición es que tiene como finalidad establecer un objetivo primordial para el acuerdo: salvaguardar los derechos de las

¹²² Código de Procedimiento Penal, artículo 492.

¹²³ *Ibid.*, artículo 494.

¹²⁴ *Ibid.*, artículo 504, y Corte Constitucional, Sentencia C-080 de 2018, cit.

¹²⁵ Corte Constitucional, *ibid.*

¹²⁶ Naciones Unidas, Obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*). Informe preliminar sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*), del Sr. Zdzislaw Galicki, Relator Especial, A/CN.4/571.

víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición,¹²⁷ en virtud de lo cual es la JEP la encargada de juzgar los delitos cometidos en el conflicto armado colombiano.

- El principio del debido proceso se cumple en razón de la existencia de un procedimiento para determinar si se presentan los requisitos necesarios para aplicar la extradición. En este aspecto, en Colombia controvertido ampliamente sobre si es legal que se admita la práctica de pruebas en el procedimiento, pues ello diferenciaría este trámite del que se presenta en el proceso ordinario contemplado en el Código de Procedimiento Penal. Sin embargo, lo primero que debe señalarse es que, a partir del análisis de derecho comparado realizado, no resulta extraño que se decreten y practiquen pruebas en el procedimiento de extradición; por el contrario, la regla en la mayoría de países del mundo es que se realice un procedimiento para demostrar que se presentan los requisitos necesarios para aplicarla. En este sentido, por ejemplo, en el Código de Procedimiento Penal italiano se señala que salvo disposición en contrario de un tratado internacional, la Corte de Apelación solamente podrá decretar la extradición cuando existan graves indicios de culpabilidad o exista una sentencia condenatoria y luego de un proceso donde pueden practicarse pruebas.¹²⁸
- En relación con los principios de doble incriminación, especialidad, reciprocidad y marginación de hechos leves,¹²⁹ es necesario tener en cuenta que la garantía de no extradición es solamente una fase del procedimiento de extradición contemplado en el Código de Procedimiento Penal Colombiano que exige de manera expresa el cumplimiento de estos axiomas.
- Finalmente, el principio de no entrega por delitos políticos¹³⁰ está directamente consagrado en el Acuerdo Final y en el Acto Legislativo 01, cuyo artículo 19 señala que la extradición no procede “por ningún delito político, de rebelión o conexo con los anteriores, ya hubieran sido cometidos dentro o fuera de Colombia”.

Dado lo anterior, se puede concluir que la garantía de no extradición desarrolla plenamente los principios de esa figura y permite, además, lograr el objetivo de salvaguardar los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición frente a aquellas conductas que por ser cometidas con ocasión o a causa del conflicto armado interno en Colombia deben ser juzgadas por la JEP en aplicación del principio *aut dedere aut judicare*.

¹²⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-080 de 2018, cit.

¹²⁸ Código de Procedimiento Penal Italiano, artículo 705.

¹²⁹ Luzón, *op. cit.*, p. 109; Muñoz y García, *op. cit.*, p. 166.

¹³⁰ Luzón, *idem.*; Mir, *op. cit.*, p. 57.

Bibliografía

- AUST, Anthony, *Handbook of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.
- BASSIOUNI, Cherif, *Introduction to International Criminal Law*, Bruselas, Martinus Nijhoff Publishers, 2013.
- ELSTER, Jon, *Rendición de cuentas. La justicia transicional en perspectiva histórica*, Buenos Aires, Katz, 2006.
- EVANS, Malcolm, *International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- KLABBERS, Jan, *International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
- KRITZ, Neil, "The dilemmas of transitional justice", en Neil KRITZ, *Transitional Justice*, Washington, United States Institute of Peace Press, 1995.
- LUZÓN, Diego Manuel, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.
- MIR, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, Barcelona, Reppertor, 2011.
- MIRH, Anja, "An introduction to transitional justice", en Olivera SIMIC *An Introduction of transitional justice*, London, Routledge, 2017.
- MUÑOZ, Francisco y Mercedes GARCÍA, *Manual de derecho penal. Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.
- NASH, Susan e Ilias BANTEKAS, *International Criminal Law*, London, Cavendish, 2003.
- OPPENHEIM, M. A., *International Law. A Treatise*, vol. I, London, The Lawbook Exchange, 2008.
- SHEARER, Ivan Anthony, *Extradition in International Law*, Manchester, Manchester University Press, 1971.
- WERLE, Gerhard y Moritz VORMBAUM, *Transitional Justice*, Berlin, Springer, 2018.

Comentarios sobre la génesis de las reglas de procedimiento de 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 presente artículo relata la manera en que la Jurisdicción Especial para la Paz cumplió con el mandato constitucional de elaborar un proyecto de normas de procedimiento. Si bien se trata de una historia documentada, merced a la existencia de los informes de relatoría y a las Gacetas del Congreso de la República, hasta la fecha no había sido contada. El escrito se compone de cuatro grandes bloques: i) conformación y metodología del Comité Redactor de las reglas de procedimiento de la Jurisdicción Especial para la Paz; ii) aportes de las comisiones de género y étnica; iii) aspectos controversiales; iv) trámite y aprobación del proyecto de ley.

Palabras clave: reglas de procedimiento de la JEP, justicia transicional, Tribunal para la Paz.

Abstract: This article discusses how the Special Jurisdiction for Peace (JEP) complied with the constitutional mandate to draft procedural rules. Although this is a documented history, thanks to the existence of the rapporteur's reports and the Gazettes of the Congress of the Republic, it has not yet been told. The article consists of four large blocks: i) creation and methodology of the Drafting Committee for the rules of procedure of the Special Jurisdiction for Peace; ii) contributions of the Gender and Ethnic Commissions; iii) controversial aspects; iv) processing and approval of the bill.

Key words: JEP rules of procedure, transitional justice, Peace Court.

Introducción

El propósito de este escrito apunta a explicarles a las organizaciones de víctimas, a los comparecientes, a la academia y a la ciudadanía en general, el origen y los debates que precedieron la expedición de la Ley 1922 de 2018, “Por medio de la cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la Jurisdicción Especial para la Paz (RPJEP)”.

A diferencia de los códigos tradicionales, las RPJEP no tuvieron su origen en un proyecto de ley elaborado por un grupo de expertos convocados por el presidente de la República ni tampoco en una bancada de congresistas. Por el contrario, por mandato del artículo transitorio 12 del Acto Legislativo 01 de 2017, los magistrados de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) se encontraban facultados para elaborar un proyecto de normas procesales, que debía ser presentado por el Gobierno nacional al Congreso de la República.

Como aspecto novedoso adicional, el artículo 12 transitorio superior prevé que el referido proyecto de ley debía respetar un conjunto de garantías procesales constitucionales (v. gr., doble instancia, imparcialidad, presunción de inocencia, favorabilidad, etc.), e igualmente, ceñirse a “los parámetros establecidos en el Acuerdo Final”, lo cual reitera su carácter de documento mixto, esto es, político-jurídico.¹

Sin lugar a dudas, resulta inusual en la tradición jurídica colombiana que la carta política habilite a un tribunal para elaborar un proyecto de ley destinado a regular sus propios procedimientos. La experiencia demostró, sin embargo, las bondades de la medida, por cuanto los jueces transicionales se vieron abocados a reflexionar sobre las diversas rutas de ingreso (*inputs*) y salida (*outputs*) del sistema que gestionarían, advirtiendo la existencia de competencias concurrentes entre diversas salas y la necesidad de adoptar unos criterios uniformes de priorización de situaciones y casos.

El presente artículo aborda cuatro grandes ejes temáticos: i) conformación y metodología del Comité Redactor de las RPJEP; ii) aportes de las comisiones de género y étnica; iii) aspectos que suscitaron mayor controversia en el Comité; y iv) trámite y aprobación del proyecto de ley.

Conformación y metodología del Comité Redactor de las RPJEP

En cumplimiento del artículo 12 transitorio superior, mediante Resolución 004 de 23 de enero de 2018, la presidenta de la JEP integró el “Comité para la elaboración del proyecto de ley de procedimiento de la Jurisdicción Especial

¹ Alejandro Ramelli, *La naturaleza jurídica del Acuerdo de Paz en Colombia. Aspectos controversiales*, Madrid, Editorial Académica Española, 2019, p. 10.

para la Paz”,² y designó al magistrado Alejandro Ramelli como coordinador “para la redacción del proyecto de ley de procedimiento de la JEP”.

Una vez integrado el Comité Redactor, donde participaron delegados de cada sala y sección de la JEP, se fijó una fecha máxima para la entrega del proyecto de ley al Gobierno nacional. Por unanimidad, se acordó dicha entrega para los primeros días del mes de marzo,³ dado el inicio de la legislatura, de tal suerte que la magistratura contaría con escasos dos meses para elaborar el proyecto de las RPJEP.

En la segunda reunión del Comité Redactor,⁴ cada uno de sus integrantes aportó elementos de respuesta a los siguientes interrogantes de carácter general: i) ¿cuál es el ámbito de regulación de las RPJEP?, ii) ¿qué modelos de procedimiento deben ser regulados en ellas?, iii) ¿cuáles son la necesidad y los riesgos de las cláusulas remisorias? y iv) ¿qué elementos de los insumos remitidos a la jurisdicción serían acogidos?

El primer interrogante apuntaba a determinar las relaciones entre las RPJEP y el proyecto de ley estatutaria de la JEP. La opción acogida fue la del “minimalismo”,⁵ que significaba evitar toda suerte de repetición de los temas ya regulados en las normas estatutarias, en especial, los factores competenciales (v. gr., personal, material, temporal, etc.), las atribuciones de las Salas de Justicia y del Tribunal para la Paz, así como algunas regulaciones que materialmente son de carácter procesal. Se debe tener presente que, a diferencia de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, aquella de la JEP no se limita a describir aspectos vinculados propiamente con la estructura y el funcionamiento de una rama del Poder Público, sino que invade espacios propios de una ley procesal ordinaria, amén de una regulación, en cierta forma innecesaria, de una ley de amnistía.

El referido “minimalismo” se tradujo en la preferencia de la denominación “Reglas de procedimiento de la JEP”, en lugar de “código”, dado que no se trata de una regulación integral y unificada sobre un determinado ramo de la legislación, en los términos de la jurisprudencia constitucional.⁶

El segundo interrogante, relacionado con los modelos de procedimiento en las RPJEP, a primera vista resultaba ser un cuestionamiento de fácil resolución: se trataría, por una parte, de un procedimiento no adversarial, dialógico y con enfoque de justicia restaurativa; y, por la otra, uno de carácter adversarial,

² El Comité Redactor fue integrado por los siguientes magistrados: Nadiezhda Natazha Henríquez, Juan José Cantillo Pushaina, Sandra Jeannette Castro Ospina, Camilo Andrés Suárez Aldana, Raúl Eduardo Sánchez Sánchez, Adolfo Murillo Granados, Sandra Rocío Gamboa Rubiano y Alejandro Ramelli Arteaga.

³ JEP, Comité Redactor de las RPJEP, Informe de relatoría 01 de 16 de enero de 2018.

⁴ JEP, Comité Redactor de las RPJEP, Informe de relatoría 02 de 22 de enero de 2018.

⁵ JEP, Comité Redactor de las RPJEP, Informe de relatoría 03 de 25 de enero de 2018.

⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-725 de 2000.

inspirado en las lógicas de la justicia retributiva. Prontamente se advirtió la necesidad de regular algunos aspectos de los procedimientos seguidos ante la Sala de Amnistía o Indulto (SAI) y la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas (SDSJ), así como la exigencia de precisar ciertos tópicos relacionados con las competencias de la Sección de Revisión y algunas de las atribuciones de la Sección de Apelación.

Importa señalar que si bien el procedimiento dialógico-restaurativo guarda ciertas semejanzas con el transicional, adelantado en virtud de la Ley de Justicia y Paz, el Comité Redactor siempre tuvo en mente aplicar las lecciones aprendidas, evitando los errores estructurales y de aplicación de aquel. De igual manera, en cuanto al procedimiento adversarial, existió un interés por evitar copiar el modelo previsto en la Ley 906 de 2004, diseñando un esquema mucho más sencillo y ágil. En pocas palabras, siempre se buscó crear un modelo de procedimiento que integrara principios, elementos y etapas propios de la justicia transicional, y que no fuera una simple sumatoria o agregado de dos sistemas procesales existentes, como los de Justicia y Paz y el acusatorio de la justicia ordinaria.

En lo que atañe al tercer interrogante, referido a las necesidades y los riesgos de acudir a cláusulas remisorias, los debates fueron intensos. Por una parte, se reconocía la exigencia de enlistar algunas leyes que sirvieran para colmar los inevitables vacíos normativos que dejaban las RPJEP y la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia en la JEP; por la otra, se advertían los peligros de las remisiones generales, las cuales generarían una enorme inseguridad jurídica para las víctimas, los comparecientes y sus correspondientes apoderados.

El Comité Redactor optó por una fórmula intermedia: tratar de regular los aspectos esenciales en las RPJEP y solo dejar los asuntos menores a las normas remisorias. En otros términos, se buscó evitar emplear remisiones de carácter general, y en caso de ser necesarias, se realizarían en el artículo correspondiente.

Con todo, varias dudas persistían: ¿a qué leyes apelarían las cláusulas remisorias?, ¿en qué orden serían enlistados los textos normativos?, ¿qué rol jugarían los principios orientadores de la justicia transicional en el momento de seleccionar y aplicar las cláusulas remisorias?, entre otras.

Un cuarto y último interrogante apuntaba a determinar qué elementos de los dos insumos recibidos por la JEP serían acogidos. El primero era un proyecto de ley elaborado por el International Center for Transitional Justice (ICTJ); el segundo, uno construido por la Universidad del Rosario. Aunque interesantes, ambos aportes presentaban la dificultad de haber sido elaborados con anterioridad a la expedición de la Sentencia C-674 de 2017, mediante la cual se revisó la constitucionalidad del Acto Legislativo 01 de 2017. A pesar de ello, el Comité Redactor encontró que el tema de la regulación de la acreditación

de víctimas en el proyecto del ICTJ resultaba adecuado, motivo por el cual fue acogido en su esencia.⁷ En cuanto al aporte de la Universidad del Rosario, la inclusión de una conferencia restaurativa en el desarrollo del proceso adversarial fue una iniciativa aceptada por el Comité Redactor, en la medida en que se incorporaba un elemento dialógico en el curso de un trámite sin reconocimiento de responsabilidad.

Aportados algunos elementos de respuesta a los cuatro grandes interrogantes señalados, el Comité Redactor acogió las siguientes directrices orientadoras de su labor:

- Centralidad de los derechos de las víctimas: se garantiza una amplia participación de las víctimas, directamente o por intermedio de sus apoderados, en cada uno de los procesos que se adelantan ante la JEP.
- Rendición de cuentas: los victimarios, de forma individual o colectiva, deben aportar la verdad plena sobre lo sucedido. Su compromiso consiste en esclarecer los hechos, reconocer sus responsabilidades y reparar a las víctimas.
- Respeto irrestricto por las garantías procesales de los comparecientes ante la JEP: las personas sometidas y las que voluntariamente se acojan a esta jurisdicción, gozarán de todas las garantías y los derechos sustanciales y procesales, incluidos el debido proceso, la seguridad jurídica, el derecho de defensa y contradicción, y la celeridad en los procedimientos, entre otros.
- Resolución de la situación jurídica de los comparecientes ante la JEP: la JEP es un escenario de justicia transicional para que los antiguos integrantes de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército de Pueblo (FARC-EP), los agentes del Estado, así como los particulares que lo deseen se acojan para definir sus respectivas situaciones jurídicas por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado.

Alcanzados los consensos sobre los temas generales, el Comité Redactor acordó como metodología de trabajo que cada sala y sección construyera los respectivos flujogramas de sus procesos, los cuales deberían ser posteriormente traducidos en normas jurídico-procesales. Esto ayudó a detectar complejos problemas interpretativos, pero también a clarificar las rutas de ingreso, tránsito y salida de la JEP, así como la existencia de competencias concurrentes entre diversas salas de justicia.

Seguidamente se discutió la estructura de las RPJEP.⁸ Se concluyó que estarían integradas por un título preliminar, contentivo de los principios rectores

⁷ JEP, Comité Redactor de las RPJEP, Informe de relatoría 02 de 22 de enero de 2018.

⁸ JEP, Comité Redactor de las RPJEP, Informe de relatoría 03 de 25 de enero de 2018.

de la JEP; un libro primero, sobre disposiciones generales (centralidad de los derechos de las víctimas, sujetos procesales, reglas generales de actuación, régimen probatorio y medidas cautelares); un libro segundo (procesos en caso de reconocimiento de responsabilidad, procesos en caso de ausencia de reconocimiento de verdad y otros procedimientos ante las salas y secciones de la JEP); y un libro tercero, contentivo de disposiciones complementarias (régimen de libertades y disposiciones especiales en materia étnica).

A lo largo de numerosas sesiones de trabajo, el Comité Redactor discutió y aprobó los borradores de artículos redactados en el seno de cada una de las salas y secciones de la JEP. Siguiendo una lógica de trabajo parlamentario, en algunos casos se discutieron diversos proyectos normativos sobre un mismo tema que, de no ser apoyados por consenso, la decisión final quedaba en manos de la Sala Plena de la JEP.

Una vez aprobado el texto del proyecto de las RPJEP por el Comité Redactor, un grupo de magistrados, junto con sus equipos de trabajo, realizaron una revisión de estilo y armonización del mismo.

Como puede advertirse, el proyecto de ley de las RPJEP fue construido, en su totalidad, por los magistrados de la JEP, en un ejercicio de trabajo legislativo inédito en Colombia, en la medida en que la mayoría de los integrantes de la Jurisdicción son mujeres, y el 30 % de sus miembros pertenecen a minorías étnicas indígenas o afrocolombianas.

Aportes de las comisiones de género y étnica

El Comité Redactor invitó a las comisiones de género y étnica de la JEP a realizar sus respectivos aportes a la construcción del proyecto de las RPJEP.

La Comisión de Género reivindicó los derechos de las víctimas en cuanto a contar con una información plena, al reconocimiento de sus derechos con enfoque diferencial y de género, en concordancia con los distintos instrumentos internacionales para el tratamiento respetuoso de las víctimas de delitos sexuales, “así como sobre la protección de su privacidad, intimidad y estándares de no revictimización”.⁹ De igual manera, se insistió en la inclusión del derecho que tienen las víctimas a no ser confrontadas con su agresor, así como el derecho a la confidencialidad en el manejo de la información sobre casos de violencia sexual.

La Comisión de Género propuso varios artículos con componente restaurativo en los proyectos de reparación, con el fin de eliminar estereotipos y roles de discriminación, así como incluir “reparaciones simbólicas concertadas con las mujeres víctimas y como garantía de no repetición de las conductas que les

⁹ *Gaceta del Congreso* 118 de 10 de abril de 2018.

hayan afectado en el marco del conflicto armado interno, siendo exigible mediante el régimen de condicionalidad”.¹⁰

Aunado a lo anterior, la Comisión de Género planteó la adopción de medidas de protección especiales para mujeres y personas LGBTI víctimas que concurrían a la JEP, en cabeza de la Unidad de Investigación y Acusación (UIA), y la aplicación de los protocolos de Estambul y de Minnesota que ofrecen pautas interpretativas para la documentación de la violencia sexual en cuerpos sin vida.¹¹

La Comisión Étnica remitió, asimismo, importantes insumos al Comité Redactor, en especial, en relación con los mecanismos de coordinación entre las autoridades judiciales ancestrales indígenas y la JEP. Respecto al tema de consulta previa, la Comisión Étnica propuso una fórmula intermedia –finalmente acogida por el Congreso de la República–, que consistía en que aquellas disposiciones contenidas en las RPJEP que afectaran a los pueblos étnicos se aplicarían de manera transitoria, respetando los principios establecidos en el Capítulo Étnico del Acuerdo Final, hasta que esta se surtiera.¹²

La fórmula intermedia respondía al imperativo que tenía la JEP de disponer, en el menor tiempo posible, de unas normas de rango legal que regularan los diversos procesos que debían surtirse ante ella. En los primeros días de funcionamiento de la JEP, es decir, el primer semestre del año 2017, el marco normativo con que contaba resultaba extremadamente precario: la Ley 1820 de 2016 (sin el fallo de constitucionalidad), el comunicado de prensa número 55 de la Corte Constitucional (sin el texto de la Sentencia C-674 de 2017) y su reglamento interno, amén de carecer de la ley estatutaria de la JEP, texto inexistente en el momento de escribir estas líneas debido al trámite de las objeciones presidenciales.

Aspectos que suscitaron mayor controversia en el Comité Redactor

A lo largo de las discusiones del Comité Redactor hubo consenso en cerca del 80 % del articulado. Con todo, en algunos temas se plantearon posturas diametralmente opuestas. El árbitro fue la Sala Plena de la JEP, instancia donde fueron expuestos y debatidos los distintos proyectos de artículos, y las decisiones fueron adoptadas por la mayoría de sus integrantes.

En materia del *incidente de condicionalidad*, la mayoría de integrantes del Comité Redactor se inclinó por aplicar un principio de gradualidad, lo cual implicaba que no cualquier incumplimiento de los deberes del compareciente,

¹⁰ *Idem.*

¹¹ *Idem.*

¹² En el momento de escribir este artículo, la consulta previa, organizada por los diversos componentes del Sistema: JEP, Comisión para la Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición (CEVCNR) y Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto (UBPD), se encuentra en su etapa final.

señalados en la Sentencia C-674 de 2017, llevaría a la exclusión de la JEP y a la pérdida total de los beneficios otorgados. Una minoría, por el contrario, planteó una postura más severa, siguiendo un poco la lógica aplicada durante el proceso de Justicia y Paz, cuya aplicación comportaría una fácil exclusión de la JEP. La Sala Plena acogió la primera postura.

La *regulación de los bienes* suscitó una mayor polémica en el seno del Comité Redactor. Un grupo de magistrados era partidario de regular *in extenso* el asunto de los bienes que eventualmente entregarán los comparecientes para satisfacer la reparación económica de sus víctimas. Esto conllevaba la puesta en marcha de instrumentos de extinción de dominio, siguiendo un poco la experiencia de Justicia y Paz.¹³ Por el contrario, una parte de los integrantes del Comité Redactor se inclinaba por no regular la materia debido a la imposibilidad fáctica en la que se encontraba la JEP para asumir procesos de extinción de dominio. La Sala Plena, luego de un interesante debate, se inclinó por la segunda postura.

La gradualidad de las sanciones también suscitó controversia.¹⁴ Un grupo de magistrados sostenía la necesidad de aplicar un sistema de cuartos, a efectos de determinar con la mayor exactitud posible la pena a la cual sería sometido un compareciente ante la JEP; otros, por su parte, se inclinaban por una metodología más flexible, soportada en la inclusión de algunos elementos que le permitieran al juez tasar la pena (v. gr., gravedad de los hechos, colaboración del compareciente, etc.). La Sala Plena acogió la segunda postura, sobre todo, por cuanto la distancia entre los límites mínimos y máximos de las penas que impondría la JEP resultaba muy corta, en algunos casos tres años y en otros cinco.

Las metodologías de *priorización y selección* comportaron una profunda discusión en el Comité Redactor.¹⁵ El debate no se centró en los sentidos ni alcances de ambas expresiones, sobre los cuales existía consenso: la priorización era entendida como un instrumento técnico que permite asociar casos, encontrar patrones macrocriminales¹⁶ y llegar a los máximos responsables, en tanto la selección permite establecer quiénes tuvieron una participación determinante en la comisión de crímenes internacionales, diferencias que no coinciden plenamente con las empleadas en el derecho penal internacional.¹⁷ De igual manera, existía claridad acerca de que los criterios de selección eran de reserva de ley estatutaria y que la decisión de no seleccionar era susceptible de recursos.

¹³ JEP, Comité Redactor de las RPJEP, Informe de relatoría 12 de 26 de febrero de 2018.

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ JEP, Comité Redactor de las RPJEP, Informe de relatoría 11 de 21 de febrero de 2018.

¹⁶ Pablo de Greiff, Informe del Relator Especial sobre la Promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/HRC/27/56 de 27 de agosto de 2014.

¹⁷ Morten Bergsmo (ed.), *Criteria for Prioritizing and Selecting Core International Crimes Cases*, Oslo, Tolkel Opsahl Academic EPublisher, 2010.

Así las cosas, la controversia se centró en los siguientes asuntos: i) pertinencia de incluir en las RPJEP una definición y unos criterios de priorización; ii) necesidad de prever la existencia de un recurso frente a las decisiones de priorización. Al respecto, fueron planteadas varias posturas:

- Ausencia de regulación legal y reglamentaria de la priorización: según este planteamiento, la decisión de priorizar debía ser completamente discrecional por parte de la JEP, sin contar con unos límites normativos al respecto.
- Regulación interna de la priorización: los defensores de esta postura sostenían que si bien la priorización no debía ser regulada legalmente, lo debía ser en el reglamento interno de la JEP o, al menos, en sus documentos internos de trabajo.¹⁸
- Reglamentación mínima legal: algunos de los integrantes del Comité Redactor se inclinaban por una fórmula según la cual en el texto de las RPJEP debían incluirse unos criterios de priorización y un recurso frente a las decisiones adoptadas en la materia.

La Sala Plena se inclinó por la exclusión de los criterios de priorización del texto de las RPJEP, así como del recurso frente a las decisiones adoptadas al respecto. Sin embargo, estimó necesario adoptar unos documentos internos de trabajo que orientaran las labores de la jurisdicción en cuanto a la priorización de situaciones y casos. En consecuencia, la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas (SRVRDH) expidió un documento titulado *Criterios y metodologías de priorización de casos y situaciones*,¹⁹ el cual constituye una guía para la gestión de la priorización en la referida Sala.

Trámite y aprobación de las RPJEP

Una vez que los integrantes del Comité Redactor acordaron el texto del proyecto de RPJEP, el siguiente paso fue someterlo a consideración y votación de la Sala Plena de la JEP, durante su sesión extraordinaria del 9 de marzo de 2018.

El 12 de marzo de 2018, la presidenta de la JEP y los integrantes del Comité Redactor le entregaron al presidente de la República el proyecto de RPJEP, integrado por 228 artículos.

Dados los cambios políticos sucedidos en el país en el curso del primer semestre de 2018, entrecruzados por la campaña electoral presidencial, el Gobierno nacional le solicitó a la JEP presentar un proyecto de RPJEP mucho más acotado, debido a la imposibilidad de lograr la aprobación parlamentaria de un texto considerado “demasiado extenso”. De hecho, las RPJEP constituían el

¹⁸ JEP, Comité Redactor de las RPJEP, Informe de relatoría 11 de 21 de febrero de 2018.

¹⁹ JEP - SRVDH, *Criterios y metodologías de priorización*, Bogotá, 28 de junio de 2018.

último proyecto de ley de ejecución normativa del Acuerdo Final que presentaría el presidente Santos a consideración del Congreso de la República, sin contar para entonces con el Procedimiento Legislativo Especial para la Paz (*fast track*).

Ante la urgencia de disponer de unas normas de procedimiento, los magistrados de la JEP, en tiempo récord, redujeron su proyecto inicial de 228 artículos a tan solo 76 disposiciones, el cual fue remitido al Gobierno nacional el 23 de abril de 2018. El 27 de abril, los entonces ministros del Interior y de Justicia y del Derecho radicaron el proyecto de Ley 225 de 2018 Senado y 239 de 2018 Cámara, “Por medio del cual se adoptan unas Reglas de Procedimiento para la Jurisdicción Especial para la Paz”, con mensaje de urgencia. Las comisiones primeras permanentes de ambas cámaras debatieron el proyecto de ley en sesiones de los días 16, 17, 22, 28 y 29 de mayo de 2018, aprobando finalmente el proyecto de ley.

En la *Gaceta del Congreso* 405 de 12 de julio de 2018²⁰ aparece publicado el “Informe de ponencia para segundo debate en la Plenaria de la Cámara de Representantes al proyecto de ley 225/18 senado - 239/18 cámara ‘Por medio del cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la jurisdicción especial para la paz’”. Las modificaciones planteadas por los ponentes apuntaron, en esencia, a los siguientes temas: defensa de integrantes de la fuerza pública, recolección de elementos probatorios por parte de magistrados auxiliares, libertad probatoria, reconocimiento de verdad, audiencias procesales, claridad en el momento procesal para la manifestación de voluntariedad por parte de terceros, incorporación de pruebas y revisión de decisiones de otras jurisdicciones.

La aprobación del proyecto de las RPJEP en la plenaria del Senado de la República resultó mucho más difícil que en la Cámara de Representantes. Se argumentó en su momento la necesidad de contar previamente con la sentencia de la Corte Constitucional sobre el proyecto de ley estatutaria de la JEP, fallo que vendría a conocerse meses después (Sentencia C-080 de 2018). El argumento jurídico según el cual el Congreso de la República no podía expedir unas normas de procedimiento para la JEP hasta que no se contase con una ley estatutaria desconocía por completo la naturaleza jurídica y la autonomía de cada uno de estos tipos de leyes en el sistema de fuentes colombiano.²¹ De hecho, hoy por hoy, la JEP no dispone de una ley estatutaria debido al trámite de las objeciones presidenciales y, en consecuencia, tampoco habría podido contar con las RPJEP, lo cual habría traumatizado aún más su funcionamiento.

Tal y como quedó consignado en la *Gaceta del Congreso* 872 de 22 de octubre de 2018, la única manera de lograr la aprobación del proyecto de las RPJEP por parte de la plenaria del Senado de la República consistió en acoger 27

²⁰ *Gaceta del Congreso* 405 de 12 de julio de 2018.

²¹ Corte Constitucional, Sentencia C-1042 de 2007.

proposiciones, 24 de ellas del partido Centro Democrático, previamente concertadas con el Gobierno nacional y los ponentes. Los puntos más sensibles y polémicos de tales modificaciones versaban sobre lo siguiente: i) aplicación de la metodología de investigación en contexto a miembros de la fuerza pública; ii) competencias de la JEP en materia de garantía de no extradición; y iii) facultad a los integrantes de las fuerzas militares para no acudir a los llamados de la JEP hasta tanto se aprobaran unas normas procesales diferentes para ellos.

La Corte Constitucional, en Sentencia C-112 de 2019²² declaró inexecutable el apartado final del párrafo 2° del artículo 11 de la Ley 1922 de 2018, que dispone: “En consecuencia, en ningún caso les serán aplicables los numerales 2, 3 y 8 del presente artículo”, y el artículo 75 de la mencionada ley, atendiendo al vicio presentado en su formación. Otro tanto sucedió con la expresión “verificará”, contenida en el artículo 54, y en cambio de esta deberá leerse la palabra “evaluará”, así como palabra “[no]” contenida en el apartado final del inciso primero del artículo 54.

Dada la existencia de discrepancias entre los textos aprobados en las plenarios de Senado y Cámara de Representantes, tal y como consta en la *Gaceta del Congreso* 480 de 27 de junio de 2018, fue acogido en su totalidad el texto aprobado por la primera.

El proyecto de RPJEP finalmente se convirtió en la Ley 1922 de 18 de julio de 2018, y, a partir de entonces, ha sido una herramienta fundamental para darle seguridad jurídica al trabajo de la JEP.

A modo de conclusión

La redacción de las RPJEP por los magistrados constituye el rompimiento de una tradición secular en Colombia, quizá comparable con la del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, cuyo proyecto fue elaborado por el Consejo de Estado.

Antaño, la redacción de códigos era una labor encomendada a un grupo de expertos, quienes según sus conocimientos y experiencias construían autónomamente y en su integridad un texto normativo, cuyos destinatarios ignoraban los motivos y las justificaciones que yacían tras tales normas.

En mi labor de coordinación del proyecto de RPJEP, pude advertir que la propuesta de articulado resultaba ser un reflejo de la diversidad y pluralidad que caracterizan a los integrantes de la JEP. Sin lugar a dudas, en la historia legislativa colombiana, no existe otra normatividad con un origen tan diverso y democrático. Recordemos que la mayoría de integrantes de la JEP son mujeres y que incluye una alta participación de las comunidades indígenas y afrocolombianas.

²² Corte Constitucional, Sentencia C-112 de 2019.

Los distintos saberes, culturas, experiencias profesionales y talentos llevaron a que los debates en el seno del Comité Redactor fueran profundos e intensos. Algunos mostraron un talento menos formalista del derecho y de la justicia transicional; otros, con experiencia en la redacción de códigos, se inclinaban por aproximaciones más tradicionales del derecho procesal. Unos y otros aportaron en la construcción de un documento de alta calidad en un tiempo récord: menos de dos meses.

Sin lugar a dudas, el reto que constituyó la redacción de las RPJEP fue enorme. En pocas palabras, se trataba de condensar, en muy pocos artículos, unas normas procesales (principios, sujetos procesales, aspectos probatorios, etc.) que resultaran aplicables a numerosos procedimientos de muy diversa naturaleza jurídica: el dialógico, el adversarial, las competencias especiales de las tres salas de justicia, las atribuciones de la Sección de Apelación, amén de las atribuciones de la Sección de Revisión.

La premura del tiempo no obstaculizó la apertura del debate. Por el contrario, las discusiones se abrieron a los colegas de las comisiones de género y étnica. En otras palabras, se trató de un ejercicio ampliamente participativo e incluyente.

Más allá de los cuatro principales temas que suscitaron controversia, es preciso señalar la presencia de otros, tales como la existencia de sujetos procesales en un proceso dialógico-restaurativo, la investigación oficiosa por la UIA y la facultad de la Sección de Apelaciones para proferir fallos de unificación.

La lógica del debate parlamentario llevó a que varias de las propuestas del proyecto original de RPJEP no quedaran, en especial las relacionadas con temas de violencia de género. Sin embargo, considero que el espíritu que animó buena parte de la redacción de las normas procesales propuestas por la JEP se mantuvo.

Bibliografía

BERGSMO, Morten (ed.), *Criteria for Prioritizing and Selecting Core International Crimes Cases*, Oslo, Tolkel Opsahl Academic EPublisher, 2010.

JEP, Comité Redactor de las RPJEP, Informe de relatoría 01 de 16 de enero de 2018.

_____, Informe de relatoría 02 de 22 de enero de 2018.

_____, Informe de relatoría 03 de 25 de enero de 2018.

_____, Informe de relatoría 04 de 1 de febrero de 2018.

_____, Informe de relatoría 05 de 5 de febrero de 2018.

_____, Informe de relatoría 06 de 6 de febrero de 2018.

_____, Informe de relatoría 07 de 7 de febrero de 2018.

- _____, Informe de relatoría 09 de 19 de febrero de 2018.
- _____, Informe de relatoría 11 de 21 de febrero de 2018.
- _____, Informe de relatoría 12 de 26 de febrero de 2018.
- _____, Informe de relatoría 13 de 5 de marzo de 2018.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-725 de 2000.
- _____, Sentencia C-1042 de 2007.
- _____, Sentencia C-674 de 2017.
- _____, Sentencia C- 080 de 2018.
- _____, Sentencia C-112 de 2019.
- DE GREIFF, Pablo, Informe del Relator Especial sobre la Promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/HRC/27/56 de 27 de agosto de 2014.
- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, *Memorias para la construcción de los criterios del nuevo sistema de investigación penal*, Bogotá, 2013.
- GACETA DEL CONGRESO 118 de 10 de abril de 2018.
- _____, 480 de 27 de junio de 2018.
- _____, 405 de 12 de julio de 2018.
- _____, 872 de 22 de octubre de 2018.
- JEP - SRVDH, *Criterios y metodologías de priorización*, 28 de junio de 2018.
- RAMELLI, Alejandro, *Jurisprudencia penal internacional aplicable en Colombia*, Bogotá, Universidad de los Andes - GIZ, 2011.
- _____, *La naturaleza jurídica del Acuerdo de Paz en Colombia. Aspectos controversiales*, Madrid, Editorial Académica Española, 2019.
- SIERRA PORTO, Humberto, “El Control de Convencionalidad: una institución en proceso de construcción. Los debates en torno a la utilización del ‘contexto’ en el derecho nacional”, en FRANCISCO RUBIO LLORENTE *et al.* (coords.), *La Constitución Política de España: estudios en homenaje a Manuel Aragón Reyes*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016.

Investigación y pruebas ante la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas de la Jurisdicción Especial para la Paz*

«MARÍA DEL PILAR VALENCIA GARCÍA» Magistrada de la Sección de Ausencia de Reconocimiento de Verdad y de Responsabilidad de los Hechos y Conductas
 «GERMÁN RÍOS ARIAS» Magistrado de la Sección de Ausencia de Reconocimiento de Verdad y de Responsabilidad de los Hechos y Conductas

Resumen: Ante la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas de la Jurisdicción Especial para la Paz podría ser necesaria la actividad investigativa y, por ende, un plan probatorio, tanto en un escenario de reconocimiento de verdad como en uno sin reconocimiento. Dicha tesis no siempre es aceptada. El éxito en términos de reconocimiento y acuerdos sobre un proyecto restaurador y otras decisiones requiere un soporte probatorio. Con fundamento en la normativa transicional, aquí se identifican el objeto de esta actividad, los momentos procesales relevantes, las cuestiones pendientes de estudio, entre otros aspectos del régimen de pruebas ante la mencionada sala.

Palabras clave: investigación, principio dialógico, pruebas.

Abstract: In proceedings before the Chamber for the Recognition of Truth, Responsibility and Determination of Facts and Conduct of the Special Jurisdiction for Peace, it might be necessary to conduct investigative activities and, therefore, to have an evidentiary plan in cases involving recognition of the truth as well as in cases without recognition. This thesis is not always accepted. The success in terms of recognition and agreements on restorative projects and other decisions require evidentiary support. This article identifies the purpose of this activity, the relevant procedural moments, the issues pending study, and other aspects of the evidentiary regime in the SRVR, based on the transitional regulations.

Key words: Investigation, dialogic principle, evidence.

* Este texto fue propuesto inicialmente como insumo para el trabajo en movilidad en la Situación Territorial de Urabá (Caso 04, abierto por la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas [SRVRDH] en agosto de 2018). Por ello, fue incorporado parcialmente en un texto más amplio, en elaboración, que aborda la cuestión probatoria ante la SRVRDH, preparado por Rosmerlin Estupiñán Silva, Luis Carlos Hoyos Quimbayo y Dídima Rico Chavarro, integrantes de los despachos de las magistradas Nadiezhda Henríquez Chacín de la SRVRDH, Reinere Jaramillo Chaverra y María del Pilar Valencia García, de la Sección de Ausencia de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad del Tribunal para la Paz de la JEP, a quienes los autores agradecen de manera especial por su diálogo, lectura y aportes.

Introducción

El texto que sigue describe el objeto, la necesidad, el alcance y los fundamentos normativos en torno a la investigación y la actividad probatoria en el procedimiento ante la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas (SRVRDH) de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP).

El Acuerdo Final de Paz, suscrito entre el Gobierno colombiano y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (FARC-EP) el 24 de noviembre de 2016, dio lugar a la justicia transicional, en cuyo marco se profirió la Ley 1957 de 2019, conocida como la Ley Estatutaria de Administración de Justicia para la JEP (Lejep). Este texto se limita a identificar algunas de las conexiones existentes entre el marco normativo de la justicia transicional y el régimen de investigación y pruebas en la justicia penal ordinaria, conexiones que surgen en virtud de la cláusula remisoria del artículo 72 de la Ley 1922 de 2018.

Con el alcance indicado, este escrito presenta una aproximación, producto de la revisión y descripción sistemática de la normativa, debido a la reciente construcción del actual modelo de justicia transicional que representa la JEP. Además, se procura establecer un punto de partida que facilite a otros intérpretes jurídicos avanzar o profundizar en temas afines, como los que se indican al final del texto.

Un factor adicional que anima esta presentación es la convicción de que la investigación y la actividad probatoria en la SRVRDH *per se* no implica que se deje de lado la aspiración dialógica que debe predominar en sus actuaciones, ni supone necesariamente dar paso a un modelo adversarial, ni que lo adversarial y lo dialógico se excluyan de manera absoluta en el procedimiento ante esta Sala. Sin entrar en el debate sobre lo que es dialógico y adversarial, y al pretender un sentido práctico, aquí se aporta un elemento de la realidad normativa –la descripción del régimen jurídico en torno a la investigación y actividad probatoria ante la SRVRDH–, cuya dimensión y particularidades deben ser consideradas al procurar una caracterización de lo que, en el contexto de los procedimientos ante la JEP, y en especial ante la SRVR, constituye lo dialógico y lo adversarial. Los siguientes ejemplos indican la importancia de este asunto:

- La SRVRDH contrastará los informes con el acervo probatorio allegado, las declaraciones de reconocimiento de verdad, las versiones voluntarias, las intervenciones de las víctimas, las pruebas recaudadas en el marco de la coordinación con las jurisdicciones étnicas cuando se dé el caso, entre otras actividades probatorias de las que se ocupa en parte la Lejep.
- Además de ese contraste, varias normas les fijan a las Salas de Justicia de la JEP, entre ellas a la SRVRDH, la capacidad de ordenar y practicar pruebas en el marco del procedimiento que culmina con la expedición de

la resolución de conclusiones o con la remisión a la Unidad de Investigación y Acusación (UIA).

En su orden, en los apartados siguientes se expondrán el objeto y alcance de la actividad probatoria en el procedimiento que se adelanta ante la SRVRDH de la JEP, las normas específicas que regulan la actividad probatoria de esta Sala y de otros órganos de la JEP, los momentos probatorios fundamentales del procedimiento ante la SRVR, algunas decisiones que requieren elementos de conocimiento y, por ende, un plan para allegarlos, los desarrollos pendientes de estudio para fijar las bases del plan de pruebas ante la Sala, y, finalmente, algunas conclusiones preliminares.

En lo metodológico, este artículo es producto de una labor de interpretación de las normas vigentes específicas relacionadas con la justicia transicional a cargo de la JEP, enriquecida por el diálogo con colegas y funcionarios de esa institución, gracias a su trabajo cotidiano.

Objeto y alcance de la actividad probatoria en el procedimiento ante la SRVRDH

Es útil definir en dos perspectivas el objeto y alcance de las competencias en torno a la actividad probatoria que puede desarrollar la SRVRDH: casos con reconocimiento de verdad y responsabilidad y casos sin reconocimiento de verdad y responsabilidad.

Casos con reconocimiento de verdad y responsabilidad

El proceso debe ser adelantado por la SRVRDH respecto de las conductas más graves y representativas “en casos de reconocimiento de la verdad [...] con participación de las víctimas y de los comparecientes” (Ley 1922 de 2018, art. 1, lit. b, y art. 27).

El éxito de las actividades dialógicas y deliberativas que involucren víctimas y presuntos responsables radica en que i) se aporte verdad y reconocimiento de responsabilidad y ii) se produzcan acuerdos en torno a las sanciones y el proyecto restaurador, de forma tal que realmente sean de recibo en función de proferir la resolución de conclusiones que la SRVRDH presentará ante la Sección de Primera Instancia de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad del Tribunal para la Paz.

De esta manera, una cuestión que se debe atender es cómo conducir la actividad probatoria, cuáles son sus mínimos y máximos suficientes para alcanzar los dos objetivos destacados en el párrafo precedente. Dos precisiones pueden contribuir: de una parte, la actividad probatoria puede ser un soporte requerido en algún momento por las acciones dialógicas del procedimiento. Al respecto, es necesario tener presente que el principio dialógico también debe garantizar el debido proceso, presunción de inocencia y contradicción, y pluralismo

jurídico, los cuales implican el derecho de solicitar y aportar pruebas (Ley 1922 de 2018, art. 1, lit. b, inc. 3, y Lejep, art. 79, lit. h, inc. 1).

De otra parte, la aspiración normativa y del Acuerdo Final de Paz es que el principio dialógico se aplique de preferencia sobre el adversarial cuando se produzca verdad y reconocimiento (Ley 1922 de 2018, art. 1, lit. b, y art. 27). Sin embargo, no hay prohibición de que se cruce dicho límite, pues se trata preferentemente de lo dialógico, no de su preeminencia absoluta. El desenvolvimiento de las relaciones en el proceso que debe seguir la SRVRDH puede generar varios momentos: podría ocurrir que al inicio del procedimiento ante la Sala se presente la negativa de verdad y reconocimiento; o puede ocurrir que se dé una voluntad inicial de verdad y reconocimiento que luego se niega a avanzar en esa dirección.

En suma, un plan para allegar elementos de conocimiento es útil y necesario en el procedimiento ante la SRVRDH en cualquiera de los dos escenarios extremos: de reconocimiento o de ausencia de reconocimiento.

Casos sin reconocimiento de verdad y responsabilidad

Los casos graves y representativos en los que no se produzca reconocimiento de verdad y responsabilidad deben ser remitidos a la UIA, a fin de que esta investigue y decida si acusa o no ante la Sección de Ausencia de Reconocimiento del Tribunal para la Paz.

Aquí la cuestión, entonces, es en qué medida la SRVRDH, antes y después del anuncio público, puede avanzar en la búsqueda de la verdad plena, principalmente cuando existan dudas sobre la versión voluntaria rendida por el compareciente y, por tanto, se considere que no se dan los presupuestos para imponer las sanciones propias, situación que implicaría remitir el expediente ante la UIA para que investigue y defina si emite o no resolución acusatoria.

Una posibilidad de definición en torno a esta cuestión es la siguiente: la SRVRDH debe procurar el mayor conocimiento posible de los hechos hasta el momento en que profiera la resolución de conclusiones. Tal conocimiento es, a la vez, su deber y su poder. Para ello, las normas le han concedido facultades de investigación, de ordenación y práctica de pruebas, tal como se verá en el apartado siguiente. El mayor conocimiento y soporte posible que adquiera en torno al caso puede ser el acicate para que los renuentes a reconocer finalmente lo hagan y pidan su inclusión en la resolución de conclusiones, así sea en el último momento. Ello también es una forma de proteger la verdad de reconocimientos parciales, autoinculpaciones convenientes y de prever que un inocente tenga que soportar la carga que puede representar ser llevado ante la UIA por falta de suficientes elementos de conocimiento, pues, solo ante una duda razonable y fundada que cuestione su inocencia, tal remisión tiene legitimidad.

Si el reconocimiento finalmente no se produjera, quiere decir que la remisión que llegue a la UIA le hará más fácil su labor de investigación y su decisión de acusar o no, la cual constituye específicamente una de sus labores distintivas.

Normas que atribuyen competencias sobre actividad probatoria a la SRVRDH

El inciso 3 del artículo transitorio 12 del Acto Legislativo 01 de 2017 prescribe que la SRVRDH debe tener soportes probatorios adicionales a los informes cuando pretenda tramitar la comparecencia obligatoria ante la Sección de Revisión del Tribunal para la Paz. Tal norma adquiere pleno sentido cuando los informes que se presenten ante esta Sala carezcan de soportes probatorios o sean insuficientes para determinar que una persona debe comparecer en virtud de la responsabilidad que le pueda caber en un hecho grave y representativo.

También los literales b, c, d, e, h, i y j del artículo 79 de la Lejep regulan la actividad probatoria ante la SRVRDH, en materia de informes, contrastación, versiones voluntarias, recepción de declaraciones de reconocimiento de verdad y responsabilidad, y solicitud de apoyo para la práctica probatoria a la Fiscalía General de la Nación.

Asimismo, el artículo 88 de la Lejep regula las funciones y la dirección de policía judicial de la JEP a cargo de la UIA, define las relaciones de policía judicial con las salas y secciones, y les confiere a estas ciertas facultades en materia probatoria. Dice la norma:

Tendrán funciones permanentes de policía judicial, los analistas e investigadores de la Unidad de Investigación y Acusación, y, aquellos que eventualmente sean asignados a cada una de las salas y secciones de la JEP, quienes deberán tener las condiciones y calidades exigidas para los miembros de policía judicial de la Fiscalía General de la Nación. El Director de la Unidad de Investigación y Acusación será el máximo director de la policía judicial de la JEP. Los magistrados de las Salas podrán comisionar a *cualquier autoridad*¹ para la práctica de pruebas, mientras los magistrados de las Secciones y los fiscales de la JEP sólo podrán hacerlo para la recolección de elementos materiales probatorios y evidencia física.

El primer aspecto por el cual es relevante el citado artículo 88 como fuente de competencias probatorias para la SRVRDH es que “tendrán funciones [...] de policía judicial, los analistas e investigadores de la Unidad de Investigación y Acusación, y, aquellos que eventualmente sean asignados a cada una de las salas y secciones de la JEP”.

De tal norma se desprende que la labor de policía judicial no es ajena a la SRVRDH y que cuenta, eventualmente, con personal para hacerlo. Además,

¹ La expresión en cursivas fue declarada exequible, pero se condicionó a que se entienda “cualquier autoridad judicial” (Corte Constitucional, Sentencia C-080 de 2018, M. P. Antonio José Lizarazo Ocampo).

también los magistrados de las salas y secciones pueden tomar la iniciativa de solicitar ese apoyo de la UIA, tal como lo establece la Ley 1922 de 2018 en su artículo 17, inciso 2: “Para la recolección de elementos materiales probatorios o la práctica de pruebas de oficio, eventualmente, los Magistrados de las Salas o Secciones de la JEP podrán solicitar al Director de la UIA la asignación de un cuerpo de funcionarios de policía judicial”.

El segundo aspecto por el cual es relevante el artículo 88 de la Lejep como fuente de competencias probatorias para la SRVRDH es que “los magistrados de las Salas podrán comisionar a cualquier autoridad (judicial) para la práctica de pruebas”. Tal norma concuerda con el literal j del artículo 79 de la Lejep, el cual prevé que “la Fiscalía General de la Nación o el órgano investigador de que se trate” le prestará “apoyo a los órganos [de la JEP] [...] cuando se le solicite (inciso 4)”.

Es decir, la SRVR no solo tiene el poder de practicar pruebas, sino también el de comisionar su práctica ante cualquier autoridad judicial, para lo cual deberán tenerse en cuenta las reglas legales sobre este tipo de comisiones, de conformidad con la cláusula remisoria regulada por el artículo 72 de la Ley 1922 de 2018.

Antes de comisionar a una autoridad externa a la JEP, todo indica que se debe coordinar y tratar de agotar tal labor con la UIA, y solo en defecto de la capacidad de esta, generar la comisión.

Por su parte, el artículo 10 de la Ley 1922 prevé que las salas y secciones “podrán ordenar la práctica de pruebas comunes que sean útiles y necesarias para varios procesos”.

A su vez, el inciso 1 del artículo 18 de la Ley 1922 de 2018, que se ocupa de la libertad probatoria, prescribe de manera general –lo cual incluye los diferentes órganos de la JEP– que “los hechos y circunstancias de las investigaciones por violaciones masivas a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en la legislación y la jurisprudencia colombiana”.

Al regular las modalidades de pruebas, el artículo 19 de la citada ley también les confirió a los magistrados de la JEP competencias según la modalidad, así:

- la prueba directamente practicada por los magistrados de la JEP para resolver los asuntos de su competencia;
- la proveniente de otros procedimientos y actuaciones ante cualquier jurisdicción o autoridad competente, con base en el principio de permanencia de la prueba, principio que naturalmente deben garantizar los magistrados de la JEP;
- la anticipada, en los términos señalados en los artículos 284 y 285 de la Ley 906 de 2004, cuya práctica se realizará ante el magistrado con función de control de garantías.

Igualmente, el parágrafo primero del artículo 19 establece que “Los Magistrados de las Salas y Secciones podrán ordenar pruebas de oficio”.

Finalmente, el artículo 20, respecto al acceso a documentos, prescribe:

Los Magistrados de la JEP, los Fiscales de la UIA y quienes tengan funciones de policía judicial, podrán acceder a los documentos y fuentes de investigación, atendiendo lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto Ley 588 de 2017 y 34 de la Ley 1621 de 2013.

Parágrafo. El carácter reservado de una información o de determinados documentos no será oponible a los Magistrados de JEP, Fiscales de la UIA y quienes tengan funciones de policía judicial, cuando los soliciten para el debido ejercicio de sus funciones. Corresponde a dichas autoridades de la JEP asegurar la reserva de las informaciones y documentos que lleguen a conocer en desarrollo de lo previsto en este artículo.

Con la anterior revisión normativa quedan indicadas, en gran parte, las competencias en torno a la actividad probatoria que puede desarrollar la SRVRDH. Un elemento que complementa estas facultades es que el proceso de investigación, cuyos objetivos y rasgos esenciales describe el artículo 11 de la Ley 1922 de 2018, no se circunscribe a ningún órgano específico de la JEP. A la vista del procedimiento que se sigue ante la SRVRDH en función de agotarlo hasta la resolución de conclusiones, la actividad investigativa tampoco está específicamente circunscrita al antes o el después del anuncio público.

La flexibilidad de órganos de la JEP que pueden investigar, así como de los momentos investigativos, y específicamente de las prácticas probatorias, enunciada en el párrafo precedente, puede apreciarse, en suma, como una cualidad de la justicia transicional, lo cual no obsta para observar que es conveniente y necesario que desde muy temprano del procedimiento se elabore la estrategia respectiva, teniendo en cuenta los objetivos y las finalidades de investigación que consagra el citado artículo 11.

Momentos probatorios en el procedimiento ante la SRVRDH

Puesto que las normas que establecen las facultades de investigación y práctica de pruebas de la SRVRDH, en la mayor parte de los casos no especifican en qué momento del procedimiento puede ejercerse dicha facultad, se concluyó en el numeral precedente que esto es posible a lo largo de todo el procedimiento, es decir, hasta el momento en que se profiera la resolución de conclusiones. Sin embargo, hay situaciones excepcionales en que las normas señalan la oportunidad, como el caso previsto por el literal u) del artículo 79 de la Lejep.

Dadas las amplias facultades de la SRVRDH, para organizar su trabajo, debería procurar una planificación del momento o los momentos probatorios, si ellos fueran necesarios, así:

- Una vez iniciado el procedimiento, un primer momento para fijar el plan de investigación debería ser antes del anuncio público y tan pronto se reciban y se contrasten los informes, las remisiones realizadas por otros

órganos de la JEP o las declaraciones de quienes voluntariamente se acogen, aunque no existan informes ni remisiones de otros órganos de la JEP. En esta fase, la SRVRDH ya podrá apreciar aproximadamente las fortalezas y las debilidades de la información con que cuenta. De ahí que parte de dicho plan consistirá en solicitar complementos de los informes, en cuanto se aprecien como necesarios, pero deberían involucrarse otros aspectos que dependen del caso o los casos concretos. A medida que se alleguen las versiones voluntarias, declaraciones de reconocimiento de verdad y responsabilidad, y se escuche a las víctimas, el plan se irá ajustando.

En general, la puesta en marcha del plan de investigación para recaudar los elementos de conocimiento necesarios antes de la fase que sigue al anuncio público es el momento más adecuado, dado que esta no tiene término legal.

- Un segundo momento probatorio podría ser después del anuncio y, obviamente, antes de la resolución de conclusiones. Sin embargo, la fase que sigue al anuncio público debería evitarse al máximo para practicar y recaudar pruebas, teniendo en cuenta que el término legal es de tres meses. Es un riesgo dispersar las labores de la SRVRDH en esta etapa, dadas las necesidades específicas que deben satisfacerse en ese momento, entre ellas:
 - Obligar la comparecencia de los renuentes a presentarse, faceta del procedimiento que no es posible adelantar antes del anuncio público (Lejep, art. 79, lit. u).
 - Valorar las declaraciones de verdad y reconocimiento, a fin de establecer si son de recibo pleno o parcial, pues en este último caso implica requerir al compareciente para que complemente en función de la verdad plena.
 - Formalizar el mayor acuerdo posible entre las víctimas y comparecientes que han reconocido verdad y responsabilidad en torno a los contenidos de la resolución de conclusiones, en concreto, frente a la sanción y el proyecto restaurador.

Ejemplos de decisiones previstas por la normativa que exigen soporte probatorio

Aunque es claro que las pruebas legalmente recaudadas en general son necesarias, dada la presunción de inocencia y la búsqueda de la verdad, en los párrafos siguientes se relacionan algunas situaciones específicas del procedimiento ante la Lejep, art. 79, lit. u que requieren elementos de conocimiento y su valoración.

Se destaca el ya citado inciso 3 del artículo transitorio 12 del Acto Legislativo 01 de 2017, que le exige a la Lejep, art. 79, lit. u el recaudo de “otras pruebas”, pues no bastan los informes cuando se pretende hacer comparecer a quien se supone responsable de hechos graves y representativos.

El artículo 27 B de la Ley 1922 de 2018 sobre contraste de la información prescribe:

La Sala contrastará los informes con el acervo probatorio y después de haber tenido en cuenta las versiones voluntarias de que trata el artículo anterior, *en caso de apreciar* que existen bases suficientes para entender que la conducta existió, que la persona participó y que la conducta pertenece a tipos penales no amnistiables, deberá ponerlos a disposición de los presuntos responsables para que tomen la decisión de comparecer o no a efectuar el aporte de verdad y reconocimiento, o a defenderse de las imputaciones formuladas. (Énfasis agregado)

La *apreciación* a que se refiere esa norma implica un acervo probatorio que no necesariamente llega con los informes.

El literal r) del artículo 79 de la Lejep prescribe:

En el supuesto de que la persona individualizada como responsable en una declaración colectiva manifieste su desacuerdo con dicha individualización de su responsabilidad, enviar el caso a la Unidad de Investigación y Acusación, para que esta decida si hay mérito para ser remitido a la Sección de primera instancia del Tribunal para la Paz para casos de ausencia de reconocimiento de verdad y responsabilidad.

En ese caso, en principio, no parece que se exija una valoración probatoria a la SRVRDH. Aparentemente bastaría un hecho: respecto de quien no acepte su responsabilidad individual cuando se presenta reconocimiento colectivo, su situación sería remitida por la Sala a la UIA para que sea esta la que decida si hay o no mérito para acusar ante el Tribunal. Sin embargo, puede haber una excepción, pues la experiencia enseña que un reconocimiento colectivo puede ser en parte verdad y en parte una forma de procurar un daño a una persona inocente, por lo cual una valoración probatoria un poco más exigente puede ser necesaria en ciertos casos para evitarles a personas que puedan ser inocentes la carga que representa atender una investigación ante la UIA.

El literal s) del artículo 79 de la Lejep prescribe, refiriéndose a la SRVRDH: “Cuando entienda *que existe mérito* para ello, someter a la Unidad de Investigación y Acusación los casos en los que no hubo reconocimiento de verdad y responsabilidad” (énfasis agregado).

La Ley en este caso fijó un condicionante a la SRVRDH: que “entienda que existe mérito para someter a la Unidad de Investigación y Acusación los casos en los que no hubo reconocimiento de verdad y responsabilidad”. Dado que la arbitrariedad está excluida, la Sala debe exponer por qué entiende que hay *mérito* para hacer tal remisión. Lo anterior implica una valoración de pruebas. Tal requerimiento legal –en favor del debido proceso y de la presunción de inocencia del compareciente– implica que la Sala planificó con la debida antelación qué prueba se requerirá para resolver en este momento del proceso. De ahí que prever esa situación y resolverla antes del anuncio público puede ser un elemento de solidez y de seguridad jurídica del procedimiento.

El literal u) del artículo 79 de la Lejep prescribe:

Quando tres meses antes de presentar la resolución de conclusiones, *a juicio de la Sala* una persona respecto de la cual hubiere fundamentos claros y suficientes que permitan inferir que ha tenido una participación determinante en una de las conductas de que trata el inciso 1º del artículo 45 de la presente ley, deba ser incluida en la resolución de conclusiones o ser remitida a la Unidad de Investigación y Acusación. (Énfasis agregado)

Esa norma identifica una decisión que debe resolverse “a juicio de la Sala”. Tal decisión implica una valoración probatoria que, además, debe ser consistente en todos los casos en aras de la igualdad. Lo recomendable en este caso es que antes de hacer el anuncio público se prevea la necesidad eventual de la valoración.

Si no obstante la previsión anterior fuera necesario practicar pruebas después del anuncio público en un caso de renuencia a comparecer y reconocer la verdad, no habrá dificultad, ya que la segunda parte del literal u lo contempla: “Antes de efectuar la [...] solicitud a la Sección de Revisión (para que obligue al renuente a que comparezca), la Sala podrá practicar las pruebas que considere necesarias así como ordenar la práctica de las diligencias de averiguación que crea convenientes”.

Esa práctica de pruebas puede entenderse en dos sentidos: de una parte, para probar los elementos de la responsabilidad; de otra, para acreditar la renuencia.

En fin, los ejemplos indicados no agotan las situaciones que reclaman actividad probatoria ante la SRVRDH. La acreditación de víctimas, la prueba del daño y la verificación del régimen de condicionalidad constituyen otros ejemplos de la importancia de una adecuada planeación de la actividad probatoria ante esta Sala.

Estudios pendientes para fijar las bases del plan de pruebas en la SRVRDH

En síntesis, la exposición precedente relacionó situaciones que reclaman definiciones que solo pueden tomarse con fundamento en elementos de conocimiento allegados al trámite. Igualmente, se expuso la importancia de establecer en el procedimiento ante la SRVRDH, de manera temprana, un plan de pruebas, teniendo en cuenta los informes y el acervo probatorio allegados. Con fundamento en ello puede determinarse qué necesidades probatorias persisten y cómo atender en esa perspectiva las versiones voluntarias y las declaraciones de reconocimiento; eventualmente, llegar a acuerdos con los presuntos responsables y las víctimas en torno a la práctica de todas o algunas de las pruebas, definir el tratamiento procesal que tendrá tal plan, procurar la prevalencia de lo dialógico en su concepción y realización, ajustarlo en la medida que evolucione, entre otras decisiones.

Si el esbozo expuesto en los numerales precedentes sobre la cuestión probatoria en el procedimiento ante la SRVRDH se aprecia como válido, entonces sería necesario realizar algunos desarrollos con fundamento en la cláusula remisoria del artículo 72 de la Ley 1922 de 2018:

Una de las facetas, en función de diseñar el plan de investigación, es *procurar una interpretación de las diferentes normativas sobre investigación y régimen probatorio “que se ajusten a los principios rectores de la justicia transicional”*, según son los términos de la cláusula en mención. Esto implica, entre otras definiciones del plan:

- Identificar y seleccionar las pruebas que serían útiles, pertinentes, oportunas y posibles.
- Activar las medidas necesarias para su conservación.
- Plantear las interpretaciones necesarias sobre el trámite para su práctica, su contrastación y contradicción; la necesaria coordinación con las autoridades étnicas cuando se necesite intervenir en sus territorios; la coordinación con las jurisdicciones étnicas, entre otras cuestiones que pudiera ser necesario interpretar e integrar, tomando de las normativas aplicables al procedimiento ante la JEP.

Otra faceta en función de diseñar el plan de investigación son las *articulaciones que implica con la UIA*. Se deben tener en cuenta, primordialmente, las siguientes articulaciones:

- Su condición de ser la máxima dirección de policía judicial de la JEP (Lejep, art. 87, lit. h, y art. 88).
- Su competencia para asignar funcionarios de policía judicial a la Sala y atender las solicitudes de asignación que al respecto se le hagan (Lejep, art. 88).
- Su función de realizar los análisis de contexto, macrocriminalidad y macrovictimización, entre otros aspectos que se le requieran (Ley 1922 de 2018, art. 17, par.), a través del Grupo de Análisis de Contexto y Estadística (Grance) y en coordinación con el Grupo de Análisis de la Información (GRAI).
- Su vocación de primera opcionada, por ser órgano de la JEP que coordina y dirige la policía judicial, para recibir las comisiones de práctica de pruebas que ordene la SRVRDH.
- Su función de mantener comunicación fluida con las víctimas (Lejep, art. 86, inc. fin.).
- Su competencia para solicitar medidas cautelares y de aseguramiento ante la Sección de Ausencia de Reconocimiento (Lejep, art. 87, lit. c).
- Su responsabilidad, de oficio o a solicitud de salas y secciones, en cuanto a la protección de víctimas, testigos y demás intervinientes (Lejep, art. 87, lit. b).

- Su función de adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones, teniendo en cuenta el control posterior de la Sección de Ausencia de Reconocimiento (Lejep, art. 87, lit. f).
- Su función de asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción, teniendo en cuenta el control previo de garantías que deba realizar la Sección de Ausencia de Reconocimiento en caso de medidas adicionales que involucren derechos fundamentales (Lejep, art. 87, lit. g).
- La presencia territorial que prevé establecer en varias sedes fuera de Bogotá.
- Su condición de autoridad rectora de investigación y acusación en los casos que le remita la SRVRDH cuando haya mérito, por ausencia de reconocimiento de verdad y responsabilidad.
- La necesidad de precaver su congestión.

Conclusiones

Del texto precedente se desprenden las siguientes conclusiones:

1. En el procedimiento ante la SRVRDH es necesario un plan de investigación y acopio de pruebas en cualquiera de los dos escenarios extremos que allí pueden darse: el de reconocimiento o el de ausencia de reconocimiento de verdad y de responsabilidad.
2. La concepción y aplicación de dicho plan debe tener en cuenta que en la relación entre los principios dialógico y adversarial, el primero es preferente, pero tales principios no se excluyen de manera absoluta.
3. El mayor soporte posible que adquiera la SRVRDH en torno al caso puede ser el acicate para que los renuentes a reconocer finalmente reconozcan; a la vez que constituye la forma de prever que un inocente, sobre quien no pese una duda razonable y fundada que cuestione su inocencia, sea sometido a la carga de una investigación ante la UIA.
4. La revisión normativa realizada expone las amplias y específicas facultades que la normativa transicional les otorga a la SRVRDH y a los demás órganos de la JEP.
5. La actividad investigativa de la SRVRDH no está específicamente circunscrita al antes o el después del anuncio público de que se proferirá resolución de conclusiones, pero es recomendable que toda ella se practique antes de dicho anuncio, dadas la dimensión de las actividades que deben realizarse en la etapa que sigue al anuncio y el estricto e improrrogable término de tres meses que la ley establece para ella.
6. Las normas específicas de la justicia transicional ante la JEP enuncian varias decisiones que solo pueden tomarse con fundamento en valoraciones probatorias, que la propia ley acota o caracteriza.

7. Con fundamento en las consideraciones anteriores, para avanzar en la comprensión del régimen probatorio ante la SRVRDH, se identifica como una labor de interpretación jurídica pendiente de realizar, la relativa a la identificación de las normativas sobre investigación y régimen probatorio “que se ajusten a los principios rectores de la justicia transicional”, según son los términos de la cláusula remisoria del artículo 72 de la Ley 1922 de 2018.
8. Tal labor de interpretación debería incluir también los rasgos que se deben tener en cuenta en el plan de investigación, a la luz de las múltiples articulaciones que existen con la UIA.

El enfoque étnico-racial en la Jurisdicción Especial para la Paz: una mirada desde el estudio de casos de la Sala de Amnistía o Indulto*

⟨XIOMARA BALANTA MORENO⟩ Magistrada de la Sala de Amnistía o Indulto

Resumen: Este artículo busca mostrar cómo ha sido la implementación del enfoque étnico-racial en la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), a partir del estudio de algunos casos donde se ha realizado la coordinación y articulación con justicias étnicas desde la Sala de Amnistía o Indulto (SAI). El texto hace un especial énfasis en la importancia de que la justicia transicional trabaje con un espíritu de colaboración armónica con la jurisdicción ordinaria, y de forma coordinada y articulada con las justicias étnicas (justicia especial indígena, justicia afrocolombiana y justicia rrom/gitanas).

Palabras clave: coordinación interjurisdiccional, pluralismo jurídico, justicias étnicas, consulta previa, justicia transicional.

Abstract: This article seeks to show how the ethnic-racial approach has been implemented in the Special Jurisdiction for Peace (JEP), based on the study of some cases before the Amnesty and Pardon Chamber (SAI) involving coordination with ethnic justice systems. In particular, the text places special emphasis on the importance of having the transitional justice system work in a spirit of harmonious collaboration with the ordinary jurisdiction, as well as in coordination with the ethnic justice systems (the Special Indigenous, Afro-Colombian and Roma/Gypsy justice systems).

Key words: Interjurisdictional coordination, legal pluralism, ethnic justice systems, prior consultation, transitional justice.

* Coautores: Juan Felipe Molano Rodríguez y Yuri Alexander Romaña Rivas, profesionales grado 33, Sala de Amnistía o Indulto, y Nadiehezka Paola Palencia Tejedor, profesional grado 33, Grupo de Análisis de la Información.

Introducción

La construcción de una paz estable y duradera en Colombia solo es posible con la presencia y participación de los pueblos étnicos, que dan cuenta de la diversidad y multiculturalidad del país. Por tanto, para que la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) pueda lograr un máximo de justicia y rendición de cuentas sobre violaciones de los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario (DIH) ocurridas a lo largo del conflicto¹ debe respetar, en principio, la libre determinación, la autonomía y el gobierno propio, la participación, la consulta y el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos étnicos, entre otros.

Si partimos de la premisa anterior, es claro que el establecimiento de la JEP ha puesto de relieve la necesidad de que el principio de colaboración armónica entre órganos del Estado colombiano² sea implementado de manera efectiva, con el propósito de “asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo” como fin esencial del Estado,³ en el contexto transicional actual, a través de la efectiva implementación del componente de justicia del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRN).⁴ Es decir que aun cuando la JEP tiene una competencia preferente y prevalente para conocer de situaciones relacionadas con el conflicto armado entre la guerrilla de las FARC-EP y el Estado colombiano,⁵ la colaboración armónica debe convertirse en epicentro de la interacción entre la JEP y las demás jurisdicciones del Estado que de una u otra manera venían conociendo de situaciones relacionadas con el conflicto armado colombiano; en particular, con respecto a la jurisdicción ordinaria y las justicias étnicas (justicia especial indígena, justicia afrocolombiana, y justicia rrom/gitanas).

De esta manera, este artículo muestra cómo ha sido la implementación del enfoque étnico-racial en la JEP, haciendo un estudio de algunos casos donde ha habido coordinación y articulación con justicias étnicas desde la Sala de Amnistía o Indulto (SAI, o la Sala).

Para ello, en primer lugar, se hará una contextualización del Capítulo étnico en el marco del Acuerdo Final de Paz entre el Gobierno de Colombia y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC-EP); en segundo lugar, un análisis de la competencia prevalente de la JEP; en tercer lugar, se examinará la implementación del enfoque étnico-racial en la Jurisdicción, y, finalmente, se

¹ Acto Legislativo 01 de 4 de abril 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”, artículo transitorio 1º.

² Constitución Política de Colombia, artículo 113.

³ *Ibid.*, artículo 2.

⁴ Acto Legislativo 01 de 2017, cit., artículo 1.

⁵ *Ibid.*, artículo 5.

estudiarán algunos casos sobre coordinación y articulación con justicias étnicas en la SAI.

Contextualización: el Capítulo étnico en el marco del Acuerdo Final de Paz entre el Gobierno de Colombia y las FARC-EP

La construcción de un Acuerdo de Paz sin la presencia de los pueblos étnicos era algo inimaginable para muchos sectores del país. Sin embargo, tras años de negociaciones de la Mesa de Conversaciones con las FARC-EP en La Habana (Cuba), y a pesar de la ausencia de las autoridades de los diferentes pueblos étnicos,⁶ se hizo cada vez más posible lo que, en principio, parecía impensable. De esta manera, la resistencia y resiliencia como elementos propios y característicos de los pueblos a lo largo de la historia consiguieron que fuera incluido el Capítulo étnico. En este contexto, crearon la Comisión Étnica para la Paz y la Defensa de los Derechos Territoriales, que tiene como propósito “salvaguardar los derechos territoriales y colectivos de las poblaciones étnicas en el proceso de negociación e implementación de los acuerdos de paz”.⁷

El Capítulo étnico inicia con el reconocimiento, por parte del Gobierno nacional y las FARC-EP, de que los pueblos étnicos han contribuido a la construcción de una paz estable y duradera, así como al progreso y al desarrollo económico y social del país, y que han sufrido condiciones históricas de injusticia producto del colonialismo, la esclavización, la exclusión y de haber sido desposeídos de sus tierras, territorios y recursos; señala, además, que han sido afectados gravemente por el conflicto armado interno, por lo cual se deben propiciar las máximas garantías para el ejercicio pleno de sus derechos humanos y colectivos en el marco de sus propias aspiraciones, intereses y cosmovisiones.⁸

A su vez, incluye el enfoque transversal étnico en un conjunto de consideraciones, principios, salvaguardas y garantías en materia de reforma rural integral, participación, garantías de seguridad, solución del problema de drogas ilícitas, víctimas del conflicto y la implementación y verificación.⁹

La consagración de este Capítulo étnico ha sido fundamental en la implementación del enfoque étnico-racial en el SIVJNR, pues su inclusión ha hecho que las distintas entidades – Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición (CEVCNR o Comisión de la Verdad), la Unidad

⁶ Así lo cuenta el “Primer Informe de cumplimiento del Capítulo étnico en el marco de la implementación del Acuerdo de Paz en Colombia” de 2 de julio de 2019, entre el Gobierno y las FARC-EP: “Durante los primeros 3 años las organizaciones étnicas, no tuvieron acceso a la mesa de conversaciones en La Habana - Cuba, frente a ello se tomó la decisión de unir esfuerzos entre los pueblos indígenas, negros, afrodescendientes, palenqueros y raizales” (p. 10).

⁷ *Idem.*

⁸ OACP, “Capítulo étnico”, *Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera*, Bogotá, OACP, p. 206.

⁹ *Idem.*

de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado (UBPD) y la JEP– adopten medidas y establezcan comisiones, grupos o equipos de trabajo que garanticen la efectiva incorporación del enfoque en su accionar.

Análisis de la competencia prevalente de la Jurisdicción Especial para la Paz

Este apartado explora la naturaleza y las implicaciones de la interacción interjurisdiccional entre la JEP y las otras jurisdicciones existentes en el sistema jurídico colombiano, con especial énfasis entre la JEP y las justicias étnicas. Al respecto, en el presente eje de análisis se abordarán los siguientes aspectos: 1) la naturaleza jurídica de la competencia preferente y prevalente de la JEP, 2) la jurisdicción ordinaria en el marco de la justicia transicional, 3) las justicias étnicas en el marco de la justicia transicional, 4) los fundamentos normativos para la articulación y coordinación entre la JEP y las justicias étnicas, 5) los mecanismos de resolución de conflictos de competencia en el marco de la justicia transicional.

Naturaleza jurídica de la competencia preferente y prevalente de la JEP

La Corte Constitucional de Colombia ha precisado que “la normatividad sobre justicia transicional como mecanismo para alcanzar la paz y la reconciliación en un momento histórico, resulta abrigada por la supremacía de la Constitución, y se le reconoce un lugar privilegiado en el ordenamiento jurídico”.¹⁰ En este escenario, el marco normativo de la JEP tiene una competencia preferente y prevalente. La competencia *preferente* se ejerce

... sobre todas las demás jurisdicciones y de forma exclusiva de las conductas cometidas con anterioridad al 1 de diciembre de 2016, por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, por quienes participaron en el mismo, en especial respecto a conductas consideradas graves infracciones al derecho internacional humanitario o graves violaciones de los derechos humanos.¹¹

La competencia *prevalente* se ejerce “sobre las actuaciones penales, disciplinarias o administrativas por conductas cometidas con ocasión, por causa o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, al absorber la competencia exclusiva sobre dichas conductas”.¹²

No obstante, en lo que respecta a las competencias preferente y prevalente de la JEP en relación con la Jurisdicción Especial Indígena (JEI) es importante tener en cuenta que en el análisis de constitucionalidad del Acto Legislativo 01

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-365 de 2018.

¹¹ Acto Legislativo 01 de 2017, cit., artículo 1.

¹² *Ibid.*, artículo 6, y Ley 1957 de 2019 “Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz”, artículo 35.

de 2017, en el marco del cual se determinó la inconstitucionalidad de apartes del artículo 9 de dicho acto por afectar aspectos fundamentales de la labor jurisdiccional de la JEI, la Corte Constitucional reiteró que parte de la autonomía de los pueblos indígenas se manifiesta en “su derecho a ejercer funciones jurisdiccionales en su territorio y respecto de sus miembros”.¹³ Sobre el particular, la Corte precisó que los “usos y prácticas tradicionales [de la JEI] desplazan a la legislación nacional en cuanto a la definición de la competencia orgánica, de las normas sustantivas aplicables y de los procedimientos de juzgamiento”,¹⁴ en virtud de lo cual una persona integrante de estos pueblos tiene “el derecho a ser juzgado por sus propias autoridades, conforme a sus normas y procedimientos, dentro de su ámbito territorial, en aras de garantizar el respeto por la particular cosmovisión del individuo”.¹⁵

En relación con la competencia preferente y prevalente de la JEP, la Sección de Apelación del Tribunal para la Paz ha indicado que

... la competencia de las demás jurisdicciones para adelantar las respectivas actuaciones procesales penales por hechos cometidos por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado no internacional, y que se encuentren en etapa de indagación e investigación, tiene tres clases de límites: uno material, uno temporal, y otro por beneficios.¹⁶

El límite material hace referencia a que las otras jurisdicciones no pueden, por sí mismas, restringir el derecho a la libertad de quienes deben ser sometidos a la JEP por hechos ocurridos con anterioridad al 1^o de diciembre de 2016.¹⁷ El límite temporal hace referencia a que el ente investigador de la jurisdicción ordinaria debe remitir las causas en etapa de indagación o investigación a la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas (SRVRDH) de la JEP cuando esta anuncie que dentro de tres meses o en un estadio anterior, va a emitir resoluciones de conclusiones sobre hechos y causas que son objeto de procesamiento en dicha Sala.¹⁸ El límite por beneficios tiene que ver con la suspensión de actuaciones cuando la JEP requiera expedientes o piezas procesales para ponderar el otorgamiento de beneficios originarios o derivados, tales como el acceso a la JEP, el otorgamiento de amnistías e indultos, ciertos casos de libertades condicionadas, y reclusión en unidad militar o policial.¹⁹ Así, la JEP goza de una competencia preferente y

¹³ Corte Constitucional, Sentencia C-674 de 2017, “Del contenido normativo del inciso 2 del artículo transitorio 9 del Acto Legislativo 01 de 2017 y del deber de agotar la consulta previa”.

¹⁴ *Idem.*

¹⁵ *Idem.*

¹⁶ JEP - Sección de Apelación, Auto TP-SA 046 de 2018, párr. 45. En el asunto de Jairo García Hernández

¹⁷ *Ibid.*, párr. 46.

¹⁸ *Ibid.*, párr. 47.

¹⁹ *Ibid.*, párr. 48.

prevalente que la ubica en un lugar especialísimo en cuanto al conocimiento de conductas que tuvieron lugar en el marco del conflicto armado entre las FARC-EP y el Estado colombiano.

Jurisdicción ordinaria en el marco de la justicia transicional

Si bien la JEP goza de competencia preferente y prevalente para el conocimiento de hechos y conductas ocurridos en el marco del conflicto armado hasta el 1 de diciembre de 2016, ello no significa que la justicia ordinaria pierda competencia absoluta sobre este tipo de asuntos. Al respecto, en el Acto Legislativo 01 de 2017 se establece que corresponderá a la justicia ordinaria la investigación y el juzgamiento de los delitos relacionados con el lavado de activos

... cuando ellos se cometan sobre bienes o activos que no hayan sido incluidos en el inventario definitivo acordado y elaborado durante el tiempo que las FARC-EP permanezcan en las zonas veredales transitorias de normalización [ZVTN] en el proceso de dejación de armas, y siempre que se hayan realizado actos de ejecución después de la entrega definitiva de ese inventario.²⁰

De igual manera, en el Acto Legislativo 01 de 2017 se establece que luego de que se precise legalmente el tratamiento penal diferenciado en relación con la erradicación voluntaria de cultivos ilícitos, se determinará en qué casos y bajo qué circunstancias la jurisdicción ordinaria adelantará la investigación y el juzgamiento “de los delitos de conservación y financiamiento de plantaciones (artículo 375 del Código Penal), tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (artículo 376 del Código Penal) y destinación ilícita de muebles o inmuebles (artículo 377 del Código Penal) cometidos por las personas respecto de quienes la JEP tendría competencia”.²¹

Por otra parte, la Corte Constitucional ha establecido:

... en aras de proteger el derecho a la justicia de los involucrados en el proceso de justicia transicional es necesario, mientras se cumplen los requerimientos de tiempo para que la JEP asuma los casos sometidos de manera exclusiva a su competencia, que las autoridades ordinarias a cargo de investigaciones continúen sus labores, las cuales, sin embargo, no pueden corresponder a aquellas que restrinjan la libertad o determinen responsabilidad. Además, advirtió que los investigados no pueden ser citados a diligencias, las cuales, a título enunciativo, tienen que ver con interrogatorios del indiciado, rendición de testimonio, reconocimiento en fila de personas, entre otros.²²

Teniendo en cuenta lo anterior, al resolver un conflicto de competencia entre el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá –Sala de Justicia y Paz– y la

²⁰ Acto Legislativo 01 de 2017, cit., artículo 5.

²¹ *Idem*.

²² Corte Constitucional, Auto 348 de 26 de junio de 2019. Conflicto de jurisdicción entre el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá –Sala de Justicia y Paz– y la JEP, párr. 2.20.

JEP para conocer de las causas contra el señor Luis Alexander Varón García, la Corte concluyó:

... es la JEP la jurisdicción competente para asumir el conocimiento del caso del señor Luis Alexander Varón García por encontrarse en una etapa procesal en la cual la otra autoridad [de la jurisdicción ordinaria] no puede adelantar una actuación adicional y comoquiera que será esta jurisdicción la que luego de la etapa de competencia global (priorización y selección) deberá definir la situación jurídica del señor Luis Alexander Varón García.²³

Lo anterior evidencia que las autoridades de la jurisdicción ordinaria mantienen la competencia para continuar conociendo sobre asuntos propios del conflicto armado sobre los cuales la JEP no haya asumido su competencia, siempre y cuando no se llegue a etapas procesales que impliquen “actividades en que se limiten sus márgenes de acción, esto es, el poder ser sometidos a imputaciones, acusaciones, juicios e incluso actividades de investigación como interrogatorios de indiciado o rendición de testimonios, incluso reconocimientos en fila de personas etc.”.²⁴ En casos en que los procesos lleguen a etapas que pueden afectar la libertad o los márgenes de acción de los comparecientes, la JEP es la autoridad competente para conocer de la causa del compareciente concernido.

En línea con lo anterior, la Sección de Apelación del Tribunal para la Paz ha indicado lo siguiente:

Todas las jurisdicciones distintas a la JEP retienen sus atribuciones ultractivas para continuar los procesos penales en etapa de indagación e investigación, hasta tanto no se presente alguna de las siguientes hipótesis, en las cuales incluso las investigaciones respectivas deben suspenderse: i) cuando la SRVR anuncie que en tres meses emitirá una resolución de conclusiones; ii) también en un estadio anterior a ese, si la SRVR reclama las actuaciones para surtir el trámite de reconocimiento de verdad y responsabilidad por parte de un compareciente; y iii) en cualquier momento, cuando una Sala o Sección de la JEP solicite la transferencia de diligencias a esta jurisdicción, con el fin de resolver sobre los beneficios que ofrece la justicia transicional, siempre y cuando la remisión de los archivos demande la pausa de las actividades de averiguación.²⁵

Por tanto, aun cuando la JEP posee una competencia preferente y prevalente para conocer de hechos y conductas cometidas hasta el 1 de diciembre de 2016 en el marco del conflicto armado interno, la jurisdicción ordinaria conserva competencia limitada para conocer de cierto tipo de delitos relacionados con lavado de activos. De igual manera, la jurisdicción ordinaria conserva competencia para continuar conociendo aquellos asuntos en etapa de indagación o investigación, mientras la JEP no haya requerido que se le envíen archivos para el surtimiento de trámites propios de la justicia transicional, lo cual puede

²³ *Ibid.*, párr. 3.3.

²⁴ *Ibid.*, párr. 2.20.

²⁵ JEP - Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 046, cit., párr. 51.

conllevar la suspensión de los trámites en la jurisdicción ordinaria; o cuando ya no exista la posibilidad de continuar avanzando en el conocimiento de una causa en la jurisdicción ordinaria, ya que ello podría implicar afectaciones a la libertad o el establecimiento de responsabilidad de los involucrados en el proceso de justicia transicional.

Justicias étnicas en el marco de la justicia transicional

De la Jurisdicción Especial Indígena

El reconocimiento constitucional de la Jurisdicción Especial Indígena (JEI) en Colombia y, en general, de otros tipos de sistemas de justicia propia, como la afrocolombiana y la rrom, emergen a consecuencia de la consolidación de nuestro ordenamiento constitucional en un Estado social de derecho, el cual ha sido producto de diferentes luchas por la reivindicación de los derechos de los pueblos en general, que con su participación dentro de las actividades propias de la Asamblea Nacional Constituyente consiguieron el establecimiento del pluralismo jurídico en Colombia.

La JEI encuentra su génesis y sustento en diferentes tipos de normas vinculantes y no vinculantes,²⁶ pero es en el artículo 246 de la Constitución Política donde se consagra de manera concreta en los siguientes términos: “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”.

Así, la Corte Constitucional ha reconocido que la jurisdicción indígena “tiene carácter fundamental, toda vez que se funda en el reconocimiento constitucional del principio de diversidad étnica y cultural, previsto para proteger la identidad de los pueblos indígenas”.²⁷

En esencia, es evidente que a los pueblos indígenas se les ha reconocido el ejercicio de su *derecho propio*, y se les ha garantizado una jurisdicción propia como un derecho constitucional (art. 246). Además, la JEI²⁸ hace parte de la

²⁶ Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales de 1989, artículos 8 y 9; Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, artículos 5, 20.1 y 35; Ley 270 de 1996, artículo 12; Acuerdo Final, cit., punto 73.

²⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-674 de 2017, cit.; Corte Constitucional, sentencias T-1238 de 2004, T-1294 de 2005, T-617 de 2010, T-975 de 2014, T-397 de 2016.

²⁸ La justicia indígena es el conjunto de normas basadas en valores y principios culturales propios, con procedimientos y prácticas propias que regulan la vida social en la comunidad y el territorio. Las reparaciones a las transgresiones a dichas normas pueden ser por la vía de la recomposición, la compensación, o la remediación de los daños causados, y no solo por la vía del castigo, que es la forma preponderante en la justicia ordinaria u occidental (Territorio Indígena y Gobernanza, 2015) (Antonio Rosero y Eliana Fernanda, *Justicia étnica afrocolombiana: cuando la justicia ancestral es algo más que un mito*, Tesis doctoral, Bogotá, Universidad de los Andes, 2017, p. 89).

estructura de administración de justicia nacional porque cumple los parámetros establecidos por la Corte Constitucional, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y, en general, las normas internacionales que regulan la materia.²⁹ Su coexistencia con la justicia ordinaria y los mecanismos de coordinación establecidos en la Constitución y en la ley ha permitido a la JEI y a las autoridades que la integran enriquecer los debates sobre pluralismo jurídico.³⁰

Respecto del pluralismo jurídico encontramos los aportes efectuados por el profesor portugués Boaventura de Sousa Santos, al enunciar:

De manera concomitante al descentramiento del Estado en la vida social, esta debe tener la creciente heterogeneidad interna de la actuación estatal. Los diferentes sectores de la actividad estatal asumen lógicas de desarrollo y ritmos diferentes, siendo cada vez frecuentes las desconexiones e incongruencias en la actuación estatal, hasta el punto que, a veces, es imposible identificar un patrón coherente para esa actuación [...] a la par con el descentramiento de la actuación del Estado, asistimos a la explosión de la unidad de su actuación y de su derecho con el consecuente surgimiento de diferentes modos de juridicidad, cada uno de ellos políticamente anclado en un micro-Estado. De allí que el propio Estado se convierta en una configuración de micro-Estados [...]. Como resultado de estas heterogeneidades, múltiples y transversales de la actuación estatal, el debate sobre la pluralidad de los ordenamientos jurídicos puede extenderse a terrenos nuevos e insospechados. Por ejemplo, mientras la heterogeneidad de la actuación del Estado se traduce en un creciente particularismo de la juridicidad estatal, y la unidad y universalidad del sistema jurídico oficial colapsa, pueden surgir nuevas formas de pluralismo jurídico dentro del sistema jurídico estatal que se podrían designar como pluralismo jurídico interno. Claro que no todas las formas de heterogeneidad estatal incluyen la situación del pluralismo jurídico interno. Este requiere de la coexistencia de diferentes lógicas de regulación ejecutadas por diferentes institutos del Estado con muy poca comunicación entre ellos. Tales lógicas de regulación varían de un país a otro, incluso cuando son llevadas a cabo por el mismo tipo de legislación.³¹

Bajo esta perspectiva, y con el propósito de salvaguardar las prerrogativas de la JEI, la Corte Constitucional ha indicado que las instituciones tienen “el compromiso de garantizar, mediante una colaboración activa y permanente, las condiciones óptimas para el ejercicio pleno de este derecho”.³²

En este sentido, la Corte ha precisado la necesidad de que la JEP cuente con mecanismos efectivos de articulación y coordinación con la JEI,³³ y con las otras formas de justicia de los pueblos étnicos.

²⁹ *Ibid.*, p. 86

³⁰ *Ibid.*, p. 87.

³¹ Boaventura de Sousa Santos, “Los paisajes de la justicia en las sociedades contemporáneas”, en Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas (eds.), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, t. II, Bogotá, Siglo del Hombre, 2001, pp. 141-142.

³² Corte Constitucional, Sentencia T-365 de 2018.

³³ Corte Constitucional, Sentencia C-080 de 2018.

*De la justicia afrocolombiana (justicia propia en territorios de comunidades negras)*³⁴
En la actualidad constitucional colombiana, la justicia especial afrocolombiana es inexistente. Sin embargo, la falta de regulación constitucional no es óbice para desconocer a las autoridades tradicionales del pueblo negro que habitan nuestro país.

En concordancia con lo anterior, y en virtud de lo establecido en el Convenio 169 de la OIT (sobre pueblos indígenas y tribales),³⁵ incorporado en la legislación colombiana por medio de la Ley 21 de 1991,³⁶ y lo indicado por la Corte Constitucional³⁷ en relación con las costumbres e instituciones propias de los pueblos étnicos, se ha entendido que

Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.³⁸

En relación con lo anterior, y en lo que respecta a las comunidades negras, la Ley 70 de 1993 (Ley de Comunidades Negras) reconoce a los consejos comunitarios como autoridades administrativas dentro de los territorios de estas comunidades,³⁹ los cuales tienen entre sus funciones la de “hacer de amigables componedores en los conflictos internos factibles de conciliación”.⁴⁰ Al respecto, la normatividad ha reconocido que un consejo comunitario, como persona jurídica, ejercerá la máxima autoridad de administración dentro de las tierras

³⁴ Ley 70 de 1993, artículo 2, numeral 5, “Comunidad negra. Es el conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones y costumbres dentro de la relación campo-poblado, que revelan y conservan conciencia de identidad que las distinguen de otros grupos étnicos”.

³⁵ Convenio 169 de la OIT, cit., artículo 8, numeral 2: “Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio”.

³⁶ Ley 21 de 1991, artículo 8, numeral 2.

³⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-139 de 1996, párr. 6.2.3.

³⁸ Convenio 169 de la OIT, cit., artículo 8, numeral 2; Ley 21 de 1991, artículo 8, numeral 2, y Sentencia C-139 de 1996, párr. 6.2.3.

³⁹ Al respecto, en la Sentencia T-422 de 1996 la Corte Constitucional diferenció comunidades negras y población negra, señalando que las primeras son las beneficiarias de los derechos colectivos establecidos en la Ley 70 de 1993. Ello se funda en que las comunidades negras son las que poseen una propiedad colectiva de tierras baldías y, además, mantienen asentamientos históricos y ancestrales de tierras cuyo uso es colectivo y sobre las cuales desarrollan sus prácticas tradicionales; por tanto, son quienes buscan preservar la singularidad cultural de este grupo humano. Por su parte, la población negra es el sujeto de derecho de la diferenciación positiva fundada en el artículo 13 de la Constitución que responde al reconocimiento de la situación de marginación social de la que ha sido víctima la población negra y que ha repercutido negativamente en su acceso a oportunidades de desarrollo económico, social y cultural (Rosero y Fernanda, *op. cit.*, p. 62).

⁴⁰ Ley 70 de 1993, artículo 5.

de las comunidades negras, de acuerdo con los mandatos constitucionales y legales que lo rigen y los demás que le asigne el sistema de derecho propio de cada comunidad.⁴¹

Las anteriores fuentes normativas han inspirado la normatividad transicional, para que dentro de sus parámetros de articulación y coordinación entre la JEP y las justicias étnicas se tenga en cuenta el sistema de derecho propio de estas comunidades.

De la justicia rrom

El pueblo rrom, romaní o gitano, mediante el Decreto 2957 de 06 de agosto de 2010, logró el reconocimiento jurídico de la Kriss Romaní o Romaniya, entendido como el tribunal en el cual los gitanos mayores se reúnen para atender o tratar controversias que se presenten en el interior de las kumpañy. La Kriss Romaní está conformada por las autoridades tradicionales, llamadas *sere romengue*. Lo que se busca al conformar la Kriss Romaní es restablecer o preservar el equilibrio de la kumpania (proceso organizativo del pueblo rrom [gitano] de Colombia, 2005). Algunos representantes o líderes del pueblo rrom han señalado que la Kriss Romaní tiene dos características principales. La primera se refiere a que las normas son de transmisión oral y, la segunda, a que este sistema de administración de justicia surge como medida de resistencia ante los constantes y graves hostigamientos sufridos por este pueblo.⁴²

En este sentido, la justicia rrom es particularmente interesante porque si bien identifica claramente la existencia del criterio personal, que se refiere a los sujetos a los cuales se les aplica la justicia propia, el criterio institucional abarca la existencia de normas, procedimientos y autoridades con la capacidad de crear y aplicar sanciones; sin embargo, no tiene un factor territorial claro, pues el pueblo rrom, por su naturaleza nómada, no tiene asentamientos territoriales titulados y su territorio se traslada o se extiende al lugar donde se encuentre la kumpania.⁴³

A continuación, se abordarán aspectos relacionados con la articulación y coordinación entre la JEP y las justicias étnicas, y más adelante se compartirán algunos casos concretos para ilustrar cómo han operado hasta el momento los mecanismos de articulación y coordinación entre la JEP y estos tipos de justicia.

Fundamentos normativos para la articulación y coordinación entre la JEP y las justicias étnicas

Como se ha expuesto, la Constitución de 1991 reconoció de forma clara y expresa el derecho que tienen los pueblos indígenas a su libre autodeterminación. En

⁴¹ Presidencia de la República de Colombia, Decreto 1745 de 1995, artículo 3.

⁴² Rosero y Fernanda, *op. cit.*, pp. 90 y ss.

⁴³ *Idem*.

relación con la JEL, el artículo 246 hizo un reconocimiento expreso de la facultad de los pueblos ancestrales para aplicar sus propios sistemas de justicia: “Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial”. Esa disposición está incorporada en un sistema normativo de protección constitucional de diversos derechos de estos pueblos, dentro de los cuales se destacan especialmente la definición de los territorios indígenas como entidades territoriales⁴⁴ y la obligación del Estado de proteger la diversidad étnica y cultural, y las riquezas culturales.⁴⁵

Además, en el artículo 93, la Constitución estableció la obligación de integrar al orden interno los tratados de derechos humanos, y de interpretar las normas de derechos humanos con base en el cuerpo internacional que define y desarrolla el alcance de estas manifestaciones de la dignidad en el plano jurídico. En consecuencia, los derechos de los pueblos indígenas deben ser leídos y entendidos dentro de los propósitos de maximización de la autonomía y autodeterminación de los pueblos, la protección de sus tierras y territorios, y la participación en todas las decisiones susceptibles de afectarlos, que constituyen el norte de los instrumentos internacionales más relevantes en la materia: el Convenio 169 de 1989 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.⁴⁶

Con lo anterior, y en cumplimiento del deber constitucional, el artículo 94 del Acuerdo 001 de 2018, mediante el que se adoptó el Reglamento General de la JEP, se establecen los principios que rigen la coordinación y articulación entre la JEP, la JEL, y otras justicias étnicas.⁴⁷

Estos principios deben guiar la coordinación y articulación interjurisdiccional entre la JEP y las justicias étnicas en los “procesos e instancias de la JEP”, en virtud de lo cual esta debe garantizar, por lo menos, los siguientes aspectos: i) intérpretes y traductores bilingües interculturales; ii) asistencia legal y defensa étnicamente pertinente; iii) tratamiento diferenciado para las víctimas de violencia sexual pertenecientes a pueblos étnicos, en virtud del marco normativo y la jurisprudencia pertinente. De igual manera, la JEP podrá realizar audiencias o sesiones en territorios ancestrales o habitados por pueblos étnicos

⁴⁴ Constitución Política, artículos 286 y 329.

⁴⁵ Constitución Política, artículos 7 y 8.

⁴⁶ JEP - SAI, Resolución SAI-AOI-AS-XBM-005 de 17 de junio de 2019.

⁴⁷ Acuerdo 001 de 2018 (Reglamento General de la JEP), artículo 94: “Estos principios corresponden a los siguientes: a) integralidad, complementariedad y reciprocidad; b) no discriminación; c) no regresividad ni vulnerabilidad a los derechos étnicos; d) garantía de libre determinación, la autonomía y el gobierno propio; e) reconocimiento y respeto de las autoridades tradicionales y prácticas de justicia propia; f) pluralismo jurídico; g) respeto y fortalecimiento de la territorialidad; justicia restaurativa con enfoque étnico-racial; h) garantías de participación efectiva y reconocimiento de un impacto diferenciado y desproporcionado del conflicto sobre los pueblos y las comunidades indígenas, negras, afrodescendientes, raizales, palenqueras y Rom”.

en aquellos casos donde se presenten circunstancias como: i) que los hechos hayan ocurrido en esos territorios; ii) que las víctimas constituyan un sujeto colectivo étnico, o los comparecientes sean miembros de las comunidades que habitan dicho territorio. En este tipo de situaciones, las audiencias o sesiones deben realizarse en coordinación con la autoridad étnica, o las instancias de representación del pueblo o la comunidad.⁴⁸

Como parte de esta interacción jurisdiccional, el Acuerdo 001 de 2018 establece nueve mecanismos de coordinación y articulación interjurisdiccional entre la JEP y las justicias étnicas: 1) comunicación intercultural e interjurisdiccional, orientada a promover una comunicación intercultural e interjurisdiccional con las autoridades étnicas, en especial para la concertación de acciones que requieren actividades en los territorios colectivos; 2) acompañamiento de la autoridad étnica, el cual se debe garantizar en cualquier etapa del procedimiento, a solicitud del o la compareciente o las víctimas; 3) notificación a la autoridad étnica, la cual busca que se comunique a las autoridades étnicas cuando la JEP esté adelantando procedimientos que involucren comparecientes o víctimas pertenecientes a dichas comunidades; 4) renuncia a la competencia de la autoridad étnica cuando la JEP notifique a dicha autoridad sobre un caso que se encuentra en investigación o que fue procesado por la autoridad étnica notificada, la cual manifestará si renuncia o no a la competencia, para lo que se concederá un plazo razonable y oportuno; 5) práctica de pruebas en territorios étnicos, orientada a que se concierten con las autoridades étnicas del respectivo territorio los tiempos, las formas y las condiciones que las autoridades señalen; 6) en las circunstancias en que las o los comparecientes pertenezcan a pueblos o comunidades étnicas, los órganos de la JEP solicitarán a la autoridad étnica de la cual hacen parte un concepto sobre las condiciones establecidas por los sistemas propios de justicia en materia de armonización, ingreso y permanencia en el territorio étnico. En caso de que los órganos de la JEP establezcan sanciones que deban ser cumplidas en territorios étnicos, estas requerirán el consentimiento previo de las autoridades del pueblo concernido; 7) centros de armonización indígena e instituciones equivalentes a fin de que los órganos de la JEP que establezcan sanciones puedan ordenar su cumplimiento en los centros de armonización o sus equivalentes, previo consentimiento de las autoridades tradicionales de los pueblos concernidos y su compromiso de vigilar su cumplimiento; 8) reincorporación, consistente en la posibilidad de que los pueblos étnicos puedan aplicar procesos autónomos de armonización a sus integrantes que fueron procesados por la JEP y cumplieron la sanción por fuera de su territorio; 9) diálogo con las escuelas de derecho propio o sus instituciones equivalentes, el cual consiste en la labor que la magistratura, a través de la

⁴⁸ JEP, Acuerdo 001 de 2018, artículo 95.

Comisión Étnica de la JEP, realizará para promover un diálogo de saberes con las escuelas de derecho propio y sus equivalentes.⁴⁹

La creación de estos parámetros normativos responde a la exigencia constitucional del establecimiento de mecanismos que permitan una articulación y coordinación real entre la JEP y las justicias étnicas.⁵⁰

Mecanismo de resolución de conflictos de competencia en el marco de la justicia transicional

La Corte Constitucional ha establecido que se puede hablar de conflicto de competencia cuando la colisión de jurisdicciones lleva implícita una condición básica consistente en el enfrentamiento o choque entre las autoridades involucradas respecto de cuál de ellas es la llamada a resolver determinado asunto, lo que supone que ambas, a la vez, hayan reclamado para sí o hayan repelido el conocimiento de este.⁵¹

Sobre este aspecto, la Corte Constitucional ha precisado:

... que en atención a la creación de la JEP a través del Acto Legislativo 01 de 2017, la función de dirimir los conflictos de competencia suscitados entre cualquiera de las autoridades que administran justicia y los órganos que conforman dicha jurisdicción especial, serán solucionados por la Corte Constitucional, ya que la función de resolver los conflictos de jurisdicciones que mantiene la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura únicamente opera para las controversias que en algún momento fueron de su competencia, según lo explicó el Pleno de esta Corporación en la Sentencia C-674 de 2017.⁵²

La Ley Estatutaria de la Administración de Justicia para la JEP (Lejep) (Ley 1957 de 2019) establece que en los conflictos de competencias que surjan entre la JEP y las distintas jurisdicciones indígenas es aplicable lo contenido en el artículo 246 de la Constitución Política.⁵³ En línea con lo anterior, en la Sentencia C-080 de 2018 sobre el proyecto de la Lejep, la Corte Constitucional reiteró que en lo que “tiene que ver con los conflictos de competencia entre la JEP y la JEI, el numeral 11 del artículo 241 de la Carta Política, modificado por el artículo 14 del Acto Legislativo 02 de 2015, dispone que son de resorte de la Corte Constitucional”.⁵⁴

En virtud de lo anterior, en el Reglamento General de la JEP se entiende como conflictos de competencia entre la JEI y la JEP, y otras formas de justicia propia,

⁴⁹ *Ibid.*, artículo 96.

⁵⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-080, cit., p. 454.

⁵¹ Corte Constitucional, Sentencia T-365, cit.

⁵² *Idem.*

⁵³ Ley 1957 de 2019, cit., artículo 35.

⁵⁴ Sentencia de Constitucionalidad C-080, cit., p. 454.

... cuando, en el marco de su ejercicio jurisdiccional, las dos jurisdicciones, de manera simultánea, se consideren competentes para conocer de un proceso; o cuando las decisiones de las autoridades étnicas, en ejercicio de sus facultades y competencias establecidas, entre otras disposiciones, en el artículo 246 de la Constitución Política, pretenden ser objeto de revisión por la JEP.⁵⁵

Un aspecto de suma importancia contenido en esta normatividad hace referencia a que antes de plantear un conflicto de competencia, la JEP agotará todos los esfuerzos de articulación y coordinación posibles atendiendo al carácter prevalente de esta jurisdicción.⁵⁶ Esta misma normatividad decanta algunos factores que pueden ser objeto de conflictos de competencia.⁵⁷

En definitiva, en las circunstancias en las que se presenten conflictos de competencia entre la JEI y la JEP, y otras formas de justicia propia, las primeras acciones desde la JEP deben orientarse a realizar labores de articulación y monitoreo que permitan resolver el posible conflicto de competencia; lo anterior en observancia y seguimiento del marco normativo referenciado. Solo en situaciones en las que no es posible que las jurisdicciones involucradas en un conflicto de competencia con la JEP puedan resolverlo, corresponde a la Corte Constitucional dirimir tal situación.

Ejemplo de lo anteriormente dicho fue lo acaecido en el marco del actual proceso de justicia transicional, cuando la Corte Constitucional decidió la tutela T-365 de 2018, en el contexto de la cual se alegó un aparente conflicto de competencia en relación con la situación de un integrante de una comunidad indígena que perteneció a las FARC-EP. Al revisar dicha acción de tutela, la Corte Constitucional tomó dos decisiones relevantes para el presente análisis.

⁵⁵ JEP, Acuerdo 001 de 2018, artículo 98.

⁵⁶ *Idem.*

⁵⁷ *Ibid.*, artículo 99, "Factores objeto de conflicto de competencia. Para efectos del conflicto de competencias consagrado en la ley estatutaria de la JEP, se considera de interés para las autoridades indígenas los procedimientos que se adelanten en relación con: a) Las personas pertenecientes a pueblos étnicos que sean convocados o que acudan de manera voluntaria a la JEP y que tienen la posibilidad de acogerse a los procedimientos fijados por el mecanismo; b) Las personas pertenecientes a pueblos étnicos respecto de los cuales se encuentran elementos suficientes sobre su presunta participación en conductas no amnistiables o indultables de competencia de la JEP, o en los que las personas nieguen su participación en los hechos; c) Las personas pertenecientes a pueblos étnicos presuntamente responsables, o condenados por conductas graves en el marco del conflicto armado, contra los derechos de los pueblos étnicos, sus comunidades y/o integrantes; d) Las personas pertenecientes a pueblos étnicos que no reconozcan o reconozcan de manera incompleta conductas cometidas en contra de los pueblos, sus comunidades y/o integrantes; e) Las personas pertenecientes a pueblos étnicos que presenten solicitud para anular su responsabilidad penal o extinguir una sanación adoptada por autoridades indígenas frente a conductas relacionadas directa o indirectamente con el conflicto armado; f) Las personas pertenecientes a pueblos que la Sala de Amnistías o Indultos, sean investigadas o condenadas, considere otorgar una amnistía o indultos por conductas cometidas contra pueblos étnicos, sus comunidades o integrantes; g) Las personas pertenecientes a pueblos convocados por la JEP y se muestren renuentes a comparecer".

Por una parte, la Corte precisó que en dicho caso no existía un conflicto de competencia con la JEP porque esta última no estaba alegando un ejercicio positivo de competencia para conocer la situación del actor de la acción de tutela. Sobre el particular señaló:

... contrario a lo sostenido por un sector de los intervinientes e incluso por el juez constitucional de primera instancia, el asunto sub júdice no envuelve un conflicto de competencia entre jurisdicciones, habida cuenta de que, como es apenas lógico, la colisión de jurisdicciones lleva implícita una condición básica consistente en el enfrentamiento o choque entre las autoridades involucradas respecto de cuál de ellas es la llamada a resolver determinado asunto, lo cual supone que ambas, a la vez, hayan reclamado para sí o hayan repelido el conocimiento del mismo.⁵⁸

Por otra parte, al decidir sobre los méritos de la acción de tutela, la Corte expresó que, con base en la información allegada por el actor en relación con la certificación de su pertenencia a las FARC-EP y el expediente de su proceso de condena, correspondería a la JEP analizar si el hecho con base en el cual fue condenado tuvo lugar en el marco del conflicto armado.

De lo anterior se colige que los conflictos de competencia entre la JEI y la JEP se pueden presentar, por ejemplo, cuando esta última arguye ser el órgano jurisdiccional al que le corresponde conocer de una causa, mientras que otro órgano jurisdiccional sostiene lo mismo, o cuando tanto la JEP como el otro órgano jurisdiccional indican no ser los competentes para conocer de dicho asunto.

Implementación del enfoque étnico-racial en la Jurisdicción Especial para la Paz

La Comisión Étnica

La JEP, desde su inicio, ha sido una institución consciente de la labor histórica que desarrolla en la construcción de la paz. En esa medida ha sido respetuosa al impartir una correcta administración de justicia en el marco de lo establecido en el Acuerdo Final de Paz y en las distintas normas nacionales e internacionales, lo que necesariamente implica la incorporación de lo establecido en el Capítulo étnico, en el quehacer de la JEP. Lo anterior solo ha sido posible respetando la garantía de libre determinación, la autonomía y el gobierno propio; reconociendo y respetando las autoridades tradicionales y las prácticas de justicia propia, y garantizando derechos tales como la consulta previa, pero, sobre todo, entendiendo que la justicia restaurativa debe tener un enfoque étnico-racial.

Con todo esto, se crea la Comisión Étnica a través del Reglamento de la JEP. Esta Comisión es una instancia permanente, que se encarga de promover la

⁵⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-365, cit.

efectiva implementación del enfoque étnico-racial en el componente de justicia del SIVJRNR (art. 103 del Reglamento de la JEP).

La Comisión está conformada de forma permanente por los magistrados y las magistradas pertenecientes a grupos étnicos de la JEP,⁵⁹ la Dirección de la Unidad de Investigación y Acusación (UIA) o su delegado, el secretario ejecutivo o su delegado, la Presidencia de la JEP o su delegado. También harán parte dos magistrados o magistradas seleccionados/as por la plenaria cada tres años.

Dentro de las funciones de la Comisión Étnica se tiene que será la encargada de i) promover la adecuada incorporación de un enfoque étnico y la efectividad de la coordinación interjurisdiccional entre la JEP y las diferentes justicias étnicas; ii) formular, definir y proferir lineamientos, conceptos, protocolos, manuales y directrices sobre las estrategias, los planes, diseños, programas y proyectos que vinculen la incorporación efectiva del enfoque étnico como componente transversal a la implementación, el funcionamiento y las actuaciones de la JEP y del SIVJRNR; iii) emitir recomendaciones que orienten el ejercicio de las salas y secciones cuando estas así lo requieran, sobre casos relacionados con pueblos étnicos; iv) apoyar la formulación y aplicación de criterios de selección y priorización diferenciales, que permitan establecer condiciones de vulnerabilidad y el impacto diferencial de estas sobre los pueblos étnicos, entre otras.

La consulta previa de los instrumentos del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición

A continuación, se expondrá brevemente información relevante sobre el proceso de consulta previa de las normas e instrumentos del SIVJRNR con los pueblos y las comunidades rrom, indígenas, negras, afrocolombianas raizales y palenqueras.

Antecedentes

La consulta previa de los instrumentos del SIVJRNR encuentra como uno de sus antecedentes más importantes la Sentencia C-674, la cual declaró la inconstitucionalidad del artículo 9 del Acto Legislativo 01 de 2017.⁶⁰

⁵⁹ 1) Magistrado Juan Cantillo Pushaina (indígena), Sala de Amnistía o Indulto; 2) magistrada Nadiyah Henríquez Chacín (afrodescendiente), Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas; 3) magistrada Belkis Izquierdo Torres (indígena), Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas; 4) magistrada Ana Ochoa Arias (indígena), Sección de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad de los Hechos y Conductas; 5) magistrado Adolfo Murillo Granados (afrodescendiente), Sección de Revisión; 6) magistrado José Miller Hormiga Sánchez (indígena), Sala de Definición de Situaciones Jurídicas; 7) magistrada Heidi Baldosea Perea (afrodescendiente), Sala de Definición de Situaciones Jurídicas; 8) magistrada Xiomara C. Balanta Moreno (afrodescendiente), Sala de Amnistía o Indulto.

⁶⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-674 de 2017.

Ese artículo disponía que los conflictos de competencia que se presentaran entre la JEI y la JEP serían dirimidos por una sala incidental compuesta por dos magistrados de las salas o secciones de la JEP no afectadas por dicho conflicto, y dos autoridades tradicionales del pueblo ancestral que hubiera ejercido o estuviera ejerciendo jurisdicción en el caso concreto. La norma disponía también que, en caso de no llegar a la mayoría simple en este primer momento, la Presidencia de la JEP quedaría facultada para resolver dicho conflicto. Además de ello, disponía que los mecanismos de articulación y coordinación entre jurisdicciones podrían ser desarrollados en el reglamento de la JEP.⁶¹

La Corte Constitucional declaró inexecutable esta norma porque consideró que el Congreso de la República vulneró el derecho fundamental a la consulta previa, que procedía en este caso, ya que se trataba de una norma que afectaba directamente los derechos e intereses de los pueblos étnicamente diferenciados en Colombia.⁶² Además, consideró que conferir a la JEP la facultad de tener la voz final en dicho conflicto de competencias implicaba que dicha función no era ejercida por un tercero imparcial.⁶³

Normas e instrumentos consultados

Teniendo en cuenta lo expuesto, y en particular lo relacionado con los criterios para la determinación de la existencia de una afectación directa a los pueblos étnicos en el desarrollo institucional del SIVJRNR, se sometieron a consulta las siguientes normas e instrumentos:

- Jurisdicción Especial para la Paz

Ley 1922 de 2018: regula la forma como deben actuar las diferentes instancias de la JEP y su relacionamiento con víctimas y comparecientes. Es decir, reglas de procedimiento.⁶⁴

Acuerdo 001 de 2018: reglamento interno de la JEP, mediante el cual se crea la Comisión Étnica de la JEP, se recoge lo establecido en el Decreto 4635 de 2011, el Acuerdo de Paz y la normatividad y jurisprudencia nacional e internacional relativa a los pueblos étnicos, y se regula la coordinación y articulación de la JEP con las autoridades étnicas.⁶⁵

El Protocolo de comunicación con las víctimas de la Unidad de Investigaciones y Acusaciones (UIA).⁶⁶

⁶¹ Acto Legislativo 01 de 2017, cit., artículo 9. Declarado inexecutable por la Sentencia C-674 de 2017 de la Corte Constitucional.

⁶² Sentencia C-674 de 2017, fundamento jurídico 4.6.5.

⁶³ Consulta previa de las normas e instrumentos del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR), *Documento técnico JEP*, Bogotá, 2018, p. 16.

⁶⁴ Ley 1922 de 2018, "Por medio del cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la Jurisdicción Especial para la Paz".

⁶⁵ JEP, Acuerdo 001 de 2018, cit.

⁶⁶ JEP, UIA, Protocolo de comunicación con las víctimas, Bogotá, 2018.

- Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición (CEVCNR)
La metodología del enfoque étnico: contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia.⁶⁷
El Protocolo de relacionamiento con las autoridades y víctimas pertenecientes a pueblos y comunidades indígenas, negras, afrocolombianas, raizales, palenqueras y rrom.⁶⁸
- Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas
Protocolo de coordinación y relacionamiento con las víctimas individuales y colectivas de los pueblos étnicos.⁶⁹ Es importante aclarar que este instrumento solo fue consultado con los pueblos indígena y rrom, por tanto, el diálogo y la coordinación en los distintos territorios con las comunidades y pueblos afrodescendientes, raizales y palenqueros sobre los temas relacionados con esta entidad que les afecten directamente será una labor particular de la UBPD.

Resultados y retos de la consulta previa

Las consultas previas se llevaron a cabo a partir del mes de noviembre de 2018 con los pueblos rrom, indígena, las comunidades negras, afrodescendientes, raizales y palenqueras del país. A raíz de estas, las entidades del SIVJRNR adquirieron mayor legitimidad con los pueblos étnicamente diferenciados que desde el principio del proceso han reclamado respeto por sus derechos y adecuadas fórmulas para su participación en todas las instancias derivadas del punto 5 de los Acuerdos de Paz.

Se desarrollaron cerca de 113 eventos entre asambleas departamentales y distritales, foros nacionales, diálogos de pensamiento, entre otros, con lo que se logró llegar a todos los departamentos del territorio nacional.⁷⁰ Además, entre las propuestas surgidas de la consulta se llegó al compromiso de llevar a cabo unas mesas bilaterales que permitirían continuar dialogando con los pueblos indígenas respecto de temas que quedaron por desarrollar. Estas mesas

⁶⁷ CEVCNR, Metodología del enfoque étnico: contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia, 2018; y Protocolo de relacionamiento con las autoridades y víctimas pertenecientes a pueblos y comunidades indígenas, negras, afrocolombianas, raizales, palenqueras y rrom, Bogotá, CEVCNR, 2018.

⁶⁸ *Idem.*

⁶⁹ UBPD, Protocolo de coordinación y relacionamiento con las víctimas individuales y colectivas de los pueblos étnicos, Bogotá, UBPD, 2018.

⁷⁰ Equipo de Enfoques Diferenciales de la Secretaría Ejecutiva de la JEP, mayo de 2019; cuadro desagregado de participación de pueblos étnicos, y cuadro contentivo de listados de eventos de la Consulta Rrom consolidados en julio de 2019.

culminaron con un acta de concertación el mes de mayo de 2019 con la especificación de diversos compromisos y propuestas modificatorias.⁷¹

Uno de los retos más importantes para la JEP es la implementación de los acuerdos de consulta que contienen propuestas de modificaciones a su reglamento, que se puede considerar como el instrumento de la JEP sobre el cual se solicitaron más cambios en todo el proceso.⁷²

El reglamento es un acto administrativo que en su autonomía expidió el pleno de magistrados y magistradas, amparados en las provisiones del artículo 12 del Acto Legislativo 01 de 2017⁷³ y el artículo 35 de la Ley Estatutaria;⁷⁴ por tanto, la única vía para su modificación es la discusión y aprobación de los cambios por parte de la magistratura nuevamente en plenaria. De esta manera, a fin de lograr una efectiva implementación de los acuerdos de la consulta queda la ardua tarea de la concertación interna en la JEP para efectos de elevar a normas reglamentarias los resultados de lo discutido en la consulta previa.

Importancia del enfoque étnico-racial en el Grupo de Análisis de la Información

El Grupo de Análisis de la Información (GRAI) fue creado por medio del Acuerdo OG-004 de 5 de febrero de 2018 del Órgano de Gobierno, y sus funciones fueron precisadas en el artículo 71 del Reglamento General de la JEP (Acuerdo 001 SP de 9 de marzo de 2018 de la Sala Plena). En la estructura de la JEP, el GRAI depende de la Presidencia.

La función principal del GRAI es recolectar, sistematizar y contrastar información de diversas fuentes, con el fin de proveer a las diferentes salas y secciones de la JEP, según sus necesidades, documentos e insumos analíticos acerca de los contextos, las organizaciones y redes armadas, así como patrones y prácticas de interacción de estas en el marco del conflicto armado. También apoya a la Jurisdicción con la gestión de la información y los análisis necesarios para la aplicación de los elementos restaurativos de la justicia para la paz, con enfoque territorial, étnico, diferencial y de género.

Con el trabajo de esta dependencia se busca contribuir a develar las estructuras a través de las cuales operaban los diferentes actores sometidos a esta jurisdicción, responsables de las graves violaciones de derechos humanos e infracciones al DIH en el marco del conflicto armado. También se pretende estudiar, de la forma más objetiva posible, las interacciones sociales en las que

⁷¹ JEP - Mesa Permanente de Concertación Nacional de los Pueblos y las Organizaciones Indígenas, Acta de Concertación Técnica, Bogotá, mayo de 2019.

⁷² Esto se deja ver en los acuerdos protocolizados tanto de las consultas de los tres pueblos como en el acta suscrita por las mesas bilaterales con los pueblos indígenas.

⁷³ Acto Legislativo 01 de 2017, cit., artículo 12.

⁷⁴ Ley 1957 de 2019, cit., artículo 35.

estas se enmarcaban, y las motivaciones de los responsables, para ofrecer a la magistratura información útil para el cumplimiento de su labor jurisdiccional, la cual, entre otras, incluye tareas de atribución de responsabilidades y determinación de medidas restaurativas de daños ocasionados.⁷⁵ La labor del GRAI se entiende como un trabajo que permite comprender la sistematicidad y el carácter masivo de las violaciones de los derechos humanos e infracciones al DIH, así como sus impactos diferenciales y desproporcionados en grupos de personas victimizadas por el conflicto, incluidos los grupos étnicos.⁷⁶

El GRAI, a consecuencia del reconocimiento expreso de la centralidad de los derechos de las víctimas, los graves impactos que el conflicto armado ha tenido sobre poblaciones históricamente excluidas como mujeres, población sexualmente diversa, niños, niñas y adolescentes, pueblos indígenas, comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, el pueblo rrom, personas con capacidades diversas, entre otros sectores que han sufrido de exclusión de manera estructural mencionados en el artículo 13 de la ley estatutaria que rige la JEP,⁷⁷ consideró vital la implementación de los enfoque diferenciales como ejes transversales a todo el trabajo de la dependencia.⁷⁸

Este enfoque conlleva el reconocimiento de necesidades investigativas y obligaciones específicas de comprensión de los fenómenos analizados respecto de sujetos sociales, individuales y colectivos expuestos a mayor riesgo de vulneración de derechos por el orden estructural de desigualdad, discriminación, dominación o invisibilidad. Lo anterior exige la identificación de impactos diferenciados y desproporcionales del conflicto armado, en términos cuantitativos y cualitativos, en circunstancias históricas de desprotección y marginación. De igual manera, la aplicación de metodologías diferenciales y, en los casos en que aplique, la reivindicación de la pluralidad y diversidad de saberes.⁷⁹

Todo esto se da bajo la orientación de un equipo con experiencia en la materia.⁸⁰ La existencia de este equipo permite avanzar hacia dos objetivos

⁷⁵ JEP - GRAI, "Preguntas generales sobre el grupo", documento interno de trabajo, p. 2.

⁷⁶ *Idem.*

⁷⁷ Ley 1957 de 2019, cit., artículo 13. Esta disposición explica que las consecuencias de las violaciones investigadas y juzgadas por la JEP "son más graves cuando son cometidas contra mujeres o cuando se trata de víctimas pertenecientes a los grupos más vulnerables, o sujetos de especial protección constitucional, que merecen una reparación y protección especial, entre ellas, los pueblos indígenas, las comunidades afrodescendientes y otros grupos étnicamente diferenciados, las comunidades religiosas, los campesinos, los más pobres, las personas en condición de discapacidad, las personas desplazadas y refugiadas: las niñas, niños y adolescentes, la población LGBTI y las personas de la tercera edad".

⁷⁸ JEP - GRAI, *La gestión y el análisis de la información y la justicia restaurativa. Marco teórico y conceptual*, Bogotá, 2018, p. 26.

⁷⁹ *Idem.*

⁸⁰ El equipo transversal de enfoques diferenciales está compuesto por los subequipos indígena y afrodescendiente en representación del enfoque étnico racial; un subequipo de género en representación del enfoque de género y diversidad sexual; un subequipo de enfoque intergeneracional

fundamentales: en primer lugar, al ser el responsable de atender de manera particular los requerimientos y asuntos específicos relacionados con los enfoques; y, en segundo lugar, como equipo con fortalezas técnicas para contribuir a orientar la inclusión de estos en todas las labores de la JEP, a través de la formulación de lineamientos metodológicos y conceptuales para ser incorporados y aplicados en cada una de las actividades en las que se involucra el GRAI.⁸¹

La aplicación del enfoque diferencial étnico-racial, con los respectivos cruces de interseccionalidad, es una obligación para el GRAI, ya que se trata de un compromiso adquirido, en el marco del Capítulo étnico de los acuerdos de paz, con los pueblos y las comunidades indígenas, negras, afrodescendientes, raizales y palenqueras,⁸² conforme lo ha precisado la Corte Constitucional.⁸³

En virtud de lo anterior, es importante destacar la loable labor que el equipo de enfoques diferenciales adscrito al GRAI ha venido desarrollando, pues se trata de un equipo técnico, compuesto por profesionales con experticia y vasta experiencia en diferentes temas. Este equipo se encuentra en constante articulación con otros órganos de la Jurisdicción, y participa activamente con voz, pero sin voto, en las comisiones de Género, Territorio y Ambiente y Étnico-Racial, teniendo en cuenta la necesidad de una visión interseccional de los pueblos étnicamente diferenciados. En definitiva, el rol del equipo del GRAI es ofrecer insumos y apoyo técnico al quehacer de estas comisiones y, a su vez, recibir herramientas para su trabajo en la dependencia.⁸⁴

Por otra parte, el subequipo de enfoque étnico-racial tiene un fuerte trabajo colaborativo con distintas dependencias de la JEP en aras de hacer realidad la idea de la transversalización del enfoque, mediante la coordinación de actividades con otras instancias de la JEP.⁸⁵

Para finalizar, es pertinente mencionar que la aplicación de enfoque étnico-racial en el GRAI tiene consecuencias más allá de las teóricas. El grupo contribuye a que la institución tenga la capacidad de responder al reto del reconocimiento, la visibilización y la adecuada reparación de los sujetos étnicos. Los sujetos étnicos han luchado para obtener participación en las distintas

en representación de la niñez, juventud, adolescencia y personas mayores, y la interacción entre estas distintas generaciones; y expertos en los enfoques de discapacidad, territorial e interseccional.

⁸¹ JEP - GRAI, "Funcionamiento del equipo de enfoques diferenciales del Grupo de Análisis de la Información (GRAI). Propuesta para la incorporación de los enfoques diferenciales en la JEP", Bogotá, julio de 2019, documento interno de trabajo (borrador).

⁸² Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto, cit.

⁸³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-080, cit.

⁸⁴ *Idem*.

⁸⁵ *Idem*. Esto lo hace en la coordinación de actividades específicas con la Secretaría Ejecutiva en el Área de Víctimas, y el Grupo de Enfoques Diferenciales. Los grupos de Análisis, Contexto y Estadística (Grance); Víctimas, y de Género e Investigación de la Violencia Sexual de la UIA, que a la fecha han resultado muy provechosos para la articulación interna de la institución.

instituciones del Estado colombiano; la JEP los convoca de manera particular, teniendo en cuenta que sus poblaciones son las que mayoritariamente han sufrido las consecuencias del conflicto armado.

Estudio de casos sobre coordinación y articulación con justicias étnicas en la Sala de Amnistía o Indulto

En este apartado se abordarán algunos ejemplos de situaciones donde los postulados de coordinación y articulación han sido puestos en acción. En este sentido, se tratarán de manera breve los siguientes asuntos: 1) concepto de Irwis (Irguis) José Fontalvo Peláez, 2) caso de Óscar Enrique de Lima Contreras, 3) caso de Yolfer Guzmán Sánchez Segura y Robinson Araújo Sánchez, y 4) caso de Fernando Quitumbo Quitumbo y Marco Tulio Ulcué Yonda.

Concepto de Irwis (Irguis) José Fontalvo Peláez

Este asunto se relaciona con una solicitud del señor Irwis (Irguis) José Fontalvo Peláez, miembro de la etnia wayúu, a la Sección de Revisión, en el sentido de que se le aplique la garantía de no extradición, ya que el Gobierno de Estados Unidos solicitó su extradición debido a su presunto rol “como auxiliador logístico a través del narcotráfico”.⁸⁶ La Sección de Revisión de la JEP solicitó a la Comisión Étnica emitir un concepto “sobre medidas para la adecuada coordinación con la Jurisdicción Especial Indígena”.⁸⁷

En consecuencia, se procedió a la emisión del concepto y, en el mismo, se estableció que en el caso concreto “el aparente conflicto de competencias que [se] estaría presentado tendría lugar entre la jurisdicción ordinaria y la Jurisdicción Especial Indígena, ya que ambas consideran tener la potestad para investigar, sancionar y juzgar al señor Irwis (Irguis) José Fontalvo Peláez”,⁸⁸ por lo que no existiría un conflicto de competencias con la JEP.

Adicionalmente, se recomendó que

... la decisión que se tome en la Sección de Revisión sea comunicada teniendo en cuenta el sistema normativo wayúu. Esta Comisión considera necesario efectuar la comunicación de dicha decisión a la Autoridad Tradicional “Alaülayuu” de la comunidad Mañatuy Vía Porportin del Resguardo de la Alta y Media Guajira, a través de un Palabrero, como autoridad moral de la etnia, de acuerdo con el sistema normativo wayúu. Para ello, se recomienda dar traslado a la Secretaría Ejecutiva de la JEP para el cumplimiento de esta comunicación, en virtud del inciso 2 del artículo 70 de la Ley 1922 de 2018.⁸⁹

⁸⁶ JEP - Sección de Revisión, Subsección primera, Expediente 2018340160500050E, tercer punto, p. 3.

⁸⁷ *Ibid.*, tercer punto resolutivo, p. 24.

⁸⁸ JEP - Comisión Étnica, Concepto en respuesta al oficio 20183400255241 sobre el asunto Irwis (Irguis) José Fontalvo Peláez.

⁸⁹ *Idem.*

De igual manera, se recomendó comunicar la decisión a la Ouutkajawaa Mulousükalü Natuma Pütchipüi'rua o Junta Mayor Autónoma de Palabrerros, debido a que ellos estaban interviniendo en el presente asunto.⁹⁰ En virtud de lo anterior, la Sección de Revisión resolvió “activar el mecanismo de coordinación con la JEI previsto en el artículo 96 del Reglamento General de la JEP, referido a la comunicación intercultural e interjurisdiccional”.⁹¹ Lo anterior a fin de notificar, entre otras, la decisión de no aceptar la proposición del conflicto positivo de jurisdicciones planteado por la Junta Mayor Autónoma de Palabrerros, en apoyo a la autoridad tradicional Mañatuy, por lo que el asunto no se remitió a la Corte Constitucional, y abstenerse de tramitar la solicitud de aplicación de la garantía de no extradición elevada por el señor Fontalvo Peláez.

Lo anterior constituye un buen ejemplo en el cual diferentes dependencias de la JEP intervinieron y coincidieron en la necesidad e importancia de coordinar y articular acciones entre la JEP y la JEI, a fin de que las decisiones que se adopten sean comunicadas o notificadas a autoridades étnicas, en virtud de un diálogo intercultural y con pertinencia étnica.

Caso Óscar Enrique de Lima Contreras

El señor Óscar Enrique de Lima Contreras solicitó la concesión de los beneficios de libertad condicionada y amnistía a la SAI de la JEP. Los hechos por los cuales se le estaba procesando en la jurisdicción ordinaria se relacionan con la presunta comisión de conductas en detrimento de una niña perteneciente a la etnia wayúu. La SAI decidió la solicitud de beneficios en el sentido de conceder el beneficio de libertad condicionada⁹² y negar la concesión del beneficio de amnistía, por lo que el asunto fue remitido a la SRVRDH de la JEP para que se avance con la definición jurídica de la situación del compareciente.⁹³

En virtud de que la presunta víctima y su familia pertenecen a la etnia wayúu, la SAI activó el mecanismo de coordinación y articulación a través de la Dirección de Asuntos Indígenas de la Alcaldía de Riohacha. De igual manera, la SAI decidió comisionar al Departamento de Atención a Víctimas de la JEP para que designen un (a) abogado(a) y un profesional, ubicados en la región de la costa atlántica, para que se pongan a disposición de MGU y su familia, a fin de brindarles el acompañamiento jurídico y psicosocial que requieran en su territorio.

En estas resoluciones se evidencia un esfuerzo por parte de la SAI para que la notificación de sus resoluciones se realice con pertinencia étnica y por

⁹⁰ *Idem.* JEP - Tribunal Especial para la Paz, Sección de Revisión, Auto SRT-AE-002 de 2019, párr. 1.19. Disponible en: <https://bit.ly/2MdHBPT>

⁹¹ *Ibid.*, punto resolutivo segundo.

⁹² JEP - SAI, Resolución SAI-LC-D-XBM-002 de 2019.

⁹³ JEP - SAI, Resolución SAI-AOI-SUBA-D-040 de 2019.

salvaguardar los derechos de las presuntas víctimas en virtud de su situación de vulnerabilidad por su edad, en el caso de MGU, y su pertenencia étnica en el caso de toda la familia impactada por los alegados hechos acaecidos en detrimento de MGU.

Caso de Yolfer Guzmán Sánchez Segura y Robinson Araújo Sánchez

Los señores Yolfer Guzmán Sánchez Segura y Robinson Araújo Sánchez solicitaron a la SAI se les concediera el beneficio de amnistía o indulto en virtud de su alegada pertenencia a las FARC-EP. El señor Yolfer Guzmán Sánchez Segura aportó certificado de su pertenencia al Consejo Comunitario El Recuerdo de Nuestros Ancestros del Río Mejicano, y el señor Robinson Araújo Sánchez contaba con certificación de pertenencia al Consejo Comunitario Unión Río Chagüi. El respectivo despacho de la SAI decidió no avocar la solicitud de amnistía por no cumplir con el factor temporal; es decir, los hechos por los cuales se les estaría procesando tuvieron lugar antes del 1 de diciembre de 2016, fecha en que se suscribió el Acuerdo de Paz entre las FARC-EP y el Estado colombiano. En virtud de la pertenencia de los comparecientes a consejos comunitarios de comunidades negras, el despacho respectivo de la SAI decidió que se notificara lo decidido a la Autoridad del Consejo Comunitario El Recuerdo de Nuestros Ancestros del Río Mejicano de la Comunidad de San José del Guayabo de San Andrés de Tumaco (Nariño), y a la Autoridad del Consejo Comunitario Unión del Río Chagüi de San Andrés de Tumaco (Nariño).

Este es un ejemplo de coordinación y articulación con autoridades de comunidades negras, a fin de mantenerlas al tanto de lo decidido con respecto a comparecientes que pertenecen a sus colectividades.

Caso Fernando Quitumbo Quitumbo y Marco Tulio Ulcué Yonda

El señor Fernando Quitumbo Quitumbo presentó distintas solicitudes de libertad condicionada ante la JEP y ante otras entidades, las cuales fueron remitidas a la SAI.

En las mencionadas solicitudes el señor Quitumbo Quitumbo indicó su pertenencia a la extinta guerrilla de las FARC-EP.⁹⁴ En sus misivas solicitó que se le concedieran los beneficios de la Ley 1820 de 2016, respecto de la condena proferida por el Cabildo de Jambaló (Cauca) por el delito de homicidio.⁹⁵

Por lo anterior, el despacho sustanciador de la SAI remitió comunicación al Cabildo de Jambaló (Cauca) para que manifestara si renunciaba o no al ejercicio de su función jurisdiccional para conocer de la solicitud del señor Quitumbo Quitumbo. Por medio de Oficio 107, las autoridades tradicionales nejwes,⁹⁶

⁹⁴ JEP - SAI, Radicado Orfeo 20181510095912, 20181510106692 y 20181510111912.

⁹⁵ *Idem*.

⁹⁶ Radicado Orfeo 2018151009706200013.

con fecha 4 de julio de 2018, informaron que mantenían “competencia del proceso mediante el cual el comunero Fernando Quitumbo Quitumbo [...] fue condenado y se encuentra en patio prestado del Inpec”. En virtud de lo anterior, las diligencias fueron remitidas a las autoridades para que en el marco del derecho propio efectuaran el procedimiento correspondiente.

Respecto del caso del señor Marco Tulio Ulcué Yonda, en primer término, en el marco de la solicitud efectuada ante la SAI de la JEP, por intermedio de su apoderada judicial se indicó que este perteneció a las milicias bolivarianas de las FARC, Frente “Jacobo Arenas”. Adicionalmente, señaló que fue condenado a 60 años de prisión por el delito de homicidio por el Cabildo Indígena de Jambaló, departamento del Cauca. Por lo anterior, el despacho sustanciador de la SAI remitió la solicitud de libertad condicionada presentada por el señor Ulcué Yonda al Cabildo de Jambaló para que, en igual sentido, manifestara si renunciaba o no al ejercicio de su función jurisdiccional. Así, las autoridades tradicionales nejeswex, por medio de Oficio 106 de 4 de julio de 2018, informaron que mantenían la “competencia del proceso mediante el cual el comunero Marco Tulio Ulcué Yonda, identificado con CC No 4.693.288 fue condenado y se encuentra en patio prestado del Inpec”. Así, las diligencias fueron remitidas a las autoridades para que en el marco del derecho propio efectuaran el procedimiento correspondiente.

Por otra parte, la JEP tuvo conocimiento de una segunda causa contra el señor Ulcué Yonda, la cual fue remitida por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Popayán. Este juzgado puso a disposición de la JEP el expediente, luego de conceder la amnistía *de iure* por unas conductas por las cuales fue procesado en sede ordinaria. El despacho sustanciador de la SAI, previo a avocar conocimiento del asunto, dispuso la ampliación de información, efectuando la activación de los mecanismos de coordinación y articulación entre la JEI y la JEP. Al respecto, la magistrada titular del despacho sustanciador, en compañía de uno de los profesionales adscritos a su dependencia, el día 7 de febrero de 2019 procedió a realizar una visita al resguardo de Jambaló en el departamento del Cauca. Lo anterior con el propósito de reunirse con las autoridades tradicionales y, de primera mano, escuchar sus comentarios respecto a la admisibilidad del caso correspondiente al señor Ulcué Yonda, comunero de ese resguardo.

En el marco de esta articulación, la magistrada titular presentó el Anexo I de la Resolución SAI-PA-XBM-019-2019, y se procedió a contextualizar el sentido de la diligencia, el funcionamiento y la conformación de la JEP –en particular la SAI–, la importancia del diálogo interjurisdiccional, así como la función de la Comisión Étnica en la Jurisdicción.

Finalmente, la autoridad indígena planteó sus consideraciones respecto al caso del señor Ulcué Yonda, a lo cual la magistratura tomó atenta nota con

el propósito de enrutar el camino en relación con el comunero del resguardo de Jambaló, Cauca. Por su parte, la comunidad indígena estimó que el conocimiento del proceso que fue adelantado por la justicia ordinaria debía seguir siendo competencia de la JEP, y que el asunto por el que el señor Ulcué Yonda fue condenado a la luz de la justicia propia seguiría siendo de su competencia.

Reflexiones finales

La implementación del enfoque étnico-racial en la JEP es hoy una realidad innegable. Al respecto, la noción de jurisdicción preferente y prevalente de la JEP sirve como salvaguarda para garantizar su prerrogativa como componente de justicia de la SRVRDH, que tiene la exigente tarea de impartir justicia con respecto a conductas cometidas en el marco del conflicto armado entre las FARC-EP y el Estado colombiano, siempre sobre la base del respeto por los pueblos étnicos. En un conflicto armado tan complejo como el colombiano, en el marco del cual se cometieron conductas muy serias que venían siendo conocidas por otras instancias jurisdiccionales como la jurisdicción ordinaria y las justicias étnicas, es comprensible que se requiera que las diferentes jurisdicciones colaboren de manera armónica para que, a través de la justicia transicional, se alcance la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo como fines del Estado.

La colaboración interjurisdiccional entre la JEP y las justicias étnicas, requiere un esfuerzo mancomunado, un diálogo intercultural e institucional continuo que permita que todos los postulados sobre articulación y coordinación sean materializados en beneficio de los derechos de las víctimas y las garantías del debido proceso de las y los comparecientes. Los casos ilustrativos que se presentan en este artículo, en los que se han activado mecanismos de coordinación e interacción entre la JEP y las justicias étnicas, evidencian que poco a poco se están haciendo progresos entre estas jurisdicciones para fortalecer los canales y mecanismos de interacción constitucional, lo cual, a poco más de un año de funcionamiento de la JEP, no deja de ser un avance importante. Al respecto, lo fundamental es que tanto la JEP como las justicias especiales continúen actuando de forma mancomunada en búsqueda de que sus procedimientos de interacción sean los más adecuados, a fin de responder a las exigencias del actual proceso transicional.

Ahora bien, la JEP cuenta con múltiples desafíos en la implementación del enfoque étnico-racial; sin embargo, sigue avanzando con paso firme y seguro, con el fiel compromiso de contribuir, a través de la correcta impartición de justicia, a la obtención de la verdad plena, a la reparación integral-diferenciada de las víctimas, y a la construcción de garantías de no repetición para todos los colombianos, lo cual sin duda contribuirá a la verdadera reconciliación del país.

Bibliografía

EL TIEMPO, “Carta de Desmond Tutu a los colombianos”, 22 de septiembre de 2012. Disponible en: <https://bit.ly/2K9ANR0>

COMISIÓN PARA EL ESCLARECIMIENTO DE LA VERDAD, Metodología del enfoque étnico: contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia, Bogotá, CEV, 2018.

_____, Protocolo de relacionamiento con las autoridades y víctimas pertenecientes a pueblos y comunidades indígenas, negras, afrocolombianas, raizales, palenqueras y Rom, Bogotá, CEV, 2018.

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”.

_____, Ley 21 de 1991, “Por medio de la cual se aprueba el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes”.

_____, Ley 70 de 1993, “Por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política”.

_____, Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia.

_____, Ley 1922 de 2018, “Por medio de la cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la Jurisdicción Especial para la Paz”.

_____, Ley 957 de 2019, “Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz”.

CORTE CONSTITUCIONAL, Auto 348 de 26 de junio de 2019.

_____, Sentencia C-139 de 1996.

_____, Sentencia T-422 de 1996.

_____, Sentencia C-674 de 2001.

_____, Sentencia T-1238 de 2004.

_____, Sentencia T-1294 de 2005.

_____, Sentencia T-617 de 2010.

_____, Sentencia T-975 de 2014.

_____, Sentencia T-397 de 2016.

_____, Sentencia C-674 de 2017.

_____, Sentencia C-080 de 2018.

_____, Sentencia T-365 de 2018.

DE SOUSA SANTOS, Boaventura, “Los paisajes de la justicia en las sociedades contemporáneas”, en Boaventura DE SOUSA SANTOS y Mauricio GARCÍA VILLEGAS (eds.), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, t. II, Bogotá, Siglo del Hombre, 2001.

JEP - ACUERDO 001 DE 2018, “Por el cual se adopta el Reglamento General de la Jurisdicción Especial para la Paz”.

_____, Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA 046 de 2018.

_____, Unidad de Investigaciones y Acusaciones, Protocolo de comunicación con las víctimas de la Unidad de Investigaciones y Acusaciones, Bogotá, 2018.

_____, Mesa Permanente de Concertación Nacional de los Pueblos y las Organizaciones Indígenas, Acta de Concertación Técnica, Bogotá, 2019.

_____, Sala de Amnistía o Indulto, Resolución SAI-AOI-SUBA-D-040-2019.

_____, Sala de Amnistía o Indulto, Resolución SAI-LC-D-XBM-002-2019.

_____, Subsección primera de la Sección de Revisión, Expediente 2018340160500050E.

_____, Tribunal para la Paz, Sección de Revisión, Auto SRT-AE-002 de 2019.
Disponible en: <https://bit.ly/2MdHBPT>

_____, Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas, Protocolo de coordinación y relacionamiento con las víctimas individuales y colectivas de los pueblos étnicos, Bogotá, 2018.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Decreto 1745 de 1995.

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LA PAZ, *Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera*, La Habana, 2016.

ORGANIZACIÓN NACIONAL INDÍGENA DE COLOMBIA (ONIC), Primer Informe de cumplimiento del Capítulo Étnico en el marco de la implementación del Acuerdo Final de Paz entre el Gobierno de Colombia y las FARC-EP, s. d., 2019.

ROSETO, Antonio y Eliana FERNANDA, *Justicia étnica afrocolombiana: cuando la justicia ancestral es algo más que un mito*, Tesis doctoral, Bogotá, Universidad de los Andes, 2017.

Los avances y desafíos de la implementación del enfoque de género en la Jurisdicción Especial para la Paz*

«ALEXANDRA SANDOVAL MANTILLA» Magistrada de la Sala de Amnistía o Indulto y coordinadora de la Comisión de Género de la JEP

Resumen: El enfoque de género ha jugado un papel primordial desde la creación de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP). Por esta razón este artículo muestra los avances que al respecto se han alcanzado en esta primera etapa de funcionamiento de la entidad y de la Comisión de Género, así como algunos de los desafíos o retos que actualmente se presentan y que merecen una reflexión teórica.

Palabras clave: enfoque de género, Jurisdicción Especial para la Paz, violencia sexual.

Abstract: The gender approach has played a fundamental role in the Special Jurisdiction for Peace (JEP) since its creation. This article shows the progress that has been made in this area in this first stage of operation of the Jurisdiction and the Gender Commission, as well as some of the current challenges that merit a theoretical reflection.

Key words: Gender approach, Special Jurisdiction for Peace, sexual violence.

* Las opiniones aquí expresadas son de exclusiva responsabilidad de la autora y no reflejan necesariamente el parecer de la de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP). Asimismo, la autora agradece a Mariana Hernández Hernández por los comentarios y las observaciones realizadas a este documento.

Introducción y estructura

El Acuerdo Final de Paz, firmado por el Estado colombiano y la extinta organización FARC-EP, es el primer acuerdo de paz en introducir el enfoque de género como un principio transversal a todo lo pactado.¹ Ello implica que todas las entidades que se crearon en el marco de este acuerdo deben garantizar la implementación de dicho enfoque en todos sus procedimientos y actuaciones.² El enfoque de género ha jugado un papel primordial desde la creación de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), razón por la cual este artículo busca mostrar los avances alcanzados al respecto en esta primera etapa de funcionamiento de la entidad y de la Comisión de Género, así como algunos de los desafíos o retos que actualmente se presentan y que merecen una reflexión teórica.

Este artículo se dividirá en los siguientes apartados en aras de lograr su propósito: i) implementación del enfoque de género y creación de la Comisión de Género de la JEP, ii) avances en la implementación del enfoque de género, iii) desafíos actuales en la implementación del enfoque de género y iv) algunas reflexiones a manera de conclusión.

Implementación del enfoque de género y la creación de la Comisión de Género de la JEP

Fundamento del enfoque y de la Comisión de Género

Como se indicó anteriormente, es importante resaltar que el Acuerdo Final de Paz que se firmó en Colombia es el primero que tiene expresamente un mandato de enfoque de género. En otros procesos de justicia transicional, como el que se llevó a cabo en el Perú, se realizaron esfuerzos para introducir el enfoque de género, por ejemplo, en el trabajo desarrollado por la Comisión de la Verdad que quedó plasmado en su informe.³ No obstante, estos avances

¹ Instituto Kroc, Embajada de Suecia, Federación Democrática Internacional de Mujeres y ONU Mujeres, *Informe Especial del Instituto Kroc y el acompañamiento internacional, ONU Mujeres, FDI y Suecia, al seguimiento del enfoque de género en la implementación del Acuerdo Final*, Bogotá, 2018, p. 10. Disponible en: https://kroc.nd.edu/assets/294960/181030_informe_ge_nero_esp_final_2_.pdf. Véase también Humanas Colombia, Sisma Mujer y Red Nacional de Mujeres, *Equidad de género y derechos de las mujeres en el Acuerdo Final de Paz*, Bogotá, 2017, p. 3. Disponible en: https://www.humanas.org.co/alfa/dat_particular/ar/ar_7354_q_Equidad-Genero-Mujeres-Acuerdo-final-1-1.pdf, y Alto Comisionado para la Paz, “ABC Preguntas y respuestas sobre enfoque de género en los acuerdos de paz”, La Habana, 23 de julio de 2016. Disponible en: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Paginas/ABC-preguntas-y-respuestas-sobre-enfoque-de-genero-en-los-acuerdos-de-paz.aspx>

² Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, Bogotá, 24 de noviembre de 2016, pp. 193-194. Disponible en: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf>

³ La Comisión de la Verdad y Reconciliación de Perú decidió crear una línea de género tras la realización de una consultoría que identificó los desafíos en temas de género para el trabajo

fueron iniciativas posteriores y no el resultado de un principio o deber del proceso de justicia transicional.

En contraste, en Colombia, desde el momento de la negociación, el enfoque de género ganó un papel preponderante debido al rol activo del movimiento de mujeres y de población de Lesbianas, Gais, Bisexuales, personas Transgénero e Intersexuales (LGBTI). Es innegable que su incidencia fue decisiva para que el tema se introdujera en la agenda de la mesa de negociación e incluso se creara una subcomisión de género.⁴ En efecto, procesos de incidencia como los que realizaron, entre otras, la Ruta Pacífica de las Mujeres⁵ o el Grupo de Trabajo Género en la Paz (GPAZ),⁶ fueron fundamentales para que en la mesa de negociación se entendiera que reivindicar y visibilizar la situación de las mujeres y

de la Comisión. La Línea de Género funcionó mediante enlaces en las sedes regionales de la Comisión y en las áreas de la sede central. Asimismo, priorizó líneas de acción tales como las historias de las mujeres, la toma de testimonios, los talleres de capacitación, sensibilización y difusión, la relación con las organizaciones de la sociedad civil y la judicialización de casos, entre otras. A partir del trabajo de esta línea se incluyeron dos capítulos en el Informe Final, uno sobre desigualdad de género y otro sobre violencia sexual. (Julissa Mantilla, "La Comisión de la Verdad y Reconciliación en el Perú y la perspectiva de género: principales logros y hallazgos", *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núm. 43, 2006, pp. 323-365). Véase también Comisión de la Verdad y Reconciliación, "Violencia sexual contra la mujer", en Comisión de la Verdad y Reconciliación, *Informe final*, t. VI, 2003, y Comisión de la Verdad y Reconciliación, "El impacto diferenciado de la violencia", en Comisión de la Verdad y Reconciliación, *Informe final*, t. VIII, 2003. Disponibles en: <http://cverdad.org.pe/ifinal/>

⁴ La Subcomisión de Género se creó a raíz de un pedido de la Cumbre de Mujeres y Paz, con la participación de casi 500 mujeres apoyadas por ONU Mujeres y la Embajada de Suecia, al presidente Juan Manuel Santos. Esta cumbre se realizó porque el Gobierno no había nombrado mujeres entre los negociadores plenipotenciarios. Por tanto, el 26 de noviembre de 2013 el Gobierno nombró dos plenipotenciarias y en junio de 2014 la Mesa de Conversaciones creó la Subcomisión de Género (véase Colombia 2020, "Los logros de la Subcomisión de Género en tres acuerdos de La Habana", *El Espectador*, 2016. Disponible en: <https://www.elespectador.com/colombia2020/politica/los-logros-de-la-subcomision-de-genero-en-tres-acuerdos-de-la-habana-articulo-854639>).

⁵ Esta organización y otras ocho organizaciones y redes conformaron la Cumbre Nacional de Mujeres y Paz para incidir en la Mesa de Conversaciones de La Habana y participar en la refrendación, verificación e implementación, con el objetivo de "ser pactantes y no pactadas en el Acuerdo" (Mar Maiques Díaz, "No queremos ser pactadas, queremos ser pactantes", *Diagonal*. Disponible en: <https://www.diagonalperiodico.net/global/20876-no-queremos-ser-pactadas-queremos-ser-pactantes.html>; Cumbre Nacional de Mujeres y Paz. ¿Quiénes somos? Disponible en: <http://cumbrenacionaldemujeresypaz.com/sobre-la-cumbre/quienes-somos/>).

⁶ Es un "grupo de trabajo de activistas feministas, LBT, académicas, víctimas y defensoras de derechos humanos conformado en torno a la implementación del enfoque de género en la construcción de la paz, en el marco de la revisión de las objeciones al AP [Acuerdo de Paz] tras el plebiscito". Durante la renegociación del Acuerdo de Paz realizó un trabajo de incidencia para identificar las medidas de género en este y así preservarlas. Tras la firma del nuevo Acuerdo Final de Paz, el grupo elaboró propuestas para la implementación de estas medidas. Actualmente se encuentra evaluando el avance de dicha implementación (GPAZ, *La paz avanza con las mujeres. Observaciones sobre la incorporación del enfoque de género en el Acuerdo de Paz*, 2018, pp. 6-8. Disponible en: <https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2019/02/Informe-La-Paz-Avanza-Con-las-Mujeres-Observaciones-sobre-la-incorporaci%C3%B3n-del-enfoque-de-g%C3%A9nero-en-el-Acuerdo-de-Paz-1.pdf>).

de la población LGBTI en el marco del conflicto armado interno era fundamental para “reconocer] las causas y los efectos desproporcionados que ha tenido el conflicto armado especialmente sobre las mujeres” y, así, “garantizar una igualdad efectiva”.⁷

El resultado del trabajo de la mencionada Subcomisión de Género fue que se estableció el enfoque de género como un principio transversal a todo el Acuerdo Final de Paz,⁸ pero, a su vez, se diseñaron y consagraron medidas específicas en cada uno de los puntos para lograr materializar de mejor forma el enfoque. Lo anterior resultó ser una buena práctica que debería ser tenida en cuenta en futuras negociaciones de paz, por cuanto si solo se hubiese dejado el enfoque de género como un principio transversal, su implementación y materialización habría quedado de forma etérea y habría dependido de la voluntad de las entidades. Por ello, el hecho de que el Acuerdo Final de Paz contenga aproximadamente 121 medidas⁹ específicas significó un esfuerzo para pensar cómo se podía hacer realidad el enfoque en la práctica e, igualmente, implica que son medidas exigibles y su cumplimiento es medible. Cabe resaltar que en el punto 5 del Acuerdo Final de Paz, referente a las víctimas del conflicto y al Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR), también se incluyeron este tipo de medidas, tales como la creación, en la Unidad de Investigación y Acusación (UIA) de la JEP, de un equipo de investigación especial para casos de violencia sexual.¹⁰

Ahora bien, en el Acuerdo Final de Paz y en el posterior acto legislativo no se estableció expresamente entre estas medidas que se debía crear una comisión de género en la JEP; entonces, ¿por qué se consideró necesaria su creación? Es un hecho que este tipo de comisiones se han vuelto comunes en las instituciones estatales,¹¹ por lo que podría pensarse que su conformación es resultado de esta tendencia. Sin embargo, en el caso de la JEP y en todo el SIVJRNR, la implementación del enfoque de género es un imperativo que debe cumplirse tanto

⁷ Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, cit., p. 193.

⁸ *Ibid.*, pp. 193-194.

⁹ Algunos autores consideran que el acuerdo contiene 100 medidas que incorporan el enfoque de género (ONU Mujeres, *100 medidas que incorporan la perspectiva de género en el Acuerdo de Paz en Colombia*, 2018. Disponible en: <http://www2.unwomen.org/-/media/field%20office%20colombia/documentos/publicaciones/2017/10/internas%20farc-ep.pdf?la=es&vs=4845>). Por su parte, GPAZ identificó 122 medidas (GPAZ, *Informe GPAZ: Observaciones sobre la incorporación del enfoque de género en el Acuerdo de Paz*, 2018. Disponible en: <https://www.rednacionaldemujeres.org/phocadownloadpap/informe-gpaz-observaciones-sobre-la-incorporacin-del-enfoque-de-gnero-en-los-acuerdos-de-paz-octubre-2018.pdf>).

¹⁰ Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, cit., p. 169.

¹¹ Por ejemplo, Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial o Comisión de Equidad de la Mujer del Congreso de la República.

por lo pactado en el Acuerdo Final de Paz como en lo que quedó plasmado en las reformas a la Constitución Política y las demás normas reglamentarias.

En este sentido, lo cierto es que desde que la JEP comenzó a operar el 15 de enero de 2018 se tuvo conciencia de la necesidad de responder al mandato del Acuerdo Final de Paz y del acto legislativo de implementar el enfoque de género en todas sus actuaciones. Es por ello que la presidenta de la JEP escogió desde un inicio a un grupo de magistradas para que se encargaran de incluir el enfoque en la primera gran tarea que tuvo la jurisdicción: la creación de su reglamento interno y la propuesta de sus normas de procedimiento. En el marco de este trabajo ¹² se llegó a la conclusión de que la mejor manera de implementar el mandato y cumplir con lo que el movimiento de mujeres y el de población LGBTI habían demandado en La Habana era la creación de una comisión de género que estuviera permanentemente coordinando, articulando, vigilando y exigiendo dicha implementación. Es así como, mediante los artículos 104 y 105 del Reglamento de la JEP, se creó la Comisión de Género como “una instancia permanente, que se encarga de promover la efectiva implementación del enfoque de género en el componente de justicia del SIVJRN”.¹³

Definición del género en la JEP

Si bien en el Acuerdo Final de Paz se enuncia de forma general el enfoque de género, para la Comisión de Género fue fundamental, desde un principio, establecer una definición para toda la JEP con el fin de facilitar la articulación en el interior y el exterior de la misma. La definición que acordó la Comisión de Género es la siguiente:

En todas las actuaciones, fases y procedimientos, que se adelanten ante todos los organismos de la Jurisdicción Especial para la Paz, se garantizará la aplicación del enfoque de género, entendido como el reconocimiento y transformación de las relaciones desiguales de poder jerarquizadas que subordinan a las mujeres o identidades de género y orientación sexual diversas, producen discriminación, violencia y desigualdad de género y que condicionan la garantía y goce efectivo de derechos y el acceso a bienes y recursos.

Si bien las relaciones desiguales de género son preexistentes al conflicto armado, en las instancias ante la JEP se tendrá en cuenta que estas relaciones se instrumentalizaron, exacerbaron y acentuaron durante el conflicto, profundizando los daños, las consecuencias y los impactos de la violencia en la vida de las mujeres, niñas y de la población LGBTI.

¹² El movimiento de mujeres y el de población LGBTI fueron invitados el 16 de febrero de 2018 a una jornada en la que tuvieron la oportunidad de realizar propuestas que fueron acogidas en el borrador de la ley de procedimiento y en el reglamento interno de la JEP.

¹³ Reglamento Interno de la JEP, artículo 104.

Este enfoque tiene por objeto garantizar la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres y evitar la exclusión de identidades de género diversas. La Comisión de Género busca institucionalizar este enfoque en todas las áreas y ámbitos de la JEP.¹⁴

Esta definición cuenta con dos puntos destacables. El primero es entender que, al hablar de género, no solamente estamos hablando de las niñas, adolescentes y mujeres, sino que también debemos incluir a la población LGBTI. Lo anterior debido a que una comprensión amplia del concepto “género” demuestra que muchas de las causas de la violencia y discriminación que esta población vive diariamente está marcada por las relaciones jerarquizadas de género y por los estereotipos o roles de género impuestos en la sociedad.¹⁵ Si bien es cierto que las violencias y las discriminaciones que sufre, en todos los ámbitos, la población LGBTI pueden ser diferentes a las de las niñas y mujeres, para la Comisión de Género es fundamental trabajar con este grupo poblacional para evidenciar y visibilizar lo que le ocurrió durante el conflicto armado interno.

El segundo punto es entender que las relaciones desiguales de género son preexistentes al conflicto armado. Es decir, que la violencia y discriminación que padecieron las niñas, las mujeres y la población LGBTI no tienen como causa el conflicto armado, sino que esta se encuentra arraigada en el sistema patriarcal en el cual sufren violencia y discriminación incluso en tiempos de paz.¹⁶ En este orden de ideas, lo que hizo el conflicto armado fue instrumentalizar, exacerbar y acentuar ese tipo de violencia y discriminación, pero, al no ser la causa principal, es claro que el cese del conflicto armado no va a implicar necesariamente que la violencia y la discriminación basadas en género sean eliminadas de la sociedad colombiana.

Composición de la Comisión de Género

La Comisión de Género, de conformidad con el artículo 104 del Reglamento, está conformada por seis magistrados o magistradas, tres de las salas y tres del Tribunal para la Paz. La primera composición de la Comisión, elegida por la Plenaria de la JEP por un mandato de tres años, incluye a cuatro mujeres,¹⁷ dos de ellas pertenecientes a grupos étnicos, y dos hombres.¹⁸ También están incluidas todas las demás dependencias de la JEP, como la UIA, el Grupo de Análisis de la Información (GRAI) y la Secretaría Ejecutiva. Asimismo, otros

¹⁴ El 3 de septiembre de 2018, la Comisión de Género realizó una jornada de estudio en la cual se discutió y acordó esta definición.

¹⁵ Judith Butler, “Performative acts and gender constitution: an essay in phenomenology and feminist theory”, *Theatre Journal*, núm. 4, 1988, pp. 519-531.

¹⁶ Centro Nacional de Memoria Histórica, *Aniquilar la diferencia. Lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas en el marco del conflicto armado colombiano*, Bogotá, CNMH-UARIV-USAID-OIM, 2015.

¹⁷ Las magistradas Reinere Jaramillo, Ana Manuela Ochoa, Heidy Baldosea y Alexandra Sandoval (coordinadora).

¹⁸ Los magistrados Alejandro Ramelli y Óscar Parra.

magistrados y magistradas de la JEP han acompañado a la Comisión de Género como invitados permanentes.¹⁹

Esta composición amplia de la Comisión de Género permite tener una representación variada de visiones y posturas, y a su vez, sostener un diálogo y articulación constante entre todas las dependencias de la JEP. Lo anterior resulta relevante, dada la necesidad de crear un espacio participativo e incluyente, en el que se entienda que la implementación del enfoque de género no es de interés exclusivo de las mujeres, sino que la garantía de los derechos de las niñas, las mujeres y la población LGBTI es un compromiso de todos en la JEP.

Principales funciones

El artículo 105 del Reglamento de la JEP enumera 15 funciones asignadas a la Comisión de Género.²⁰ Estas funciones tienen como finalidad materializar el enfoque de género en todos los procedimientos y en las decisiones judiciales de la JEP (ámbito externo), así como incidir y dar lineamientos en las políticas internas de la entidad (ámbito interno). Esto último se consideró necesario, pues, a , las instituciones se vuelcan a mantener el enfoque de género para quienes son sus usuarias o usuarios, mas se olvidan de que, en el interior de las instituciones, sus funcionarias o funcionarios enfrentan violencia y discriminación basada en género y que ello también debe ser materia de preocupación y articulación dentro de la JEP.²¹

De forma general, las funciones de la Comisión de Género pueden agruparse en los dos ámbitos descritos.²² Como se indicó, en el ámbito externo, la Comisión implementará el enfoque de género en las decisiones y acciones de los diferentes órganos de la JEP y en la coordinación del SIVJRNR, a través de las siguientes labores:

- Brindar asistencia a la JEP para que las decisiones judiciales no reproduzcan estereotipos de género y realicen un buen uso del enfoque. Lo anterior, mediante el apoyo técnico a las salas o secciones que así lo requieran en temas de género y violencia contra las mujeres y niñas. Esta función se denomina “función consultiva”.
- Promover estudios de interés general para la JEP sobre el estado y desarrollo de la protección de los derechos de las mujeres, las niñas y la

¹⁹ La magistrada María del Pilar Valencia y el magistrado Raúl Sánchez.

²⁰ Reglamento de la JEP, artículo 105.

²¹ Como ejemplo de políticas de género en el interior de la JEP se destacan la inauguración de la sala de lactancia materna, la política de acceso sin barreras de los niños y las niñas a las instalaciones de la JEP y la inauguración de un baño sin género. Sobre lo último véase Sentiido, “Baños mixtos: una apuesta por la inclusión”, 20 de agosto de 2019. Disponible en: <https://sentiido.com/banos-mixtos-una-apuesta-por-la-inclusion/>

²² Las funciones explicadas de forma corta son tomadas del *brochure* oficial de la Comisión de Género.

comunidad LGBTI y demás temas relevantes para el trabajo de la JEP con el enfoque de género.

- Promover la cooperación con instituciones y organizaciones encargadas de la promoción, investigación y defensa de los derechos humanos de las mujeres, las niñas y la comunidad LGTBI.
- Proponer mecanismos para facilitar y garantizar la participación de las víctimas mujeres, niñas y personas pertenecientes a la población LGBTI en las diferentes actuaciones de la JEP.
- Establecer coordinación entre los grupos de trabajo de género de la JEP y del SIVJRN.

Con respecto al ámbito interno, la Comisión de Género implementará el enfoque de género en el desarrollo de las actividades desarrolladas por los funcionarios de la JEP, a través de las siguientes labores:

- Proponer y promover la sensibilización y los programas de formación en materia de enfoque de género, violencia de género y violencia sexual de manera continua, sistemática y transversal para todos los servidores de la JEP.
- Diseñar y aplicar propuestas de gestión de recursos humanos que aseguren la garantía y protección de los derechos de las mujeres y personas pertenecientes a la población LGBTI que trabajan dentro de la JEP.

Como se observa, la Comisión de Género cuenta con funciones lo suficientemente amplias para alcanzar sus objetivos principales e incidir y articularse con las instituciones estatales y con los movimientos sociales. Ahora bien, una vez se ha descrito cómo funciona la Comisión de Género se procederá a exponer y analizar los primeros avances en la implementación del enfoque de género.

Avances en la implementación del enfoque de género

Los avances a lo largo de esta primera etapa de funcionamiento de la JEP han sido muchos, no solo desde la perspectiva de la implementación del enfoque de género, sino, en general, del trabajo que se ha podido adelantar en tan corto plazo. El presente artículo se centrará en cuatro avances relevantes en la implementación, a saber: i) la composición de la JEP; ii) las reglas de procedimiento, lineamientos y guías; iii) la función consultiva de la Comisión de Género, y iv) la articulación con el movimiento de mujeres y la población LGBTI.

Composición de la JEP

Este primer logro no es resultado del trabajo que ha adelantado la JEP o la Comisión de Género, pero es de suma importancia resaltarlo, ya que con la composición de la JEP se dio cumplimiento a una de las medidas específicas creadas

en el Acuerdo Final de Paz. En efecto, en el Acuerdo²³ y en el acto legislativo²⁴ quedó establecido que la composición de JEP debía ser equitativa entre hombres y mujeres. Si bien no se incluyó la palabra “paridad”, que era lo que el movimiento de mujeres esperaba, lo cierto es que actualmente de los 38 magistrados y magistradas de la JEP, el 55 % somos mujeres.²⁵

Esta composición es una muestra de que es posible romper con el techo de cristal²⁶ existente en la Rama Judicial colombiana y es un ejemplo de que la forma en que se llevan a cabo los procesos de selección incide directamente en la representación y participación que se les da a las mujeres. En efecto, la composición de la JEP es simbólica en un país en el cual, a pesar de que las facultades de Derecho tienen una representación alta de estudiantes mujeres²⁷ y los primeros escalafones de los cargos de la Rama Judicial están ocupados principalmente por mujeres,²⁸ su representación en las altas cortes no alcanza, en muchos casos, ni el 30 %. Para ilustrar la situación es importante recordar que en la Corte Suprema de Justicia hay 23 magistrados y 3 son mujeres en la Corte Constitucional –el mejor de los casos en este momento– de 9 magistrados, 3 son mujeres, y en el Consejo de Estado solo 8 de 31 son mujeres. Por tanto, es evidente que el nivel de representatividad de las mujeres en la JEP es excepcional en el contexto colombiano.

²³ Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”, pp. 167-168.

²⁴ Artículo transitorio 1º, parágrafo 1º, segundo inciso, 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”.

²⁵ Cumbre Nacional de Mujeres y Paz, “Las mujeres en la JEP”, *El Espectador*, Colombia 2020. Disponible en: <https://www.elespectador.com/colombia2020/opinion/las-mujeres-en-la-jep-columna-859084>

²⁶ El techo de cristal es una metáfora que se refiere a los mayores obstáculos que enfrentan las mujeres en comparación con los hombres de escalar en su vida profesional y acceder a cargos altos. De esta manera, mientras en la base de la jerarquía laboral puede haber paridad o incluso más mujeres que hombres, en los niveles jerárquicos más altos las mujeres están subrepresentadas debido a que es mayor la discriminación basada en género en estos últimos (Janeen Baxter y Erik Wright, “The glass ceiling hypothesis: A comparative study of the United States, Sweden, and Australia”, *Gender & Society*, núm. 2, 2000, pp. 275-294).

²⁷ Según datos del Observatorio Laboral para la Educación, en 2017 de las 32.529 personas que se graduaron en Colombia como abogadas, 15.797 fueron mujeres. (Observatorio Laboral para la Educación, “Caracterización de graduados por departamento”, en Ministerio de Educación Nacional, *Observatorio Laboral para la Educación*. Disponible en: <http://bi.mineducacion.gov.co:8380/eportal/web/men-observatorio-laboral/ubicacion-geografica>).

²⁸ Según datos de la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial, en 2014, mientras las mujeres representaban el 56 % del total de empleados de la Rama Judicial y el 51 % de los jueces, solo representaban el 37 % del total de magistrados de tribunales y el 27 % del total de magistrados de las altas cortes (Néstor Correa, “Participación de la mujer en la rama judicial año 2014”, en Rama Judicial, *Estadísticas*. Disponible en: https://www.ramajudicial.gov.co/documents/573203/1435206/ESTADISTICAS+G%C3%A9nero_2014_mujer+V.2.pdf/8229193a-c887-43b4-8edd-99fe44740e4d).

Ahora bien, la forma en que fuimos escogidos los magistrados y las magistradas de la JEP tuvo una incidencia directa en este resultado. Sin entrar en detalles respecto al sistema de selección, lo cierto es que el procedimiento realizado por el Comité de Escogencia²⁹ demostró que, para superar las inequidades en la participación de mujeres en los cargos públicos, no es suficiente un concurso de méritos en el que podamos competir en igualdad de condiciones, sino que, además, es necesario que quienes escogen tengan voluntad de garantizar la equidad o paridad en la representación. En efecto, en un estudio sobre el proceso de selección adelantado por el Comité de Escogencia se concluyó que los resultados de participación sugieren una fuerte preferencia por las mujeres, puesto que el universo de candidatas que se presentaron ascendía al 38 %, pero fuimos escogidas un 55 %, lo que indica que la representación de las mujeres creció en una tasa de aproximada de 1,5.³⁰

Reglas de procedimiento, lineamientos y guías

Otro logro importante para la Comisión de Género ha sido poder materializar el enfoque mediante la inclusión de acápites en las distintas normas, lineamientos y guías que se ha producido la jurisdicción. Concretamente, se incluyó el enfoque de género en la ley de procedimiento,³¹ en la guía y la cartilla para la presentación de informes,³² y en los criterios y las metodologías de priorización.³³

Sobre estas incorporaciones cabe destacar normas que constituyen avances importantes desde el marco de la justicia transicional, como el artículo 19 de la Ley de Procedimiento de la JEP, donde queda claramente establecido que “las víctimas de violencia basada en género, incluyendo aquellas de violencia sexual, tienen derecho a no ser confrontadas con su agresor”. Esta norma constituye una garantía de no revictimización, pues les permite escoger si quieren o

²⁹ Para más información sobre el procedimiento, véase <http://www.comitedeescogencia.com/>

³⁰ “The results in these charts preliminary suggest that the Committee had a strong preference for women. While women only composed 38 % of the universe of candidates, they made up a majority of the Tribunal (55 %). A simple correlation between the percentage would say that the representation of women grew in a rate approximately 1.5” (Santiago Pardo, “A second chance on earth: understanding the selection process of the judges of the Colombian Special Jurisdiction for Peace”, Tesis de maestría presentada en Stanford University, 2018).

³¹ Artículo 1º, literales c y h; artículo 27C; artículo 27 D, numeral 7; artículo 65 y artículo 72, párrafo, Ley 1922 de 2018, “Por medio de la cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la Jurisdicción Especial para la Paz”.

³² JEP - SRVRDH, “Consideraciones especiales en relación con los informes sobre violencia basada en género, incluida la violencia sexual y la violencia por prejuicio”, *Documento guía para la presentación de informes elaborados por organizaciones de víctimas, indígenas, negras, afrocolombianas, raizales, palenqueras, Rrom y de derechos humanos colombianas*, 2018. Disponible en: <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Documents/25.05.18%208pm%20SRVR%20GUIA%20para%20la%20elaboracion%20y%20presentacion%20de%20informes%20.pdf>

³³ JEP - SRVRDH, “Criterios de priorización”, *Criterios y metodología de priorización de casos y situaciones*, 2018. Disponible en: <https://www.jep.gov.co/Documents/CriteriosYMetodologiaDePriorizacion.pdf>

no confrontar al perpetrador, pero indica que bajo ningún motivo o en ninguna etapa del proceso deberá confrontarlo, si así no lo desea.

Por otra parte, con respecto a los “Criterios y metodologías de priorización de casos y situaciones”, elaborados por la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas (SRVRDH), cabe mencionar que se tuvieron en cuenta las particularidades de la violencia basada en género a la hora de establecer los criterios objetivos, subjetivos y complementarios por los cuales se determina la priorización en esta Sala. Un ejemplo de esto es el análisis que se debe hacer en el criterio complementario, el cual indica que cuando se decida si se prioriza un caso, se debe examinar si se cuenta con suficiente información para adelantar el caso. Este criterio aplicado de forma general, sin considerar las particularidades de la violencia basada en género, podría llegar a tener un efecto negativo e incluso impedir la priorización de este tipo de casos. Por ello, aclaró:

Además, 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. Estas surgen, por ejemplo, del paso del tiempo, de la disponibilidad de los medios que permiten probar la ocurrencia de los hechos o de eventuales prevenciones de las víctimas.³⁴

Los anteriores ejemplos constituyen una muestra del trabajo que implica la materialización del enfoque de género. Se requiere un constante cuestionamiento respecto a cuáles son los efectos diferenciados a los que se enfrentan las niñas, las mujeres y la población LGBTI, en particular, en el acceso a la justicia. Asimismo, deben formularse soluciones normativas a estos efectos con la finalidad de proteger y garantizar sus derechos y el acceso a la justicia en condiciones de igualdad.

Función consultiva de la Comisión de Género

Como se mencionó, el reglamento de la JEP estableció como una de las funciones de la Comisión de Género la llamada función consultiva; esta implica que cualquier magistrado o magistrada, sala o sección, que detecte un caso amerite alguna aplicación del enfoque de género, puede solicitarle a la Comisión: i) que le preste los insumos técnicos para hacer una correcta aplicación del enfoque mediante la presentación de un concepto, y ii) que por movilidad alguno de los magistrados o las magistradas de la Comisión incluso pase a integrar el equipo en el caso para que efectivamente se cumpla con el enfoque de género.

Hasta el momento, la Comisión de Género ha emitido dos conceptos generales a solicitud de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas (SDSJ) y de la Sala de Amnistía o Indulto (SAI). En el primero de ellos se dio respuesta a

³⁴ *Ibid.*, párr. 41.

cuatro problemas jurídicos formulados por un magistrado de la SDSJ, a saber: i) ¿cuáles son los criterios para establecer la relación de los delitos de violencia sexual y de género con el conflicto armado?, ii) ¿qué parámetros con enfoque de género se sugieren para el régimen de condicionalidad?, iii) ¿qué mecanismos de protección para las víctimas con enfoque de género en casos de violencia sexual y de género pueden considerarse en la JEP? y iv) ¿qué medidas pueden adoptarse a efectos de evitar la revictimización de las víctimas de violencia sexual y de género en el SIVJRNR?³⁵

En cuanto al segundo, se solicitó a la Comisión de Género rendir concepto para determinar si un caso de violencia sexual contra una mujer adolescente indígena constituía violencia de género y cuáles medidas debían adoptarse para lograr una adecuada coordinación con la Jurisdicción Especial Indígena.³⁶ En ambos conceptos, la Comisión recurrió a normativa internacional, nacional y consideraciones propias para formular sus conclusiones.

Debe señalarse que los conceptos emitidos por la Comisión de Género, no son obligatorios para las salas y secciones; sin embargo, constituyen insumos relevantes en la toma de decisiones de estas. En efecto, si bien la SDSJ solicitó el primer concepto para un caso en particular, lo cierto es que se ha citado en al menos cinco de sus decisiones relacionadas con el tema de violencia sexual.³⁷

Por otra parte, el concepto emitido para la SAI, en la primera resolución en la que se negó una solicitud de amnistía por las conductas de violencia sexual y reclutamiento forzado,³⁸ fue utilizado por la Subsala A para entender cómo el conflicto armado aumenta el riesgo de las mujeres de sufrir violencia de género. Asimismo, la Comisión de Género precisó que la violencia sexual también “es una forma de mostrar poder, dominio y una manifestación clara de lo que constituye el abuso de poder, sobre todo, en contextos de coerción, como lo es el del conflicto armado”.³⁹

³⁵ Comisión de Género de la Jurisdicción Especial para la Paz, Concepto jurídico, 25 de junio de 2018. Disponible en: https://www.jep.gov.co/Relatoria/Comisi%C3%B3n%20de%20G%C3%A9nero/Concepto%20de%2025%20de%20junio%20de%202018_Exp%202017-120080101268E.pdf

³⁶ Comisión de Género de la Jurisdicción Especial para la Paz, Concepto jurídico, 6 de marzo de 2019. Disponible en: <https://www.jep.gov.co/Relatoria/Comisi%C3%B3n%20de%20G%C3%A9nero/Concepto%2006%20de%20marzo%20de%202018%20Caso%20Mujer%20adolescente%20indigena.pdf>

³⁷ Estos son algunos de los casos de la SDSJ en los que se citó el concepto presentado por la Comisión de Género: i) Resolución 973 de 31 de junio de 2018, ii) Resolución 374 de 8 de febrero de 2019, iii) Resolución 967 de 14 de marzo de 2019, iv) Resolución 3207 de 28 de julio de 2019, y v) Resolución 3490 de 12 de julio de 2019.

³⁸ JEP - SAI, Resolución que decide sobre solicitud de amnistía o indulto, 31 de mayo de 2019. Disponible en: https://www.jep.gov.co/Relatoria/Sala%20de%20Amnist%C3%ADa%20o%20Indulto/Resoluciones/Resolucion_SAI-AOI-SUBA-D-040%20de%2031%20de%20mayo%20de%202019.pdf

³⁹ Comisión de Género de la Jurisdicción Especial para la Paz, Concepto jurídico, 6 de marzo de 2019, cit.

Con respecto a la posibilidad de apoyar con magistrados o sus despachos en movilidad, la Comisión de Género, a solicitud de la SRVRDH,⁴⁰ designó a una de las magistradas que integra la Comisión para que prestara apoyos concretos en la elaboración de metodologías para visibilizar la posible violencia basada en género, incluida la violencia sexual, en casos que ya se encuentran priorizados por dicha Sala. En el marco de esta movilidad también se realizó la coordinación de la articulación entre el GRAI y la UIA para la puesta en marcha del sistema Layna, el cual es un *software* que permite, hasta el momento, registrar, sistematizar y categorizar en un sistema único de información para la JEP solo hechos de violencia sexual, pero con proyección a otras violencias basadas en género. Además, Layna genera reportes estadísticos, elabora contextos y determina patrones.

Como se puede observar, la función consultiva es una novedad para las comisiones de género que operan en el marco de funciones judiciales. Sería interesante hacer un seguimiento más a largo plazo respecto a qué nivel de incidencia pueden llegar a tener, o no, los conceptos o apoyos que dé la Comisión de Género en la correcta implementación del enfoque de género en las decisiones judiciales que tome la JEP. Por ahora, de forma preliminar, se puede concluir que su incidencia ha sido relevante, aunque no definitiva, puesto que las salas y secciones claramente mantienen su autonomía judicial frente a la aplicación de los conceptos en los casos concretos.

Articulación con el movimiento de mujeres y la población LGBTI

Otra de las funciones de la Comisión de Género es el establecimiento de relaciones con el movimiento de mujeres y la población LGBTI con miras a lograr su efectiva participación en la JEP. En esta primera etapa, dicha articulación se ha centrado fundamentalmente en efectuar acercamientos para brindar información básica sobre el SIVJRN, así como realizar capacitaciones para fomentar la presentación de informes a las organizaciones que lo soliciten. Para ello, se han efectuado aproximadamente 21 reuniones con organizaciones de mujeres y población LGBTI en las que han participado los magistrados o las magistradas de la Comisión de Género. Cabe destacar que la relación con el movimiento de mujeres y de población LGBTI es vital para acompañar su participación, por lo que esta ha sido la labor principal de la Comisión en esta primera etapa de su funcionamiento.

Desafíos

Una vez presentados algunos de los avances en la materialización del enfoque de género en la JEP, cabe preguntarse cuáles son los retos a los que actualmente

⁴⁰ Al respecto, véase Acuerdo AOG 041 de 10 de octubre de 2018.

se enfrentan la Comisión de Género y la JEP en esta materia. A continuación se presentarán tres puntos que, en mi opinión, representan debates vigentes y de cierto grado de complejidad. Lo anterior no implica que estos sean los únicos desafíos en la implementación de este enfoque en la JEP, puesto que, como bien lo saben quienes trabajan con enfoques diferenciales, su materialización es una constante lucha entre el reconocimiento, la visibilización y la puesta en práctica de los mismos en todos los ámbitos de competencia.

Violencia basada en género *versus* violencia sexual

Si bien el título de este apartado sugeriría que existe un debate entre los conceptos de violencia basada en género y violencia sexual, cabe resaltar que se trata de un falso debate que es relevante abordar y aclarar. Para entender en qué consiste y cómo puede ser solucionado se procederá a: i) retomar los conceptos de violencia basada en género y violencia sexual, ii) explicar los retos que implican los procesos de violencia sexual y iii) proponer una metodología de trabajo para dar solución al debate.

Conceptos de violencia basada en género, incluida la violencia sexual

Con respecto a estos conceptos, la Comisión de Género ha indicado:

La Convención de Belem do Pará en su artículo 1 establece que la violencia contra la mujer es “cualquier acción o conducta, basada en su género” que le cause a esta, entre otros, cualquier daño de índole sexual. Que la violencia esté basada o fundamentada en el género, es decir, que la razón por la que se ejerce la violencia sea por el hecho de ser mujer, implica que se está en sede de una violencia motivada por razones de discriminación y “responde a una situación estructural, en la medida en que busca perpetrar un orden social previamente establecido a partir de las relaciones disímiles”, entre hombres y mujeres y por ello es una forma clara de discriminación. A la luz de lo anterior *la violencia sexual es una de las diversas manifestaciones de la violencia contra la mujer*. Ello es así porque, a través de la violencia sexual el cuerpo de la mujer es instrumentalizado y se constituye como una fuente de satisfacción masculina, lo que reafirma la idea de que la mujer tiene, dentro de la sociedad, el deber de satisfacer al hombre sea o no su pareja. El agresor, al forzar a la víctima a mantener un contacto de índole sexual, pasa por alto que la mujer es titular de derechos como la autonomía y la libertad.

La violencia sexual, al ser una práctica que refleja y expresa el poder que tiene el hombre, frente a la mujer en la sociedad, se erige como una de las formas más evidentes de violentar y agredir a las mujeres: el hombre tiene el poder de reducir el cuerpo femenino, y por tanto a la mujer, a un mero objeto carente de derechos.⁴¹ (Énfasis agregado)

⁴¹ Comisión de Género de la Jurisdicción Especial para la Paz, Concepto jurídico, 25 de junio de 2018, cit., pp. 1-2.

Como se observa, la violencia sexual es una categoría o forma de violencia de género, lo cual implica que, al hablar de violencia de género, no se está excluyendo la violencia sexual. En este punto, es necesario aclarar que la violencia sexual incluye varios tipos de conductas. En efecto, cuando se habla de violencia sexual algunas veces se entiende que solo se está haciendo referencia a la violación sexual, pero este tipo de conductas tiene muchas formas de perpetrarse como, por ejemplo, la esclavitud sexual, el aborto forzado o la trata de personas.⁴²

Al respecto, cuando la Comisión de Género hace referencia al *continuum* de violencias de género,⁴³ se refiere a que comúnmente las niñas, mujeres y la población LGBTI no han sufrido un solo hecho victimizante relacionado con el conflicto armado, sino que, por el contrario, han sido víctimas de distintos tipos de violencias, incluso perpetrados por varios actores del conflicto, en diversos momentos. El propósito de entender el *continuum* de violencias es tratar de construir una narrativa que, por un lado, muestre que cada uno de esos hechos victimizantes tuvo un efecto distinto por el hecho de ser mujer o ser parte de la población LGBTI, pero que, además, muchos de estos hechos están relacionados con las causas por las cuales las mujeres y la población LGBTI sufrimos violencia y discriminación.

Retos que implican los procesos de violencia sexual

Si bien la explicación de las categorías teóricas demuestra que los términos de violencia sexual y violencia de género no son excluyentes, ni se contradicen entre sí, en la práctica persiste una preocupación desde una parte del movimiento de mujeres respecto a que al usarse el término “*continuum* de la violencia basada en género” se invisibilice o no se tome en cuenta la violencia sexual. Efectivamente, la investigación y el juzgamiento de la violencia sexual presentan unos desafíos particulares que implican que la justicia transicional deba hacer un esfuerzo mayor para poder responder a las víctimas de este tipo de violencias. A manera de ejemplo, en el marco de las funciones de la JEP se pueden prever dos

⁴² Frente a este tema, la Ley 1719 de 2014, “Por la cual se modifican algunos artículos de las Leyes 599 de 2000 y 906 de 2004 y se adoptan medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial la violencia sexual con ocasión del conflicto armado, y se dictan otras disposiciones”, adicionó nuevos tipos penales de violencia sexual, especialmente asociada al conflicto armado interno, tales como prostitución forzada en persona protegida (según el Derecho Internacional Humanitario), esclavitud sexual en persona protegida, trata de personas en persona protegida con fines de explotación sexual, esterilización forzada en persona protegida, embarazo forzado en persona protegida, desnudez forzada en persona protegida o aborto forzado en persona protegida, entre otros.

⁴³ El *continuum* de violencia se refiere a que las mujeres experimentan distintos tipos e intensidades de violencia, tanto en la esfera pública como privada, repetidas veces a lo largo de su vida y de manera sistemática y no aislada (Liz Kelly, *Surviving Sexual Violence*, London, Polity Press, 1988).

desafíos importantes cuando se adelanten los procesos por violencia sexual, a saber: i) los problemas probatorios y ii) la aceptación de responsabilidad de estos hechos.

Sobre el primer punto, los procesos judiciales, tanto en la justicia ordinaria como en la transicional, se ven enfrentados a dificultades probatorias que se pueden presentar en algunos casos de violencia sexual, como por ejemplo: i) que el caso haya sucedido hace mucho tiempo, lo cual impida encontrar evidencia física en el cuerpo de la víctima; ii) que los únicos testimonios que se tengan sean los del perpetrador o el de la víctima, o iii) que no se tenga certeza sobre la pertenencia del perpetrador a un actor armado en específico. Este tipo de dificultades probatorias no deben entenderse como imposibilidades, es decir que se concluya que el proceso no puede ser adelantado, sino que conlleva una obligación por parte de la autoridad judicial, que debe recurrir a otro tipo de elementos probatorios para poder llevar a cabo el proceso. Así, ante estas dificultades probatorias es preciso acudir a la construcción de contextos y patrones que permitan apoyar probatoriamente los casos.

El segundo reto se centra más en las funciones propias de la JEP, concretamente en el reconocimiento de los actores armados que cometieron los hechos de violencia sexual. Al respecto, experiencias como las de la Ley de Justicia y Paz⁴⁴ indican que el reconocimiento de este tipo de violencia suele ser muy poca.⁴⁵ De hecho, pareciera que para los perpetradores fuera más fácil aceptar la comisión de grandes masacres o asesinatos que reconocer que violaron a una mujer. Este posible panorama podría llegar a tener un impacto en las funciones de la JEP, por cuanto cuando se llama a un compareciente a rendir versión, es imperativo que se cuente con información muy concreta que permita que la autoridad judicial dirija su declaración. En la práctica esto genera que los casos que involucren violencia sexual deban tener un muy buen soporte, incluso en una etapa temprana, para evitar que el compareciente niegue su responsabilidad en estos hechos.

Cabe resaltar que estos retos y preocupaciones, que el movimiento de mujeres ha sabido recoger, no solo se han presentado ante la JEP, sino que fueron algunas de las victorias que se lograron durante la negociación en La Habana. Efectivamente, el movimiento de mujeres logró posicionar, en la mesa de

⁴⁴ La Ley 975 de 2005, también conocida como Ley de Justicia y Paz, se expidió tras las negociaciones del gobierno de Álvaro Uribe con los paramilitares para la reincorporación de miembros de grupos armados a la sociedad mediante la aplicación de algunos mecanismos de justicia transicional, como la reducción de penas a cambio de verdad, reparación y no repetición (“Ley de Justicia y Paz: respuestas a sus preguntas”, en Ministerio de Justicia, *Justicia transicional*. Disponible en: <http://www.justiciatransicional.gov.co/ABC/Ley-de-Justicia-y-Paz>).

⁴⁵ *Semana*, “Ningún actor armado reconoce la violencia sexual, más fácil un asesinato”. Disponible en: <https://www.semana.com/nacion/articulo/abuso-sexual-en-el-marco-del-conflicto-colombiano-cnmh/548055>

negociación, la necesidad de visibilizar la violencia sexual cometida en el conflicto armado colombiano. Este hecho supuso que se tomaran decisiones tan importantes como que la violencia sexual fuera incluida como una de las conductas que bajo ningún motivo puede ser amnistiable o indultable.⁴⁶ De esta manera, es innegable que la violencia sexual fue un punto destacado dentro de los acuerdos y en las normas posteriores que reglamentaron el SIVJRNR, incluida la JEP.

Propuesta de metodología de trabajo para una solución al debate

Sin embargo, que la violencia sexual tenga una priorización intrínseca, dada por el Acuerdo Final de Paz y las normas posteriores, no significa que la JEP deba concentrarse exclusivamente en este tipo de violencia a la hora de construir la narrativa de lo que les sucedió a las mujeres y a la población LGBTI en el conflicto armado. Lo que se debe lograr es una ponderación entre los dos temas, sin que ninguno sea dejado de lado. Es decir, la JEP debe poder investigar, juzgar y sancionar de manera adecuada y efectiva los casos de violencia sexual cometidos durante el conflicto armado, dándoles la visibilización e importancia que las víctimas de estos hechos tan atroces necesitan y merecen. No obstante, y además de esto, se deben investigar otras formas de violencia basada en género y crear narrativas más amplias sobre los impactos diferenciados y desproporcionados que sufrieron las niñas, mujeres y personas de la población LGBTI víctimas del conflicto.

Lo anterior representa uno de los grandes retos a los que se enfrenta todo el tiempo quien debe hacer aplicación del enfoque de género. Por un lado, se pide que el enfoque se aplique de manera transversal a todas las temáticas, pero a veces la transversalidad se termina perdiendo en la generalidad sin que realmente se logre una correcta implementación del enfoque. Por eso, resulta necesario crear, dentro de las entidades, espacios y funciones donde las personas o los grupos trabajen de manera específica y estratégica un tema en particular.

Desde el Acuerdo Final de Paz se consolidó un modelo de implementación del enfoque de género, según el cual este se debe practicar de forma transversal en todos los temas, pero, a su vez, se deben crear algunos focos de análisis en los asuntos específicos que lo ameriten. Con base en esto, en mi opinión, la SRVRDH de la JEP debe investigar todos los tipos de violencias basadas en género en los casos tanto nacionales como territoriales, que sean priorizados, pero paralelamente es necesario que abra un caso exclusivo sobre violencia sexual, que permita dar cuenta de los patrones y los *modus operandi* de este tipo

⁴⁶ Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, cit., p. 151. Véase también artículo 23, parágrafo, literal a, Ley 1820 de 2016, “Por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones” y artículo 42, Ley 1957 de 2019, “Ley Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz”.

de violencia en todo el territorio. Solo de esta manera se lograría la ponderación entre las dos temáticas y se respondería de forma adecuada a las demandas de las víctimas de violencias basadas en género, incluida la violencia sexual.

Interseccionalidad

El segundo reto está relacionado con la implementación del enfoque de género teniendo en cuenta el concepto de la interseccionalidad. Este concepto nació del feminismo afrodescendiente norteamericano⁴⁷ y se fundamenta en demostrar que todas las mujeres vivimos la violencia y la discriminación de forma diferente, porque, dependiendo de las categorías sociales a las que pertenezcamos, nuestras vivencias y los impactos de las mismas puedan ser diferenciados. Bajo este enfoque se entiende que una mujer afrodescendiente no sufrió la violencia del conflicto armado de la misma manera que una mujer indígena, una mujer rural o una mujer de ciudad.

El concepto de interseccionalidad ha sido relevante en el trabajo de la Comisión de Género desde su inicio, debido a que, en primer lugar, existe una conciencia de que muchas de las víctimas del conflicto pertenecen simultáneamente a diversas categorías sociales y esta condición debe ser tenida en cuenta a la hora de aplicar el enfoque de género. En segundo lugar, esa conciencia se debe, en parte, a que dos de las magistradas miembros de la Comisión pertenecen a pueblos étnicos y ellas se encargan de recordar constantemente que el enfoque de género que se implemente en la JEP debe incluir activamente a las niñas y mujeres étnicas.

Cabe destacar que aunque el concepto de la interseccionalidad resulta sumamente interesante desde un punto de vista académico, en la práctica de la Comisión de Género ha sido difícil de aplicar. En concreto, hasta el momento se han detectado dos escenarios en los cuales la Comisión deberá trabajar arduamente. El primero se refiere a la compaginación de las diversas visiones de ser mujer o incluso de feminismo que tienen las mujeres, incluidas las mujeres étnicas. El segundo reto se centra en cómo aplicar este concepto en las decisiones judiciales que profiera la JEP.

El primer reto se ha presentado debido a las discusiones con algunas personas que entienden erróneamente que el enfoque de género establecido en el Acuerdo Final de Paz tiene una visión única de lo que es ser una mujer “empoderada” y rechazan las construcciones realizadas por las mujeres pertenecientes a pueblos étnicos. En principio, esta posición estima que el Acuerdo Final de Paz habría incluido un enfoque de género según el cual las niñas y

⁴⁷ Kimberle Crenshaw, “Demarginalizing the intersection of race and sex: a black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics”, *University of Chicago Legal Forum*, núm. 1, 1989, pp. 139-167.

mujeres deben coincidir con los postulados del “feminismo” para que puedan ser beneficiarias del enfoque de género. De manera que esta posición es reacia a aceptar el enfoque transversal “étnico, de género, mujer, familia y generación” incluido en el Acuerdo Final de Paz⁴⁸ para abordar los temas que conciernan a las mujeres indígenas, negras, afrocolombianas, raizales, palenqueras y Rrom.

Estas posiciones parten de varias premisas equivocadas, que, si no son aclaradas, pueden generar discordias innecesarias entre los diversos grupos de mujeres. Para empezar, no existe un único y verdadero feminismo, por el contrario, los feminismos intentan reconocer que las mujeres somos diversas. En efecto, se debe entender que “feminismo es un término sombrilla que cubre muchas praxis y teorías con un punto común; cuando [se] us[a] el singular es para hacer énfasis en esa convergencia, y cuando [se] us[a] el plural es para hacer énfasis en su inmensa y cambiante diversidad”.⁴⁹

Además, afirmar que solo algunas mujeres, especialmente las de ciudad que cuentan con un cierto nivel de educación, pueden ser consideradas “empoderadas”, es desconocer la resistencia que las mujeres étnicas desde los territorios llevan a cabo. Aunado a que es imposible ignorar que los pueblos étnicos fueron quienes lograron la inclusión del enfoque de “género, mujer, familia y generación”, por lo que no puede ser pasado por alto por quienes realizamos la implementación del mismo.⁵⁰

La pregunta que surge entonces es si el enfoque de “género, mujer, familia y generación” es contrario al enfoque de género establecido en el Acuerdo Final de Paz. La respuesta es negativa, en el sentido de que debe entenderse el enfoque de género como un concepto “paraguas”, en el que se incluyen todas las visiones de feminismo, de ser mujer, de nuestro papel en la sociedad o demás categorías sociales, por lo que el enfoque de “género, mujer, familia y generación” también está incluido. El reto precisamente está en llenar de contenido este enfoque, entender por qué la generación y la familia tienen un rol tan fundamental en la vida de las mujeres étnicas y cómo eso se traduce en impactos y narrativas diferenciales sobre lo que les sucedió en el conflicto armado.

Lo interesante de mantener esta visión amplia del enfoque de género es que nos permite acercarnos a un verdadero trabajo de interseccionalidad, en el que no se divida a las mujeres por las categorías sociales a las que pertenecen, es decir que si pertenece a un pueblo étnico no se tenga en cuenta solo este

⁴⁸ Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, cit., p. 207.

⁴⁹ Catalina Ruiz Navarro, *Las mujeres que luchan se encuentran. Manual de feminismo pop latinoamericano*, Bogotá, Grijalbo, 2019, p. 17.

⁵⁰ JEP, Diversidad étnica y cultural, pluralismo jurídico y consulta previa. Instrumentos de coordinación y articulación entre los pueblos indígenas y el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR). Disponible en https://www.medellin.gov.co/normograma/docs/doc_jep_20190816_2019.htm

punto y se deje de lado que es mujer, sino que, por el contrario, se logre llegar a un punto intermedio donde los dos saberes dialoguen y permitan entender la particularidad de las mujeres. Por lo anterior, la Comisión Étnica y la Comisión de Género de la JEP mantienen un diálogo y trabajo constante con esta finalidad en mente.

Por otra parte, la interseccionalidad, además de representar un reto en el relacionamiento con los diversos grupos de mujeres, implica ciertas dificultades en la aplicación del concepto en las decisiones judiciales. Lo cierto es que al ser un concepto que se ha venido usando de forma reciente, no se tienen muchos ejemplos exitosos de su aplicación en la jurisprudencia nacional o internacional. Hasta el momento se han detectado tres tipos de aplicación de la interseccionalidad en decisiones: i) en las que no se hace una mención expresa del concepto de interseccionalidad, pero en la práctica se aplica;⁵¹ ii) en las que se visibilizan las categorías sociales y se hace mención de la interseccionalidad, pero no se desarrolla cómo la afectación o la reparación de la víctima debe ser diferencial,⁵² o iii) en las cuales se deja de lado una de las categorías a las que pertenece la persona y, por tanto, carecen de un análisis de interseccionalidad.⁵³ El desafío entonces consiste en lograr entender el concepto y aplicarlo en los casos que trate la JEP en sus diversas salas y secciones.

LGBTI

Finalmente, el tercer reto que se pretende desarrollar en este artículo, es el relacionado con la población LGBTI. Como se mencionó, desde su creación la Comisión de Género entendió que su mandato no se reduce a las niñas, adolescentes y mujeres, sino que incluye a la población LGBTI. Esta inclusión debe ser destacada, puesto que después de la pérdida del plebiscito y la posterior renegociación del Acuerdo de Paz, erróneamente se concluyó que la población LGBTI había sido eliminada del mismo y, por tanto, del trabajo de la JEP. Si bien al borrar en algunos puntos del Acuerdo Final de Paz la sigla 'LGBTI' y la expresión 'enfoque de género' se generó la impresión de que habían sido totalmente excluidos, lo cierto es que en la práctica este no fue el efecto. La consecuencia simbólica negativa de la eliminación de la sigla es clara; sin embargo,

⁵¹ Véase TEDH, Caso B. S. c. España, Sentencia de 24 de julio de 2012, demanda núm. 47159/08, párr. 71. En esta decisión no se hizo mención del término interseccionalidad, pero se declaró que la discriminación de la que fue objeto la demandante se debió a su género y raza de forma inseparable.

⁵² Véase Corte IDH, Caso Gonzales Lluay *vs.* Ecuador, Sentencia de 1 de septiembre de 2015, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párrs. 285-291.

⁵³ Véase Corte IDH, Caso Rosendo Cantú y otra *vs.* México, Sentencia de 31 de agosto de 2010, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas; Caso Fernández Ortega y otros *vs.* México, Sentencia de 30 de agosto de 2010, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Estas dos decisiones tienen una buena aplicación del enfoque de género, pero no ahondan en el hecho de que las dos mujeres son indígenas y cómo este hecho pudo haber impactado en su caso.

no se suprimieron las medidas concretas de protección que permitieron, por ejemplo, que la Comisión de Género de la JEP incluyera a esta población como una de sus líneas principales de trabajo.

Lo anterior con fundamento en que, además de la garantía y protección de los derechos de la población LGBTI en el Acuerdo Final de Paz y sus normas reglamentarias, la Ley de Procedimiento de la JEP (Ley 1922 de 2018) contiene una norma remisoría a leyes nacionales y tratados internacionales que mencionan y crean protecciones específicas tanto a mujeres y niñas como a personas LGBTI. Esto implica que la JEP tiene una base normativa fuerte a la que debe acudir para tratar estos temas.

Asimismo, para la Comisión de Género es evidente la importancia de trabajar con las personas de la población LGBTI víctimas del conflicto armado, puesto que eliminarlas del enfoque de género implicaría desconocer que en muchas de las violencias que esta población sufrió fue determinante su orientación sexual, identidad o expresión de género. Así, por ejemplo, si no se tiene en cuenta la orientación sexual o identidad de género cuando se adelanta un caso, se podría incurrir en errores tales como invisibilizar que a las mujeres lesbianas las violentaron sexualmente muchos de los actores armados, no solo por el hecho de ser mujeres, sino además para castigar su orientación sexual. Si este hecho se clasificara solamente como “violencia sexual”, no se estaría ahondando en que posiblemente también constituye un crimen por prejuicio.

Es precisamente en este tipo de análisis donde reside el reto de la JEP frente a esta temática. Este es el primer tribunal de justicia transicional en el mundo que se enfocará en el tema de población LGBTI y ello implica que todo está por hacer. En ese sentido, la JEP tiene que empezar por la creación de las herramientas y rutas básicas para su participación adecuada en los procesos judiciales, pasando por la determinación de los criterios de análisis que permitan construir casos o patrones de hechos victimizantes cometidos en contra de la población LGBTI y pensar cómo deben ser las reparaciones o sanciones propias en los casos que involucren a esta población. Los anteriores retos se suman a que es posible predecir que son pocos los expedientes remitidos por la jurisdicción ordinaria en los que se identifica la orientación sexual o la identidad de género de las personas, por lo que se exige un esfuerzo mayor para poder determinar los casos.

Conclusión

La JEP, a través de la Comisión de Género, ha realizado un esfuerzo por dar resultados concretos sobre la implementación del enfoque de género en esta primera etapa de funcionamiento de la jurisdicción. No obstante, los retos a los que se enfrenta no son menores y exigen un grado de compromiso y voluntad constante para alcanzar los objetivos trazados por el Acuerdo Final de Paz.

Además de los retos particulares de la implementación del enfoque de género, se suman otras dos circunstancias externas que, de continuar desarrollándose de la misma forma, podrían llegar a afectar de manera negativa el trabajo de la JEP. En primer lugar, resulta preocupante la poca implementación del enfoque de género de manera general en todo el Acuerdo Final de Paz, hasta el punto de que, en su último informe, el Instituto Kroc de Estudios Internacionales para la Paz indicó que solo un 5 % de las medidas de este enfoque se habían implementado a cabalidad.⁵⁴ Adicional a la baja implementación del enfoque, se encuentra la apremiante situación de seguridad en los territorios que ha puesto en peligro de manera directa a mujeres líderes⁵⁵ que están participando de forma activa con el SIVJRNR, incluida la JEP.

Estas dos situaciones pueden constituir nuevas barreras o límites para que la JEP cumpla su mandato general de centralidad de las víctimas y, en especial, su compromiso con la implementación del enfoque de género. De esta manera, es imperativo hacer un llamado por el cumplimiento integral del Acuerdo Final de Paz y del enfoque de género que en él se estableció, porque los esfuerzos de la JEP y del SIVJRNR son solo un engranaje de una máquina mayor que debe moverse articulada y coordinadamente para que se pueda consolidar esa paz estable y duradera por la que apuestan las niñas, las adolescentes, las mujeres y la población LGBTI víctimas del conflicto armado colombiano.

Bibliografía

ACUERDO AOG 041 DEL 10 DE OCTUBRE DE 2018.

ACUERDO FINAL PARA LA TERMINACIÓN DEL CONFLICTO Y LA CONSTRUCCIÓN DE UNA PAZ ESTABLE Y DURADERA, Bogotá, 24 de noviembre de 2016. Disponible en: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf>

ALTO COMISIONADO PARA LA PAZ, ABC Preguntas y respuestas sobre enfoque de género en los acuerdos de paz, La Habana, 23 de julio de 2016. Disponible en: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Paginas/ABC-preguntas-y-respuestas-sobre-enfoque-de-genero-en-los-acuerdos-de-paz.aspx>

⁵⁴ Instituto Kroc, Estado de la Implementación del Acuerdo Final, datos a febrero de 2019, p. 29. Disponible en: https://kroc.nd.edu/assets/315959/datos_implementacio_n.pdf. Un año antes esta cifra era del 4 % (Instituto Instituto Kroc, Embajada de Suecia, *op. cit.*).

⁵⁵ *Semana*, "Atentan contra columnista de SEMANA". Disponible en: <https://www.semana.com/nacion/articulo/atentan-contra-mayerli-angarita-lider-social-de-los-montes-de-maria/616095>. Véase también Colombia Informa, "Nuevo atentado a líderes y lideresas en Santander de Quilichao". Disponible en: <http://www.colombiainforma.info/nuevo-atentado-a-lideres-y-lideresas-en-santander-de-quilichao/>

- BAXTER, Janeen y Erik WRIGHT, "The glass ceiling hypothesis: A comparative study of the United States, Sweden, and Australia", *Gender & Society*, núm. 2, 2000, pp. 275-294.
- BUTLER, Judith, "Performative acts and gender constitution: an essay in phenomenology and feminist theory", *Theatre Journal*, núm. 4, 1988, pp. 519-531.
- CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA, *Aniquilar la diferencia. Lesbianas, gais, bisexuales y transgeneristas en el marco del conflicto armado colombiano*, Bogotá, CNMH-UARIV-USAID-OIM, 2015.
- COLOMBIA 2020, "Los logros de la Subcomisión de Género en tres acuerdos de La Habana", *El Espectador*, 2016. Disponible en: <https://www.elespectador.com/colombia2020/politica/los-logros-de-la-subcomision-de-genero-en-tres-acuerdos-de-la-habana-articulo-854639>
- COLOMBIA INFORMA, "Nuevo atentado a líderes y lideresas en Santander de Quilichao". Disponible en: <http://www.colombiainforma.info/nuevo-atentado-a-lideres-y-lideresas-en-santander-de-quilichao/>
- COMISIÓN DE GÉNERO DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ, Concepto jurídico, 25 de junio de 2018. Disponible en: https://www.jep.gov.co/Relatoria/Comisi%C3%B3n%20de%20G%C3%A9nero/Concepto%20de%2025%20de%20junio%20de%202018_Exp%202017-120080101268E.pdf
- _____, Concepto jurídico, 6 de marzo de 2019. Disponible en: <https://www.jep.gov.co/Relatoria/Comisi%C3%B3n%20de%20G%C3%A9nero/Concepto%2006%20de%20marzo%20de%202018%20Caso%20Mujer%20adolescente%20indigena.pdf>
- COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN, "Violencia sexual contra la mujer", en Comisión de la Verdad y Reconciliación, *Informe final*, t. VI, 2003.
- _____, "El impacto diferenciado de la violencia", en Comisión de la Verdad y Reconciliación, *Informe final*, t. VIII, 2003.
- CONGRESO 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".
- _____, Ley 1719 de 2014, "Por la cual se modifican algunos artículos de las Leyes 599 de 2000, 906 de 2004 y se adoptan medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial la violencia sexual con ocasión del conflicto armado, y se dictan otras disposiciones".

- _____, Ley 1820 de 2016, “Por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones”.
- _____, Ley 1922 de 2018, “Por medio del cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la Jurisdicción Especial para la Paz”.
- _____, Ley 1957 de 2019, “Ley Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz”.
- CORREA, Néstor, “Participación de la mujer en la rama judicial año 2014”, en Rama Judicial, *Estadísticas*. Disponible en: https://www.ramajudicial.gov.co/documents/573203/1435206/ESTADISTICAS+G%C3%A9nero_2014_mujer+V.2.pdf/8229193a-c887-43b4-8edd-99fe44740e4d
- CORTE IDH, Caso Fernández Ortega y otros *vs.* México, Sentencia de 30 de agosto de 2010, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.
- _____, Caso Rosendo Cantú y otra *vs.* México, Sentencia de 31 de agosto de 2010, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.
- _____, Caso Gonzales Lluy *vs.* Ecuador, Sentencia de 1 de septiembre de 2015, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.
- CRENSHAW, Kimberle, “Demarginalizing the intersection of race and sex: a black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics”, *University of Chicago Legal Forum*, núm. 1, 1989, pp. 139-167.
- CUMBRE NACIONAL DE MUJERES Y PAZ, “Las mujeres en la JEP”, *El Espectador, Colombia 2020*. Disponible en: <https://www.elespectador.com/colombia2020/opinion/las-mujeres-en-la-jep-columna-859084>
- _____, ¿Quiénes somos? Disponible en: <http://cumbrenacionaldemujeresypaz.com/sobre-la-cumbre/quienes-somos/>
- GPAZ, *Informe GPAZ: Observaciones sobre la incorporación del enfoque de género en el Acuerdo de Paz*, 2018. Disponible en: <https://www.rednacionaldemujeres.org/phocadownloadpap/informe-gpaz-observaciones-sobre-la-incorporacin-del-enfoque-de-genero-en-los-acuerdos-de-paz-octubre-2018.pdf>
- _____, *La paz avanza con las mujeres. Observaciones sobre la incorporación del enfoque de género en el Acuerdo de Paz*, 2018. Disponible en: <https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2019/02/Informe-La-Paz-Avanza-Con-las-Mujeres-Observaciones-sobre-la-incorporaci%C3%B3n-del-enfoque-de-g%C3%A9nero-en-el-Acuerdo-de-Paz-1.pdf>
- HUMANAS COLOMBIA, SISMA MUJER Y RED NACIONAL DE MUJERES, *Equidad de género y derechos de las mujeres en el Acuerdo Final de Paz*, Bogotá, 2017. Disponible en: https://www.humanas.org.co/alfa/dat_particular/ar/ar_7354_q_Equidad-Genero-Mujeres-Acuerdo-final-1-1.pdf

INSTITUTO KROC, Estado de la implementación del Acuerdo Final, datos a febrero de 2019. Disponible en: https://kroc.nd.edu/assets/315959/datos_implementacio_n.pdf

INSTITUTO KROC, EMBAJADA DE SUECIA, FEDERACIÓN DEMOCRÁTICA INTERNACIONAL DE MUJERES Y ONU MUJERES, *Informe Especial del Instituto Kroc y el acompañamiento internacional, ONU Mujeres, FDIM y Suecia, al seguimiento del enfoque de género en la implementación del Acuerdo Final*, Bogotá, 2018. Disponible en: https://kroc.nd.edu/assets/294960/181030_informe_ge_nero_esp_final_2_.pdf

JEP, Diversidad étnica y cultural, pluralismo jurídico y consulta previa. Instrumentos de coordinación y articulación entre los pueblos indígenas y el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR). Disponible en: https://www.medellin.gov.co/normograma/docs/doc_jep_20190816_2019.htm

JEP - SAI, Resolución que decide sobre solicitud de amnistía o indulto, 31 de mayo de 2019. Disponible en: https://www.jep.gov.co/Relatoria/Sala%20de%20Amnist%C3%ADa%20o%20Indulto/Resoluciones/Resolucion_SAI-AOI-SUBA-D-040%20de%2031%20de%20mayo%20de%202019.pdf

JEP - SDSJ, Resolución 973 de 31 de junio de 2018.

_____, Resolución 374 de 8 de febrero de 2019.

_____, Resolución 967 de 14 de marzo de 2019.

_____, Resolución 3490 de 12 de julio de 2019.

_____, Jurisdicción Especial para la Paz, Resolución 3207 de 28 de julio de 2019.

JEP - SRVRDH, *Criterios y metodología de priorización de casos y situaciones*, 2018. Disponible en: <https://www.jep.gov.co/Documents/CriteriosYMetodologiaDePriorizacion.pdf>

_____, “Consideraciones especiales en relación con los informes sobre violencia basada en género, incluida la violencia sexual y la violencia por prejuicio”, en *Documento guía para la presentación de informes elaborados por organizaciones de víctimas, indígenas, negras, afrocolombianas, raizales, palenqueras, Rrom y de derechos humanos colombianas*, 2018. Disponible en: <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Documents/25.05.18%208pm%20SRVR%20GUIA%20para%20la%20elaboracion%20y%20presentacion%20de%20informes%20.pdf>

JUSTICIA TRANSICIONAL, “Ley de Justicia y Paz: respuestas a sus preguntas”, en Ministerio de Justicia, *Justicia transicional*. Disponible en: <http://www.justiciatransicional.gov.co/ABC/Ley-de-Justicia-y-Paz>

KELLY, Liz, *Surviving Sexual Violence*, London, Polity Press, 1988.

- MAIQUES DÍAZ, Mar, “No queremos ser pactadas, queremos ser pactantes”, *Diagonal*, 2013. Disponible en: <https://www.diagonalperiodico.net/global/20876-no-queremos-ser-pactadas-queremos-ser-pactantes.html>
- MANTILLA, Julissa, “La Comisión de la Verdad y Reconciliación en el Perú y la perspectiva de género: principales logros y hallazgos”, *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núm. 43, 2006, pp. 323-365.
- OBSERVATORIO LABORAL PARA LA EDUCACIÓN, “Caracterización de graduados por departamento”, en Ministerio de Educación Nacional, *Observatorio Laboral para la Educación*. Disponible en: <http://bi.mineducacion.gov.co:8380/eportal/web/men-observatorio-laboral/ubicacion-geografica>
- ONU MUJERES, *100 medidas que incorporan la perspectiva de género en el Acuerdo de Paz en Colombia*, 2018. Disponible en: <http://www2.unwomen.org/-/media/field%20office%20colombia/documentos/publicaciones/2017/10/internas%20farc-ep.pdf?la=es&vs=4845>
- PARDO, Santiago, “A second chance on earth: understanding the selection process of the judges of the Colombian Special Jurisdiction for Peace”, Tesis de maestría presentada en Stanford University, 2018.
- RUIZ NAVARRO, Catalina, *Las mujeres que luchan se encuentran. Manual de feminismo pop latinoamericano*, Bogotá, Grijalbo, 2019.
- SEMANA, “Atentan contra columnista de SEMANA”. Disponible en: <https://www.semana.com/nacion/articulo/atentan-contra-mayerli-angarita-lider-social-de-los-montes-de-maria/616095>
- _____, “Ningún actor armado reconoce la violencia sexual, más fácil un asesinato”. Disponible en: <https://www.semana.com/nacion/articulo/abuso-sexual-en-el-marco-del-conflicto-colombiano-cnmh/548055>
- SENTIIDO, “Baños mixtos: una apuesta por la inclusión”, 20 de agosto de 2019. Disponible en: <https://sentiido.com/banos-mixtos-una-apuesta-por-la-inclusion/>
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, Caso B. S. c. España, Sentencia de 24 de julio de 2012, demanda núm. 47159/08.

PARTE 3. INVITADOS ESPECIALES



Legitimidad por vía de juridicidad: narrativas en disputa sobre la Jurisdicción Especial para la Paz como mecanismo de justicia restaurativa en entornos de impunidad y polarización

«MARÍA DEL PILAR BAHAMÓN FALLA» Secretaria ejecutiva de la JEP

«HARVEY DANILO SUÁREZ MORALES» Subsecretario ejecutivo de la JEP

Resumen: La justicia transicional restaurativa a cargo de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) dispone de un completo, vigente, adecuado y éticamente razonable soporte empírico y normativo con fuerza vinculante, que permite realizar aportes significativos a la consolidación del Estado democrático de derecho y a la construcción de una paz estable y duradera. No obstante, el logro de los objetivos de la JEP –y del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y Garantías de No Repetición (SIVJRNR)– dependerá en gran medida de la efectividad de la articulación de la institucionalidad, la sociedad colombiana y la comunidad internacional en torno a la agenda de defensa y fortalecimiento del Estado democrático de derecho.

Palabras clave: Jurisdicción Especial para la Paz, Estado democrático de derecho, justicia transicional restaurativa.

Abstract: The restorative transitional justice for which the Special Jurisdiction for Peace is responsible has complete, valid, adequate and ethically reasonable empirical and normative support with binding force, which allows for making significant contributions to the consolidation of the rule of law and the construction of a stable and lasting peace. However, the achievement of the objectives of the JEP –and of the Comprehensive System of Truth, Justice, Reparation and Guarantees of Non-Repetition– will depend to a large extent on the effectiveness of the coordination among institutions, Colombian society and the international community in implementing the agenda for the defense and strengthening the democratic rule of law.

Key words: Special Jurisdiction for Peace, democratic rule of law, restorative transitional justice.

Introducción

En este texto se identifican algunos de los elementos esenciales de la relación que debe materializar la juridicidad de los contenidos especiales derivados del Acuerdo Final de Paz suscrito entre el Estado colombiano y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (FARC-EP), las fuentes normativas de carácter constitucional y legal que sustentan su implementación, y, finalmente, los aportes de dicho modelo de justicia a la consolidación del Estado democrático de derecho como condiciones necesarias y fundamentos estructurales para el logro de una paz estable y duradera. Los elementos antes descritos configuran en buena medida soportes para el necesario debate social, jurídico y político sobre la validez y legitimidad de la justicia transicional restaurativa, en cabeza de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP).

Inicialmente, a manera de introducción, se desarrolla la noción de ‘legitimidad por vía de juridicidad’ –en abierta paráfrasis del concepto de ‘legitimidad por vía de legalidad’¹ propuesto por Jürgen Habermas–, en esta ocasión aplicada a la interpretación, formulación normativa e implementación de la JEP como mecanismo judicial del Acuerdo Final de Paz. La noción de ‘legitimidad por vía de juridicidad’ se plantea como un aporte al necesario debate argumentado sobre la justicia transicional restaurativa a cargo de la JEP, en tanto que asunto de interés público en un entorno de alta polarización política alrededor de las condiciones de posibilidad de la paz. Vale la pena señalar que la inmensa mayoría de las opiniones que circulan en los espacios comunicativos cotidianos se nutren de narrativas basadas en altos niveles de desinformación y desconocimiento del contenido, sentido y alcance de la justicia transicional y las experiencias internacionales y nacionales al respecto. Sobre la materia, en el trabajo cotidiano realizado por los equipos misionales de la JEP, tanto en territorio como en la sede nacional, se evidencian notorios vacíos de información básica sobre la misión y el mandato de la JEP en amplios sectores de víctimas, en muchos de los comparecientes, en periodistas y comunicadores, e incluso en algunos temas específicos –la aplicación del principio dialógico, el régimen de condicionalidad, las sanciones propias y medidas reparadoras y restaurativas mediante trabajos, obras y actividades dirigidas para tal fin–, en el caso de algunos representantes judiciales particulares que prestan sus servicios ante la JEP.

Posteriormente, en cuatro apartados se exploran: i) algunos de los contenidos y las expresiones de las principales narrativas que impulsan el debate político, jurídico, social y mediático respecto de la existencia, el funcionamiento y los fines de la JEP; ii) las tensiones que en torno a la JEP buscan, de una parte, la necesaria consolidación Estado democrático de derecho y, de otra, su paulatino

¹ Jürgen Habermas, “¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 5, 1988. Disponible en: <https://bit.ly/2mD44Mc>

desmonte en aras de mantener un *statu quo* favorable al ocultamiento de la verdad de los principales delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra cometidos en Colombia; iii) una caracterización de las condiciones locales (nacionales y especialmente territoriales) de implementación de la justicia transicional restaurativa incorporada en el Acuerdo Final de Paz suscrito entre el Estado colombiano y las FARC; y, finalmente, iv) los aportes de la justicia transicional a la consolidación del Estado democrático de derecho.

Legitimidad por vía de juridicidad.

En la búsqueda de una adecuada relación entre medios y fines

En contextos de transición de regímenes dictatoriales a democracias, o de conflictos armados a procesos de paz, precedidos por muy complejas negociaciones políticas –tal como ocurre en el caso del Acuerdo Final de Paz realizado en Colombia–, emergen necesariamente intensos debates referidos a la validez y la legitimidad de las normas y medidas de justicia transicional adoptadas para buscar salidas a situaciones humanitarias críticas o crónicas –de larga duración– que han generado centenares de miles, e incluso millones de víctimas,² cuantiosas pérdidas materiales y simbólicas, desconfianza social, y muy erosivas consecuencias sociopolíticas y culturales relacionadas con la impunidad de los delitos atroces cometidos en el desarrollo de la confrontación armada y las diversas violencias asociadas a la misma.

Es en este tipo de complejos escenarios donde la justicia transicional es más relevante:

Más allá de que el escenario sea el de una verdadera transición o el de una transición parcial, limitada o incompleta, en cualquiera de estas situaciones los sistemas de justicia cumplen un rol esencial, al menos en dos aspectos que están íntimamente relacionados: 1) la protección de los derechos de las víctimas y 2) la consolidación de Estados y democracias donde no exista espacio para la impunidad de las graves violaciones de derechos humanos, especialmente cuando estas constituyen crímenes internacionales. Ambos aspectos son claves para que la transición sea sólida y el nuevo régimen político sea capaz de evitar la repetición de los hechos del pasado.³

² El registro oficial de víctimas, con corte al 1º de junio de 2019, incluye 8.463.875 personas afectadas por el conflicto armado interno en Colombia. Disponible en: <https://www.unidadvictimas.gov.co/es/registro-unico-de-victimas-ruv/37394>. El mayor número de víctimas se concentró en los casos de desplazamiento forzado (7.508.384 personas); desaparecidos (172.571); homicidios (261.619); según estadísticas del Centro Nacional de Memoria Histórica (<http://centrodememoriahistorica.gov.co/observatorio/>); cerca de 1.008.371 individuos afectados en razón del parentesco con las personas asesinadas; secuestro (36.949 personas); delitos contra la libertad y la integridad sexuales (27.956 personas); víctimas de minas antipersonal, municiones sin explotar y artefactos explosivos (11.500 personas); tortura (10.672 personas); pérdida de bienes muebles e inmuebles (115.023 personas), entre otros hechos victimizantes.

³ AA.VV., *Las víctimas y la justicia transicional. ¿Están cumpliendo los Estados latinoamericanos con los estándares internacionales?*, Washington, Fundación para el Debido Proceso Legal, 2010, p. 5. Disponible en: <https://bit.ly/2gQY6Cy>

En otros términos, no se puede hablar de justicia transicional sin un análisis de la correlación entre derechos de las víctimas, aportes al cierre de la brecha de impunidad de crímenes internacionales y la consolidación del Estado democrático de derecho.

Así las cosas, la legitimidad del modelo de justicia transicional restaurativa institucionalizado en la JEP –como mecanismo judicial del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR)–, depende en gran medida de la correspondencia (grado de juridicidad) de los fundamentos, procedimientos y resultados esperados de dicho modelo con el conjunto de fines, valores y principios constitucionales –la paz, la justicia, la reconciliación, la convivencia pacífica,⁴ entre otros– del Estado democrático de derecho, que desde la perspectiva de realización de los derechos humanos y la aplicación de la normativa de protección⁵ integran tanto la normativa internacional que hace parte del bloque de constitucionalidad⁶ como la

⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-007 de 2018. Instrumentos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y Construcción de una Paz Estable y Duradera-Procedimiento legislativo especial para la paz (*fast track*).

⁵ Esta normativa se materializa en el derecho internacional humanitario y sus instrumentos, entre los principales, los cuatro convenios de Ginebra de 1949 y los dos protocolos adicionales que mejoran la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) y no internacionales (Protocolo II), así como aquellos referidos a la Convención de 1980 sobre prohibiciones o restricciones al empleo de ciertas armas no convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados (fragmentos no localizables, minas, armas trampa y otros artefactos, armas incendiarias); la Convención de 1993 sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción; el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998; el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 2000, relativo a la participación de niños en los conflictos armados, entre otros (Comité Internacional de la Cruz Roja, *¿Qué tratados forman parte del derecho internacional humanitario?*, 1 de enero de 2004. Disponible en: <https://bit.ly/2osBayP>).

⁶ La Constitución Política incorpora, por medio del bloque de constitucionalidad, valores y principios del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario (DIH) en materia de realización de los derechos de las víctimas y de la judicialización de crímenes internacionales: “En efecto, esta figura jurídica [el bloque de constitucionalidad] cumple una función trascendental en el proceso penal, en la medida en que permite incorporar los estándares normativos del derecho internacional de los derechos humanos al ordenamiento interno colombiano. Así, en numerosas sentencias, la Corte Constitucional ha recurrido a ese concepto como fundamento normativo para tomar determinaciones tan importantes en materia penal, como las relativas al alcance de la obediencia debida por parte de los militares, o aquellas relativas a los derechos de las víctimas de los delitos [sobre obediencia debida véase, entre otras, las sentencias C-225 y C-578 de 1995. Sobre los derechos de las víctimas véase, entre otras, las sentencias C-282 de 2002, C-004 y T-249 de 2003]. [...] El bloque de constitucionalidad no solo permite, sino que incluso obliga a interpretar los alcances del nuevo procedimiento penal a partir de las garantías fundamentales previstas no solo en la Constitución sino también en muchos tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario, con lo cual no solo constitucionaliza el procedimiento penal, sino que obliga a analizarlo desde una perspectiva de derechos humanos. Y esto es indudablemente positivo, por cuanto contribuye a que en Colombia, en la práctica, avancemos hacia un sistema penal más garantista” (Rodrigo Uprimny, “Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal”, s. d. Disponible en: <https://bit.ly/2NZlniD>).

normativa interna,⁷ y que de forma integral le otorgan la base interpretativa y la fuerza vinculante a la implementación de las normas de justicia transicional del Acuerdo Final de Paz suscrito entre el Estado colombiano y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (FARC-EP).

En ese orden de ideas, podemos definir el principio de juridicidad como aquel que permite establecer el grado de validez y legitimidad de las normas o las políticas gubernamentales o estatales –en este caso de la justicia transicional restaurativa–, a la luz de la correspondencia y coherencia de las mismas respecto de la primacía del conjunto superior de fines, valores y principios constitucionales del Estado democrático de derecho. Así las cosas, el examen del grado de juridicidad de las normas y políticas sobre la justicia transicional restaurativa permite identificar, mitigar e idealmente evitar la aplicación de propuestas dirigidas a la desestructuración del marco normativo, institucional, presupuestal o programático de funcionamiento de la JEP, y en consecuencia, consolidar la realización de los fines, principios, criterios o estándares de rango constitucional ligados al mandato y misionalidad de la Jurisdicción, y por extensión del SIVJNR. El análisis de juridicidad devela la estructural interdependencia entre la justicia transicional restaurativa y la materialización del Estado democrático de derecho.

Sin una exhaustiva aplicación del principio de juridicidad no es posible lograr avances significativos en la reducción de los casos de arbitrariedad del poder público instituido –ejecutivo, legislativo o judicial–, de la discrecionalidad administrativa o judicial lesiva de los derechos fundamentales de los coasociados, o de los abusos desplegados en los vínculos entre particulares. El análisis a partir del principio de juridicidad permite realizar el contraste de ciertas normas, políticas o prácticas sociales a la luz de los fines, valores, principios y procedimientos considerados de naturaleza y rango constitucional como superiores, necesarios, valiosos, válidos y legítimos, en tanto que, precisamente, garantizan las condiciones y oportunidades más amplias, plurales e incluyentes para la efectiva realización de los derechos.

La axiología constitucional del Estado democrático de derecho, cimentada en la realización de los derechos humanos, sirve a su vez como fundamento prevalente para la creación, interpretación y aplicación de normas y medidas de justicia transicional dirigidas a aportar respuestas efectivas a la transformación y superación de los conflictos políticos, sociales, económicos y culturales que atizaron la confrontación. En este orden de ideas, los valores y fines constitutivos del Estado democrático de derecho –íntimamente ligados a la realización de los derechos humanos y, en los casos de conflictos armados, a la normativa

⁷ Acto Legislativo 01 de 2017; Ley de Procedimiento de la JEP (Ley 1922 de 2018); Ley Estatutaria de la JEP (Ley 1957 de 2019), entre las principales.

humanitaria—,⁸ en aplicación del principio de juridicidad, prevalecen por sobre cualquier consideración de carácter ideológico o político que busque imponer intereses, normas o medidas regresivas, restrictivas o que vulneren libertades y derechos fundamentales, y en las situaciones más críticas, incluso el establecimiento de regímenes autocráticos o totalitarios.

Uno de los mayores retos de una sociedad afectada por la guerra (interna o internacional) consiste en abordar de manera adecuada, razonable y efectiva medidas dirigidas a sanar las profundas, extendidas y duraderas heridas causadas a las víctimas, a los grupos indirectamente afectados y, dada la gravedad e impacto de los crímenes atroces⁹ cometidos, a la sociedad en su conjunto. “Se consideran como crímenes atroces aquellos que atentan contra el género humano. Su condición de crímenes internacionales se basa en la convicción de que los actos asociados a ellos afectan a la dignidad básica de [todos] los seres humanos”.¹⁰ El término ‘crímenes atroces’¹¹ se refiere a tres crímenes internacionales

⁸ “Los convenios de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales de 1977 y 2005 constituyen los instrumentos centrales de DIH. Todos los Estados han aceptado los convenios, por lo que las obligaciones que contienen esos tratados son vinculantes para ellos. A lo largo de los años, se han adoptado varios tratados e instrumentos adicionales que regulan temas específicos de DIH” (Comité Internacional de la Cruz Roja, El derecho internacional humanitario en la legislación nacional, 31 de diciembre de 2014. Disponible en: <https://bit.ly/32sRuyU>).

⁹ La noción de delitos atroces permite comprender la gravedad de las conductas que serán objeto de juzgamiento y sanción por parte de la Jurisdicción Especial para la Paz.

¹⁰ Para precisar las nociones jurídicas del derecho internacional de los derechos humanos y del DIH sobre crímenes atroces, véase Naciones Unidas, *Marco de análisis para crímenes atroces. Una herramienta para la prevención*, 2014. Disponible en: <https://bit.ly/2Xk7N2j>; Human Rights Watch, *Genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. Compendio temático sobre jurisprudencia del Tribunal Internacional Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia*, México, Universidad Iberoamericana, 2010.

¹¹ Las definiciones de los crímenes pueden encontrarse en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948, los convenios de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales de 1972 y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998, entre otros tratados (Naciones Unidas, *Marco de análisis para crímenes atroces. Una herramienta para la prevención*, 2014. Disponible en: <https://bit.ly/2Xk7N2j>).

definidos jurídicamente: genocidio,¹² crímenes de lesa humanidad¹³ y crímenes de guerra.¹⁴

Frente a la comisión de delitos atroces en contextos de confrontación interna, la implementación de sistemas de justicia transicional tiene como objetivos: i) la dignificación y el reconocimiento de las víctimas y sus derechos, ii) el enjuiciamiento de los máximos responsables de crímenes atroces, iii) el esclarecimiento de la verdad (judicial e histórica), iv) la reparación integral de las víctimas, v) las reformas institucionales que afiancen las necesarias garantías de no repetición.¹⁵ Los objetivos planteados deben constituirse en aportes tangibles al logro de fines interdependientes de orden superior: la consolidación del Estado democrático de derecho¹⁶ y el afianzamiento de las bases de una paz estable

¹² Por genocidio se entiende cualquiera de los siguientes actos perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso: a) matanza de miembros del grupo, b) lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo, c) sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física total o parcial, d) medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo, e) traslado forzoso de niños del grupo a otro grupo.

¹³ Los crímenes de lesa humanidad son aquellos que consisten en ataques generalizados y sistemáticos, dirigidos contra la población civil, como 1) asesinato; 2) exterminio; 3) esclavitud; 4) deportación o traslado forzoso de población; 5) encarcelación o privación de la libertad física desconociendo las normas fundamentales del derecho internacional; 6) tortura; 7) violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, y cualquier forma de violencia sexual comparable; 8) persecución de grupos con identidad propia por motivos políticos, raciales, nacionales, religiosos, u otros universalmente reconocidos como inaceptables según el derecho internacional; 9) desaparición forzada de personas; 10) el crimen de *apartheid* (segregación); 11) otros actos inhumanos que causen grave sufrimiento o afecten la integridad de la persona (International Criminal Court - ICC - CPI [n.d.]. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/EA9AEFF7-5752-4F84-BE940A655E-B30E16/0/Rome_Statute_English.pdf. Citado en: <https://www.jep.gov.co/Paginas/Transparencia/Glosario.aspx>).

¹⁴ Son crímenes de guerra, en el marco de hostilidades entre partes enfrentadas en un conflicto armado internacional o interno: a) el homicidio intencional; b) la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos; c) causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud; d) la destrucción y la apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente; e) forzar a un prisionero de guerra o a un civil a servir en las fuerzas de una potencia hostil; f) privar deliberadamente a un prisionero de guerra o a un civil de su derecho al debido proceso legal; g) la deportación, traslado o detención ilegales de un civil; h) la toma de civiles como rehenes (Disponible en: <https://bit.ly/2KMPKLu>. Citado en: <https://www.jep.gov.co/Paginas/Transparencia/Glosario.aspx>).

¹⁵ Véanse, entre otros, Secretario General de las Naciones Unidas, *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, S/2004/616, 2004; Pablo de Greiff, "Algunas reflexiones acerca del desarrollo de la Justicia Transicional", *Anuario de Derechos Humanos*, Santiago de Chile, Universidad de Chile, 2011a; Jens Iverson, "Transitional Justice. *Jus post bellum* and international criminal law: Differentiating the usages, history and dynamics", *International Journal of Transitional Justice*, núm 7, 2013, pp. 413-433.

¹⁶ Jürgen Habermas, "El Estado democrático de derecho. ¿Una unión paradójica de principios contradictorios?", *Anuario de Derechos Humanos*, Instituto de Derechos Humanos, Universidad Complutense, 2001, p. 437. Disponible en: <https://bit.ly/2ODRMxG>

y duradera.¹⁷ A la luz de esta perspectiva, la comprensión de la relevancia del principio de juridicidad resulta esencial y estratégica.

En la Constitución se consagran los derechos fundamentales, se acota la función del gobierno para que no haya desbordes de poderes, y la totalidad de las leyes inferiores deben adecuarse a sus disposiciones so pena de ser tachadas de inconstitucionales. Por tales motivos, que giran alrededor de una ley que rige para todos –sea gobierno o sociedad civil–, y el compromiso jurídicamente obligatorio que le impone al Estado ejercer su poder dentro del marco legal, en el Estado de derecho florecen instituciones saludables que conducen a la rendición de cuentas, desconcentración de poder, y protección de la autonomía individual. Y ello es así porque el Principio de Juridicidad es entendido, además de su dimensión legal, en su dimensión axiológica. Se procura que no solamente haya *legalidad*, sino *legitimidad* moral. De sobra sabemos que legalmente se han justificado atrocidades, y que el contenido moral es esencial para que el Derecho tienda a la justicia objetiva. [...] *A contrario sensu*, en la Autocracia el Principio de Juridicidad está descartado, o por lo menos restringido, toda vez que el gobernante se coloca por encima de las leyes para hacer y deshacer a su antojo, o bien cumple con unos mínimos requisitos legales que encauzan sus acciones sin que por ello deje de tener la posibilidad de imponerse arbitrariamente sin necesidad de justificar sus obras ante el público. Como la tendencia de los autócratas es creerse poderosos para todo, hay nula institucionalidad (las reglas son para el pueblo, no para ellos), o bien las instituciones que surgen son desagradables –como presidencias ilimitadas– y hasta irrisorias –como ministerios de la felicidad–. En este tipo de regímenes, se encuentra que la legalidad está divorciada de la legitimidad, y lo que cuenta es el poder por el poder mismo, no para un interés de justicia.¹⁸

El cumplimiento de mandato de la JEP, ambicioso y no menos complejo, se inscribe en un entorno de intensa polarización política e ideológica, desinformación y desconocimiento general del contenido, sentido y alcance del Acuerdo Final de Paz, de la normativa aplicable y, en particular, del modelo de justicia transicional a cargo de la JEP. A continuación se presentan algunas reflexiones que permiten comprender las condiciones de posibilidad de la JEP (legitimidad por la vía de juridicidad) para cumplir su mandato.

¹⁷ Oficina del Alto Comisionado para la Paz, *Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*. Disponible en: <https://bit.ly/2mXa6W6>

¹⁸ Ezequiel Eiben, “Principio de juridicidad como fundamento del Estado de derecho”, *Tu espacio Jurídico. Revista Jurídica online*. Disponible en: <https://bit.ly/2Jqdthb>. Para un debate más profundo véase José María Carabante Muntada, “La teoría discursiva del derecho de Jürgen Habermas como paradigma para la ciencia del derecho”, *Foro, Nueva Época*, núm. 13, 2011, pp. 203-225; Carl J. Friedrich y Zbigniew K. Brzezinski, *Dictadura totalitaria y autocracia*, 2ª. ed., Buenos Aires, Ediciones Líbera, 1975, pp. 21-22; Jorge Reyes Rivero, “El principio de juridicidad y la modernidad”, *Revista Chilena de Derecho*, núm. especial, 1998, pp. 85-102.

El uso generalizado de términos imprecisos en un debate necesario basado en argumentos. La proliferación de circuitos “salvajes”¹⁹ de comunicación sobre la justicia transicional y la JEP

La búsqueda de un modelo de justicia que permita la aplicación de mecanismos y el logro de resultados adecuados, razonables y efectivos para el afrontamiento de las causas y consecuencias de la comisión de crímenes atroces es uno de los temas más complejos y polémicos en las sociedades en las que se logran acuerdos de paz o tránsitos de dictaduras a regímenes democráticos.

Las dimensiones y los contenidos del debate público sobre la JEP, en el que proliferan y se entremezclan de manera problemática e imprecisa razones de carácter político, jurídico e ideológico, en una multiplicidad de discursos de muy diverso contenido y tono –con expresiones particularmente intensas y agresivas en redes sociales–, muestran las tensiones que generan los procesos de “institucionalización jurídica de una extensa red de discursos”,²⁰ que se materializaron luego en normas de rango constitucional, tal como sucedió con el Acto Legislativo 01 de 2016.²¹ La incorporación del Acuerdo Final de Paz en la carta política colombiana no saldó –antes profundizó, por razones apenas entendibles en un país sumergido en un conflicto de al menos 50 años– una gran polémica, además atizada por algunos sectores interesados en el fracaso del Acuerdo de Paz, del SIVJRNR y, por ende, de la JEP.

En términos de Habermas, este tipo de discursos que escapa “al tratamiento comunicativo de cuestiones práctico-morales queda, por así decirlo, domesticado por vía de la institucionalización jurídica”, que tiene como antecedente el proceso legislativo de formulación de la norma vinculante, mediado por principios constitucionales y legales que garantizan la regla de la mayoría, la protección de las minorías y otras normas electorales y de trámite parlamentario, que se “analizan desde el punto de vista de cómo pueden asegurar en los procesos de decisión parlamentaria que se tengan por igual todos los intereses de los afectados y todos los aspectos relevantes de la cuestión que se trate”.²²

Aunque intenso y cargado de polémicas y contradicciones, el campo de producción legislativo de normas y su aplicación en ámbitos judiciales –como la JEP– está, en términos de Habermas, “domesticado” por reglas de juego institucionalizadas de validez y legitimidad. Por el contrario, el campo de debate público en medios de comunicación masiva, y especialmente el escenificado

¹⁹ Habermas, *op. cit.* 2001.

²⁰ *Idem.*

²¹ 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”. Véase también Sentencia C-674 de 14 de noviembre de 2017, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Expediente RPZ 003.

²² Habermas, *op. cit.*, 1998, p. 44.

en redes sociales –por definición y funcionamiento aún más desregulado que los anteriores–, se caracteriza por la proliferación de circuitos “salvajes” en los que las reglas de argumentación y el soporte empírico de las afirmaciones es en general precario.

Según la materia necesitada de regulación y las necesidades de decisión, unas veces tienen preferencia los aspectos morales y legales y otras veces los aspectos éticos. Unas veces se trata de cuestiones empíricas para las que se tiene que movilizar el conocimiento de los expertos, otras veces se trata de cuestiones pragmáticas, que requieren un equilibrio de intereses, o sea unas negociaciones justas. Los procesos de legitimación mismos pasan por diferentes niveles de comunicación. Frente a los circuitos “salvajes” de comunicación en la opinión pública no organizada se encuentran los procesos de consulta y de toma de decisiones formalmente regulados en los Juzgados, los Parlamentos, las instituciones, etc. Pero los procedimientos y las normas legales para el establecimiento de discursos no se deben confundir con los procedimientos cognitivos y los esquemas de argumentación que regulan el proceso intrínseco de los discursos mismos.²³

Dicho de otra manera, la constitucionalización del acuerdo político²⁴ que condensó las expectativas, las necesidades y los intereses de diversos sectores proclives a la aplicación de mecanismos y medidas de cierre de uno de los componentes más significativos del conflicto armado interno, por la vía de la justicia transicional restaurativa, choca con los intereses, las creencias y los valores de otros sectores del país que lo encuentran, en su opinión, lesivo e ilegítimo, y que en algunos casos está sometido a intencionales distorsiones y estrategias de desinformación destinadas a redirigir y condicionar amplios sectores de la opinión pública en contra de la legitimidad del Acuerdo de Paz, y de la existencia y el funcionamiento de la JEP.

En estos contextos, signados por la polarización política, las normas que hacen posible concretar la implementación de procesos de paz, especialmente en las etapas de posacuerdo y transición, buscan, entre otros temas esenciales, la mejor fórmula posible de equilibrio entre aspectos jurídicos, morales y éticos que versan sobre la tensión entre la dosimetría y proporcionalidad de las penas y el complejo e inestable balance entre justicia, paz, reparación a las víctimas y garantías de no repetición. Al respecto, cabe resaltar:

... en el derecho internacional público, si bien contiene mandatos de criminalización y de penalización, hace énfasis en la criminalización del comportamiento por sobre la

²³ Habermas, *op.cit.*, 2001.

²⁴ El Acuerdo Final de Paz entre el Gobierno colombiano y las FARC fue anunciado primero en La Habana, el 25 de agosto de 2016, después de cuatro años de negociación (23 de febrero de 2012); firmado en Cartagena el 26 de septiembre de 2016, y, finalmente, firmado en el Teatro Colón de Bogotá el 24 de noviembre de 2016, luego del ajuste, producto del proceso plebiscitario en el que por escasos 53.908 votos ganó el “No” al Acuerdo Final (6.431.372 votos por el “No”, frente a 6.377.464 por el “Sí”).

fijación de los límites de las penas adecuadas a ellos, con lo cual deja en libertad a los Estados para que sean ellos, de acuerdo con su derecho interno, quienes determinen los criterios de proporcionalidad que sean acordes a sus ordenamientos jurídicos. (ii) Por lo anterior, es forzoso concluir que un Estado no incurriría en violación de los compromisos internacionalmente adquiridos si sancionara con penas “racionalmente” proporcionales los comportamientos que se consideran delictivos en el ámbito internacional. (iii) Como no existen límites a la sanción ni a la calidad de la pena, la respuesta punitiva puede ser diferente a la prisión y, además, puede estar dentro de rangos que sean similares a los utilizados por otros países.²⁵

Como se mencionó, esto no significa que se hayan resuelto los intensos debates, precedidos del choque de sistemas de creencias y valores, en torno del esclarecimiento de la verdad judicial e histórica, la atribución penal o el reconocimiento de responsabilidad, el tipo y la proporcionalidad de las sanciones correspondientes, la reparación a las víctimas y, por tratarse de violaciones de los derechos humanos, de las medidas de no repetición. En ámbitos como los precitados se mueven los discursos y los argumentos de los sectores a favor de los acuerdos logrados, y aquellos que, de otro lado, no se identifican o rechazan de plano lo pactado y, por ende, se distancian o buscan el desmonte de las normas e instituciones que de allí se derivan.

En esta perspectiva, es necesario un proceso social e institucional de información, debate argumentativo y participación efectiva de titulares de derechos²⁶ y otros agentes interesados, dirigido a identificar, reconocer y evaluar –*ex ante*, en el desarrollo mismo de la acción institucional y en lo sucesivo de su funcionamiento– los fines de la justicia transicional –su relación con los derechos de las víctimas, los aportes al cierre de la brecha de impunidad de crímenes atroces y la consolidación del Estado democrático de derecho–, y los objetivos, alcances y limitaciones de la JEP. En otros términos, es preciso identificar soportes válidos y legítimos que permitan valorar la adecuación, razonabilidad y efectividad (esperada) de la JEP en el marco de la realidad colombiana –histórica, actual y futura–.

²⁵ Para ampliar el debate doctrinario sobre la proporcionalidad de las penas en el ámbito colombiano, véase Ricardo Antonio Cita Triana e Iván González Amado, *La proporcionalidad de las penas en la legislación colombiana*, Bogotá, Ministerio de Justicia, 2017, pp. 27-42.

²⁶ Principalmente las víctimas, respecto de los derechos a la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, y a la igualdad y no discriminación; los comparecientes ante la JEP, respecto de la seguridad jurídica de su situación y estatus jurídico y al debido proceso; los testigos y otros sujetos intervinientes judiciales ante la JEP, respecto del derecho a la debida protección, entre otros. Los agentes interesados en la misión y el mandato de la JEP, que pueden ejercer derechos al acceso a la información, son: la ciudadanía en general y los grupos de interés –comunidades, organizaciones sociales, entidades estatales, organismos de control, medios de comunicación masivos, alternativos y comunitarios–, la academia, la comunidad internacional, entre otros, que buscan información relevante sobre el mandato y la misión de la JEP y del SIVJRNR en su conjunto.

Las preocupaciones en torno a los fundamentos (políticos y normativos), el sentido (coherencia y orientación) y alcance (fines, objetivos, ámbito de aplicación, resultados e impacto) de la JEP como mecanismo esencial de justicia transicional es uno de los temas de mayor debate público reciente a propósito de la firma e implementación del Acuerdo Final de Paz. De hecho, se identifica claramente una intensa disputa entre narrativas antagónicas que buscan sustentar la necesidad, o, de otro lado, la inconveniencia del modelo de justicia transicional materializado en la existencia, el funcionamiento y los resultados esperados de la JEP.

En el evento académico “Los dilemas de la Justicia Especial para la Paz”, organizado por la Friedrich Ebert Stiftung en Colombia (Fescol) y el Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales (Iepri) de la Universidad Nacional de Colombia, celebrado el 1º de abril de 2019, se concluyó:

... entre las reflexiones de carácter político se señaló que la JEP es el mecanismo de construcción de verdad judicial por excelencia dentro del sistema integral y de esta forma, es un dispositivo de construcción de verdad, junto con la Comisión de la Verdad, que busca narrativas sobre el conflicto armado. Este tema no es un asunto menor, dado que “la guerra por las narrativas en Colombia es a muerte”.²⁷

La disputa por la interpretación y comprensión social de las verdades judicial e histórica sobre lo ocurrido en, al menos, 50 años de confrontación armada y las múltiples violencias resultantes –que produjeron más de ocho millones de víctimas– pone en la JEP uno de los focos de atención que suscita mayor debate, expresado en diversidad de formas y prácticas discursivas y las correlativas acciones colectivas dirigidas a lograr: i) la reafirmación de su necesidad, validez, legitimidad y la búsqueda de la consolidación del SIVJRNR, y de la JEP en concreto; ii) en contraposición, la generación de un significativo grupo de opinión opuesto a su existencia y funcionamiento que busca el desmonte de la JEP, o, en su defecto, la constitución de un ambiente adverso dirigido a su deslegitimación y descrédito; y iii) más recientemente, con particular énfasis luego del debate sobre las objeciones presidenciales al proyecto de ley estatutaria de la JEP, algunos sectores sociales y políticos que consideran necesarios ajustes a la JEP en temas como la extradición y las amnistías.²⁸

²⁷ El 1º de abril de 2019, en la sede de la Friedrich Ebert Stiftung en Colombia (Fescol), se desarrolló el evento “Los dilemas de la Justicia Especial para la Paz”. Disponible en: <http://iepri.unal.edu.co/1/los-dilemas-de-la-jep/>

²⁸ “Ley interpretativa sobre la JEP: ¿la solución a la polarización que dejaron las objeciones?”, *Semana*. Disponible en: <https://bit.ly/2NytDKS>

Las narrativas y los imaginarios en contradicción en el trasfondo de las tensiones y la polarización alrededor de la JEP

A continuación, de manera esquemática, se esboza un breve resumen de este complejo mapa general de debate y confrontación política que se presenta en entornos mediáticos, legislativos, jurídicos y sociales en los que se entrelazan, e incluso enfrentan, agendas de sectores y movimientos sociales y políticos sobre cómo cerrar la brecha de impunidad y la deuda histórica con el reconocimiento de las víctimas y sus derechos a la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición. En términos generales, en las tres vertientes de opinión y acción colectiva mencionadas se ubican grupos de interés más o menos identificables:

- Un grupo conformado por la inmensa mayoría de víctimas y sus organizaciones;²⁹ organizaciones de derechos humanos; organizaciones sociales de mujeres; la mayoría de las organizaciones y grupos étnicos –indígenas, negros (afrocolombianos, raizales y palenqueros), gitanos (rom)–; sectores estudiantiles; sindicatos; organizaciones, movimientos y partidos políticos afines al proceso de paz; un sector pequeño, pero representativo, de los gremios económicos; sectores académicos y grupos de investigación; algunos medios masivos de comunicación, y muchos de los medios comunitarios y alternativos; y, finalmente, un mayoritario y muy representativo grupo de organismos multilaterales, entre ellos el Consejo de Seguridad de la ONU,³⁰ países y sectores de la comunidad internacional, que incluyen cooperantes que, entre otros, apoyan la existencia, el funcionamiento y los fines de la JEP, y por extensión al SIVJRNR.

El grupo antes mencionado, en términos generales, considera que la aplicación de las medidas y el funcionamiento de los mecanismos de justicia transicional contemplados en el Acuerdo Final de Paz, además de necesaria, adecuada, coherente y legítima, es condición ineludible para la consolidación de una paz estable y duradera. En esta perspectiva, los alcances de la justicia transicional restaurativa incorporada en el punto 5 del Acuerdo Final de Paz son altamente valorados por este sector, en tanto que allí se establecen los mecanismos institucionales y las medidas de reparación y garantías de no repetición que permitirán cerrar la brecha de impunidad –especialmente referida al reconocimiento de responsabilidad, verdad (judicial e histórica), rendición de cuentas por los crímenes atroces cometidos por los perpetradores y determinadores y reparación

²⁹ “227 asociaciones de víctimas le piden a Duque que no objete ley de JEP”, *El Tiempo*. Disponible en: <https://bit.ly/2DSawTU>. El documento se puede ubicar en Scribd, Carta de víctimas a Duque. Disponible en: <https://bit.ly/32bbnL1>

³⁰ Véase JEP, “Consejo de Seguridad de la ONU pide pronta aprobación de la Ley Estatutaria para la JEP”. Disponible en: <https://bit.ly/2XdPjM2>

a las víctimas-. En esta línea de apoyo se comprende la necesidad de buscar opciones de implementación de aquello que podemos denominar como “sanciones transformadoras” que ayuden a cerrar las profundas heridas y la estructural afectación de los proyectos de vida de las personas, familias, comunidades y sectores agredidos de manera tan grave y deliberada, y que permitan definir condiciones adecuadas de sanción, reparación e incorporación de quienes perpetraron, facilitaron, promovieron y financiaron la comisión de delitos atroces. El propósito consiste en materializar los fines últimos de la justicia transicional restaurativa, a saber: i) romper los ciclos de violencia inter y transgeneracional y ii) consolidar procesos sostenibles de reconciliación en el marco de un Estado democrático de derecho.

- Un grupo que aglutina algunos sectores políticos, económicos,³¹ académicos, influenciadores y líderes de opinión enfocados en la comprensión del proceso de paz y el Acuerdo Final resultante como una amenaza frontal a la estabilidad política, social y económica del país; una fuente de impunidad selectiva proclive a las FARC y a sus aliados –que, *grosso modo*, incluye a quienes apoyan el proceso de paz y a la JEP–; una afrenta a la dignidad y legitimidad de la fuerza pública, en tanto que la ubica en el mismo plano moral que las guerrillas en el momento de someterse al juzgamiento en las mismas instancias de la JEP. En consecuencia, estos sectores perciben a la JEP como un mecanismo hecho a la medida de los intereses y las necesidades de impunidad y posicionamiento político de las FARC, enmarcado en un proyecto político transnacional de mayor alcance, de signo comunista, que articula fuerzas globales de ataque al capitalismo y a la democracia.
- La vertiente más radical, menos visible y más preocupada por la existencia, el funcionamiento e impacto de la JEP como fuente directa de verdad judicial, es decir, de responsabilidad penal individual, y su articulación con la verdad histórica a cargo de la Comisión de Esclarecimiento de la Verdad (Comisión de la Verdad) y de la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto (UBPD). Este grupo está conformado por personas y sectores que identifican en la JEP una clara y frontal amenaza a sus intereses particulares, puesto que están comprometidos –directa o indirectamente– en la comisión de crímenes atroces (delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra y genocidio), y que frente a las medidas de enjuiciamiento, reconocimiento de responsabilidad y rendición de cuentas, esclarecimiento de la

³¹ “Por qué los gremios respaldan a Duque contra la JEP”, *Dinero*. Disponible en: <https://bit.ly/2O0BRrB>

verdad, reparación a las víctimas y el compromiso con la no repetición y las medidas de reforma institucional, como ha sucedido en procesos similares en otras latitudes, “verían sus intereses inmediatos afectados por la adopción de tales medidas”.³²

- Un espectro social más difuso de la opinión pública, aunque muy extendido, abarca a quienes opinan a partir de información parcial, fragmentada y sin mayor contexto, en general vertida desde lecturas esporádicas y, principalmente, desde contenidos digitales difundidos por medio de redes sociales –WhatsApp, Twitter, Facebook o Instagram–, que por definición están diseñadas para impactar grandes grupos poblacionales, con contenidos dirigidos a “mover la emocionalidad” de las audiencias y las comunidades de consumo de información digital, en las que los aportes argumentativos y los debates “en contexto” y “en situación” no son posibles. De hecho, el uso masivo de redes sociales como estrategia de posicionamiento de ideas o propuestas políticas o ideológicas –a favor o en contra de una idea, grupo social o político o de un proyecto institucional– son el escenario más económico y expedito de propagación de “noticias falsas”³³ o *fake news*.
- Un último grupo social, que se podría denominar como apático y desinteresado, considera el debate como lejano y ajeno a sus intereses y cotidianidad y, por tanto, opinar o “tomar partido” es percibido como como ineficaz y desgastante.

La aplicación de sistemas de justicia transicional en entornos complejos de intensa polarización política. El asunto de fondo: las tensiones entre la consolidación y el desmonte del Estado democrático de derecho

Los sistemas de justicia transicional enfrentan críticas e incredulidad por parte de los sectores afectados por la guerra en calidad de víctimas; sectores sociales, económicos y políticos que desconfían de la pertinencia y eficacia de medidas que puedan favorecer la impunidad o afecten su sistema de valores, creencias o intereses; y con particular intensidad, la abierta resistencia y oposición por parte de los grupos y sectores comprometidos directa o indirectamente con violaciones de los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario (DIH), que configuran delitos atroces objeto de sanción penal –internacional o nacional–, que identifican en la existencia, el funcionamiento y

³² De Greiff, *op. cit.*, 2011a, p. 20.

³³ Manuel Blázquez Ochando, *El problema de las noticias falsas: detección y contramedidas* (documento), Departamento de Biblioteconomía y Documentación, Universidad Complutense de Madrid. Disponible en: <https://bit.ly/2TBiKH3>; Brendan Nyhan, “El verdadero efecto político de las noticias falsas”, *The New York Times*, 2018. Disponible en: <https://nyti.ms/2oapwD>

las decisiones de la justicia transicional amenazas al poder armado, económico, social y político que ejercen y ostentan.

Las guerras –conflictos armados internacionales o internos, en términos jurídicos– dividen y polarizan las sociedades, las cuales se ven inmersas en las dinámicas y las consecuencias de la confrontación, a partir de la fragmentación de la sociedad en bandos que reclaman, cada uno para sí y para sus grupos de apoyo, la legitimidad del uso de la fuerza, la coerción y la violencia. Las múltiples consecuencias de la guerra,³⁴ con énfasis en la percepción generalizada de impunidad e injusticia, generan profundos sentimientos de impotencia, frustración, desesperanza, odio, e incluso deseos de venganza, que se irrigan al conjunto de la sociedad. En la economía política de la guerra, la peor parte corre por cuenta de las víctimas pertenecientes a los grupos históricamente excluidos, postergados y subrepresentados (desaventajados),³⁵ que son el objetivo de las políticas de tierra arrasada, despojo, confinamiento, migración forzada, desterritorialización, reclutamiento y diversidad de violencias basadas en los prejuicios de género, raciales, étnicos, políticos o religiosos.

En la necesaria contextualización del caso colombiano, la generalizada pérdida de legitimidad y credibilidad social en el Estado se basa en la experiencia colectiva que evidencia la debilidad, desprotección, cooptación o captura³⁶ de las presentaciones fallidas del Estado local, activadas por la acción ilegal de los “señores de la guerra”³⁷ que han controlado aparatos organizados de poder,³⁸ empresas de crimen organizado y estructuras de violencia sociopolítica.

Las múltiples violencias que anteceden, acompañan o se derivan de la existencia y las dinámicas de una situación de confrontación armada y violencia sociopolítica afectan de manera directa, profunda y prolongada a las víctimas, familias, comunidades y sectores que vieron abrupta y estructuralmente trastocados sus proyectos de vida individuales y colectivos. No obstante, las consecuencias humanitarias, sociales, políticas, culturales y ambientales de procesos crónicos de violencia en el marco de situaciones de conflicto armado

³⁴ Centro Nacional de Memoria Histórica, *Daños: análisis de los impactos del conflicto armado colombiano*, Bogotá, Centro Nacional de Memoria Histórica, 2018.

³⁵ Roberto Gargarella, *Derecho y grupos desaventajados*, Barcelona, Gedisa, 1999.

³⁶ Luis Jorge Garay, Eduardo Salcedo, Isaac de León y Bernardo Guerrero, *La captura y reconfiguración cooptada del Estado en Colombia*, Bogotá, Fundación Método, Fundación Avina y Transparencia por Colombia, 2008.

³⁷ Münkler Herfried, *Viejas y “nuevas guerras”. Asimetría y privatización de la violencia*, Madrid, Siglo XXI, 2005, p. 19; Víctor-Mario Bados Nieto y Marién Duran Cenit, “Las ‘nuevas guerras’: una propuesta metodológica para su análisis”, *Revista UNISCI*, núm. 38, 2015, pp. 9-33; Gustavo Duncan, *Los señores de la guerra: de paramilitares, mafiosos y autodefensas en Colombia*, Bogotá, Editorial Planeta, 2006.

³⁸ María Camila Moreno, *Responsabilidad penal del “autor de escritorio”*, Bogotá, ICTJ, 2012. Disponible en: <https://bit.ly/2XpIKH7>; José Fernando Reyes Cuartas, “La autoría mediata con aparatos organizados de poder”. Disponible en: <https://bit.ly/2NrGWN4>

(internacional o interno) son devastadoras y muy costosas, especialmente en términos de la ruptura de lazos comunitarios, sociales e institucionales basados en el ejercicio más amplio posible de libertades y realización de derechos y, de otra parte, en la progresiva erosión de credibilidad, legitimidad y confianza pública en el funcionamiento y efectividad de los mecanismos y las instancias que deberían promover, garantizar y proteger el ejercicio de dichas libertades y derechos, como fin último de las obligaciones de los poderes públicos y de los deberes de los coasociados; compromisos y promesas de valor comprendidos en las distintas versiones del Estado democrático de derecho.

Uno de los objetivos estructurales y tarea prioritaria perseguida por los “señores de la guerra” consiste en la desestructuración del Estado democrático de derecho, en tanto forma de organización política y normativa –asociada a la promoción, garantía y realización de libertades y derechos, a la participación ciudadana y al ejercicio de la oposición política– que representa un obstáculo que debe ser removido o, en su defecto, reducido a su mínima expresión, puesto que

... en las “nuevas guerras”, el uso de la fuerza se ha convertido en una fuente de ingresos, bien para procurarse subsistencias, bien para enriquecerse. De ahí la aparición de los señores de la guerra que controlan un territorio por las armas para explotar los recursos naturales o para proporcionar licencias de explotación [entre otros intereses y motivaciones]. De este modo Münkler las califica como “largas guerras intrasociales y transnacionales” en las que la guerra llega en muchos casos a transformarse en una forma de vida para los actores implicados.³⁹

En las lógicas, narrativas y prácticas de la economía política de la violencia como estrategia de acumulación vertiginosa e ilegal de capital y ejercicio excluyente del poder, dirigida a afianzar privilegios, intereses y proyectos particulares, resulta “indispensable” desmontar las estructuras políticas, normativas, institucionales y organizativas que establecen controles, reglas de juego y, en términos de poder constitucional, “frenos y contrapesos” a los proyectos que restringen y vulneran libertades y derechos. De esta manera, las libertades y los derechos, así como el sistema de valores democráticos y fines públicos correlacionados, son considerados un lastre para los intereses de los sectores que se lucran de la guerra, puesto que dificultan, impiden o hacen muy costoso –en términos de legitimidad y economía política– el control, la expansión y el usufructo de economías ilegales, la cooptación del Estado local, e incluso nacional, y el ejercicio del pétreo control social que se requiere para mantener el *statu quo* que se busca obtener, o el que se logró implantar por vías violentas.

Así las cosas, se generan tensiones y contradicciones en torno a las transiciones hacia la paz y el restablecimiento de medidas efectivas de dignificación, inclusión económica, social, política y ambiental de los sectores victimizados;

³⁹ Herfried, *op. cit.*

la incorporación de los excombatientes; así como la igualdad material y el reconocimiento de las diferencias de género, étnicas, políticas y culturales que, en general, configuran buena parte de los conflictos por el poder y la redistribución de recursos y oportunidades que caracterizan las “nuevas guerras”,⁴⁰ o guerras contemporáneas, para ponerlo en otros términos. En buena parte de las guerras actuales, las causas de su emergencia y permanencia se relacionan con la erosión de la autonomía y la pérdida de legitimidad del Estado en contextos de funcionamiento problemático de economías paralelas (legales e ilegales), expresiones sistemáticas de violencia organizada en contra de la población civil –y con menor frecuencia e intensidad, en contra de los combatientes enemigos–, masiva violación de derechos humanos, así como el surgimiento de neonacionalismos y procesos de transición signados “por una lucha desesperada por parte de las élites corruptas para controlar los despojos del Estado”.⁴¹

Los procesos de justicia transicional de dictaduras a regímenes democráticos, o de situaciones de conflicto armado hacia la construcción de condiciones, garantías y oportunidades para la paz, por medio de tribunales, comisiones de la verdad y mecanismos especiales de duración temporal, buscan consolidar bases institucionales y sociales sostenibles que, a largo plazo, afiancen el sistema de justicia permanente y la estructura del Estado democrático de derecho como el marco institucional más amplio posible para el ejercicio de libertades y realización de derechos. Uno de los principales propósitos de la JEP es realizar aportes significativos para cerrar la brecha histórica de impunidad relacionada con la verdad sobre las violaciones de los derechos humanos y las infracciones al DIH ocurridas en las últimas cinco décadas de confrontación armada interna.

Caracterización de las especificidades de la Jurisdicción Especial para la Paz como mecanismo judicial del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y Garantías de no Repetición

Con el fin de dar alcance al concepto de justicia transicional como un campo de saber y acción colectiva e institucional, en las líneas que siguen se presentan algunas consideraciones preliminares que ubican aportes explicativos en torno de la génesis, el funcionamiento y los fines de la JEP.

⁴⁰ Mary Kaldor, *Las nuevas guerras: violencia organizada en la era global*, Barcelona, Tusquets, 2001. (Original en inglés, *New and old wars. Organized Violence in a Global Era*, Cambridge, Polity, 1999).

⁴¹ *Idem*.

La justicia transicional en el ámbito global es un campo⁴² de acción institucional y social construido desde la práctica –internacional y local–, con notorios avances normativos, instituciones, logros, dificultades y limitaciones, que aporta valiosas lecciones aprendidas y argumentos para comprender la pertinencia y legitimidad de la JEP

Tal como lo señala Pablo de Greiff –en su momento en calidad de Relator Especial de las Naciones Unidas para el fomento de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición–, la justicia transicional se encuentra configurada como un campo que “nació de la práctica, y por supuesto, con el fin de resolver problemas específicos [...] como respuesta a un determinado tipo de violaciones, es decir, las asociadas al ejercicio abusivo del poder [...] y la adopción e implementación de políticas abusivas”.⁴³ Por medio de la justicia transicional se busca el logro de fines de interés global y local relacionados con la promoción y consolidación de normas que establezcan los principios y las reglas de cierre de procesos asociados a graves violaciones de los derechos humanos e infracciones al DIH, el fortalecimiento de regímenes de derecho, el reconocimiento de las víctimas y el estímulo a la articulación de la sociedad civil.⁴⁴

La justicia transicional como campo de acción y conocimiento se ha establecido y consolidado como un paradigma que busca el logro de ciertos y determinados fines, que sobre bases razonables y efectivas permite: i) proveer reconocimiento a las víctimas y a sus derechos, ii) promover la confianza cívica, iii) fortalecer la norma democrática de derecho, entendida como uno de sus fundamentos más sólidos y, a su vez, como el aporte de la justicia transicional a la consolidación de las condiciones de posibilidad de una paz estable y duradera. Bajo esta perspectiva, la justicia transicional ha reafirmado su constitución como campo⁴⁵ por medio de los siguientes procesos:

- **Consolidación.** La justicia transicional dispone de “todas las características de un campo, incluyendo especialistas, instituciones dedicadas a él (sic), oficinas a cargo del tema en instituciones multilaterales, ministerios, etc., documentos internacionales que versan sobre el tema, cursos universitarios y revistas académicas. El paso más significativo de la justicia transicional fue pasar de la judicialización de casos de violaciones de derechos humanos, a la muy temprana adopción de medidas que, además de la judicialización, incluían también el esclarecimiento de la verdad, la reparación a las víctimas y algunos aspectos de la reforma institucional”.⁴⁶

⁴² *Idem.*

⁴³ *Idem.*

⁴⁴ *Idem.*

⁴⁵ *Ibid.*, pp. 18-21.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 18.

- **Normalización.** El proceso que podríamos denominar de incorporación, fuerza vinculante y apropiación –conocimiento y uso institucional y social de la normativa como herramienta de exigibilidad y justiciabilidad– se expresa en los siguientes hechos y tendencias: i) la aplicación de sus medidas de manera más o menos predecible en procesos de transición (de regímenes dictatoriales a democracias,⁴⁷ *apartheid*,⁴⁸ o de situaciones de conflicto armado a posacuerdos y negociaciones de paz);⁴⁹ ii) la inclusión de las medidas de justicia transicional en la agenda de exigibilidad e incidencia política de organismos multilaterales, organizaciones de derechos humanos y agentes humanitarios en los ámbitos globales y locales; iii) la creación de instituciones destinadas a su implementación, por ejemplo, “La Corte Penal Internacional, los tribunales *ad hoc*, los híbridos, son solo las manifestaciones más visibles de esta normalización, pero no las únicas”;⁵⁰ iv) los documentos internacionales con diversos grados de fuerza vinculante; v) la inclusión de los derechos de las víctimas como límites necesarios a la impunidad por la vía de amnistías para crímenes atroces (el genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra), juzgamiento, sanción y reparación a las víctimas; vi) la incorporación de los contenidos de justicia transicional en la agenda de mecanismos internacionales de protección, como en el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), o en los internos como en la normativa y jurisprudencia colombiana de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, y, desde luego, en las primeras piezas interpretativas de la JEP; vii) los avances en la búsqueda de ajustes orientados a la coherencia y adecuada integración en modelos holísticos en los que sean más efectivas las medidas de judicialización, reconocimiento de las víctimas y sus derechos, reparación integral y reformas institucionales que garanticen la no repetición de las violaciones de derechos humanos e infracciones al DIH, de forma tal que se cumplan de manera más efectiva los fines de la justicia transicional.

Para el caso colombiano, el SIVJRNR, y en concreto la JEP, disponen de un marco normativo (constitucional y legal) con fuerza vinculante, materializado en las siguientes disposiciones:

- El Acuerdo Final como fuente de interpretación de las normas afines o complementarias, pues “si bien es considerado política de Estado por los

⁴⁷ Como en el caso de las dictaduras de los años setenta y ochenta en el Cono Sur –Chile, Argentina y Uruguay–.

⁴⁸ En Sudáfrica, frente al régimen excluyente de segregación racial que imperó por varios siglos.

⁴⁹ En los casos de la ex-Yugoslavia, Ruanda, Timor Oriental, Sierra Leona o Perú.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 20.

próximos doce años, no tiene estatus normativo en sí mismo; requiere de desarrollos normativos por las ramas legislativa y ejecutiva, órganos estatales que deben cumplir de buena fe con lo establecido en el Acuerdo Final”.⁵¹

- En ejercicio del control de constitucionalidad, la Corte profirió diez sentencias, en las que revisó la constitucionalidad de un acto legislativo, una ley, un proyecto de ley estatutaria y siete decretos leyes, así:
 - 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”: Sentencia C-674 de 14 de noviembre de 2017, Expediente RPZ 003, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.
 - Ley 1820 de 30 de diciembre de 2016, “por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones”: Sentencia C-007 de 14 de noviembre de 2017, Expediente RPZ 001, M. P. Diana Fajardo Rivera.
 - Decreto Ley 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”: Sentencia C-025 de 11 de abril de 2018, Expediente RDL 006, M. P. José Fernando Reyes Cuartas.
 - 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”: Sentencia C-070 de 4 de julio de 2018, Expediente RDL 013, M. P. Alberto Rojas Ríos.
 - Decreto Ley 588 de 2017, “por el cual se organiza la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición”: Sentencia C-017 de 21 de marzo de 2018, Expediente RDL 009, M. P. Diana Fajardo Rivera.
 - Decreto Ley 775 de 2017, “por el cual se dictan normas para que el Sistema de Defensa Técnica y Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública, financiado por Fondotec, preste servicios de defensa técnica a los miembros activos y retirados de la fuerza pública en el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición”: Sentencia C-019 de 4 de abril de 2018, Expediente RDL 014, M. P. José Fernando Reyes Cuartas.

⁵¹ Corte Constitucional, *Resumen de las decisiones de la Corte Constitucional en la implementación del Acuerdo Final de Paz*, Bogotá, Corte Constitucional, 2019, p. 6.

- Decreto Ley 700 de 2017, “por el cual se precisa la posibilidad de interponer la acción de *habeas corpus* en casos de prolongación indebida de la privación de la libertad derivados de la no aplicación oportuna de la Ley 1820 de 2016 y el Decreto Ley 277 de 2017”: Sentencia C-038 de 9 de mayo de 2018, Expediente RDL 012, M. P. Alejandro Linares Cantillo.
- Decreto-Ley 589 de 2017, “por el cual se organiza la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado”: Sentencia C-067 de 20 de junio de 2018, Expediente RDL 008, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.
- Decreto Ley 903 de 2017, “por el cual se dictan disposiciones sobre la realización de un inventario de bienes y activos a disposición de las FARC-EP”: Sentencia C-071 de 4 de julio de 2018, Expediente RDL 035, M. P. Alejandro Linares Cantillo.
- Proyecto de Ley Estatutaria 08 de 2017 Senado, 016 de 2017 Cámara, “Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz”: Sentencia C-080 de 15 de agosto de 2018, Expediente RPZ 010, M. P. Antonio José Lizarazo Ocampo. Dicha Ley Estatutaria de la JEP fue sancionada el 6 de junio de 2019.

Los palos en la rueda de la implementación de la justicia transicional en Colombia

En este apartado se presentan algunas reflexiones que ilustran la particular preocupación que los agentes de violencia organizada y los círculos de poder ligados mantienen sobre la existencia, el funcionamiento y la efectividad de la justicia transicional en Colombia. Para tal efecto, se señalan algunas características del entorno sociopolítico en el que se debate la implementación de las medidas de justicia transicional.

La JEP constituye un paradigma de cambio respecto de las experiencias locales de sanción y reparación de delitos atroces que afecta poderosos intereses ilegales

El esquema de implementación de la JEP plantea retos de gran calado a las estructuras de poder basadas en la debilidad estatal, al menos en los siguientes aspectos: i) la centralidad de las víctimas como mandato orientador de la función jurisdiccional; ii) la indispensable aplicación del régimen de condicionalidad que establece el marco de obligaciones que deben cumplir los comparecientes para ingresar, permanecer y obtener los beneficios de su inclusión en la JEP; iii) las sanciones propias de la JEP dirigidas a lograr medidas que desde la definición del proyecto de sanción incluyan efectivamente a las víctimas y permitan concretar actividades, trabajos u obras con contenido reparador e impacto restaurativo, que a su vez logren adecuados estándares de satisfacción de los derechos de las víctimas, de una parte, y la posibilidad para los comparecientes de reemprender

su proyecto de vida a partir de la rendición de cuentas a la sociedad por medio de aportes concretos, exhaustivos y detallados a la verdad, con el reconocimiento de responsabilidad y el cumplimiento de las restricciones efectivas a la libertad impuestas en la sanción; iv) el proceso sancionatorio con contenido reparador y restaurativo que habrá incluido actividades de utilidad comunitaria e interés público; v) las medidas de cambio institucional que conlleven procesos de depuración y modificación de doctrinas contrarias a los derechos humanos y al DIH.

La participación efectiva de víctimas y comparecientes, al igual que el despliegue judicial y la gestión territorial de la JEP, se realizan en contextos regionales de alta conflictividad y violencia selectiva en contra de las víctimas, defensores de derechos humanos y población en proceso de reincorporación

La búsqueda de los objetivos del SIVJRNR –y de la JEP en concreto– requiere una estrategia de presencia, permanencia y acompañamiento a las víctimas, comunidades, organizaciones y entidades territoriales por medio de la asesoría y asistencia a víctimas, comparecientes, comunidades, autoridades territoriales y ciudadanía en general. De otro lado, la estrategia territorial de la actividad judicial de las distintas salas de justicia y del Tribunal para la Paz de la JEP pretende llegar a los territorios más afectados por el conflicto armado y otras formas conexas de violencia. Esta estrategia busca facilitar y promover la participación efectiva desde los territorios más afectados por el conflicto armado en los siguientes aspectos: i) la presentación de informes que sirvan de insumo para la priorización y selección de los casos de violaciones de derechos humanos e infracciones al DIH más graves y representativos; ii) la realización de sesiones informativas, diligencias y audiencias en territorio; iii) el seguimiento para la acreditación y posterior verificación del contenido reparador e impacto restaurativo de los trabajos, las obras y las actividades realizadas por los comparecientes que así lo soliciten ante la JEP; iv) la aplicación de las sanciones propias de la JEP que impliquen o proyectos tempranos de reparación o el cumplimiento de las sanciones impuestas.

La estrategia territorial de la JEP opera en un entorno de persistencia o emergencia de intensos conflictos en las regiones con mayor disputa por el control poblacional, de economías ilegales y del mapa político local, regional e incluso nacional.

En los contextos regionales y locales se recrudecen los abusos y las graves violaciones de los derechos humanos, con énfasis en los homicidios de líderes sociales –integrantes de pueblos indígenas, reclamantes de tierras y activistas sociales–, con especial arraigo territorial:

De acuerdo con el informe, el arraigo local continúa siendo una tendencia entre las víctimas de homicidios, desapariciones forzadas y otras violaciones de derechos humanos. Los líderes de juntas de acción comunal son los que más han sido asesinados

desde la firma del acuerdo de paz, con 61 asesinatos, seguidos por líderes cívicos comunales, con 52 casos, indígenas, 31 asesinatos, campesinos, 28 afro, 24.⁵²

El análisis señala que los crímenes se ejecutan de manera “repetitiva, metódica y no aleatoria”, puesto que “los asesinatos son selectivos y no indiscriminados, lo cual denota un proceso de identificación de la víctima por parte de los victimarios y reafirma un proceso de planeación”.⁵³

Las víctimas, en su mayoría, son personas en condición de vulnerabilidad socioeconómica ubicadas en una posición de desventaja en las relaciones asimétricas de poder regionales, pertenecientes a grupos étnicos históricamente discriminados, de extracción campesina y algunas de ellas eran o son (los sobrevivientes) víctimas del desplazamiento forzado o de otras acciones propias del conflicto armado. Las víctimas de asesinatos y desapariciones forzadas, en su mayoría son dignatarios y dignatarias de JAC (Juntas de Acción comunal), líderes(as) indígenas, líderes(as) de organizaciones campesinas, de Consejos Comunitarios, de procesos de restitución de tierras, de organizaciones de víctimas, líderes(as) ambientales y líderes(as) de población LGBTI. [...] Las acciones y luchas más evidenciadas de las víctimas registradas se centran en: defensa de los derechos a la tierra y el territorio, veeduría y denuncia de crímenes de actores hegemónicos, denuncias de despojo de tierras, de actos de corrupción de funcionarios estatales, de presencia de actores armados, de reclutamiento forzado y de microtráfico. Otras víctimas hacían oposición a megaproyectos económicos, de explotación o de industrias extractivas que afectan negativamente a la comunidad (de petroleras, minería legal e ilegal, construcción de represas), hacían defensa de derechos sexuales y reproductivos o trabajaban en proyectos de sustitución de cultivos de uso ilícito y otros referentes a la implementación del Acuerdo de Paz entre el Estado y la antigua guerrilla de las FARC-EP.⁵⁴

Otro tanto ocurre con los homicidios de exintegrantes de las FARC que hacen parte de los procesos de reincorporación⁵⁵ y, más recientemente, con las amenazas a testigos y comparecientes ante la JEP.

Los aportes de la justicia transicional a la consolidación del Estado democrático de derecho

Siguiendo los análisis de Pablo de Greiff, a continuación se resumen y complementan las nociones de *adecuación*, *razonabilidad* y *efectividad* en procesos de

⁵² Comisión Colombiana de Juristas, Universidad Nacional de Colombia, Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales (Iepri), Centro de Investigación y Educación Popular (Cinep) et al., *¿Cuáles son los patrones? Asesinatos de líderes sociales en el post Acuerdo*, Bogotá, 2018. El análisis tomó como fuentes los estudios realizados por el Cinep, Somos Defensores, Confederación de Acción Comunal, la Comisión Colombiana de Juristas, Verdad Abierta, la Asociación Campesina del Catatumbo, Coordinación Colombia-Europa-Estados Unidos (CCEEU) y el Movimiento Ríos Vivos, de Antioquia, entre otros.

⁵³ *Ibid.*, p. 212.

⁵⁴ *Ibid.*, pp. 210-211.

⁵⁵ *Idem.*

justicia transicional. Para el SIVJRN, y de manera particular para la JEP, es esencial lograr resultados que retomen las lecciones aprendidas y que permitan superar las principales falencias de las políticas precedentes en el ámbito local de aplicación de mecanismos de justicia transicional –Ley 795 de 2005, o Ley de Justicia y Paz–.

Los análisis sobre la Ley de Justicia y Paz muestran claroscuros con posiciones antagónicas de defensa de sus resultados y otras que señalan sus mayores dificultades:

Una revisión de las distintas visiones sobre lo que ha significado la Ley de Justicia y Paz para el país evidencia la existencia de un elenco variopinto de posturas. En efecto, mientras que algunos la ven como un verdadero “monumento a la impunidad”, otros consideran, desde la otra orilla, que se trata de un modelo de “justicia transicional para el mundo”. Así pues, los críticos más severos del proceso de justicia y paz afirman que: (i) las penas alternativas resultan ser desproporcionadas tomando en cuenta la gravedad de los delitos cometidos; (ii) las víctimas no han sido reparadas plenamente; (iii) los máximos responsables fueron extraditados hacia los Estados Unidos de América, llevándose consigo muchas verdades; (iv) el número de sentencias ha sido muy bajo tomando en cuenta aquél de postulados; y (v) la desmovilización fue un fracaso, lo que explica la existencia de las llamadas bandas criminales. Por el contrario, los defensores de este proceso de justicia transicional sostienen que: (i) es el único país del mundo donde, sin haber terminado un conflicto armado, se pudo adelantar un proceso de justicia transicional; (ii) se logró comprender la magnitud del fenómeno paramilitar en Colombia; (iii) las versiones de los postulados permitieron adelantar procesos penales fundamentales como aquel de la parapolítica, e igualmente, se han compulsado numerosas copias a la justicia ordinaria; (iv) varios de los jefes paramilitares extraditados han continuado colaborando con la justicia colombiana; y (v) no se ha presentado una excarcelación masiva de postulados.⁵⁶

Los análisis centrados en los resultados medibles muestran dificultades estructurales en la implementación de la Ley de Justicia y Paz. Como lo señaló la Contraloría General de la República en 2017, la experiencia de implementación de esta ley evidenció resultados insuficientes en varios aspectos esenciales:

... pasada una década de su aplicación, se destaca que a pesar de la inversión de \$11,1 billones de pesos (a precios constantes de 2015), los resultados son insatisfactorios frente a la finalidad de la Ley, dado que solo se han proferido 47 sentencias condenatorias por parte de las Salas de Justicia y Paz de los Tribunales Superiores de Distrito en contra de 195 postulados, que representan un 8,2 % del total de 2.378 postulados activos en la justicia transicional. Estas sentencias involucran 5.401 hechos delictivos y 26.788 víctimas reconocidas, que corresponden únicamente a 6,6 % de los 82.114

⁵⁶ Alejandro Ramelli Arteaga, *Balance de 10 años de aplicación de la Ley de Justicia y Paz: lecciones aprendidas y retos para los nuevos procesos de justicia transicional en Colombia*, Serie Documentos de Trabajo 60, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, pp. 1-16.

hechos con imputación de cargos por parte de la Fiscalía (General de la Nación) y 12,7 % de las 211.013 víctimas relacionadas con estos hechos.⁵⁷

Volviendo al trabajo de Alejandro Ramelli, se retoman las principales lecciones aprendidas y los retos surgidos de la implementación del modelo de justicia transicional de la Ley de Justicia y Paz, de cara a la implementación del Acuerdo Final de Paz.

Lecciones aprendidas: i) la necesidad de construir una metodología científica que permita medir la eficacia y la eficiencia de un proceso de justicia transicional, ii) el imperativo de contar con una estrategia investigativa que vincule a fiscales y jueces, iii) investigar y explicar fenómenos de macrocriminalidad no es asunto exclusivo de los abogados, iv) la difícil entronización de las categorías propias del derecho penal internacional en Colombia, v) la coexistencia de diversas legislaciones procesales ha conducido a fragmentar la comprensión.

Retos de la justicia transicional: i) construir una metodología investigativa conforme con la estructura y las características de los destinatarios de la justicia transicional; ii) afrontar los condicionamientos constitucionales de priorización y selección; iii) dar respuesta a los condicionamientos internacionales, es especial de la Corte Penal Internacional, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y de la Corte IDH; iv) diseñar esquemas procesales más sencillos de investigación, juzgamiento y sanción; v) entender la lógica y las etapas del proceso de posconflicto (posacuerdo); vi) articular la implementación de la justicia transicional con la puesta en marcha de los demás componentes del Acuerdo de Paz.

Y como conclusión de carácter prospectivo, la necesidad de integración

... del componente de justicia transicional, en sus vertientes judicial y extrajudicial, deberá articularse y complementarse con los componentes que implican reformas estructurales y normativas al Estado colombiano, sea en temas de Reforma Rural Integral (Punto I de la agenda); participación política (Punto II de la agenda) y “solución al problema de las drogas ilícitas” (Punto III de la agenda).⁵⁸

Al respecto, en los debates de la mesa de negociación y en la posterior concreción en el Acuerdo Final de Paz se aclara:

La JEP es un sistema que no deberá repetir los errores de la Ley de Justicia y Paz porque su concepción va más allá de la justicia transicional deficitaria de materialización de los derechos de las víctimas. Se trata más bien de un mecanismo de justicia excepcional, autónomo y posterior a un acuerdo de paz suscrito entre las partes en el marco del fin del conflicto armado, el cual tiene por objeto dar tratamiento judicial y de esclarecimiento de los crímenes ocurridos de manera sistemática y generalizada,

⁵⁷ Ludy Bacca, Olga Reyes, Óscar Revelo y Enrique Uribe, *Análisis sobre los resultados y costos de la Ley de Justicia y Paz*, Bogotá, Contraloría General de la República y Dirección de Estudios Sectoriales, 2017. Disponible en: <https://bit.ly/2JjFMMa>

⁵⁸ Ramelli, *op. cit.*, p. 16.

teniendo como base el pleno respeto del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional penal, los derechos de las víctimas, la concesión de la más amplia amnistía posible así como el tratamiento equitativo, equilibrado y simultáneo a los miembros de la fuerza pública, la justicia restaurativa y prospectiva, la autonomía del Estado para conformar jurisdicciones que investiguen y sancionen las graves violaciones a los derechos humanos y transgresiones al derecho internacional humanitario.⁵⁹

Con el fin de superar las fallas estructurales de la aplicación de la Ley 975 de 2005, que planteaba una lectura política orientada a resolver las urgencias de la coyuntura en la que fue gestada e implementada, a continuación se plantean algunos elementos esenciales de la base ética, moral, jurídica y política de la propuesta de justicia transicional restaurativa consensuada en el Acuerdo Final de Paz y en la normativa constitucional y legal que le da sustento.

Las nociones iniciales de la justicia transicional la definen como aquella asociada “con una ‘transición’ de un régimen (autoritario totalitario) a otro (democrático) o de la guerra/conflicto armado a la paz”.⁶⁰ Concepciones más comprensivas sobre la justicia transicional señalan sus objetivos primordiales y la magnitud de los retos asociados a la implementación de las medidas que la constituyen:

La noción de “justicia de transición” que se examina en el presente informe 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, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación. Tales mecanismos pueden ser judiciales o extrajudiciales y tener distintos niveles de participación internacional (o carecer por completo de ella) así como abarcar el enjuiciamiento de personas, el resarcimiento, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de antecedentes, la remoción del cargo o combinaciones de todos ellos.⁶¹

Posteriormente, Pablo de Greiff desarrolla un planteamiento más genérico formulado por el Secretario General de las Naciones Unidas –al menos en tres aspectos de interés para el presente análisis– y que configura la base sobre la cual se cimienta la justicia transicional como medio para el logro de dos fines mediatos y establece un objetivo superior (fin último), a saber: i) proporcionar reconocimiento a las víctimas, ii) promover la confianza cívica, iii) contribuir al fortalecimiento de la norma democrática de derecho (*democratic rule of law*).

⁵⁹ Diego Alejandro Martínez Castillo, “Hacia una ampliación del concepto de justicia: la jurisdicción especial para la paz en Colombia”, AA.VV., *La justicia al encuentro de la paz en contexto de transición. Reflexiones actuales para desafíos colombianos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.

⁶⁰ Martínez, *op. cit.*, pp. 96-97.

⁶¹ Naciones Unidas, *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, Informe del Secretario General, S/2004/616 de 2004, citado en De Greiff, *op. cit.*, 2011a.

En este orden de ideas, las medidas tradicionales constitutivas de la esencia de la justicia transicional –el enjuiciamiento penal, la búsqueda de la verdad, las reparaciones y la reforma institucional, asociadas a los derechos a la verdad, la justicia, la reparación integral y las garantías de no repetición– son los medios más idóneos en sociedades inmersas en erosivos procesos de conflicto armado, como ocurre en el caso colombiano, para brindar el necesario y postergado reconocimiento de las víctimas como titulares de derechos, sujetos políticos y agentes de cambio; promover la confianza ciudadana como base de la reconciliación, y contribuir a la consolidación del Estado democrático de derecho como principal garante de una paz “estable y duradera”, tal como fue definida en el Acuerdo Final de Paz.

La justicia transicional se refiere a un conjunto de medidas que pueden ser implementadas para hacer frente al legado de los abusos masivos de derechos humanos, donde “hacer frente al legado” de tales abusos significa, en primer lugar, demostrar la vigencia de las normas de derechos humanos que fueron sistemáticamente violadas. Una lista no exhaustiva de tales medidas incluye: el enjuiciamiento penal, la búsqueda de la verdad, las reparaciones y la reforma institucional. Lejos de ser componentes de una lista al azar (*random list*), estas medidas son partes de la justicia transicional en virtud de compartir dos objetivos o fines “mediatos”, a saber, proporcionar reconocimiento a las víctimas y promover la confianza cívica; y un objetivo final, contribuir al fortalecimiento de la norma de derecho democrática (*democratic rule of law*).⁶²

Dicho de otro modo, la justicia transicional configura el mecanismo más adecuado, razonable y efectivo (con alcances y limitaciones) para lograr la superación de situaciones críticas o crónicas (de larga duración) asociadas o que implicaron la comisión de crímenes atroces –delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra y genocidio– en las que la construcción de confianza ciudadana es la base de la reconciliación.

En el caso colombiano, como lo señala Kai Ambos, las nociones más estrechas y, si se quiere, pragmáticas de la justicia transicional la conciben como

... algo más grande que simples respuestas de la “justicia” en forma de reacciones limitadas y selectivas a violaciones de los derechos. Por supuesto, una lectura tan limitada de la JT (sic), focalizada en la transición excluiría situaciones en las que, como en Colombia o –quizás– Palestina/Israel, las partes en un conflicto en curso quieren hacer uso de la caja de herramientas de la JT. Es por esta razón que una lectura más amplia de la JT centrada en el interés de justicia parece más adecuada. [...] Un enfoque más ambicioso va más allá de las meras respuestas enfocadas en violaciones a la justicia y aboga por una transformación estructural de la sociedad en cuestión.⁶³ Si

⁶² Pablo de Greiff, “Theorizing Transitional Justice”, en Melissa Williams, Rosemary Nagy y Jon Elster (eds.), *Transitional Justice*, vol. LI, New York, New York University Press, Nomos, 2011b.

⁶³ [3] Paul Gready y Simon Robins, “From Transitional to Transformative Justice: A New Agenda for Practice”, *International Journal of Transitional Justice*, vol. 8, núm 3, 2014, pp. 339-361. Para el

bien el concepto de “justicia transformadora” acertadamente apunta a algunas de las deficiencias de la JT y subraya la importancia de la injusticia y la desigualdad socioeconómica como las causas fundamentales de la violencia y las violaciones de los derechos, enfrenta aún más problemas en cuanto a su aplicación real sobre el terreno.⁶⁴

En la justicia transicional restaurativa a cargo de la JEP se amalgaman propuestas ambiciosas, y con seguridad necesarias, que retoman la noción transformadora de las reparaciones y de profundización de la democracia,⁶⁵ con los nuevos mecanismos y oportunidades derivados de la incorporación constitucional y legal de los principales postulados del punto 5 del componente de justicia del Acuerdo Final de Paz.

La justificación de la razonabilidad de la necesidad de reparaciones transformadoras estriba en la relación de causalidad virtuosa que generan procesos de reparación integrales y con vocación efectiva de cambio de estructuras y condiciones de exclusión previas o concomitantes con las violaciones de los derechos humanos, pues:

... en ese tipo de situaciones es razonable defender la idea de que las reparaciones deben tener una vocación transformadora y no puramente reparatoria, esto es, que las reparaciones no solo deben enfrentar el daño que fue ocasionado por los procesos de victimización, sino también las condiciones de exclusión en que vivían las víctimas y que permitieron o facilitaron su victimización. De permanecer inmodificadas, tales condiciones de exclusión pondrían en riesgo la sostenibilidad de la paz buscada a través de mecanismos como la reparación, logrando, en el mejor de los casos, el paso de la violencia extraordinaria a la violencia ordinaria⁶⁶ y, en el peor de los casos, la continuidad y aun la exacerbación del conflicto. Pero incluso si tales exclusiones pudieran no generar nuevos conflictos y violencias, su existencia es una forma de precariedad democrática e injusticia

caso colombiano, véase Rodrigo Uprimny y María Paula Saffon, “Reparaciones transformadoras, justicia distributiva y profundización democrática”, en Catalina Díaz Nelson, Camilo Sánchez y Rodrigo Uprimny (eds.), *Recordar y reparar. Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión*, Bogotá, Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ) y Dejusticia, 2009. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25595.pdf>

⁶⁴ Gready y Robins, *ibid.*, pp. 339, 350 y ss.

⁶⁵ Kai Ambos, “Evaluando la eficiencia de la justicia transicional. Unos comentarios preliminares”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, pp. 468-472. Disponible en: http://www.zis-online.com/dat/artikel/2015_9_947.pdf

⁶⁶ [8] “Podría argumentarse que esto fue lo que sucedió en Guatemala, donde los acuerdos de paz lograron dar fin a las hostilidades del conflicto armado, pero fueron seguidos de recrudescidas formas de violencia ordinaria, que quizás hubieran podido prevenirse o disminuirse si los mecanismos de la transición a la paz hubieran atendido a las condiciones estructurales de exclusión que se encontraban en la base del conflicto, por ejemplo garantizando la participación en el poder de la mayoría indígena sistemáticamente victimizada”. Sobre la ausencia de esta garantía como una de las razones del fracaso de la reparación en Guatemala, véase R. Williams, “El derecho contemporáneo a la restitución de propiedades dentro del contexto de la justicia transicional”, en ICTJ (ed.), *Reparaciones a las víctimas de la violencia política*, Bogotá, ICTJ, 2008, en Uprimny y Saffon, *op. cit.*, p. 36.

social, contraria a los compromisos de derechos humanos de un Estado democrático, y debería entonces también ser superada.⁶⁷ (Énfasis agregado)

En el artículo 4º de la Ley Estatutaria de la JEP se reconoce el principio de justicia prospectiva:

Justicia prospectiva. Con la finalidad prevalente de facilitar la terminación del conflicto armado interno y el logro de la paz estable y duradera, la garantía de los derechos de las víctimas y la no repetición, la JEP aplicará como paradigma orientador la justicia restaurativa que busca privilegiar la armonía en el restablecimiento de relaciones de la sociedad, la restauración del daño causado y la garantía de los derechos de las futuras generaciones.

Asimismo, en la sentencia de exequibilidad del proyecto de la Ley Estatutaria de la JEP, la Corte Constitucional resaltó los contenidos restaurativos y reparadores con vocación transformadora presentes en el Acto Legislativo 01 de 2017, en los siguientes términos:

El Acto Legislativo 01 de 2017 establece en el artículo 1º inciso cuarto que “[e]l Sistema Integral hará especial énfasis en medidas restaurativas y reparadoras, y pretende alcanzar justicia no solo con sanciones retributivas. Uno de los paradigmas orientadores de la JEP será la aplicación de una justicia restaurativa que preferentemente busca la restauración del daño causado y la reparación de las víctimas afectadas por el conflicto, especialmente para acabar la situación de exclusión social que les haya provocado la victimización [componente prospectivo]. La justicia restaurativa atiende prioritariamente las necesidades y la dignidad de las víctimas y se aplica con un enfoque integral que garantiza la justicia, la verdad y la no repetición de lo ocurrido.

De esta manera, la JEP adquiere sentido en tanto que trabaja en el presente para tramitar el pasado, construyendo al mismo tiempo un futuro para la comunidad política de la que hacemos parte y a la que pertenecerán aquellos colombianos que aún no han nacido. Es una justicia “que habrá de ser [...] una ética del futuro”,⁶⁸ dialógica, edificada sobre las bases de un conflicto que debe transformarse, promoviendo un sentimiento de justicia sobre lo que ocurrió en el pasado y que dio lugar a la violencia estructural que se debe erradicar,⁶⁹ con el objetivo de construir una paz estable y duradera en el tiempo.

De esta forma, se establecerían algunas de las bases interpretativas y normativas de la justicia prospectiva –incorporada en el Acuerdo Final y retomada

⁶⁷ *Ibid.*, pp. 35-36.

⁶⁸ Raúl Tabarquino, “La justicia prospectiva: un reto conceptual y metodológico para la justicia transicional en Colombia”, *Análisis Político*, vol. 31, núm. 93, 2018, pp. 133-148. Véase también Ruti Teitel, *Globalizing transitional justice: Contemporary essays*, Oxford, Oxford University Press, 2018; Nuria Belloso, “La justicia transicional: ¿la renuncia de lo irrenunciable?”, *Revista Quaestio Iuris*, vol. 10, núm. 1, 2017, pp. 333-364.

⁶⁹ Sussanne Buckley-Zistel, Teresa Koloma, Christian Braun y Friederike Mieth, *Transitional Justice Theories*, Abingdon, Routledge, 2014, p. 29.

en el reglamento de la JEP, en el Acto Legislativo y en la Ley Estatutaria de dicha Jurisdicción– que conectaría las preocupaciones por la verdad y el impacto de los abusos cometidos en el pasado “con el interés por contribuir a la garantía de no repetición [lo que] demuestra que las reparaciones transformadoras también hacen énfasis en el futuro y asimismo justifica la importancia que la comprensión del pasado tiene en su superación y en la construcción de tal futuro”.⁷⁰ En la misma Sentencia C-080 de 2018, la Corte Constitucional retoma la necesidad de tener en cuenta la amplitud de la propuesta de justicia transicional incluida en el preámbulo del Acuerdo Final de Paz, pues “le otorga al derecho de acceso a la justicia una función que va más allá de la investigación y juzgamiento de graves violaciones de los derechos humanos y al DIH perpetrados en el pasado, para proyectar sus efectos en el futuro de la sociedad y de las nuevas generaciones”.

En este punto del análisis podemos concluir que la justicia transicional restaurativa propuesta por medio del SIVJRNR, con énfasis en la JEP, dispone de un vasto, completo, vigente, adecuado y éticamente razonable soporte empírico y normativo que ofrece un muy valioso acumulado de experiencias, conocimientos, normas con fuerza vinculante, instituciones y mecanismos que permitirán aportes significativos a la consolidación del Estado democrático de derecho y a la construcción y consolidación de una paz estable y duradera.

A manera de conclusión: la necesidad de un debate sobre la legitimidad de la JEP en el marco de “un proceso democrático de comunicación”⁷¹

La implementación y la efectividad de la justicia transicional restaurativa pasará, seguramente, por grandes dificultades. No es menos cierto, y tampoco menos necesario, que deba ser objeto de amplios y participativos procesos de rendición de cuentas y deliberación pública argumentada en la búsqueda de “resultados racionalmente aceptables” –en los términos de Jürgen Habermas– que permitan mejorar paulatinamente su gestión, resultados e impacto en la medida de la realización de los derechos fundamentales incluidos en el *corpus* constitucional del Acuerdo Final:

... los derechos fundamentales son respuestas a los requerimientos de una *comunicación política entre extraños* que se basa en resultados racionalmente aceptables. La Constitución cobra con ello el sentido de ser un procedimiento de establecer formas de comunicación que posibiliten, según las necesidades normativas y el específico contexto, un equilibrio de intereses justo para la utilización pública de la razón.⁷²

⁷⁰ *Ibid.*, p. 37.

⁷¹ Habermas, *op. cit.*, 2001.

⁷² *Ibid.*, p. 444.

Para la JEP es clara la necesidad de ampliar significativamente la base social de información y conocimiento sobre su mandato, misión, funciones, alcances y limitaciones y, por extensión, de la justicia transicional restaurativa, así como de comunicar con asertividad y pertinencia los logros, las dificultades y los retos del trabajo institucional de la jurisdicción. Contrarrestar las estrategias de desinformación mediante noticias falsas, información distorsionada, parcial o incompleta se logra comunicando de manera adecuada y oportuna los resultados de los procesos estratégicos de la JEP. Esta línea de acción, sin duda, es una tarea esencial en procura de la credibilidad, confianza y legitimidad de su gestión e impacto. Resulta igualmente pertinente cerrar las brechas de desinformación y desconocimiento –que en muchos casos son aprovechadas y atizadas por opositores al proceso de paz y a la JEP para generar desprestigio y deslegitimación–, a partir de estrategias amplias e incluyentes de formación y capacitación a titulares de derechos –víctimas, comparecientes, comunidades y equipos jurídicos y psicosociales de apoyo–, grupos de interés, bloques de poder y sectores influyentes cercanos a los objetivos de la justicia transicional restaurativa, que además incluya a los sectores más distantes, escépticos y especialmente opuestos al proceso de paz y a la JEP.

Los debates sobre la legitimidad de la justicia transicional restaurativa, y sobre la JEP en particular, deberían realizarse

... de tal modo que constituyesen un proceso democrático de comunicación política más o menos “justo” o “no distorsionado”, no solo en los campos formales de la legislación y la judicatura, sino en la sociedad civil en su totalidad. El problema reside en si las mismas pueden o no en cualquier momento ser una cuestión de discutible pero razonable desacuerdo, de conformidad con la premisa liberal del razonable pluralismo interpretativo.⁷³

Esto solo será posible si logramos consolidar reglas de juego dirigidas a producir, divulgar y debatir alrededor de información y conocimiento real, veraz y argumentado sobre la justicia transicional, el SIVJRNR y la JEP, sumadas a la activa participación de las víctimas y sus organizaciones; de los comparecientes, sus representantes y grupos de apoyo; de los medios de comunicación masivos, alternativos y comunitarios; de la academia y los grupos de investigación; y de los sectores sociales, económicos y políticos que entienden los riesgos del desmonte de las condiciones, garantías y oportunidades que brinda el Estado democrático de derecho como fundamento y resultado de la paz.

En los años venideros, el diálogo y la deliberación pública “entre extraños” sobre la justicia transicional restaurativa, fundamentada en argumentos razonables, para llegar seguramente a “desacuerdos razonables”, a partir de debates fundamentados en procesos democráticos de comunicación política, ayudarán

⁷³ *Ibid.*, p. 448.

sin duda a aclimatar los procesos institucionales y sociales de reconciliación y convivencia apoyados en los resultados de la justicia transicional restaurativa. Este sendero, sin embargo, requiere asumir un reto de grandes dimensiones a cargo de la institucionalidad, la sociedad y la comunidad internacional en torno a lograr que se cumplan los objetivos del SIVJRNR, y de la JEP en concreto, a partir de la agenda de defensa y fortalecimiento del Estado democrático de derecho como condición necesaria para la paz.

Bibliografía

- AMBOS, Kai, "Evaluando la eficiencia de la justicia transicional. Unos comentarios preliminares", *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, pp. 468-472. Disponible en: http://www.zis-online.com/dat/artikel/2015_9_947.pdf
- BADOS NIETO, Víctor-Mario y Marién DURÁN CENIT, "Las 'nuevas guerras': una propuesta metodológica para su análisis", *Revista Unisci*. Disponible en: <https://bit.ly/2Yrd9p0>
- BELLOSO, Nuria, "La justicia transicional: ¿la renuncia de lo irrenunciable?", *Revista Quaestio Iuris*, vol. 10, núm. 1, 2017, pp. 333-364.
- BLÁZQUEZ OCHANDO, Manuel, *El problema de las noticias falsas: detección y contramedidas*, (documento), Departamento de Biblioteconomía y Documentación, Universidad Complutense de Madrid. Disponible en: <https://bit.ly/2TBiKH3>
- CARABANTE MUNTADA, José María, "La teoría discursiva del derecho de Jürgen Habermas como paradigma para la ciencia del derecho", *Foro, Nueva Época*, núm. 13, 2011, pp. 203-225.
- COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS, Universidad Nacional de Colombia, Iepri, Cinep et al., *¿Cuáles son los patrones? Asesinatos de líderes sociales en el post Acuerdo*, Bogotá, CCJ, Iepri, Cinep, 2018.
- COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, *¿Qué tratados forman parte del derecho internacional humanitario?* 1 de enero de 2004. Disponible en: <https://bit.ly/2osBayP>
- _____, *El derecho internacional humanitario en la legislación nacional*, 31 de diciembre de 2014. Disponible en: <https://bit.ly/32sRuyU>
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 1957 de 6 de junio de 2019, Estatutaria de la Administración de justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz.
- CORTE CONSTITUCIONAL, *Resumen de las decisiones de la Corte Constitucional en la implementación del acuerdo final de paz*, Bogotá, Corte Constitucional, 2019.
- DE GREIFF, Pablo, "Algunas reflexiones acerca del desarrollo de la Justicia Transicional", *Anuario de Derechos Humanos*, Universidad de Chile, 2011a. Disponible en: www.Anuariocdh.Uchile.cl

- _____, "Theorizing transitional justice", en Melissa WILLIAMS, Rosemary NAGY y Jon ELSTER (eds.), *Transitional Justice*, vol. LI, New York, New York University Press, 2011b.
- DÍAZ, Catalina, Nelson Camilo SÁNCHEZ y Rodrigo UPRIMNY, *Recordar y reparar. Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión*, Bogotá, Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ) y Dejusticia, 2009. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25595.pdf>.
- DUNCAN, Gustavo, *Los señores de la guerra: de paramilitares, mafiosos y autodefensas en Colombia*, Bogotá, Editorial Planeta, 2006.
- EIBEN, Ezequiel, "Principio de juridicidad como fundamento del Estado de derecho", *Tu espacio Jurídico. Revista Jurídica online*. Disponible en: <https://bit.ly/2Jqdthb>
- FRIEDRICH, Carl J. y Zbigniew K. BRZEZINSKI, *Dictadura totalitaria y Autocracia*, 2ª. ed., Buenos Aires, Ediciones Libera, 1975.
- FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO LEGAL, *Las víctimas y la justicia transicional. ¿Están cumpliendo los Estados latinoamericanos con los estándares internacionales?*, Washington, Fundación para el Debido Proceso Legal, 2010. Disponible en: <https://bit.ly/2gQY6Cy>
- GARAY, Luis Jorge, Eduardo SALCEDO, Isaac LEÓN y Bernardo GUERRERO, *La captura y reconfiguración cooptada del Estado en Colombia*, Bogotá, Fundación Método, Fundación Avina y Transparencia por Colombia, 2008.
- GARGARELLA, Roberto, *Derecho y grupos desaventajados*, Barcelona, Gedisa, 1999.
- HABERMAS, Jürgen, "¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?", *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 5, 1988.
- _____, "El Estado democrático de derecho. ¿Una unión paradójica de principios contradictorios?", *Anuario de Derechos Humanos*, Instituto de Derechos Humanos, Universidad Complutense, 2001. Disponible en: <https://bit.ly/2ODRMxG>
- HUMAN RIGHTS WATCH, *Genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. Compendio temático sobre jurisprudencia del Tribunal Internacional Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia*, México, Universidad Iberoamericana, 2010.
- IVERSON, Jens, "Transitional Justice. *Jus post bellum* and international criminal law: Differentiating the usages, history and dynamics", *International Journal of Transitional Justice*, núm 7, 2013, pp. 413-433.
- KALDOR, Mary, *Las nuevas guerras: violencia organizada en la era global*, Barcelona, Tusquets, 2001. (Original: *New and old wars. Organized Violence in a Global Era*, Cambridge, Polity, 1999).

- MORALES S., Juan Camilo, "Debates sobre justicia y paz", en Camilo Eduardo UMAÑA HERNÁNDEZ (ed.), *La justicia al encuentro de la paz en contextos de transición. Reflexiones actuales para desafíos colombianos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.
- MÜNKLER, Herfried, *Viejas y "nuevas guerras". Asimetría y privatización de la violencia*, Madrid, Siglo XXI, 2001.
- NACIONES UNIDAS, *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, Informe del Secretario General, S/2004/616, 2004.
- _____, *Marco de análisis para crímenes atroces. Una herramienta para la prevención*, 2014. Disponible en: <https://bit.ly/2Xk7N2j>
- NYHAN, Brendan, "El verdadero efecto político de las noticias falsas", *The New York Times*, 2018. Disponible en: <https://nyti.ms/2oapywD>
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LA PAZ, *Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*. Disponible en: <https://bit.ly/2mXa6W6>.
- RAMELLI ARTEAGA, Alejandro, *Balace de 10 años de aplicación de la Ley de Justicia y Paz: lecciones aprendidas y retos para los nuevos procesos de justicia transicional en Colombia*, Serie Documentos de Trabajo 60, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.
- REYES RIVERO, Jorge, "El principio de juridicidad y la modernidad", *Revista Chilena de Derecho*, núm. especial, 1998, pp. 85-102.
- TABARQUINO, Raúl, "La justicia prospectiva: un reto conceptual y metodológico para la justicia transicional en Colombia", *Análisis Político*, vol. 31, núm. 93, 2018, pp. 133-148.
- TEITEL, Ruti, *Globalizing transitional justice: Contemporary essays*, Oxford, Oxford University Press, 2014.
- UPRIMNY, Rodrigo y María Paula SAFFON, "Reparaciones transformadoras, justicia distributiva y profundización democrática", en Catalina DÍAZ, Nelson Camilo SÁNCHEZ y Rodrigo UPRIMNY (eds.), *Recordar y reparar. Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión*, Bogotá, Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ) y Dejusticia, 2009. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25595.pdf>
- UPRIMNY, Rodrigo, "Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal", s. d. Disponible en: <https://bit.ly/2NZlniD>

Sobre algunos desafíos conceptuales y de legitimidad de la JEP

«IVÁN OROZCO ABAD» Asesor externo de la Oficina del Alto Comisionado para la Paz durante las negociaciones de La Habana entre el gobierno de Juan Manuel Santos y la guerrilla de las FARC

Resumen: Este artículo aborda tres asuntos. El primero se refiere a la naturaleza de las decisiones de los jueces de la Jurisdicción Especial para la Paz. El segundo, establece los retos que se derivan para dicha jurisdicción en materia de precedentes, de su origen en una negociación de paz y de su legitimidad deficitaria. Por último, señala la importancia de que preserve como norte ser un tribunal de cierre que le haga justicia a los crímenes perpetrados por todas las partes que participaron en el conflicto armado, incluidos los terceros; la conveniencia de que desarrolle una política de medios robusta y agresiva, orientada a la transformación de la memoria social, y la trascendencia de que tenga un entendimiento claro del papel de las víctimas como sujetos de derechos, como actores políticos y como fuente de legitimidad.

Palabras clave: legitimidad, justicia transicional, retos organizacionales.

Abstract: This article basically addresses three issues. The first is the nature of the decisions of the judges of the Special Jurisdiction for Peace. The second establishes the challenges faced by that jurisdiction with regard to precedents, its origin in peace negotiations, and its legitimacy deficit. Lastly, the article discusses the importance of preserving the essential objective of being a high court that does justice for crimes perpetrated by all who participated in the armed conflict, including third parties; the advisability of developing a robust and aggressive media policy, aimed at the transformation of social memory; and the importance of having a clear understanding of the role of victims as subjects of rights, as political actors, and as a source of legitimacy.

Key words: Legitimacy, transitional justice, organizational challenges.

Introducción

Pasado más de un año desde cuando fue creada, la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) es una institución todavía joven, que como suele decirse “vino para quedarse” hasta cumplir el término de su mandato, pero que debe enfrentar múltiples desafíos para poder consolidarse. Entre los múltiples retos que debe enfrentar la JEP cabe destacar aquellos que tienen que ver con su organización, con su concepto y con su legitimidad.

Resueltos los problemas financieros, logísticos y administrativos iniciales, por ejemplo, el de si el secretario ejecutivo de la JEP habría de ser independiente de los jueces o no, dicha institución deberá enfrentar todavía importantes desafíos administrativos en el camino de su estabilización. Dadas las tendencias centrífugas inherentes al principio de la independencia judicial en el seno de una judicatura joven, constituye un reto que esta se dote de múltiples dispositivos de integración vertical y horizontal que le permitan adelantar una gestión articulada y coherente. En el entendido que la instrucción de los casos precede a su juzgamiento por el tribunal, cabe esperar que la JEP, haciendo uso de la autorización que le otorgaron las normas que desarrollaron el Acuerdo de Bogotá para hacer movimientos de personal en función de las necesidades del servicio, esté reforzando el trabajo de sus salas con funcionarios provenientes de aquellas secciones del tribunal que tienen todavía hasta hoy una carga laboral menos pesada. En lo que atañe ya no a su funcionamiento interno, sino a su articulación con el resto de las instituciones del sistema de justicia transicional, imagino que entre todas ellas están creando dispositivos y protocolos que les permitan intercambiar información y distribuirse tareas para realizar sus objetivos comunes, poniendo énfasis muy especial en la determinación precisa de las condiciones de otorgamiento y preservación de beneficios, en su papel articulador y en los mecanismos de monitoreo de las mismas. Pero, además, la JEP debe haber empezado a establecer relaciones de cooperación armónica con la Rama Judicial en general y con el conjunto del aparato de Estado. Obsérvese, por último, que para que la Justicia Especial pueda alcanzar sus fines constitucionales en los niveles departamental y local, habrá de requerir el apoyo de otras instituciones del Estado que operan en esos niveles. Habrá de necesitar, sobre todo, del apoyo de la justicia ordinaria. Sobra decir que todos esos ejercicios de coordinación son necesarios e imponen retos particularmente difíciles en un país caracterizado por una extraordinaria complejidad geográfica que ha redundado en una infraestructura vial y de servicios muy pobre, y en una organización estatal central que todavía hoy no es capaz de llegar de forma eficiente a las periferias regionales y locales.

Pero, además de los retos organizacionales arriba enunciados, la JEP debe enfrentar desafíos conceptuales estrechamente relacionados con los primeros y derivados tanto del carácter transaccional que resulta (para sus propósitos

orientadores) de su origen en un acuerdo de paz entre partes separadas por un diferendo político-ideológico como de las dinámicas centrífugas en que se manifiesta el principio de la independencia judicial en lo que atañe a la interpretación que cada despacho pueda estar haciendo de las normas que regulan su trabajo.

Entre los desafíos conceptuales que debe afrontar la JEP, cabe destacar, para empezar, la heterogeneidad de propósitos asociada a una concepción de la sanción penal, a la vez retributiva y restaurativa, y que muy seguramente se ha articulado a la coexistencia de culturas judiciales diversas que deberán habitar unas al lado de las otras, transando sus estilos, haciendo acuerdos y limando asperezas en la búsqueda de resultados armoniosos.

A todo lo dicho se suman los grandes retos que ostensiblemente está teniendo que enfrentar la JEP en materia de legitimidad y que resultan de su origen en un largo conflicto armado y en un Acuerdo de Paz que nos ha legado una fuerte polarización política, que lamentablemente está siendo explotada por los enemigos de la paz que se negoció en La Habana, para propósitos electorales y hasta personales. Si bien es intrínseco a la justicia transicional tener que lidiar con problemas de legitimidad derivados de sus diferencias de propósitos frente a la justicia ordinaria, y de los dobles estándares sustantivos y procedimentales en que dichas diferencias se expresan, en lo que atañe a la JEP, nada ha contribuido tanto a agudizar sus problemas de aceptación y de apoyo social como el triunfo del *no* en el plebiscito de finales de 2016 y, en su inercia, la victoria subsecuente del partido Centro Democrático en las elecciones presidenciales de 2018.

El hecho de que el presidente Iván Duque haya subido al poder como portador de un mandato ciudadano de destrucción del Acuerdo de Paz y sus instituciones, pero que como representante del Estado está, a la vez, internacional y constitucionalmente obligado a cumplirlo, lo ha puesto en un predicamento difícil. Se trata de un gobierno caracterizado por una incongruencia sistemática entre lo que dice y lo que hace. Mientras le dice a las Naciones Unidas que respeta la JEP, la apuñala; mientras dice que la apoya, le niega los recursos que requiere para su funcionamiento. Tanto durante la fase de su creación legal como durante la de su puesta en marcha, los enemigos del Acuerdo y de su sistema de justicia han aprovechado las decisiones polémicas, así como las fallas gerenciales y éticas de algunos de sus funcionarios para armar grandes escándalos mediáticos con la clara intención de deslegitimarla.

Hoy, el asunto de la JEP, en general, y el de sus decisiones frente a casos específicos muy polémicos y divisivos, como el del otorgamiento de la garantía de no extradición a Jesús Santrich, ocupan el corazón de las agrias y muy apasionadas disputas políticas que están teniendo lugar entre los amigos y los enemigos del Acuerdo de Paz con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de

Colombia-Ejército el Pueblo (FARC-EP). A pesar de que el Centro Democrático y el gobierno de Iván Duque han sufrido importantes derrotas en su empeño por acabar con la JEP, tanto en el seno del Congreso como en la altas cortes, los ataques contra la institución, por parte de sus enemigos políticos, no cesan. La lucha de la institución por consolidarse para poder realizar exitosamente las tareas que le fueron asignadas se da en medio de un clima político difícil. Para sus funcionarios, trabajar bajo la presión emocional y la incertidumbre de futuro que de ello se deriva constituye, sin duda, un reto adicional. Deberá ser a través de sus ejecutorias –que ya son muchas– y del equilibrio ideológico que muestre en sus decisiones que la JEP se siga ganando el favor del público.

Es muy esperanzador observar cómo la JEP, en desarrollo de un primer ejercicio de priorización llevado a cabo por la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas (SRVRDH), abrió siete casos y que ya dos de ellos –el que se adelanta contra las FARC por secuestro, y el que se adelanta contra las Fuerzas Militares por los llamados “falsos positivos”– están muy adelantados en su construcción, seguramente mucho más de lo que habría podido avanzar en ellos la justicia ordinaria. Pero para que la JEP pueda mostrarle a la sociedad éxitos tempranos es necesario que la Sala de Reconocimiento, luego de completar su instrucción, profiera las resoluciones de conclusión correspondientes y el tribunal dicte las sentencias pertinentes.

Por fortuna, la JEP ha contado desde sus comienzos con el apoyo político y financiero de buena parte de la comunidad internacional, que en cabeza de múltiples gobiernos de Europa occidental y de América Latina, y de grandes instituciones regionales y supranacionales como la Unión Europea y las Naciones Unidas, la han defendido frente a los ataques alevés de un gobierno que la quiere matar por derogación, por inanición o por reconversión en otra cosa. Asimismo, la JEP ha contado con el apoyo de esa mitad de la ciudadanía que está comprometida con la paz del gobierno de Santos. Para la estabilización de la Jurisdicción, sin embargo, nada resulta tan importante y esperanzador como el apoyo que le han brindado, recientemente, el Congreso de la República y las altas cortes ordinarias de justicia, pero sobre todo la Corte Suprema. También la Procuraduría, hay que decirlo, ha jugado un papel destacado en la defensa del Acuerdo y de la JEP.

Descrito a grandes trazos y de forma incompleta el panorama de los desafíos que deberá enfrentar la JEP en el camino de su consolidación, estoy convencido de que, si bien no hay que bajar la guardia en su defensa, ya los riesgos de muerte prematura quedaron atrás. En las reflexiones que vienen a continuación voy a dejar de lado, en lo posible, los asuntos organizacionales, para elaborar sobre algunos de los retos conceptuales y de legitimidad que está enfrentando y que deberá enfrentar, a futuro, dicha jurisdicción.

El juez transicional

Sobre la naturaleza de sus decisiones

Los magistrados de la JEP construyeron sus identidades a partir de orígenes muy diversos y a lo largo de trayectorias profesionales muy distintas. Entiendo que muchos de ellos hicieron sus vidas en el seno de distintas judicaturas, como la civil, la penal, la penal-militar y la administrativa. Otros, en cambio, sé que vienen de haber dedicado sus vidas a trabajar por los derechos humanos de minorías étnicas, raciales y de género, y otros más, que vienen de ser profesores universitarios o funcionarios de la Rama Ejecutiva. Sus diferencias en lo que atañe a procedencia regional e ideológica, edad o género también son llamativas y contribuyen sin duda a hacer de la JEP un órgano con una composición muy plural. La riqueza que de ello resulta en lo que tiene que ver con multiplicidad de puntos de vista y de saberes es enorme. Pero, para que la riqueza de lo plural rinda sus frutos, se requiere que esté apuntalada sobre un sentido común compartido en materia de conceptos básicos que les permita a quienes actúan definir objetivos compartidos y llegar a acuerdos frente a problemas específicos. Construir un sentido común compartido resulta tanto más necesario y urgente cuanto la JEP es un órgano colegiado, edificado sobre el principio de la independencia de sus magistrados, así como de la de sus salas y secciones, en las decisiones de su competencia.

Para contribuir a la construcción de un sentido común compartido quiero empezar por reflexionar sobre la naturaleza de la decisión del juez transicional en cuanto preconfigurada por su inscripción en la diferencia contextual entre lo ordinario y lo extraordinario.

Se trata de una distinción que se hace, desde la Antigüedad clásica, tanto en el ámbito de lo que es como en el de lo que debe ser. Aún más, acaso no hay una diferencia contextual que como esta tenga tanta fuerza configuradora, en las esferas de la moral y del derecho.

Solemos referirnos a lo ordinario como aquello que es considerado normal y rutinario, como aquello que sigue la norma y que esperamos que continúe en el tiempo. Lo ordinario se nos presenta, en tal sentido, como un estar en casa, en condiciones de abrigo y seguridad. Por el contrario, cuando decimos que algo es extraordinario, nos referimos a algo que es anormal y que escapa a la rutina, como aquello que excepciona las normas, que emerge con fuerza irresistible y de repente, excediendo toda expectativa, o como aquello que irrumpe desde afuera y que esperamos que pase pronto para poder retomar nuestras rutinas. En ese sentido, estar expuesto a lo extraordinario es como estar fuera del hogar, a la intemperie, sometido a la fuerza de los elementos y en condiciones de enorme inseguridad. Mientras en circunstancias ordinarias los horizontes de expectativas son, para quien actúa, relativamente lejanos, en circunstancias

extraordinarias, en cambio, dichos horizontes se recortan enormemente. En tiempos turbulentos habitamos el día a día.

Se dice que, a diferencia de los políticos, los jueces, en sus decisiones, se orientan por *inputs* y no por *outputs*. Sin embargo, si observamos con cuidado, es necesario precisar que esa apreciación únicamente tiene validez para aquellos jueces que actúan en circunstancias ordinarias. En situaciones extraordinarias, los jueces carecen, para tomar sus decisiones, de precedentes legales y jurisprudenciales suficientemente claros y precisos. El juez que actúa en contextos de normalidad y rutina mira predominantemente hacia atrás, de manera que las orientaciones de sentido preconfiguradas por las normas legales, y por los precedentes y por las líneas jurisprudenciales establecidas y vinculantes le aportan los criterios fundamentales a sus decisiones. En ese sentido, cabe decir que el ideal del juez ordinario es aquel que, parafraseando a Montesquieu, se limita a ser la boca que pronuncia la palabra del legislador y de los jueces que lo precedieron. Por supuesto que también el juez que decide sobre lo ordinario debe, de cuando en cuando, enfrentar circunstancias no previstas y casos difíciles, pero muy seguramente el capital legal y jurisprudencial acumulado y que le es familiar habrá de ayudarlo a tomar, aun en esos casos, las decisiones correctas.

Por el contrario, el juez que –como aquel de la justicia transicional– debe actuar en circunstancias extraordinarias y decidir sobre conductas y patrones de conductas que se salen de lo normal, no tiene, por falta de orientaciones claras en el pasado, otro camino que el de guiarse, por lo menos en parte, hacia la obtención de resultados justos, tratando de anticipar, en medio de la oscuridad de un futuro altamente impredecible, las consecuencias de sus decisiones. Se trata, en ese sentido, de un juez que Max Weber calificaría, sin duda, como más inevitablemente político que el juez ordinario.

En circunstancias ordinarias y bajo la premisa fáctica de que existen precedentes legales y jurisprudenciales claros y precisos, el juez ordinario sopesa principios, entre ellos y contra las circunstancias de su aplicación, siguiendo reglas de preferencia y compromiso que reducen las tensiones axiológicas. En circunstancias extraordinarias, como las propias de las guerras y las dictaduras más arbitrarias y caprichosas, o como las que acompañan las transiciones, negociadas o no, de la guerra a la paz y de la dictadura a la democracia, bajo la premisa de que los consensos valorativos se han derrumbado y han dejado su lugar a grandes diferendos ideológicos y axiológicos, el juez de la justicia extraordinaria, en general, y el de la justicia transicional en particular, deben apelar en sus decisiones a una ponderación de principios y circunstancias mucho más libre, más creativa, mucho menos regulada.

En lo que atañe al mundo de lo político, no hay nada más extraordinario que una guerra intestina y que la paz que le pone fin por medio de una

negociación. Cuanto más extendido, intenso, brutal y desregulado es un conflicto armado interno, más fundacional tiende a ser el acuerdo de paz mediante el cual se lo termina, como fundacional tiende a ser, también, el modelo de justicia transicional que lo acompaña, en el evento de que el pacto incluya uno.

En desarrollo de las negociaciones de La Habana, las FARC insistieron, hasta el punto de que hicieron de ello un punto de honor, en que la justicia penal ordinaria era la justicia del enemigo y que, como tal, era particularmente humillante para un grupo armado que no había sido derrotado en el campo de batalla. Decían que únicamente se someterían, en lógica extraordinaria y fundacional, a un modelo especial de justicia restaurativa que estuviera separado orgánicamente del modelo de la justicia ordinaria vigente, de sus principios, sus formas y en sus rituales. La delegación del Gobierno accedió a ello, consciente de las dificultades implicadas en crear una nueva jurisdicción, pero convencida de que crear un tribunal de cierre con competencia prevalente sobre el conflicto armado habría de contribuir a descongestionar la justicia ordinaria, altamente colapsada. Así se explica, en parte, por qué los jueces de la JEP han debido empezar a actuar –desde cuando se puso en marcha el alto tribunal transicional–, sin poder contar con *inputs* legislativos y jurisprudenciales suficientemente claros y precisos para orientar sus primeras decisiones. Las leyes y jurisprudencias proferidas en el pasado por legisladores y jueces para regular la vida constitucional en su dimensión ordinaria no les servían, y los nuevos referentes normativos, más adecuados a su racionalidad extraordinaria, eran insuficientes y poco claros.

De esta manera, el legislador extraordinario estableció que la Ley de Justicia y Paz y el Marco Jurídico para la Paz serían normas supletorias, pero no suficientes. Y en cuanto a la legislación y a las jurisprudencias ordinarias, el problema de fondo es que los instrumentos ordinarios de la justicia suelen regular malamente situaciones extraordinarias. La historia del Frente y del Posfrente Nacional nos dejó como lección que el derecho penal ordinario de tradición liberal y garantista, que en condiciones de normalidad social y política suele ser benévolo, desarrolla, en cambio, una suerte de locura criminalizante en contextos de alta conflictividad. Por lo pronto, frente a crímenes graves y atroces, el principio de proporcionalidad pierde la brújula.

Cabe anotar, en la perspectiva de lo ordinario, que tanto o más cargado de implicaciones difíciles que el hecho de que no existan antecedentes legislativos y jurisprudenciales para orientar las decisiones de los jueces, es el hecho de que dichos antecedentes sean ambiguos o contradictorios. El Acuerdo de Paz de La Habana, como todo acuerdo de paz, está plagado de fórmulas de compromiso entre intereses heterogéneos y valores opuestos. Esto implica que su texto constituye un antecedente, por decir lo menos, no siempre claro y que se resiste a que los jueces hagan de él una interpretación unívoca. Si bien dicha

falta de claridad y ocasional exceso de ambigüedad y de tensiones valorativas representan un costo menor frente al valor inmenso de la paz, se trata, sin embargo, de un precio importante que debe ser pagado, en primer término, por los jueces de la justicia de transición.

El mejor botón de muestra de lo que implica la articulación de valores en tensión en el seno de la JEP, derivados de los compromisos que debieron hacer las partes en la Mesa para llegar a un acuerdo en materia de justicia, es la determinación de que la sanción sería retributiva, pero, a la vez, reparadora y restaurativa. Se trata de una ambivalencia que le abre espacio a la coexistencia tortuosa de dos culturas procesales y judiciales muy distintas, como son la cultura de lo adversarial y la cultura de lo dialógico. Mientras un juez educado en el procedimiento adversarial muy seguramente se autorrepresenta como un tercero independiente e imparcial, que debe guardar distancia frente a las víctimas y frente al reo, y que inclusive debe ser frío con las primeras y duro con el segundo, un juez formado en la idea del procedimiento dialógico se autorrepresenta más bien como alguien que debe acercarse a las víctimas y colaborar con ellas y aun con los reos para facilitarles a las primeras la realización de sus derechos y a los segundos la difícil tarea de reconocer voluntariamente sus responsabilidades.

Me atrevo a pensar que esa diferencia cultural entre lo adversarial y lo dialógico debió jugar un papel importante en la priorización inicial de casos que tuvo lugar en la SRVRDH. La escogencia de los tres grandes casos temáticos parece obra de jueces familiarizados con los desarrollos del derecho penal internacional y que se orientan por lógicas adversariales en el estudio de patrones de comportamiento, en un horizonte en el que la sanción debe cumplir, antes que nada, una función retributiva o de prevención negativa; la escogencia de los tres casos territoriales parece, en cambio, obra de jueces entrenados en el trabajo con comunidades étnicas, con una visión más dialógica del procedimiento y orientados, con ello, hacia la imposición de sanciones reparadoras y restaurativas. Por supuesto, la justicia negociada de la tradición anglosajona y que fue introducida en Colombia hace un par de décadas, también ha flexibilizado lo adversarial. Algo similar cabe decir del procedimiento de Justicia y Paz. Mucho hay en él de justicia de mesa redonda. Acaso se trata no solamente de dos, sino de por lo menos tres culturas procesales entremezcladas y en tensión.

En lo que respecta a *inputs* poco claros heredados por la JEP de las negociaciones de La Habana, es importante mencionar los que tienen que ver con el lenguaje marcadamente extrajudicial que, por razones de dignidad, exigieron en su momento las FARC. El hecho de que dicha guerrilla considerara que la justicia es siempre un dispositivo de humillación fue determinante para que una vez que sus plenipotenciarios en la Mesa aceptaran, con mucha dificultad, que una rendición de cuentas implicaba la puesta en marcha de un dispositivo

de justicia penal, se dedicaran, sin embargo, a buscar que el lenguaje que designara la sustancia y los procedimientos de lo penal estuviera, en lo posible, alejado de la ortodoxia jurídico-penal. Es por eso que en la JEP no se habla de denuncias, sino de informes, de resoluciones de conclusiones y no de imputaciones, de sanciones y no de penas. Pero las rotulaciones y conceptualizaciones en lenguaje extralegal no están suficientemente estandarizadas en sus significados. ¿Es un informe de una organización no gubernamental (ONG) de derechos humanos un paquete de denuncias?, ¿es una resolución de conclusiones un paquete de resoluciones de acusación? Y ni qué decir de los interrogantes asociados a la cuestión de las sanciones restaurativas. ¿Qué son los programas de reparaciones que deben presentar los reos?, ¿cuál debe ser el papel de las víctimas en su elaboración? En fin.

Nótese, llegados a este punto, que la distinción entre lo ordinario y lo extraordinario no es para nada ajena a la tensión entre lo adversarial y lo dialógico. En la medida en que lo ordinario tiene que ver con la formación de rutinas y de estándares, cabe pensar que es cercano a la ortodoxia de la históricamente decantada justicia adversarial del occidente anglosajón. En la medida en que, por el contrario, lo extraordinario designa un significante abierto a contenidos semánticos múltiples, cabe asociarlo, por afinidad electiva, a lo más experimental y alternativo del procedimiento dialógico y de la pena restaurativa. La justicia restaurativa es más experimental por cuanto se trata de un modelo que la justicia de transición ha trasladado del espacio de las pequeñas causas comunitarias al ámbito mucho más doloroso, problemático y no suficientemente explorado de los crímenes atroces, sistemáticos y de masas.

La JEP deberá aplicar todavía mucho tiempo y esfuerzo antes de que los representantes de la ortodoxia adversarial y retributivista, de un lado, y sus pares representantes de la heterodoxia más dialógica y restaurativa, del otro, encuentren un terreno común para actuar en un proceso de aprendizaje recíproco y favorecido por las sentencias interpretativas de la Sección de Apelación y otras.

Mediante el dispositivo extraordinario del llamado *fast track* se pudo elevar a rango constitucional el Acuerdo de Paz de La Habana como criterio de orientación y de interpretación de las actuaciones legislativas y jurisprudenciales de quienes habrían de tener a su cargo implementar los acuerdos y se pudo expedir, asimismo, el acto legislativo que le dio vida legal al Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR), entre otros. Pero terminada la vigencia del *fast track* sin que se hubieran expedido la ley estatutaria de la JEP, ni su ley de procedimiento, la Justicia Especial debió empezar a operar sin poder contar con normas suficientemente claras, sustantivas y procedimentales. Así las cosas, en desarrollo de principios reguladores remotos, las salas y secciones de la JEP, amparadas en el principio de la autonomía del juez, muy seguramente, además de darse a marchas forzadas su propio reglamento,

tuvieron que empezar a hacer interpretaciones de sus pocas normas generales regulatorias para sustentar decisiones en materias tan delicadas como las que atañen a los criterios de priorización y selección de casos; la determinación del número, la naturaleza y la secuenciación de las audiencias; la participación de las víctimas y la valoración de las pruebas.

Por todo lo dicho, tiene sentido interpretar las seis objeciones que en su momento presentó el gobierno Duque contra la ley estatutaria de la JEP, con el apoyo del fiscal Martínez y del embajador de los Estados Unidos en Colombia, como una carga de profundidad contra la institución, orientada, entre otras cosas, a prolongar su interinidad en materia de competencias y procedimiento y a minar con ello su capacidad operativa y su legitimidad.

Dado el contexto en que se han producido, resulta imposible pretender que decisiones importantes tomadas por la JEP no hubieran sido adoptadas pensando en sus consecuencias políticas. Habría implicado ingenuidad o malas intenciones exigirle a la JEP, en nombre del ideal de la justicia ordinaria, que en el proceso de decidir sobre el caso Santrich no hubiera tenido en cuenta consideraciones sobre cuál habría de ser el momento más oportuno para pronunciarse, ni sobre las consecuencias que el fallo habría de tener en materia de apoyo o de rechazo a la justicia especial, por parte de una opinión pública altamente polarizada y expectante. Independientemente de que se trate o no de un caso de reincidencia posacuerdo en el delito de narcotráfico, para mí, está claro que en el asunto Santrich, el fiscal Martínez y la Administración para el Control de Drogas (DEA, por sus siglas en inglés) le quisieron tender una trampa a la JEP. La quisieron dejar en un callejón sin salida, de manera que cualquier curso de acción que adoptara con su fallo debería tener costos devastadores para su legitimidad. Sospecho, sin embargo, que la crisis que suscitó la decisión y que le sirvió de disculpa al fiscal Martínez para renunciar a su cargo tomó por sorpresa a todo el mundo.

Política, en el mejor sentido del término, debió ser también la decisión que tomó la SRVRDH cuando priorizó los primeros siete casos que habría de avocar: tres temáticos, tres regionales y uno, el de la Unión Patriótica, de frontera entre ambos criterios. Al priorizar, para empezar a operar, el caso de la política de secuestros de las FARC y el de los “falsos positivos” de las Fuerzas Militares, la Sala, sin lugar a dudas, le prendió una vela a Dios y otra al diablo, simbolizando con ello su vocación de juez imparcial en un contexto en que la derecha política ha criticado obstinadamente el carácter supuestamente parcializado y proguerrillero de la JEP.

Cabe esperar, por supuesto, que después de expedida la ley que regula el procedimiento especial de la JEP, y después de que la Corte Constitucional declarara que las objeciones presentadas fueron derrotadas en el Congreso –de manera que el presidente Duque se vio obligado, muy a su pesar, a sancionar

la ley estatutaria de la JEP–, dicha institución habrá de contar con precedentes legales más claros. Cabe esperar también que la justicia extraordinaria, con apoyo en leyes y jurisprudencias más decantadas, esté iniciando el camino de su ordinización progresiva, así como que se vaya modificando paulatinamente en su trasegar el balance entre su doble orientación por *inputs* y por *outputs*, en beneficio de la primera.

La temprana y afortunada creación de un órgano interno de gobierno en la JEP, muy seguramente ha permitido que de forma crecientemente aceptada por los magistrados y funcionarios que integran la institución, se separen –hasta donde resulta posible en el ámbito de una judicatura extraordinaria– la función política y la función judicial. Mientras el Órgano de Gobierno discute y adopta decisiones generales de política en lo que atañe a asuntos como la publicidad y la reserva, las relaciones con el Gobierno y el Congreso y con los demás dispositivos del SIVJRN, o se ocupa de las cuestiones graves y urgentes de sobrevivencia institucional que le plantea la coyuntura política, las salas, las secciones y los jueces que las integran pueden ocuparse, sin distraerse mucho pensando en los peligros que asechan, de actuar en derecho.

Sobre la justicia extraordinaria como justicia política

En su texto¹ dedicado a elaborar sobre la justicia transicional desde una perspectiva empírica anclada en el individualismo metodológico, el filósofo social Jon Elster distingue, en el seno de la justicia institucional, entre los tipos ideales (empíricos) de la justicia legal y la justicia política. Siguiendo a Otto Kirchheimer, dice Elster que a pesar de que no siempre funciona, no hay mejor criterio práctico para reconocer la presencia de la una o la otra que observar el grado de contingencia en los resultados de los juicios penales.

Lo propio de la justicia legal es que haya algún grado de contingencia en lo que atañe a la probabilidad de que el reo sea castigado, después de haber sido juzgado siguiendo los principios y las reglas del Estado de derecho y del debido proceso, vale decir, bajo premisas de independencia e imparcialidad de jueces respetuosos del principio de legalidad y que adelantan procesos adversariales en los cuales los reos cuentan con defensores profesionales, se aplica la presunción de inocencia, se controvierten las pruebas y se tiene la posibilidad de apelar las decisiones de primera instancia; en tanto que lo propio de la justicia política es que el reo esté condenado de antemano, después de haber sido expuesto al escarnio público en desarrollo de procesos-espectáculo en los cuales se aplican normas diseñadas *ex post facto* y *ad hoc*, y en los que a lo sumo está en juego y abierta la determinación del grado de su responsabilidad.

¹ Jon Elster, *Closing the Books: Transitional Justice in Historical Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

De acuerdo con Elster, las configuraciones concretas de la justicia son en realidad mezclas y balances diversos de justicia legal y política, localizables a lo largo de un continuo que se extiende entre los extremos ideales de una justicia política que es en realidad política pura sin derecho, y de una justicia legal, que es derecho puro sin política.

Ejemplos de justicia más o menos legal son los procesos que se adelantan de forma rutinaria ante la justicia ordinaria en Estados demoliberales consolidados. Ejemplos de justicia política son, por su parte, los procesos que se adelantan ante justicias administrativizadas y dependientes del Poder Ejecutivo, como los juicios por polución racial y por pertenencia ideológica que se llevaron a cabo contra judíos y comunistas durante los años treinta en la Alemania nazi, y los *show trials* contra disidentes políticos que se pusieron en escena en la Unión Soviética de Stalin durante la misma época. Pero también son ejemplos de justicia política, en grados diferentes, dependiendo de cada circunstancia particular, la justicia de vencedores que suele tener lugar después de guerras internacionales o domésticas, en las que una de las partes derrota a la otra, como es el caso de los juicios de Núremberg y de Tokio, mediante los cuales se selló la victoria de los aliados después de la Segunda Guerra Mundial. De los juicios de Núremberg ante el tribunal militar aliado se dice, sin embargo, que por haber sido diseñados por potencias de tradición liberal y, con ello, por haber sido respetuosos en alto grado del debido proceso y haber implicado un grado significativo de contingencia en el resultado, hasta el punto de que hubo en ellos castigos diferenciales y reos absueltos, fueron, en realidad, un modelo de justicia política altamente constreñida por los principios de la justicia legal.

Y, por supuesto, también son justicia política, en un grado importante, las justicias de transición que se diseñan en desarrollo de negociaciones de paz como las que tuvieron lugar entre el gobierno Santos y las FARC, y que tienen como uno de sus rasgos más característicos la aplicación de estándares diferentes de los de la justicia ordinaria en materia de procedimientos y sanciones y como contrarían el principio de igualdad ofenden fácilmente la conciencia pública.

Cabe observar que en la medida en que se pactó dentro del marco de vigencia ininterrumpida de la Constitución de 1991 y respetando los dictados de un Estado constitucional de derecho liberal en materia penal, el modelo de la JEP es sin duda un ejemplo de justicia política, pero altamente constreñida por los principios del Estado de derecho y del debido proceso. Se trata de un modelo de justicia que habida cuenta de la gravedad y magnitud de los crímenes perpetrados durante el conflicto estaba condenada, entre otras cosas, a ser muy selectiva y a no poder respetar a rajatabla el principio de la proporcionalidad entre el delito y la pena. Pero se trata, sobre todo, de un modelo de justicia diseñado en el marco de una negociación de paz. El Gobierno, para poder incentivar a la guerrilla de las FARC a salir de la guerra, debió aceptar el establecimiento

de penas benignas, de naturaleza no solamente retributiva, sino también reparadora y restaurativa, distintas de las previstas para los mismos delitos o para delitos similares por la justicia penal ordinaria, sobre todo para quienes se sometieran voluntariamente a ella.

De otro lado, siguiendo a Hannah Arendt en su famoso reportaje sobre el proceso contra Adolf Eichman ante la Corte del Distrito de Jerusalén, cabe complementar lo dicho por Elster en torno a la distinción entre los tipos ideales de la justicia legal y la justicia política, anotando que mientras la primera suele limitar sus objetivos al propósito de hacerle justicia al reo, la segunda, en cambio, suele ponerse, además, al servicio de objetivos pedagógicos. Y que mientras la primera suele limitarse a establecer una verdad judicial que resulte suficiente para el propósito de establecer los hechos y la responsabilidad del reo, la segunda, en cambio, suele orientarse, además, a la búsqueda de la verdad histórica y a la reconfiguración de la memoria colectiva. En Núremberg, por lo pronto, el interés en establecer la verdad histórica y en reeducar al pueblo alemán fue muy ostensible.

Llegados a este punto, es importante observar que, en términos de causalidad empírica, la distinción contextual entre lo ordinario y lo extraordinario, de un lado, y la distinción *elsteriana* entre la justicia legal y la justicia política, del otro, están coordinadas. Al fin y al cabo, la realidad de lo ordinario es un terreno especialmente fértil para que en él florezca la justicia legal, en tanto que la realidad de lo extraordinario es, a su vez, un terreno muy fértil para que en él eche raíces la justicia política.

Sin duda, los modelos holísticos de justicia transicional que hoy promueve las Naciones Unidas, fundados en la idea de garantizar la complementariedad y las sinergias entre dispositivos de justicia, verdad y reparación, constituyen una versión altamente mejorada de modelos como el de Núremberg en los que se colapsan, en el seno de un mismo mecanismo, la búsqueda de justicia y de pedagogía social, pero siguen siendo problemáticos. El hecho de que a los ojos del ciudadano corriente el tipo ideal de la justicia legal represente mucho mejor que el de la justicia política el valor de la justicia procedimental, determina que la justicia extraordinaria en general y la transicional en particular –sobre todo en cuanto contrarias al principio de igualdad en el trato de los reos– deban arrastrar un fuerte déficit de legitimidad.

Sobre cómo enfrentar el déficit de legitimidad de la justicia transicional

Dice Judith Shklar² que en el marco de los procesos de Núremberg, legisladores y jueces estuvieron impulsados en sus actuaciones por una doble tendencia

² Judith Shklar, *Legalism: Law, Morals, and Political Trials*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1986.

que apuntaba en direcciones opuestas. De un lado se trataba, para ellos, de que el derecho internacional convencional y, si se quiere, ordinario, se flexibilizara hasta poder cubrir y ser aplicado a lo extraordinario de crímenes sin precedentes como el asesinato industrial de los judíos europeos y de otras minorías étnicas y políticas. De otro lado, se trataba de evitar que, en desarrollo de dicho esfuerzo flexibilizador, la ley se deformara ella misma o forzara la deformación de los hechos de referencia hasta el punto de volverse irreconocible la primera, o mentirosa la representación de los segundos. Laurence Douglas, sobre la huella de Shklar, analiza los juicios de Núremberg y el juicio de Eichman en Jerusalén y muestra con detalle cómo, en ambos casos, los jueces debieron hacer un esfuerzo enorme y se vieron a gatas para conseguir lo primero y evitar lo segundo.

Para entender la *ratio* que fundó los esfuerzos de la justicia de Núremberg y de Jerusalén por evitar que las normas reguladoras de dichos procesos se deformaran hasta volverse irreconocibles o deformaran la representación de los hechos hasta volverla mentirosa, es particularmente útil volver un instante sobre el continuo *elsteriano* de la justicia institucional con sus tipos ideales de la justicia legal y la justicia política.

Mi sospecha es que porque el tipo ideal de la justicia legal se corresponde a grandes trazos con el ideal normativo de la justicia procedimental, sus manifestaciones suelen ser tenidas por legítimas. El tipo ideal de la justicia política, en cambio, suele ser tenido por ilegítimo, porque en él prima la arbitrariedad de lo político por sobre la razón jurídica. Su articulación a fines pedagógicos que implican que el reo sea tratado como un medio y no como un fin en sí mismo –según la famosa fórmula *kantiana*– para la realización de propósitos superiores, lo hace aparecer como injusto a los ojos de un público educado en el ideal normativo de la justicia legal. Y su generación de dobles estándares punitivos y procesales es contraria al principio de igualdad que, siguiendo el sentido común moral, debe regir el trato que se debe dar a todos los delitos, o por lo menos a los más graves. Mucho se ofenden aquellos que, en clave retributivista, creen a rajatabla en el principio de proporcionalidad entre la gravedad del delito o del daño causado, de un lado, y la magnitud de la pena, del otro, cuando en el debate público los *savonarolas*, de buena o mala fe, les recuerdan que mientras en el marco de la justicia ordinaria el acceso carnal violento da lugar a penas altísimas, en el de la justicia transicional en cambio, da lugar a penas alternativas mucho más bajas.

Es apenas natural y políticamente muy conveniente que, en desarrollo de la justicia de transición, los jueces actúen tratando siempre que sus decisiones se alejen lo menos posible del ideal de la justicia legal –y ordinaria–, y que en caso de que les resulte imposible evitar dicho alejamiento, sus decisiones adopten la apariencia de lo legal –y de lo ordinario–. El juez transicional, como juez que tiene que actuar en contextos extraordinarios, donde suelen faltar o por lo

menos ser insuficientes los *inputs* legales y jurisprudenciales para fundamentar sus decisiones, debe sacar todo el provecho posible de los precedentes legales y jurisprudenciales disponibles y debe, asimismo, evitar hasta donde pueda que su preocupación por las futuras implicaciones políticas de sus decisiones resulte visible y ofensiva a los ojos de un público fácilmente manipulable por los enemigos de la paz que se negoció, en nombre del ideal moral y jurídico de lo ordinario.

Que un juez de la JEP educado en la justicia ordinaria busque, frente a la falta de *inputs* legales y jurisprudenciales adecuados a las lógicas de lo extraordinario, llenar los vacíos que debe enfrentar en su trabajo apelando a los estatutos procedimentales y sustantivos que regulan la justicia ordinaria, es bueno y es malo. Es bueno porque lo protege de caer en excesos de creatividad que puedan resultar muy deslegitimadores. Pero es malo porque puede alejarlo de los imperativos de selectividad y de eficiencia que están en el corazón de lo extraordinario. En cualquier caso, como la gente del común suele amar el *fiat justitia, pereat mundus*, propio del retributivismo más recalcitrante y ordinario, no puedo sino recomendarle a la JEP que, como la mujer del César, si para defender su imagen pública le resulta imposible ser perfecta, que lo parezca.

Sobre la lucha por las narrativas y la estrategia de publicidad

Mi convicción es que el modelo pluricéntrico de imputación de responsabilidades entre todas las partes en conflicto que perpetraron crímenes graves, pero sobre todo crímenes de sistema, que surgió de las negociaciones de La Habana, debe ser el norte que en materia de justicia representacional oriente el trabajo de la JEP y de todo el sistema de justicia transicional. Y la razón para ello no es tanto que fue eso lo que se pactó con las FARC, como que es lo adecuado a la realidad de lo sucedido. En tal sentido, si bien es cierto que el modelo de justicia extraordinaria que se negoció en La Habana tiene problemas de legitimidad derivados, como acabamos de ver, de su alejamiento del ideal ordinario de la justicia legal, también lo es que su mayor adecuación a la compleja realidad de un conflicto armado en el cual múltiples partes cometieron crímenes graves por los cuales deben responder, le otorga una legitimidad reforzada. Supuesto el carácter pluriactoral de la larga y cambiante guerra colombiana, hay más justicia –y legitimidad normativa– en el modelo de aporcionamiento de responsabilidades entre todas las partes en conflicto que encarna la JEP, que en el modelo de sometimiento unilateral y exclusivo de las FARC que, en nombre de lo ordinario, preconizan los enemigos de la paz de Santos.

La JEP y la lucha a muerte por las narrativas

A pesar de que el gobierno Duque parece condenado a una incongruencia bastante sistemática entre lo que dice y lo que hace en materia de paz, es claro que su política frente al acuerdo con las FARC es diferenciada. Aunque

cambiándoles el nombre y resignificándolas dentro del marco de su propio proyecto de gobierno orientado al establecimiento de una paz con legalidad, Duque, sin duda, está interesado en hacer cosas en beneficio de la reintegración de los guerrilleros de base, para que no se le reciclen en la guerra, así como de los territorios más azotados por la guerra, la pobreza y el narcotráfico, para que no se le sigan incendiando y, de paso, incendiando el país. De ello se agarra para gritar a los cuatro vientos que sí está cumpliendo el Acuerdo de Bogotá. El verdadero enemigo del Centro Democrático y del gobierno Duque, contra el cual están enfiladas sus baterías, es el SIVJRNR y, por sobre todo, la JEP y la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición (CEVCNR), porque es en esos escenarios del Estado colombiano donde se está empezando a construir la narrativa oficial –pero por supuesto que no definitiva– sobre lo sucedido durante más de 50 años de conflicto armado, sobre sus responsables colectivos e individuales. Y la pelea por las narrativas es a muerte, porque en ella está en juego la determinación del lugar que habrán de ocupar líderes y grupos sociales y políticos de nuestro país frente a la justicia y frente a la historia. En el centro de la disputa por la verdad de nuestra guerra intestina está el asunto de si el modelo de justicia representacional que capture esa realidad habrá de ser uno de aporcionamiento policéntrico de responsabilidades o uno de simple sometimiento de las FARC.

La congruencia interna narrativa entre guerra grande sin vencedores ni vencidos, paz negociada, fractura constitucional y diseño fundacional de una justicia extraordinaria, separada de la ordinaria, de un lado, y entre no guerra, ataque narcoterrorista contra una democracia electoral funcional y legítima, continuismo constitucional, victoria militar y sometimiento unilateral de los delincuentes a la justicia ordinaria del Estado de derecho, del otro, es clara. No debe causar extrañeza que las FARC y la izquierda en general articulen su discurso en torno a la primera narrativa, y que la derecha y el gobierno que hoy la representa articulen el suyo en torno a la segunda. Por su parte, el gobierno de centro de Juan Manuel Santos, que en La Habana negoció la paz con las FARC, lo hizo sobre los pilares de una narrativa intermedia, sin duda más cercana a la verdad, igualmente alejada de la retórica de una guerra grande y eterna de la izquierda extrema, con su primado de lo extraordinario, y de la retórica de la no guerra del uribismo más recalcitrante y de la extrema derecha, con su primado de lo ordinario.

En una sociedad polarizada como la de la Colombia de hoy, el escenario del posacuerdo sigue siendo un espacio donde se continúa la guerra por otros medios. Lo que importa no es el establecimiento de la verdad de lo sucedido mediante métodos científicos, sino la imposición de una narrativa hegemónica, a través del control de los dispositivos de poder con los cuales se construyen los grandes relatos sobre el pasado. La manera poco elegante como el Centro

Democrático se tomó por asalto el Centro Nacional de Memoria Histórica ilustra bien su obsesión por imponer una ficción oficial sobre el pasado reciente.

Así las cosas, me atrevo a decir que para la JEP es necesario y urgente diseñar una estrategia enérgica de medios que le permita cumplir su mandato constitucional en materia de verdad, justicia y reparación, en un horizonte de reconciliación.

Pero, ¿desde dónde debe hacerlo?, ¿desde una posición imparcial o desde una posición adversarial? En principio, la JEP es una institución del Estado que debe adoptar la posición de un tercero imparcial y que debe ofrecer al público igualdad de oportunidades para que acceda a la información que ella produce. Pero, de otro lado, como el adversario hace al adversario aunque este no lo quiera, cabe preguntarse si es legítimo que la JEP, para poder cumplir su misión, adopte estrategias informativas que sin infringir la ley se orienten, cuando sea necesario, a contrarrestar las acciones de una extrema derecha empeñada en imponer un modelo de justicia que invisibilice sus propias responsabilidades.

Sobre la justicia transicional y la publicidad

El concepto de publicidad tiene por lo menos dos significados, ambos muy importantes en el ámbito de la justicia transicional. En un primer sentido, la publicidad designa un principio del Estado democrático de derecho, que se expresa en la fórmula según la cual, en materia de actuaciones procesales, la regla es la publicidad y la excepción es la reserva. Entre las excepciones a la regla de que las actuaciones de la justicia deben ser públicas son especialmente importantes la reserva para la protección de la seguridad nacional, la reserva para la protección de la investigación y la reserva para la protección de las víctimas y los testigos. En un segundo sentido, el concepto de publicidad alude al diseño y la ejecución de estrategias comerciales para el posicionamiento de productos. En esta segunda acepción del término, hacer publicidad en el marco de la justicia de transición significa diseñar estrategias adecuadas para posicionar la verdad y el tipo de narrativa que mejor la articula y expresa.

En el ámbito de la justicia de transición, la relación entre la regla de la publicidad y la excepción de la reserva debe cambiar, pienso, en beneficio de la primera. El hecho de que la justicia de transición esté concebida como un ritual de paso y como un puente pedagógico que debe promover que la sociedad salga de una situación de conflicto y discordia y camine hacia una de convivencia pacífica, explica que en ella se le abra a la publicidad un espacio aún mayor del que es habitual en la justicia ordinaria, y que la reserva se restrinja aún más de lo que es corriente en esta. No es casual, en tal sentido, que se haya elevado a rango de principio que el interés en la protección de la seguridad nacional no sea oponible al interés en la protección de los derechos humanos.

Los grandes procesos de la justicia extraordinaria han sido comparativamente muy publicitados. Durante los juicios de Núremberg, la sala de audiencias estuvo siempre repleta de corresponsales de muchas nacionalidades. Igual sucedió durante los procesos de Fráncfort a comienzos de los años sesenta. Las peripecias del juicio de Eichman en Jerusalén fueron seguidas por radio y con enorme interés por los ciudadanos del naciente Estado de Israel. No hay una norma que regule la materia, pero se entiende, en términos generales, que si la justicia transicional debe contribuir a la reconstrucción de la memoria colectiva, ello debe implicar un gran esfuerzo por parte de la justicia y demás autoridades concernidas, para que sus audiencias y sus decisiones se publiciten en forma adecuada.

Si la sociedad colombiana no estuviera tan polarizada en torno al tema de la paz, y si no estuviera en el poder un gobierno que odia el SIVJRN y que querría promocionar una narrativa de sometimiento exclusivo de los narcoterroristas de las FARC y no una de distribución equitativa de responsabilidades entre todas las partes en conflicto, muy seguramente el Gobierno colombiano estaría trabajando de manera mancomunada con la JEP y con la CEVCNR en el diseño de una estrategia de medios orientada a que la ciudadanía conozca la verdad de lo sucedido y a que transite, a través de ello, hacia una nueva memoria colectiva, más integradora, como parte de las garantías de no repetición.

Sería preocupante que bajo la presión de una derecha empeñada en desacreditarla, la JEP adoptara una estrategia publicitaria muy conservadora, cercana a la que es propia de la justicia ordinaria. Sin dejar de tener en cuenta las buenas razones que habitan en la idea de la reserva, la JEP debe apostarle a una estrategia agresiva de publicidad capaz de garantizar el adecuado posicionamiento de la verdad judicial. Dicha estrategia deberá ser desarrollada siguiendo un modelo de aporcionamiento policéntrico de responsabilidades.

Deberá ser tarea de la JEP, y de la CEVCNR, establecer y mantener contactos plurales con organizaciones y con redes sociales comprometidas con el propósito de transmitir y difundir los reconocimientos de verdad y responsabilidad que hagan los reos, así como los testimonios de las víctimas en relación con dichos reconocimientos. Sobre todo, estos últimos suelen poseer una enorme fuerza de convicción, capaz de contribuir a la construcción y estabilización de un sentido de verdad incontrovertible y con potencial reconciliador.

Habida cuenta de que los principios que orientan la justicia transicional, aún más que los que orientan la justicia ordinaria, exigen publicidad en los procesos y en los resultados, la JEP debe desarrollar, además, una política de comunicaciones que se articule a una estrategia robusta de protección de víctimas y testigos.

La representación de la víctima y el victimario en contextos transicionales

Llegados a este punto, dejo claro que no soy experto en publicidad y que las consideraciones que hago a continuación no tienen otro propósito que el de contribuir al entendimiento de los contenidos sustantivos en torno a los cuales se articula la narrativa judicial en contextos transicionales. En lo que atañe a la representación de los victimarios y las víctimas, la JEP, para diseñar una estrategia de publicidad adecuada al mandato constitucional de buscar la verdad, la justicia y la reconciliación entre los colombianos, poniendo en el centro a las víctimas, debería tener en cuenta observaciones como las siguientes:

1. La nueva conciencia humanitaria, pos-Segunda Guerra Mundial, pos-Nuremberg y pos-Guerra Fría, ha traído consigo un mayor peso relativo de la justicia frente a la paz, así como una mayor centralidad y visibilidad de las víctimas.
2. La emergencia de la categoría de víctima, como categoría central de la nueva conciencia humanitaria, ha convertido a la víctima en una autoridad, con frecuencia sagrada y, con ello, en fuente privilegiada de legitimidad. Bajo ciertas condiciones y en el marco de determinados rituales, el poder de la víctima para legitimar o deslegitimar personas y actuaciones puede ser enorme. Son muchos, por ello, quienes en los juegos estratégicos del poder y en desarrollo de las dinámicas de la justicia transicional buscan ocupar el lugar de la víctima, o el de sus representantes. Hay quienes lo hacen de manera honesta, pero también abundan los timadores.
3. Si bien la JEP, para legitimarse frente a la sociedad, debe desarrollar una estrategia de medios capaz de concitar el apoyo general de la ciudadanía, antes que nada tiene que diseñar una estrategia que la acerque a las víctimas. En ese sentido, es importante recordar la experiencia del macroproceso de Justicia y Paz: cuando el expresidente Álvaro Uribe extraditó a los principales líderes paramilitares, la legitimidad del proceso se vino al suelo. Muchos dijeron entonces que había extraditado la verdad. En esas circunstancias y para rescatar la legitimidad del proceso, la Fiscalía rediseñó su estrategia de legitimación y convirtió a las víctimas en su audiencia principal. En su trato con ellas, la JEP debe evitar despertar en las víctimas expectativas imposibles de cumplir y que susciten frustración y rabia.
4. En lo que atañe a la distinción entre víctimas de crímenes de Estado y de la guerrilla, es importante llamar la atención sobre el hecho de que como las ONG de derechos humanos que hacen el registro y defienden los derechos de las primeras son en general más experimentadas y suelen contar con mejores archivos que las segundas, puede ser determinante para que estén mejor preparadas para participar de forma eficiente en los escenarios de la JEP y del sistema de justicia transicional en general. Su destreza para actuar ante la justicia y ante la comisión de la verdad

puede ser mayor que la de las segundas, a pesar de que estas cuentan a su favor con el apoyo y la publicidad que les prestan el actual gobierno, los grandes medios, las oficinas de derechos humanos de las Fuerzas Armadas, etc. Deberá ser tarea de la JEP –y también de la CEVCNR– contribuir a reducir excesos de asimetría en la participación de las unas y las otras, propiciando que todas accedan a sus escenarios.

5. En la guerra colombiana, como en muchas otras guerras, el paisaje de la victimización está dominado por la figura de las víctimas puras, es decir, de víctimas que lo son sin tener ninguna responsabilidad en ello y simplemente porque estaban en el momento y en el lugar equivocados cuando las máquinas de guerra, en desarrollo de sus juegos estratégicos, dañaron sus vidas. En zonas asoladas de forma simultánea o consecutiva por los distintos actores armados suele suceder que muchas víctimas-sobrevivientes, o bien han sido victimizadas por todos o por varios de ellos, o bien han ocupado sucesivamente los roles del victimario y de la víctima. Las primeras, como encarnación de la víctima universal, son grandes testigos del absurdo de la guerra. Las segundas, por su parte, como encarnación de las zonas grises de la victimización horizontal, son grandes y dolorosos testigos de la humanidad compartida por los victimarios y las víctimas.
6. La CEVCNR es un mejor espacio para iluminar la existencia de figuras de zona gris que la JEP. La justicia penal, debido a su manera binaria de atribuir responsabilidades, está mejor equipada para representar las dinámicas de victimización en blanco y negro que en tonos grises.
7. En circunstancias extraordinarias en las cuales el techo de los valores compartidos ha colapsado de forma total o parcial, el enjuiciamiento de los grandes victimarios puede resultar altamente divisivo. Lo que se refuerza, en esas circunstancias, no son los valores compartidos por todos, sino apenas los de grupo. Mientras que para algunos en la izquierda extrema, Jesús Santrich es un héroe y mártir de la revolución social y política, para muchos otros en la extrema derecha, es apenas un terrorista y narcotraficante. En la figura de Santrich se concentra, con fuerza inusitada, la lucha simbólica entre la izquierda y la derecha por la representación de la guerra contra las FARC como una guerra política o como una guerra delincencial.

En el mercado de las representaciones de la justicia en contextos transicionales, el ciudadano del común suele identificarse con las víctimas y no con los victimarios. Si queremos que una estrategia de medios produzca algún cambio en la conciencia moral y en el comportamiento, es sabio tener en cuenta la observación de Todorov, según la cual, si bien no es malo que quienes, por

ejemplo, en su condición de personas que habitan en las grandes ciudades y que no han tenido participación activa ni en la guerra ni en la comisión de delitos se identifiquen con las víctimas, ese ejercicio no comporta ningún aprendizaje moral. Quien así actúa se limita, en general, a celebrar su propia bondad. Dice Todorov, a mi juicio con razón, que únicamente quienes se reconocen en el victimario que podrían haber sido si hubieran contado con un poco menos de lo que Williams denomina “suerte moral” pueden, de cara a la verdad de los grandes crímenes del pasado, cambiar de actitud y convertirse en mejores personas.

La sociedad colombiana es educada en la cultura cristiana del perdón, manifiesta antes que nada en el sacramento de la confesión. El ciudadano promedio espera que quienes se presentan como reos de crímenes muy graves en los escenarios de la justicia transicional actúen como pecadores arrepentidos que se humillan hasta el límite de denigrar de su propia identidad. El teatro del arrepentimiento humillado y autodeprecatorio es la condición exigida por parte importante de la sociedad para otorgarles el perdón y la redención. En concordancia con ese patrón cultural, las versiones libres de los paramilitares que se sometieron a Justicia y Paz fueron en buena medida tramitadas como un ritual de humillación del victimario y de exaltación correlativa de la víctima, por lo menos después de que algunos fiscales reprendieran a los líderes versionados –como Mancuso– por presentarse como héroes y por hacer apología de sus delitos.

A diferencia de lo que sucedió con las Autodefensas Unidas de Colombia en el marco de Justicia y Paz, las FARC firmaron el Acuerdo de Paz con el gobierno Santos en el entendido de que en los escenarios judiciales y extrajudiciales de la justicia transicional les sería reconocida la condición de combatientes en guerra irregular y de rebeldes-revolucionarios que, si bien cometieron grandes errores, hicieron el mal queriendo hacer el bien. Pero el público general, que odia a las guerrillas, parece querer que sus líderes se presenten ante la SRVRDH no como guerreros equivocados y honorables, sino como pecadores arrepentidos y autoflagelados. Esa incongruencia entre lo que el público general espera de las FARC y su manera efectiva de autorrepresentarse y de actuar ha resultado muy costosa para la legitimidad del proceso de paz. Es muy interesante, en ese sentido, que hace poco, Jesús Santrich, sin duda el más arrogante y resentido de los líderes guerrilleros que participaron en las negociaciones de La Habana y que se granjeó el odio de la ciudadanía con su infame “quizás, quizás, quizás”, días antes de escaparse para retomar las armas, les haya pedido “mil veces perdón” a las víctimas de las FARC por su reacción equivocada en Oslo.

Sobre la justicia de aporcionamiento

Después de una guerra larga y degradada de más de 50 años, cambiante en el espacio y en el tiempo, en la cual todas las partes directamente involucradas perpetraron crímenes graves, que han sido reseñados por lo menos en sus trazos

más gruesos, únicamente un modelo de representación de lo sucedido que, a la manera del que es propio del derecho internacional humanitario (DIH), postule la existencia de múltiples centros colectivos de imputación de responsabilidad, puede hacerle justicia a la realidad. En el conflicto armado interno colombiano, tanto las guerrillas como el Ejército, pero también los grupos paramilitares, las bandas criminales y hasta los narcotraficantes y terceros civiles, incurrieron en delitos graves de los cuales la FGN y las ONG de derechos humanos y de víctimas, entre otros, han dejado registros importantes. Se trata, en muchos casos, de delitos cuya adecuada persecución demanda, para empezar, que se utilicen para su juzgamiento modelos de imputación de responsabilidad propios de los llamados crímenes de sistema, y no simplemente fórmulas de autoría y complicidad propias del derecho penal de las desviaciones individuales, proclives a una interpretación de la guerra en el lenguaje de las “manzanas podridas”.

Cuando a la terminación de un conflicto armado la parte que triunfa le impone a la parte derrotada los términos de su rendición, casi siempre proyecta su victoria a manera de justicia de vencedores. Suele tratarse, en ese evento, de una fórmula completamente asimétrica de atribución de responsabilidades en la cual el vencedor le atribuye todas las culpas al vencido, a la par que afirma su propia inocencia a través del procedimiento simple de no permitir que se lo juzgue. Una suerte de inmunidad político-epistémica es, pues, el fundamento de la impunidad de que disfruta quien gana la guerra. Así sucedió en Núremberg después del triunfo militar sobre la Alemania de Hitler y así sucedió en Sri Lanka después del triunfo militar sobre los Tigres Tamiles. Aún más, en el mundo globalizado de hoy, después de que un Estado democrático triunfa militarmente sobre sus opositores armados en una guerra internacional o en una guerra intestina, la justicia de vencedores muy probablemente adopta la forma de un triunfo del Estado de derecho global o particular sobre unos delincuentes. Por supuesto, la justicia de vencedores puede ser, tanto después de las guerras internacionales como de las domésticas, más o menos respetuosa de los principios del debido proceso, dependiendo del grado de arraigo que tengan entre quienes tramitan su victoria a manera de justicia, los valores judiciales del constitucionalismo y de la cultura penal liberal.

Por el contrario, cuando las guerras terminan en una mesa de negociación y el acuerdo de paz mediante el cual se pone fin a la confrontación armada incluye una fórmula de justicia, lo más probable y casi lo inevitable es que dicha fórmula de justicia no consista, como en el caso de las victorias militares, en el sometimiento unilateral y exclusivo del vencido a la justicia del vencedor, bajo el ropaje de un sometimiento de unos delincuentes al Estado de derecho, sino en una fórmula de aporcionamiento de responsabilidades entre todas las partes involucradas en el conflicto y que siga, por lo menos en parte, la lógica de modelación multicéntrica del DIH.

Negociar implica, por definición, reconocer a la contraparte como un igual, por lo menos en la mesa. Y quien negocia en pie de igualdad su sometimiento a la justicia, casi inevitablemente lo hace bajo la condición de que “o todos en la cama o todos en el suelo”, lo cual comporta que la contraparte, aun si se trata de un Estado, esté dispuesta a hacer lo propio. Lo anterior, con mayor razón, si como en el caso de la guerra entre el Estado colombiano y la guerrilla de las FARC ha sido demostrado, por lo menos en términos generales, que todas las partes involucradas en el conflicto incurrieron en faltas graves contra el DIH y en toda suerte de crímenes internacionales.

Después del fracaso de las negociaciones de San Vicente del Caguán, en desarrollo del Plan Colombia y con un fuerte apoyo técnico y financiero de los Estados Unidos, el Estado colombiano y sus fuerzas militares construyeron una posición de superioridad político-militar frente a las guerrillas que cambió la correlación de fuerzas y profundizó la asimetría entre las partes enfrentadas a favor del Estado. Es bien sabido que el fortalecimiento de la Fuerza Aérea y la mayor integración e incremento de la movilidad de las tropas jugaron un papel fundamental en ese desarrollo. Todavía hoy se discute con furia si el gobierno Santos se sentó a la mesa de negociaciones con una guerrilla derrotada o con una guerrilla debilitada, pero que hacia el final del segundo gobierno de Álvaro Uribe había conseguido adaptarse a la superioridad militar del Estado mediante su dispersión táctica y su retorno a las prácticas de la guerra irregular.

Durante el primer gobierno de Juan Manuel Santos, porque el Estado había construido una posición de superioridad y para incentivar la disposición de las FARC a aceptar una salida negociada, se adoptó la tesis según la cual se había llegado a una situación en la cual las guerrillas deberían reconocer que se había vuelto imposible para ellas acceder al poder por la vía armada, y el Estado, por su parte, debería igualmente aceptar que no estaba en capacidad de acabar con las guerrillas en un plazo corto y a costos humanos y financieros razonables.

Independientemente de si el hecho de que el gobierno Santos actuó sobre la premisa de que las FARC no estaban derrotadas, sino apenas debilitadas, pero todavía eran capaces de hacer mucho daño, es valorado como correcto o incorrecto, lo cierto es que dicho gobierno se sentó a negociar y reconoció a las FARC como iguales en la mesa, creando las condiciones que de forma casi inevitable condujeron a que se pactara no un modelo de sometimiento exclusivo de las FARC a la justicia ordinaria del Estado, sino un modelo de aporcionamiento de responsabilidades entre todas las partes en conflicto, incluidos los miembros de las fuerzas militares y los terceros civiles, tanto funcionarios públicos como particulares.

Sin embargo, después del triunfo del No en el plebiscito de 2016, la Corte Constitucional –honrando el triunfo de los enemigos del Acuerdo de Paz y

cediendo a las presiones de una derecha política que estaba y sigue estando empeñada en transformar *ex post* el modelo de aporcionamiento pactado en La Habana por un modelo de sometimiento, y alegando que el juez natural de los mismos era la justicia ordinaria– le quitó a los terceros la obligación de comparecer ante la JEP si eran requeridos por ella, pero dejó abierta la puerta para que se presentaran voluntariamente. Dos años después, cuando el hoy presidente Duque ya había sido elegido, pero no se había posesionado de su cargo, la representación del Centro Democrático en el Congreso, con el apoyo de algunos parlamentarios de otros partidos, trató de sacar adelante un proyecto de reforma constitucional que creaba en el seno de la JEP una sala paralela, elegida mediante un mecanismo distinto del que se había pactado en La Habana y que debería ocuparse del juzgamiento de los miembros de las fuerzas militares y de policía. En un Congreso fragmentado y en el cual desde entonces ha quedado demostrado que los amigos del Acuerdo de Paz son mayoría, la propuesta fue derrotada.

La iniciativa de crear una sala paralela y en su defecto crear 14 plazas nuevas en la JEP pudo ser derrotada en un momento en que muchos parlamentarios parecían haber buscado acomodo al amparo del nuevo gobierno, porque el poderoso *lobby* de los militares retirados y activos implicados en graves delitos y deseosos de estar en la JEP se opuso a ello.

Y lo que es igualmente significativo, a pesar de haber sido dispensados de la obligación de comparecer ante la JEP, muchos civiles, funcionarios y particulares han solicitado recientemente que se los admita para ser juzgados por la Justicia Especial. El sistema de incentivos diseñado para el sistema de justicia integral de justicia transicional, con su penas reparadoras, etc., y con su Comisión de la Verdad, ha demostrado ser tan atractivo que ha permitido que el modelo de aporcionamiento de responsabilidades pactado en La Habana regrese con fuerza de entre los moribundos, a pesar de la obsesión de sus enemigos por cambiarlo por uno de simple sometimiento de las FARC.

En el momento de escribir estas notas ya son alrededor de 360 los terceros que le han pedido a la JEP que los reciba. Habiendo entrado en vigencia en días recientes la Ley Estatutaria, el plazo para nuevas admisiones de terceros a la JEP se cierra dentro de cerca de tres meses. Por fortuna, el acuerdo le legó a la Jurisdicción no solamente la figura del máximo responsable, sino también la de la participación determinante. Y es que mientras la primera es adecuada sobre todo para determinar la responsabilidad de quienes ocupan posiciones superiores en una jerarquía de ejército, la segunda permite, en cambio, capturar la responsabilidad de quienes hacen parte de estructuras más horizontales y en red, como suele ser el caso de los comerciantes, ganaderos, agricultores, etc., que le prestan su apoyo a una organización armada.

En el ámbito de la memoria colectiva, la presencia de terceros en la JEP es la gran garantía de que la verdad judicial que se establezca dé cuenta de que

el conflicto armado no fue exclusivamente un asunto militar y , sino que tuvo también una dimensión social y económica. Es importante que la JEP les cierre el paso a las presiones que hoy recibe desde todas partes, inclusive desde el Congreso de la República, para que recoja de forma indiscriminada los enormes restos no resueltos del macroproceso de Justicia y Paz, por cuanto ello podría inducir su colapso. Está muy bien, sin embargo, que la JEP haya decidido que de forma excepcional y cuando lo considere indispensable para establecer responsabilidades y completar su narrativa, acoja a algunos paramilitares.

Conclusión

Para entender lo que ha sucedido en nuestro país desde que empezaron las negociaciones de La Habana en 2012 y hasta el presente, acaso nada mejor que volver a preguntarse con algunos grandes teóricos si realmente las democracias son capaces de cumplir lo que prometen. En el esfuerzo por garantizarle la mayor seguridad jurídica posible a un acuerdo de paz amenazado por la contingencia de que en el futuro otros gobiernos elegidos democráticamente lo pudieran desconocer, el gobierno Santos, como Ulises, urgido por unas FARC temerosas de que les hicieran conejo, se ató al mástil del Estado constitucional que él representaba, de manera que ni él ni sus sucesores pudieran sucumbir al canto de sirenas del “Estado de opinión” del que habla el expresidente Uribe. Como el héroe aqueo, Santos se amarró a sí mismo y trató de amarrar el Acuerdo de Bogotá al texto de la Constitución y lo depositó, en calidad de acuerdo humanitario, ante la Federación Suiza y ante el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Adicionalmente, sus fuerzas en el Congreso elevaron dicho Acuerdo a rango de criterio constitucional de orientación e interpretación de las normas que lo deban implementar. Pero después de su doble triunfo electoral en el plebiscito de 2016 y en las elecciones presidenciales de 2018, las sirenas de la derecha no dejan de gritar, en coro incesante, que el derrotado Acuerdo es apenas un paquete de promesas fallidas, hechas por quien no tenía capacidad para desempoderar a futuro a la opinión pública, siempre soberana. Hoy, por fortuna, ni siquiera el nuevo gobierno del Centro Democrático, a pesar de que odia el Acuerdo, ha sido capaz de desatar del todo los lazos que amarran a nuestra democracia constitucional y a su Estado de derecho al principio *pacta sunt servanda*.

Bibliografía

- ELSTER, JON, *Closing the Books: Transitional Justice in Historical Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.
- SHKLAR, Judith, *Legalism: Law, Morals, and Political Trials*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1986.

La renuncia a la acción penal en la Jurisdicción Especial para la Paz

¿YESID REYES ALVARADO, profesor del área de Derecho Penal de la Universidad de los Andes

Resumen: La renuncia a la acción penal, la amnistía (en su modalidad de caso a caso) y la renuncia a la persecución penal, pese a ser diferentes, tienen dos cosas en común: i) permiten extinguir la acción penal, y la sanción, en algunos casos concretos, y ii) su aplicación corresponde a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas (SDSJ). El artículo se concentra en reseñar el alcance de estos instrumentos. En la Ley 1820 de 2016 se enfatiza que no todas las conductas delictivas desarrolladas en el conflicto pueden ser investigadas, procesadas y sancionadas, y, entonces, la renuncia a la acción penal puede ser aplicable, incluso, a quienes habiendo participado en delitos graves no lo hicieron de forma determinante. Estos supuestos se cambiaron en el proyecto de Ley Estatutaria de la Jurisdicción Especial para la Paz (Lejep), al indicar expresamente que no se puede renunciar al ejercicio de la acción penal de delitos no amnistiables. Al respecto, la Corte Constitucional indicó que esos delitos debían entenderse en el sentido de crímenes de lesa humanidad, de genocidio o de guerra atribuidos a máximos responsables y cometidos de forma sistemática, dejando intacto el diseño inicial de la JEP. Respecto de la renuncia a la persecución penal, este mecanismo se consagró también en la Ley 1820 de 2016 para ser aplicado a agentes del Estado que no resultaran seleccionados como máximos responsables, y con consecuencias parecidas a las de la amnistía, con la claridad de que no se tratará de delinquentes políticos.

Palabras clave: renuncia a la acción penal, amnistía, renuncia a la persecución penal, competencia de la SDSA.

Abstract: Despite their differences, the waiver of a criminal action, amnesty (on a case-by-case basis), and the waiver of a criminal prosecution have two things in common: (i) they allow for extinguishing a criminal action (and the punishment) in certain cases; and (ii) they are applied by the Chamber for the Definition of Legal Situations (SDSJ). This article is focused on reviewing the scope of these instruments. Law 1820 of 2016 emphasizes that not all criminal conduct in the conflict can be investigated, processed and punished and, therefore, the waiver of a criminal action may be applicable even to those who participated in serious crimes without having done so decisively. These assumptions were changed in the draft Statutory Law on the Administration of Justice for the Special Jurisdiction for Peace (LEJEP), which expressly states that criminal actions for crimes that cannot be amnestied are not waivable. In this regard, the Constitutional Court has held that such crimes must connote crimes against humanity, genocide or war crimes committed systematically by those responsible at the highest levels, leaving intact the initial design of the Special Jurisdiction for Peace. The waiver of criminal prosecutions was also enshrined in Law 1820 of 2016 to be applied to State agents who were not selected as those responsible at the highest levels, and with consequences similar to those of amnesty, making it clear that they were not political criminals.

Key words: Waiver of a criminal action, waiver of a criminal prosecution, jurisdiction of the Chamber for the Definition of Legal Situations.

Introducción

Cuando en noviembre de 2016 se suscribió el (segundo) Acuerdo de La Habana, el asunto de la renuncia a la acción penal que allí se preveía para unos casos puntuales, no pareció haber llamado mucho la atención; posteriormente, cuando al redactar la ley de amnistía¹ que permitía aplicar esta figura a los antiguos integrantes de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (FARC-EP), se vio la necesidad de diseñar una figura similar para los agentes del Estado, en particular para los integrantes de las Fuerzas Armadas,² que hiciera posible concederles beneficios similares, pese a no ser delincuentes políticos (condición esta que abre la posibilidad más sencilla para conceder amnistías), tampoco hubo críticas puntuales a la creación de la llamada renuncia a la persecución penal. En puridad de términos, ni siquiera se cuestionó que en dicha ley, dentro de la norma que consagra las funciones de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas (SDSJ), el Congreso de la República hubiera aprobado asignarle la potestad de renunciar a la acción penal en favor de aquellas personas que no hubieran tenido una participación determinante en delitos respecto de los cuales la propia ley prohíbe la concesión de amnistías.

La discusión surgió un tiempo después, cuando en el Proyecto de Ley Estatutaria de la Jurisdicción Especial para la Paz (Lejep) alguien incluyó una norma conforme a la cual en ningún caso se podía renunciar a la acción penal en relación con delitos que no fueran susceptibles de ser amnistiados. Al revisar esa disposición, la Corte Constitucional la declaró condicionalmente exequible, precisando que debía entenderse como referida de manera exclusiva a los máximos responsables de dichos crímenes, pues, de lo contrario, se desconocería el principio de selectividad que rige en la llamada justicia transicional. A instancias del entonces fiscal general de la nación, el presidente de la República invocó razones de conveniencia para objetar esa norma ante el Congreso, junto con otros cinco artículos. Esta objeción tenía la particularidad de que lo que con ella se buscaba no era eliminar la norma que prohibía la renuncia a la acción penal (el fiscal había contribuido a su aprobación en el Congreso), sino que pretendía eliminar la interpretación que de ella había hecho la Corte Constitucional en el sentido de limitar su ámbito de acción a quienes hubieran tenido una participación determinante en los crímenes no amnistiados; expresado en forma más simple, lo que a instancias del fiscal general objetó el presidente de la República no fue el artículo 19 del proyecto de Ley Estatutaria de la Jurisdicción Especial

¹Ley 1820 de 2016.

²Con lo cual se daba desarrollo al compromiso (después elevado a rango constitucional y legal) de otorgar a los integrantes de las Fuerzas Armadas un “tratamiento equitativo, equilibrado, simultáneo y simétrico” (Acto Legislativo 01 de 2017, art. 17 transitorio; una previsión similar puede verse en la Ley 1820 de 2016, art. 9º).

para la Paz, sino la interpretación que del mismo había hecho la Corte Constitucional al declararlo condicionalmente exequible.

Con el trámite de las objeciones, finalmente negadas tanto por la Cámara como por el Senado, surgió la polémica sobre la figura de la renuncia a la acción penal, porque algunos de quienes no compartían la decisión que la Corte Constitucional había adoptado sobre el artículo 19 del Proyecto de Ley Estatutaria de la Jurisdicción Especial para la Paz adujeron que lo que se estaba consagrando era una amnistía para delitos de lesa humanidad y graves crímenes de guerra, con lo que se abriría la puerta para la intervención en Colombia de la Corte Penal Internacional (CPI).

El debate sobre esta norma llevó a que se confundieran la renuncia a la acción penal, la amnistía (en su modalidad de caso a caso) y la renuncia a la persecución penal que, pese a ser diferentes, tienen dos cosas en común: i) permiten extinguir la acción penal, y la sanción, en algunos casos concretos; y ii) su aplicación corresponde a la SDSJ. Con el propósito de contribuir a aclarar lo concerniente a la naturaleza y el alcance de cada uno de esos tres instrumentos legales, en las páginas siguientes se hará un breve recuento del origen de dichas figuras, indicando lo que con cada una de ellas se buscaba y cómo sirven para delimitar el ámbito de funciones que en el Acuerdo de La Habana, y después en las leyes 1820 de 2016 y 1957 de 2019, se le asignó a la SDSJ.

La renuncia a la acción penal en el Acuerdo de La Habana

En el Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto (punto 5 de las conversaciones realizadas en La Habana entre las delegaciones del Estado colombiano y la entonces guerrilla de las FARC-EP) se creó la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), en cuya estructura destaca un primer nivel compuesto por tres salas encargadas de recibir todos los casos que sean de su competencia y, posteriormente, someterlos a examen para decidir cuáles de ellos deben ser remitidos a un segundo nivel –conformado por cinco secciones que configuran el denominado Tribunal para la Paz– y en qué condiciones.

Según el esquema convenido, la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas (SRVRDH) debería concentrarse “en los casos más graves y en las conductas o prácticas más representativas”,³ seleccionadas de entre aquellas conductas que hayan “sido cometidas en relación directa o indirecta con el conflicto armado interno o con ocasión de éste”.⁴ Al efectuar esa criba, debe remitir a la Sala de Amnistía

³ Cfr. literal o del punto 48 del Acuerdo de La Habana de 12 de noviembre de 2016. Este texto fue posteriormente reproducido en el literal o del artículo 79 de la Ley 1957 de 2019.

⁴ *Ibid.*, literal a. Este texto fue posteriormente reproducido en el literal a del artículo 79 de la Ley 1957 de 2019.

o Indulto (SAI) el listado de quienes se hayan beneficiado de esos mecanismos (se refiere a los casos de *amnistía de iure*),⁵ dejando en manos de ella la decisión sobre solicitudes individuales que sean de su competencia⁶ (las denominadas amnistías caso a caso).

Si el diseño de la JEP se hubiera limitado a la existencia de esas dos salas en este primer nivel, la consecuencia práctica hubiera sido que la totalidad de quienes participaron en el conflicto armado habría quedado distribuida en dos grandes grupos: el primero, compuesto por las personas que pudieran ser consideradas como los máximos responsables de los crímenes más graves y representativos; y el segundo, integrado por quienes hubieran incurrido en delitos susceptibles de amnistía, razón por la cual, respecto de estos concretos hechos punibles,⁷ no podrían ser sometidos al escrutinio de la SRVRDH.

Este esquema “dual” presentaría la particularidad de que tanto los beneficiados con amnistías e indultos como los seleccionados por ser máximos responsables de los delitos más graves y representativos serían cobijados en algún momento con decisiones judiciales que resolverían de manera definitiva su situación jurídica en uno u otro sentido. Sin embargo, quienes no encajaran en ninguna de esas dos categorías habrían quedado excluidos de la JEP (al no ser elegibles ni para recibir el beneficio de la amnistía ni para ser investigados y juzgados como máximos responsables de los delitos más graves y representativos), pero también estarían fuera del alcance de la justicia ordinaria, puesto que ella no puede ocuparse de delitos ocurridos durante y en relación con el conflicto armado.

En términos prácticos, esto habría supuesto que esas personas, que con seguridad constituirían el grueso de quienes intervinieron en el conflicto, hubieran quedado en un limbo jurídico, pues nunca contarían con una decisión judicial que les permitiera acreditar, para todos los efectos, que estaban a paz y salvo con la administración de justicia. Curiosamente, mientras los máximos responsables de los crímenes más graves y representativos tendrían resuelta su situación jurídica (bien sea porque se los absolviera o se los condenara) y podrían avanzar en su reincorporación social sin ese lastre, quienes no tuvieran esa condición, y no hubieran sido objeto de amnistía por la totalidad de sus crímenes, enfrentarían siempre el obstáculo de aparecer en las bases de datos oficiales con investigaciones penales o disciplinarias abiertas, lo que sin duda podría ser un obstáculo en su propósito de reintegrarse a la comunidad.

⁵ *Ibid.*, literal 1. Este texto fue posteriormente reproducido en el literal 1 del artículo 79 de la Ley 1957 de 2019.

⁶ *Ibid.*, punto 49. Un texto similar fue posteriormente reproducido en el literal 1 del artículo 79 de la Ley 1957 de 2019.

⁷ Por los delitos que no son susceptibles de amnistía, esas mismas personas podrían ser llamadas por la SRVRDH como máximos responsables de los crímenes más graves y representativos.

Para obviar este inconveniente se acordó crear una tercera sala, llamada Sala de Definición de Situaciones Jurídicas (SDSJ), asignándole como su principal función

... [d]efinir la situación jurídica de todos quienes hayan accedido al componente de justicia del SIVJRNR [Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición], en relación con dos supuestos: personas que no serán objeto de amnistía o indulto ni serán incluidas en la resolución de conclusiones, y personas a las que no habrá de exigírseles responsabilidades ante el Tribunal, por ser merecedoras de amnistía o indulto, en cuyo caso se remitirá a la Sala de Amnistía o Indulto.⁸

Para el cumplimiento de esas funciones, se convino, no solamente, que esa Sala evaluara la relación de la conducta con el conflicto armado⁹ sino que, además, tuviera la facultad de “[a]doptar las demás resoluciones necesarias para definir la situación jurídica de quienes no fueron amnistiados ni indultados, ni han sido objeto de resolución de conclusiones”.¹⁰

En cuanto a cuáles podrían ser esas resoluciones susceptibles de ser adoptadas por esta Sala, la única pista que daba el Acuerdo estaba referida a los casos de “personas que, sin pertenecer a una organización rebelde, tengan una investigación en curso por conductas que sean de competencia de la Jurisdicción Especial para la Paz”,¹¹ respecto de las cuales se preveía la posibilidad de emitir las resoluciones necesarias para resolverles su situación jurídica, “entre otras la renuncia a la acción penal u otro tipo de terminación anticipada del proceso, siempre que contribuyan de manera eficaz a las medidas del SIVJRNR, en particular la contribución al esclarecimiento de la verdad en el marco de dicho Sistema”.¹²

Conforme a este diseño inicial, la SDSJ debía ocuparse, entre otras cosas,¹³ de aquellas personas que habiendo cometido delitos durante y en relación con

⁸ Cfr. literal a del punto 50 del Acuerdo de 12 de noviembre de 2016. Este texto fue posteriormente reproducido en el literal a del artículo 84 de la Ley 1957 de 2019.

⁹ *Ibid.*, literal d. Este texto fue posteriormente reproducido en el literal d del artículo 84 de la Ley 1957 de 2019.

¹⁰ *Ibid.*, literal e. Este texto fue posteriormente reproducido en el literal e del artículo 84 de la Ley 1957 de 2019.

¹¹ *Ibid.*, literal f. Este texto fue posteriormente reproducido en el literal f del artículo 84 de la Ley 1957 de 2019.

¹² *Idem.*

¹³ Entre esas otras funciones conferidas a la SDSJ está la de definir el tratamiento que debe darse a las sentencias impuestas previamente por la justicia ordinaria respecto de las personas sobre las que la JEP tiene competencia (*ibid.*, literal b); determinar los posibles mecanismos procesales de selección y priorización para quienes no reconozcan verdad y responsabilidad (*ibid.*, literal c); en cuanto a los asuntos de su competencia, efectuar la calificación de la relación de la conducta con el conflicto armado (*ibid.*, literal d); definir la situación jurídica de quienes, sin pertenecer a una organización rebelde, estuvieran siendo investigados por delitos cuya competencia le corresponda a la JEP (*ibid.*, literal f); definir la situación jurídica de los terceros que no hayan tenido una participación determinante en los crímenes ocurridos durante y en relación con el conflicto

el conflicto armado, no habían sido beneficiadas por indultos o amnistías que cobijaran todos sus crímenes, así como de las que no habían sido escogidas por la SRVRDH como los máximos responsables de los crímenes más graves y representativos. Como el propósito fundamental era resolverle la situación jurídica a estas personas para evitar que permanecieran en un limbo jurídico, esta tercera Sala fue facultada para adoptar las resoluciones que considerara necesarias, entre las cuales se incluyó, de manera expresa, la renuncia a la acción penal, así como cualquier otra forma de terminación anticipada del proceso, junto a otras no mencionadas explícitamente en el texto del Acuerdo, pero posteriormente señaladas a título de ejemplo (no taxativo) en el artículo 31 de la Ley 1820 de 2016, como la cesación de procedimiento, la suspensión de la ejecución de la pena, o incluso la extinción de la misma cuando su redosificación, conforme a los parámetros de la JEP, indique que ya ha sido plenamente ejecutada.

Lo anterior significa que respecto de quienes no serán objeto de amnistías o indultos, ni serán incluidos en las resoluciones de conclusiones proferidas por la SRVRDH, las labores de la SDSJ se circunscriben a buscar mecanismos que permitan dar por terminadas las actuaciones judiciales contra esas personas. Por consiguiente, el concepto de “definición de situación jurídica” utilizado en el Acuerdo no coincide con el que suele emplearse en el procedimiento penal ordinario,¹⁴ dentro del cual se admite, incluso, la adopción de medidas orientadas a terminar una investigación (como podría ser, más allá de dejar en libertad al indagado, una decisión de preclusión), pero también comprende la toma de decisiones encaminadas a avanzar en ella, por ejemplo, dictando medida de aseguramiento contra la persona, lo que permite continuar con las actividades de investigación.¹⁵

Dentro de la JEP y en lo atinente al mencionado grupo de personas, “definir su situación jurídica” significa proferir una resolución que dé por terminada la investigación o el juicio contra ellas, que les reconozca el cumplimiento integral de la pena (cuando se cumplan las condiciones para ello), que les suspenda su ejecución, o que posibilite su sustitución por otra, para mencionar solo algunas opciones teóricas. En consecuencia, la SDSJ no debería ahondar en las

armado, a través de mecanismos como, por ejemplo, la renuncia a la acción penal u otro tipo de terminación anticipada del proceso (*ibid.*, literal f).

¹⁴ Artículo 354 de la Ley 600 de 2000: “La situación jurídica deberá ser definida en aquellos eventos en que sea procedente la detención preventiva”.

¹⁵ “Cuando la persona se encuentre privada de la libertad, rendida la indagatoria, el funcionario judicial deberá definir la situación jurídica por resolución interlocutoria, a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes, indicando si hay lugar o no a imponer medida de aseguramiento si hubiera prueba que la justifique u ordenando su libertad inmediata. En este último caso, el sindicado deberá suscribir un acta en la que se comprometa a presentarse ante la autoridad competente cuando así se le solicite” (Ley 600 de 2000, art. 354, inc. 2º).

investigaciones contra dichos individuos, salvo que sea para determinar si son elegibles para ser remitidos a la SAI o a la SRVRDH.

Esto es así porque, como se explicó en párrafos anteriores, el propósito fundamental de esta Sala es el de buscar y aplicar mecanismos que permitan no dejar en un limbo jurídico a quienes no son beneficiarios de amnistías o indultos, ni son seleccionados como los máximos responsables de los crímenes más graves y representativos. Si esta Sala no existiera, esos individuos no serían juzgados por la justicia ordinaria, al no ser competente para ocuparse de delitos cometidos durante y en relación con el conflicto armado, ni por la JEP, sino que resultarían excluidos de su ámbito de acción en virtud de la naturaleza selectiva de la justicia transicional. En otras palabras, la creación de la SDSJ no puede servir para responsabilizar a unas personas que, de no existir esa Sala, jamás rendirían cuentas ni en la justicia ordinaria, ni ante una jurisdicción especial para la paz que, como es propio de la justicia transicional, opera de manera selectiva.

Dedicar la SDSJ a adelantar investigaciones contra quienes no son beneficiarios de amnistías o indultos, ni son considerados como los máximos responsables de los crímenes más graves y representativos conduciría a la desaparición práctica del principio de selectividad; en este sentido, la JEP terminaría ocupándose de todos los delitos ocurridos durante y en relación con el conflicto armado, a través de dos de sus salas: una que se haría cargo de los casos y autores más relevantes (la SRVRDH), y otra que se concentraría en los menos significativos (la SDSJ).

Es importante precisar que en relación con las personas que, sin pertenecer a una organización rebelde, tienen una investigación en curso por conductas que sean de competencia de la JEP,¹⁶ la SDSJ tiene previsto expresamente un amplio margen de actuación, porque, según el literal f del punto 50 del Acuerdo de 12 de noviembre de 2016, puede escoger entre enviar las diligencias a la SAI (si se trata de delitos susceptibles de alguno de esos beneficios), remitirlas a la SRVRDH (cuando se trate de quienes puedan ser considerados como máximos responsables de los crímenes más graves o representativos) o, finalmente, puede dictar resoluciones orientadas a terminar la actuación judicial contra ellas (si se trata de personas que no son beneficiarias de amnistías o indultos, ni pueden ser considerados máximos responsables de los crímenes más graves y representativos).

En relación con los terceros –entendidos como aquellos que, sin ser combatientes, han tenido alguna participación en el conflicto armado–, esta Sala fue facultada para definirles su situación jurídica, también con la condición de

¹⁶ Cfr. literal f del punto 50 del Acuerdo de 12 de noviembre de 2016. Este texto fue posteriormente reproducido en el literal f del artículo 84 de la Ley 1957 de 2019.

que se trate de personas “que no hayan tenido una participación determinante en los delitos más graves y representativos”. Respecto de ellos, la Sala deberá adoptar las medidas necesarias, “entre otras, la renuncia a la acción penal u otro tipo de terminación anticipada del proceso, siempre que contribuyan de manera eficaz a las medidas del SIVJRN en particular la contribución al esclarecimiento de la verdad en el marco de dicho Sistema”.¹⁷

Como puede verse, el tratamiento previsto para los terceros corresponde al diseño general de la JEP, conforme al cual la SRVRDH concentra su actividad en los máximos responsables de los crímenes más graves y representativos, la SAI concede estos beneficios a quienes sean susceptibles de recibirlos (solo por los delitos que lo admitan) y, por último, la SDSJ debe buscar mecanismos para evitar que los terceros que no hayan sido seleccionados por ninguna de las dos salas anteriores permanezcan en un limbo jurídico. Para ello, pueden recurrir a figuras como la renuncia a la acción penal, a cualquier otra forma de terminar la investigación o el proceso que la justicia ordinaria seguía en su contra, o puede expedir resoluciones que permitan modificar, suspender o dar por cumplida la pena que les haya sido impuesta.

A manera de conclusión intermedia, puede decirse que la renuncia a la acción penal fue concebida en el Acuerdo de La Habana como una de las herramientas de las que puede disponer la SDSJ para terminar las acciones judiciales en contra de quienes habiendo cometido delitos durante y en relación con el conflicto armado, no son beneficiarios de amnistías o indultos, ni son considerados como los máximos responsables de los crímenes más graves y representativos cometidos en desarrollo del mismo.

La renuncia a la acción penal en la Ley de Amnistía e Indulto

En la Ley de Amnistía e Indulto se establecieron dos clases de amnistías: una denominada *de iure*,¹⁸ cuya concesión está, en principio, en cabeza del presidente de la República, a través de la expedición de un acto administrativo (aplicable a los integrantes de las FARC-EP que permanecieran en las zonas veredales transitorias de normalización o en los campamentos acordados, respecto de los cuales no hubiera procesos en curso ni sentencias condenatorias).¹⁹ Comprende los delitos estrictamente políticos²⁰ y algunos que la propia norma define como

¹⁷ *Idem.*

¹⁸ Ley 1820 de 2016, artículo 15.

¹⁹ *Ibid.*, artículo 19, numeral 1. En relación con quienes tuvieran procesos en curso, le corresponde a la Fiscalía solicitar la preclusión, y respecto de quienes estuvieran ya condenados por esos delitos, le corresponde aplicarla a los jueces de ejecución de penas (*ibid.*, art. 19, nums. 2 y 3).

²⁰ La ley se refiere a los delitos de rebelión, sedición, asonada, conspiración y seducción, usurpación y retención ilegal de mando (*ibid.*, art. 15).

conexos,²¹ sobre cuya estrecha relación con aquellos no hay reparos ni en la literatura, ni en la jurisprudencia, ni en la legislación internacional especializada.

La otra es coloquialmente conocida como *caso a caso*, porque su concesión le corresponde a la Sala de Amnistía o Indulto después de analizar “cada caso de conformidad con los principios establecidos en el Acuerdo de Jurisdicción Especial para la Paz y en esta ley, así como de acuerdo con los criterios de valoración establecidos en el artículo 23 de esta ley”.²²

El artículo 28 de la Ley 1820 de 2016, al ocuparse de describir las funciones de la SDSJ no se limita a transcribir las que ya aparecían en el Acuerdo del 12 de noviembre de 2016, sino que introduce tres nuevas, entre ellas, una que la faculta para disponer la renuncia a la acción penal u otro tipo de terminación anticipada del proceso, aplicable a “quienes no hayan tenido una participación determinante en los casos más graves y representativos, en particular respecto de las conductas a las que se refiere el artículo 23 de esta ley”.

Esta norma hace referencia a una *renuncia a la acción penal* distinta de la que originalmente se había incluido en el Acuerdo; aquella, como se explicó en páginas anteriores, tenía como propósito específico resolverles (favorablemente) la situación jurídica a quienes habiendo cometido delitos durante y en relación con el conflicto armado, no son susceptibles de recibir los beneficios de amnistía e indulto, ni son seleccionados como los máximos responsables de los crímenes más graves y representativos. Su creación obedece a la necesidad de contar con un mecanismo legal capaz de evitar que esas personas queden en una especie de limbo jurídico si, por efecto de la selección propia de los procesos de la llamada justicia transicional, sus casos no fueran estudiados ni por la SAI ni por la SRVRDH.

Esta, por el contrario, se expide dentro del marco de la Ley de Amnistía, en cuyo artículo 23 se excluye de ese beneficio a una serie de delitos respecto de los cuales existe amplio consenso internacional sobre su condición de no amnistiables; en relación con ellos, el literal a del parágrafo de la norma aludida señala

²¹ La ley enumera los siguientes delitos: apoderamiento de aeronaves, naves o medios de transporte colectivo cuando no hay concurso con secuestro; constreñimiento para delinquir; violación de habitación ajena; violación ilícita de comunicaciones; ofrecimiento, venta o compras de instrumento apto para interceptar la comunicación privada entre personas; violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial; utilización ilícita de redes de comunicaciones; violación de la libertad de trabajo; injuria; calumnia; injuria y calumnia indirectas; daño en bien ajeno; falsedad material de particular en documento público; obtención de documento público falso; concierto para delinquir; utilización ilegal de uniformes e insignias; amenazas; instigación a delinquir; incendios; perturbación en servicios de transporte público colectivo u oficial; tenencia y fabricación de sustancias u objetos peligrosos; fabricación, porte o tenencia de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las Fuerzas Armadas o explosivos; perturbación de certamen democrático; constreñimiento al sufragante; fraude al sufragante; fraude en inscripción de cédulas; corrupción al sufragante; voto fraudulento; contrato sin cumplimiento de requisitos legales; violencia contra servidor público; fuga y espionaje (*ibid.*, art. 16).

²² *Ibid.*, artículo 25.

que “en ningún caso serán objeto de amnistía o indulto” 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, así como los delitos comunes que carezcan de relación con la rebelión, bien sea porque hayan sido cometidos por fuera del contexto o de la razón de ella, o porque su motivación haya sido la de obtener un beneficio personal, propio o para un tercero.

Lo que se hizo con esta nueva función atribuida a la SDSJ fue dejar en claro que, aun cuando respecto de esos delitos está prohibido conceder amnistías, ello no puede tener como consecuencia que todas las personas que hayan tomado parte en su comisión deban ser necesariamente investigadas, procesadas y condenadas por la JEP. De conformidad con esta norma, se debe mantener el principio general consagrado en el Acuerdo de La Habana, según el cual esta Jurisdicción Especial para la Paz debe concentrarse en quienes hayan tenido una participación determinante en los crímenes más graves y representativos del conflicto armado. Por consiguiente, aun cuando los referidos delitos no pueden en ningún caso ser amnistiables, la SRVRDH conserva la facultad de escoger entre quienes hayan tomado parte en su comisión, a aquellos que deban ser investigados y juzgados en el interior de la JEP por tener la connotación de máximos responsables; en cuanto a quienes no sean catalogados como tales, lo que dice este nuevo numeral es que se aplica la regla general ya consagrada en el Acuerdo de La Habana, conforme a la cual quien no sea objeto de amnistía (como ocurre respecto de quienes hayan tomado parte en estos delitos), ni sea seleccionado por su participación determinante en los delitos más graves y representativos, debe acudir a la SDSJ para que allí se adopte una medida que, como la renuncia a la acción penal, evite que esa persona quede en un limbo jurídico.

Lo único que hace el numeral 8 de la Ley 1820 de 2016 es, entonces, señalar expresamente que la renuncia a la acción penal se aplica incluso en relación con quienes han tomado parte en la comisión de delitos especialmente graves (como los señalados en el literal a del párrafo del artículo 23 de la Ley 1820 de 2016), siempre que se trate de personas sobre las cuales sea factible afirmar que no tuvieron una participación determinante en su comisión.

Contrariando este diseño, en el artículo 19 del Proyecto de Ley Estatutaria de la JEP se incluyó un párrafo (el 2º) en el que de manera puntual se advertía: “En ningún caso podrá renunciarse al ejercicio de la acción penal cuando se trate de delitos no amnistiables, según lo establecido en el párrafo del artículo 23 de la Ley 1820 del 30 de diciembre de 2016”. Al ocuparse de la exequibilidad de esa norma, la Corte Constitucional consideró que era

... necesario condicionar la expresión '*delitos no amnistiables*' en el sentido de que hace referencia exclusivamente a aquellos delitos que tengan la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática, los cuales podrán ser atribuidos a los máximos responsables. Así las cosas, en ningún caso podrá renunciarse al ejercicio de la acción penal cuando se trate de máximos responsables de delitos que tengan la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática.²³

De esta manera, la Corte Constitucional respaldó el diseño de la JEP y, al reiterar la importancia de que su funcionamiento esté cimentado en el principio de selectividad propio de la justicia transicional, dispuso que quienes no hayan tenido una participación determinante en los crímenes cuya amnistía e indulto están prohibidos, deben quedar a disposición de la SDSJ, entre cuyas atribuciones legales está la de renunciar a la acción penal en favor de dichas personas, o adoptar cualquier otro mecanismo que permita dar por terminada respecto de ellos la investigación, el proceso penal o incluso la sanción que en su contra hubiera dispuesto la justicia ordinaria.

El tratamiento consagrado en la Ley de Amnistía respecto de los agentes del Estado y, particularmente, en relación con los integrantes de las Fuerzas Armadas, estuvo precedido de algunas consideraciones especiales. Si bien algunos de ellos pudieron haber cometido crímenes durante y en relación con el conflicto armado, lo cierto es que no lo hicieron en condición de "delincuentes políticos", pues respecto de ellos no se ha afirmado que se hayan alzado en armas contra el Estado. Como la amnistía concedida a los antiguos guerrilleros de las FARC-EP tiene su razón de ser, precisamente, en el hecho de que sus delitos fueron de naturaleza estrictamente política (o estrechamente relacionados con la rebelión), resultaba evidente que esa figura no podía ser aplicable a los agentes del Estado.

Sin embargo, para cumplir con el propósito de ofrecer a los integrantes de la fuerza pública un tratamiento "simétrico en algunos aspectos, diferenciado en otros, pero siempre equilibrado y simultáneo",²⁴ el artículo 46 de la Ley 1820 de 2016 consagró la *renuncia a la persecución penal* como un "mecanismo de tratamiento especial diferenciado para agentes del Estado", con capacidad para extinguir la acción y la sanción penal. Como la misma norma señala que este beneficio no puede concederse a quienes hayan cometido delitos de lesa humanidad, genocidio, graves crímenes de guerra, toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, tortura, ejecuciones extrajudiciales, desaparición forzada, acceso carnal violento u otras formas de violencia sexual, sustracción de menores, desplazamiento forzado o reclutamiento de menores, es evidente que

²³ Corte Constitucional, Sentencia C-080 de 15 de agosto de 2018, p. 389.

²⁴ Acto Legislativo 01 de 2017, artículo 21.

se trata de las mismas prohibiciones consagradas para la figura de la amnistía respecto de los antiguos integrantes de las FARC-EP.

Con la denominación de *renuncia a la persecución penal* se buscó crear una herramienta equiparable a la amnistía que, respecto de los agentes del Estado, permitiera extinguir la acción penal, así como las responsabilidades penales y civiles derivadas de ella. No es la misma figura de la *renuncia a la acción penal* de la que se ha hablado en páginas anteriores, porque lo que se pretendió con ella no fue resolver la situación jurídica de quienes no hubieran sido seleccionados como los máximos responsables de los crímenes más graves y representativos, ni resultaran beneficiarios de amnistías e indultos; por el contrario, se trataba de aplicar a los agentes del Estado los mismos beneficios que se derivan de la amnistía, pero a través de una figura que, por su naturaleza jurídica, pudiera ser aplicada a quienes, como ellos, no podían ser tratados como delincuentes políticos.

De las consideraciones hasta ahora expuestas debe concluirse que si se toma en sentido amplio la figura de la renuncia a la acción penal dentro del SIVJRN, es decir, si dentro de ella se incluye tanto la amnistía, por las consecuencias que de ella se derivan, como la renuncia a la persecución penal, es indispensable distinguir entre dos grupos de casos: i) el primero se refiere a la renuncia a la acción penal que está consagrada como un mecanismo a disposición de la SDSJ para dar por terminadas las actuaciones penales en contra de quienes no son beneficiarios de amnistías o indultos, ni han sido seleccionados como los máximos responsables de los crímenes más graves y representativos ocurridos durante y en relación con el conflicto armado; en este primer grupo están comprendidos, por expreso mandato de la ley y con el aval de la Corte Constitucional, quienes no han tenido una participación determinante en los graves delitos respecto de los cuales el literal a del párrafo del artículo 23 de la Ley 1820 de 2016 establece la prohibición de conceder amnistías e indultos; ii) el segundo comprende la figura de las amnistías para los antiguos integrantes de las FARC-EP,²⁵ y la renuncia a la persecución penal como tratamiento diferenciado y equitativo para los agentes del Estado, quienes al carecer de la condición de delincuentes políticos no pueden ser beneficiarios de las normas que sobre amnistía prevé la Ley 1820 de 2016.

En sentido similar se pronunció la Corte Constitucional al precisar:

²⁵No hago referencia aquí a la figura de los indultos, que en el artículo 24 de la Ley 1820 de 2016 está reservada para un grupo muy particular de personas: quienes hayan cometido –en el marco de disturbios públicos o el ejercicio de la protesta social, siempre y cuando sean conexos con el delito político conforme a los criterios establecidos en el artículo 23– alguno de los siguientes hechos punibles: lesiones personales con incapacidad menor a 30 días; daño en bien ajeno; perturbación en servicio de transporte público, colectivo u oficial; obstrucción a vías públicas que afecte el orden público; disparo de arma de fuego; empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos; violencia contra servidor público; perturbación de actos oficiales; asonada.

Para el caso de la *renuncia a la acción penal* respecto de responsables no seleccionados se debe tener en cuenta que (i) dicha *renuncia* es diferente de (ii) la *amnistía* (art. 40 del Proyecto de Ley) y de la *renuncia a la persecución penal* como tratamiento diferenciado y simultáneo a la amnistía para los agentes del Estado, incluidos los miembros de la Fuerza Pública (art. 45 del Proyecto de Ley).²⁶

De acuerdo con la Corte Constitucional, la diferencia entre estos dos grupos de casos se extiende al régimen de condicionalidad²⁷ que a cada uno de ellos le corresponde; en relación con quienes sean beneficiarios de la amnistía (antiguos guerrilleros de las FARC-EP) o de la renuncia a la persecución penal (agentes del Estado), se afirma que las condiciones que deben cumplirse son las establecidas en el artículo 5 transitorio del Acto Legislativo 01 de 2017 y que se concretan en la obligación de aportar verdad plena, reparar a las víctimas y garantizar la no repetición.²⁸

En relación con este primer grupo de casos es importante hacer dos precisiones: i) las condiciones contenidas en esa norma corresponden a enunciados generales, razón por la cual le atañe a la propia JEP señalar en cada caso concreto en qué consisten las condiciones que debe cumplir la persona respecto de la cual se adopta una decisión. En este sentido, el artículo 13 transitorio del Acto Legislativo 01 de 2017 dispone que las sanciones “se impondrán en los términos previstos en los numerales 60, 61, 62 y en el listado de sanciones del subpunto 5.1.2 del Acuerdo Final”. A su vez, el punto 61 del Acuerdo suscrito el 12 de noviembre de 2016 dice: “Las resoluciones y sentencias impuestas conforme a las normas especiales del componente de justicia del Sistema Integral, enunciarán de manera precisa el contenido de la sanción, lugar de ejecución de la sanción, así como las condiciones y efectos de las sanciones por los delitos no amnistiables”. ii) Las condiciones deben ser impuestas de manera diferencial según se trate de antiguos guerrilleros de las FARC-EP o de agentes del Estado,²⁹ de quienes hayan tomado parte en el conflicto armado como combatientes y de quienes no lo hayan sido, pero tuvieron una participación dentro del mismo; por ejemplo, a un integrante de las Fuerzas Armadas no se le debe imponer como condición para recibir o mantener un tratamiento especial, la “dejación de armas”.

En cuanto a la renuncia a la acción penal que puede aplicar la SDSJ (tanto la que en términos generales estaba prevista en el Acuerdo de Paz del 12 de noviembre de 2016 como la que luego se incluyó a través del artículo 19 de la Ley 1820 de 2016), debe tenerse en cuenta que ella se da como consecuencia de la aplicación del principio de selectividad propio de los procesos de justicia

²⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-080, cit., p. 390.

²⁷ *Idem.*

²⁸ *Ibid.*, pp. 269-270.

²⁹ *Ibid.*, p. 272.

transicional. Este aspecto es importante porque a través del artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2012 se introdujo en la Constitución Política el artículo 66 transitorio, en el que se faculta al Congreso para que, por iniciativa del Gobierno y mediante una ley estatutaria, se puedan “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”, y se autorice “la renuncia condicionada a la persecución judicial penal de todos los casos no seleccionados”. Esa misma disposición constitucional señala que tratamientos especiales como la renuncia a la acción penal deben estar sujetos

... al cumplimiento de condiciones tales como la dejación de las armas, el reconocimiento de responsabilidad, la contribución al esclarecimiento de la verdad y a la reparación integral de las víctimas, la liberación de los secuestrados, y la desvinculación de los menores de edad reclutados ilícitamente que se encuentren en poder de los grupos armados al margen de la ley.

La expresión ‘tales como’ que utiliza la citada norma pone de presente que no es obligatorio imponer a todas las personas las mismas condiciones a cambio de recibir y mantener el tratamiento especial; esa precisión se explica porque, como se señaló unos párrafos atrás, el régimen de condicionalidad varía dependiendo de si está dirigido a antiguos integrantes de las FARC-EP o a agentes del Estado, a combatientes o a quienes sin tener esa condición tomaron parte en el conflicto armado. También aquí son aplicables el artículo 13 del Acto Legislativo 01 de 2017 y el numeral 61 del Acuerdo del 12 de noviembre de 2016, conforme a los cuales le corresponde a la JEP, en cada caso, señalar el régimen de condicionalidad que debe aplicarse a la persona sobre la cual se profiere sentencia.

Conclusiones

Dentro de la estructura de la JEP, la creación de la SDSJ tuvo el propósito de evitar que quedaran en el limbo todas aquellas personas que, habiendo cometido delitos durante y en relación con el conflicto armado, no fueron seleccionadas por la SRVRDH, ni recibieron (por la totalidad de sus delitos) los beneficios de amnistía o indulto; su función no es, entonces, la de iniciar o continuar investigaciones o procesos penales, sino la de buscar y aplicar mecanismos que permitan su terminación (lo que abarca incluso la sustitución o la suspensión del cumplimiento de las penas ya impuestas por la justicia ordinaria), a condición de que esas personas cumplan con las condiciones que el sistema impone en cuanto a verdad, reparación y garantías de no repetición.

Una de las figuras que puede utilizar la SDSJ para cumplir con la aludida función es la de la renuncia a la acción penal. En primer término, esta es aplicable, de manera general, a todos los que no hayan sido seleccionados como

máximos responsables de los delitos más graves y representativos, ni hayan sido amnistiados por la totalidad de sus delitos, tal como se previó en el Acuerdo suscrito el 12 de noviembre de 2016 y se ratificó en las leyes 1820 de 2016 y 1957 de 2019. En segundo término, la renuncia a la acción penal es aplicable, específicamente, a quienes no tuvieron una participación determinante en delitos cuya amnistía está expresamente prohibida en el literal a del párrafo del artículo 23 de la Ley 1820 de 2016.

La llamada renuncia a la persecución penal fue introducida en la Ley 1820 de 2016 como una herramienta que permitiera concederles a los agentes del Estado, y particularmente a los integrantes de las Fuerzas Armadas, unos beneficios equivalentes a los que a través de la amnistía se les concede en ese cuerpo legal a los antiguos miembros de las FARC-EP. La creación de esta figura obedece, de una parte, a la imposibilidad de aplicarles a los agentes del Estado una amnistía concebida para quienes han cometido delitos políticos (o comunes estrechamente vinculados con ellos) y, de otro lado, a la necesidad de otorgar a los agentes del Estado un tratamiento simétrico y equitativo respecto del previsto para el mencionado grupo guerrillero.

LOS AUTORES

Patricia Linares Prieto

Presidenta de la JEP, magistrada de la Sección de Apelación
patricia.linares@jep.gov.co

Magíster en Administración Pública de la Universidad Alcalá de Henares (España), abogada de la Universidad Santo Tomás de Bogotá, con estudios en Filosofía en la Universidad Nacional de Colombia. Ha sido secretaria general del Icfes, de la Universidad Pedagógica y secretaria general y jurídica de la Dirección de Administración Judicial; magistrada auxiliar de la Corte Constitucional, procuradora delegada para Derechos Humanos y Asuntos Étnicos y asesora del Centro Nacional de Memoria Histórica, de varios organismos internacionales; profesora de las universidades Nacional de Colombia, los Andes y el Externado de Colombia.

Danilo Rojas Betancourth

Magistrado de la Sección de Apelación
danilo.rojas@jep.gov.co

Candidato a doctor de la Universidad Nacional de Colombia, magíster en Derecho, especialista en Derecho Público, especialista en Argumentación Jurídica de la Universidad de Alicante (España), abogado de la Universidad Libre de Colombia. Expresidente del Consejo de Estado y profesor de la Universidad Nacional de Colombia.

Rodolfo Arango Rivadeneira

Magistrado de la Sección de Apelación
rodolfo.arango@jep.gov.co

Doctor en Derecho de Christian Albrechts Universitat de Kiel, magíster en Filosofía de la Universidad Nacional de Colombia y abogado de la Universidad de los Andes. Ha sido profesor de las universidades de los Andes y Nacional de Colombia, magistrado auxiliar de la Corte Constitucional (1991-1996, 2001-2004), magistrado auxiliar del Consejo de Estado (2014) e investigador del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional (Heidelberg, Alemania, 2009-2017).

Gustavo Adolfo Salazar Arbeláez

Magistrado de la Sección de Ausencia de Reconocimiento de Verdad y de Responsabilidad de los Hechos y Conductas
gustavo.salazar@jep.gov.co

Magíster en Ciencia Política y en Historia de la Universidad de los Andes, magíster en Migraciones y Conflictos de la Universidad de Deusto (País Vasco), especialista

en Gestión Pública e Instituciones Administrativas y Abogado de la Universidad de los Andes, estudios doctorales en Estudios Internacionales e Interculturales en la Universidad de Deusto y en Ciencias Humanas y Sociales en la Universidad Pontificia Javeriana de Bogotá. Ha sido profesor de la Pontificia Universidad Javeriana y otras universidades durante 15 años, director adjunto del Centro Internacional para la Justicia Transicional, coordinador del Programa de Convivencia y Seguridad Ciudadana BID-DNP, coordinador del Programa de Acceso a la Justicia de Usaid, miembro del equipo jurídico AMLAT del Comité Internacional de la Cruz Roja, consultor del Observatorio de Derechos Humanos de Vicepresidencia de la República, de la Oficina del Alto Comisionado para la Paz y del Centro Nacional de Memoria Histórica.

Heidy Patricia Baldosea Perea

Magistrada de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas

heydi.baldosea@jep.gov.co

Especialista en Investigación Criminal y Juzgamiento en el Sistema Penal Acusatorio de la Universidad Católica de Colombia y en Derechos Humanos de la Universidad Complutense de Madrid, abogada de la Universidad Libre de Colombia. Ha trabajado como defensora pública y en justicia transicional en la Defensoría del Pueblo, en la Secretaría Distrital de la Mujer, en el Centro Nacional de Memoria Histórica y en la Procuraduría General de la Nación.

Camilo Andrés Suárez Aldana

Magistrado de la Sección de Reconocimiento de Verdad

y de Responsabilidad de los Hechos y Conductas

camilo.suarez@jep.gov.co

Especialista en Resolución de Conflictos y en Derecho Procesal Penal de la Universidad Externado de Colombia, abogado de la Universidad Autónoma de Colombia, estudios en Derecho Penal y Criminología en la Universidad Libre, en Procedimiento Penal Constitucional y Justicia Penal Militar en la Universidad Nueva Granada, en Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Universidad Alfonso X el Sabio (Madrid, España) e Instituto Berg de Derechos Humanos (Otzenhausen, Alemania), en Derechos Humanos en el Contexto Israel y Palestina (Jerusalén), y estudios de Maestría en Derecho Penal y Criminología en la Universidad Externado de Colombia. Funcionario de la Jurisdicción Penal Militar por 24 años y magistrado del Tribunal Superior de esa Jurisdicción durante ocho, en donde fue presidente en dos periodos. Cuenta con diversas publicaciones en derecho penal, derechos humanos y derecho internacional humanitario y es profesor universitario.

Caterina Heyck Puyana

Magistrada de la Sección de Revisión de Sentencias

caterina.heyck@jep.gov.co

Doctora en Investigación para la Paz y Derecho Internacional Humanitario de la Universidad de Granada, España, y Leiden, Holanda; magíster en Derecho Internacional Público de la Universidad de Leiden, abogada de la Universidad del Rosario. Ha sido magistrada auxiliar del Consejo de Estado, directora de articulación de Fiscalías Nacionales Especializadas, asesora del Despacho del Ministro del Interior, secretaria general (e) del Ministerio del Interior, gobernadora (e) del Amazonas y profesora de la Universidad Externado y de la Escuela Superior de Guerra, entre otras.

Catalina Díaz Gómez

Magistrada de la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas

catalina.diaz@jep.gov.co

Magíster en Sociología de la Universidad de Oxford y en Derecho en Interés Público de la Universidad de Nueva York (becaria Fullbright), abogada de la Universidad del Rosario. Directora de Justicia Transicional del Ministerio de Justicia durante cinco años y 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; asesora del Centro Internacional para la Justicia Transicional durante seis años; consultora del Centro Nacional de Memoria Histórica, del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo y de la Comisión Colombiana de Juristas.

Óscar Javier Parra Vera

Magistrado de la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas

oscar.parra@jep.gov.co

Magíster en Criminología y Justicia Criminal de la Universidad de Oxford, magíster en Derecho y abogado de la Universidad Nacional de Colombia. Ha trabajado como abogado coordinador en la Corte Interamericana de Derechos Humanos; en la Comisión Colombiana de Juristas y como auxiliar judicial de la Corte Constitucional; becario Rómulo Gallegos y consultor en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; visitante profesional en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en comisión de servicios por la Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; investigador de la Defensoría del Pueblo; ha sido convocado por instrumentos de las 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); ha sido profesor, entre otras instituciones, de la Universidad Nacional de Colombia, de Flacso (México) en la Maestría en Derechos Humanos y Democracia, y del Instituto Internacional de Derecho Humanitario, sede Sanremo (Italia).

Julieta Lemaitre Ripoll

Magistrada de la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas
julieta.lemaitre@jep.gov.co

Doctora en Ciencias Jurídicas de la Universidad de Harvard, magíster en Estudios Interdisciplinarios de la Universidad de Nueva York (Estados Unidos), abogada de la Universidad de los Andes. Desde 1999 ha sido profesora asociada de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes.

Juan José Cantillo Pushaina

Magistrado de la Sala de Amnistía o Indulto
juan.cantillo@jep.gov.co

Magíster 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; especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Santiago de Cali y en Derecho Constitucional de la Universidad Libre, abogado de la Universidad del Norte. Ha sido defensor público y defensor regional del pueblo, funcionario del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social y profesor de la Universidad Agraria.

Pedro Elías Díaz Romero

Magistrado de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas
pedro.diaz@jep.gov.co

Especialista en Derechos Humanos de la Universidad Complutense de Madrid, abogado de la Universidad Externado de Colombia. 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.

Marcela Giraldo Muñoz

Magistrada de la Sala de Amnistía o Indulto
marcela.giraldo@jep.gov.co

Magíster en Derecho Internacional Humanitario de Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, abogada de la Universidad EAFIT. Fue abogada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, trabajó en la División Jurídica del Comité Internacional de la Cruz Roja y fue investigadora jurídica en el Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

Reinere de los Ángeles Jaramillo Chaverra

Magistrada de la Sección de Ausencia de Reconocimiento de Verdad
y de Responsabilidad de los Hechos y Conductas
reinere.jaramillo@jep.gov.co

Magíster en Investigación Social Interdisciplinaria de la Universidad Distrital, especialista en Derecho Público y abogada de la Universidad Autónoma de Colombia. Ha trabajado en la Defensoría del Pueblo, la Comisión Colombiana de Juristas y otras organizaciones de derechos humanos; exalcaldesa de Sumapaz y exdirectora del Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público; docente de la Universidad Autónoma de Colombia en la Facultad de Derecho.

Juan Ramón Martínez Vargas

Magistrado de la Sección de Reconocimiento de Verdad
y de Responsabilidad de los Hechos y Conductas
juan.martinez@jep.gov.co

Doctor en Derecho y magíster (DEA) en Cuestiones Actuales sobre el Derecho Español e Internacional de la Universidad Alfonso X El Sabio de Madrid, abogado de la Universidad del Rosario. 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 de la Advisory Board de la revista *Intergentes* de McGill University (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; 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*.

Raúl Eduardo Sánchez Sánchez

Magistrado de la Sección de Ausencia de Reconocimiento de Verdad
y de Responsabilidad de los Hechos y Conductas
raul.sanchez@jep.gov.co

Magíster en Derecho Penal Internacional de London School of Economics, especialista en Derecho Procesal Penal y abogado 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.

Alejandro Ramelli Arteaga

Magistrado de la Sección de Ausencia de Reconocimiento de Verdad
y de Responsabilidad de los Hechos y Conductas
alejandroramelli@jep.gov.co

Doctor en Derecho de la Universidad de Salamanca, magíster en Derechos Humanos de la Universidad de Paris X Nanterre y abogado de la Universidad Externado

de Colombia. Ha sido profesor en las universidades Externado de Colombia, Santo Tomás, Libre, Sergio Arboleda, Andes, entre otras; jefe de la Unidad Nacional de Fiscalía de Derechos Humanos y 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. Autor de cerca de 40 publicaciones en derechos humanos, derecho internacional humanitario, derecho constitucional y derecho penal internacional.

María del Pilar Valencia García

Magistrada de la Sección de Ausencia de Reconocimiento de Verdad y de Responsabilidad de los Hechos y Conductas

maría.valencia@jep.gov.co

Magíster en Alta Gestión Ambiental del Instituto de Investigaciones Ecológicas (Málaga, España), especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia y en Filosofía de la Universidad del Tolima, abogada de la Universidad de Caldas. Ha trabajado con el Programa para Afrodescendientes e Indígenas (ACDI/VOCA) de Usaid, la Unidad de Víctimas, la Personería de Bogotá, el Centro de Cooperación al Indígena, la Organización Internacional para las Migraciones, el Servicio Holandés de Cooperación, el Centro de Estudios Jurídicos e Investigación Social, la Defensoría del Pueblo, la Fundación de Cooperación Suiza para el Desarrollo, la Organización Indígena de Antioquia, entre otros; docente de las universidades de Antioquia y Nacional de Colombia.

Xiomara Cecilia Balanta Moreno

Magistrada de la Sala de Amnistía o Indulto

xiomara.balanta@jep.gov.co

Candidata a doctora en Derecho Internacional de la Universidad Rey Juan Carlos, magíster en Derecho de la Universidad de Notre Dame y en Derechos Humanos y en Democracia en América Latina de la Universidad Andina Simón Bolívar, abogada de la Universidad de San Buenaventura de Cali. Ha sido profesora de la Universidad San Buenaventura de Cali, investigadora del Observatorio de Discriminación Racial y abogada del Centro de Justicia y Acción contra el Racismo.

Alexandra Sandoval Mantilla

Magistrada de la Sala de Amnistía o Indulto

alexandra.sandoval@jep.gov.co

Magíster en Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional de la Universidad Utrecht, abogada de la Universidad de los Andes. 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.

María del Pilar Bahamón Falla

Secretaria ejecutiva

maria.bahamon@jep.gov.co

Especialista en Derecho Financiero y en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario y en Regulación de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones de la Universidad Externado de Colombia, abogada de la Universidad del Rosario. Ha sido procuradora para la vigilancia administrativa, directora de la oficina jurídica del Departamento Administrativo de la Función Pública y del Ministerio de Minas y Energía e Inravisión; secretaria general de Canal Capital y de la Comisión Nacional de Televisión; directora general del IDU y de la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios; asesora y consultora del Estado en materia de infraestructura y telecomunicaciones; profesora de la Universidad del Rosario en la Especialización de Contratación Estatal y de la Universidad Externado de Colombia en la Maestría de Telecomunicaciones y en la Especialización de Derecho Económico.

Harvey Danilo Suárez Morales

Subsecretario ejecutivo de la JEP

harvey.suarez@jep.gov.co

Candidato a magíster en Antropología Social de la Universidad Nacional de Colombia, especialista en Derechos Humanos de las universidades Nacional de Colombia y del Valle, abogado de la Universidad Nacional de Colombia. Experticia en investigación y docencia, planeación y evaluación de políticas públicas de derechos humanos, derecho internacional humanitario, migración forzada, justicia transicional y derechos de sujetos colectivos; ha trabajado con organizaciones sociales, de derechos humanos, de víctimas, étnicas y de mujeres, así como con organismos internacionales de derechos humanos y agencias de cooperación; fue coordinador del Observatorio de la Consejería Presidencial de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, y del programa de fortalecimiento a la Justicia del Fondo de Justicia Transicional.

Lina Rondón Daza

Profesional especializado grado 33 de la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas

lina.rondon@jep.gov.co

Candidata a magíster en Defensa de los Derechos Humanos ante Cortes y Tribunales Internacionales, especialista en Psicología Jurídica, psicóloga. Ha trabajado en atención psicosocial a víctimas de graves violaciones de los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario (15 años); en investigación y evaluación forense del daño individual y colectivo en escenarios de justicia transicional; en evaluación forense del daño psicosocial con fines de reparación en los escenarios administrativo y judicial; en atención psicosocial a víctimas de secuestro y desaparición forzada, y en el diseño de protocolos para su intervención; en el diseño y ejecución del programa de reconstrucción del tejido social Entrelazando (2012-2016) y en otros programas de rehabilitación del daño psicosocial de víctimas

a nivel individual y comunitario; docente en materia de evaluación del daño con fines de reparación.

Germán Ríos Arias

Magistrado auxiliar de la Sección de Ausencia de Reconocimiento de Verdad y de Responsabilidad de los Hechos y Conductas
german.rios@jep.gov.co

Doctor en Estudios Políticos de la Universidad del País Vasco, abogado de la Universidad de los Andes. Ha trabajado con personas y comunidades víctimas del conflicto, comunidades campesinas, indígenas y negras, y asociaciones de vivienda popular; servicio público y comunitario en cuestiones de derecho agrario, ambiental, urbanístico, territorial y forestal, y en gestión de los bosques. Autor de textos sobre la desaparición forzada de personas, la deforestación en territorios indígenas, la organización territorial en las áreas metropolitanas, la solidaridad y la equidad en las relaciones entre entidades territoriales, y el vínculo entre bosques, paz y comunidades rurales.

Iván Orozco Abad

Invitado
orozcoivan@hotmail.com

Doctor en Ciencia Política de la Universidad de Maguncia (Alemania), abogado de la Universidad Javeriana. Exasesor del vicepresidente de la República en materia de derechos humanos, asesor externo del Alto Comisionado para la Paz durante las negociaciones de La Habana entre el gobierno Santos y las FARC en torno al punto cinco del acuerdo general; profesor de la Universidad de los Andes.

Yesid Reyes Alvarado

Invitado
yesid.reyes8@yahoo.com

Doctor en Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid; magíster en Ciencias Penales, Criminológicas y Criminalísticas; especialista en Ciencias Penales y en Criminología, abogado de la Universidad Externado de Colombia, becario de la Fundación Alexander von Humboldt en la Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität de Bonn. Profesor visitante en la Universidad Autónoma de Madrid (1992-1994), profesor de Derecho Penal de la Universidad de los Andes (2006-2014), ministro de Justicia y del Derecho (2014-2016), director del Centro de Investigación en Filosofía y Derecho de la Universidad Externado de Colombia (2016-2019), actualmente profesor de Derecho Penal de la Universidad de los Andes. Libros publicados: *La prueba indiciaria* (1984), *La prueba testimonial* (1988), *El concurso de delitos* (1990), *Imputación objetiva* (1994), *Bien jurídico y derecho disciplinario* (1998), *El delito de tentativa* (2016).

Alejandro Cantillo Sandino

Magistrado auxiliar de la Sección de Apelación

Abogado y especialista de la Universidad Nacional de Colombia.

Luz Mary Castiblanco Castaño

Magistrada auxiliar de la Sección de Apelación

Abogada de la Universidad Nacional de Colombia y magíster en Derecho Público de la Universidad de Ruan (Francia).

María Paula Gómez Méndez

Magistrada auxiliar de la Sección de Apelación

Abogada y especialista de la Universidad Nacional de Colombia.

Mauricio Díaz Celis

Profesional especializado de la Sección de Apelación

Abogado de la Universidad de Ibagué, especialista y magíster de la Universidad de los Andes.

Francisco Antonio Franco Franco

Profesional especializado de la Sección de Apelación

Abogado, especialista y magíster de la Universidad Nacional de Colombia.

Sergio Patiño Puerta

Profesional especializado de la Sección de Apelación

Abogado y especialista de la Pontificia Universidad Javeriana.

Astrid Karolina Carvajal Pacheco

Auxiliar judicial de la Sección de Apelación

Abogada de la Universidad Libre y especialista de la Universidad de los Andes.

Érika Castiblanco Ávila

Auxiliar judicial de la Sección de Ausencia de Reconocimiento de Verdad y de Responsabilidad de los Hechos y Conductas

Politóloga de la Pontificia Universidad Javeriana.

La JEP es y seguirá siendo parte del debate jurídico, político, institucional, social y académico en Colombia. Su alta responsabilidad la hace particularmente visible y, por ello, escrutable permanentemente. Y está bien que así sea. Un actuar correcto no debe escatimar el escrutinio y, al contrario, debe agradecerlo, pues el propósito es mejorar cada vez más. La transparencia y la rendición de cuentas se encuentra en el corazón de la agenda de la JEP. En parte, es esta la razón por la cual decidimos exponer en un libro nuestra propia percepción como jueces de lo acontecido hasta ahora en esta novel institución transicional. Claramente, las decisiones judiciales son el principal vehículo de expresión de los jueces y, tras un año de funcionamiento, el resultado es notorio, aunque aún no se hayan producido las decisiones finales más esperadas: las relativas a las sanciones propias. Pero, junto a lo judicial, en la JEP han venido surgiendo dinámicas institucionales *sui generis*, que facilitan algunos de los principales propósitos del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, tales como las comisiones creadas –de género, territorial y ambiental, étnica, y participación–, o los espacios dialógicos que fortalecen la toma de decisiones y la centralidad de las víctimas. Igualmente, los avances en las distintas salas y secciones de la JEP han generado las primeras reflexiones de los jueces sobre su propio quehacer. Con todo ello se quiere contribuir también al debate académico.



PATRICIA LINARES / DANILO ROJAS / RODOLFO ARANGO / GUSTAVO SALAZAR /
ERIKA CASTIBLANCO / HEYDI BALDOSEA / CAMILO ANDRÉS SUÁREZ / CATERINA HEYCK /
CATALINA DÍAZ / ÓSCAR PARRA / JULIETA LEMAITRE / LINA RONDÓN / JUAN JOSÉ CANTILLO /
PEDRO ELÍAS DÍAZ / MARCELA GIRALDO / REINERE DE LOS ÁNGELES JARAMILLO /
JUAN RAMÓN MARTÍNEZ / RAÚL EDUARDO SÁNCHEZ / ALEJANDRO RAMELLI /
MARÍA DEL PILAR VALENCIA / GERMÁN RÍOS / XIOMARA BALANTA / ALEXANDRA SANDOVAL /
MARÍA DEL PILAR BAHAMÓN / HARVEY DANILO SUÁREZ / IVÁN OROZCO / YESID REYES