



GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CÁMARA

(Artículo 36, Ley 5ª de 1992)

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA
www.imprenta.gov.co

ISSN 0123 - 9066

AÑO XXVI - N° 92

Bogotá, D. C., martes, 21 de febrero de 2017

EDICIÓN DE 24 PÁGINAS

DIRECTORES:

GREGORIO ELJACH PACHECO
SECRETARIO GENERAL DEL SENADO
www.secretariasenado.gov.co

JORGE HUMBERTO MANTILLA SERRANO
SECRETARIO GENERAL DE LA CÁMARA
www.camara.gov.co

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PÚBLICO

SENADO DE LA REPÚBLICA

PONENCIAS

INFORME DE PONENCIA PARA PRIMER DEBATE EN COMISIÓN PRIMERA DE SENADO AL PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO NÚMERO 02 DE 2017 SENADO, 02 DE 2016 CÁMARA, ACUMULADO CON EL PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO NÚMERO 003 DE 2016 CÁMARA

por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones.

Bogotá, D. C., 20 de febrero de 2017

Doctor

CARLOS FERNANDO MOTOA SOLARTE

Presidente Comisión Primera Constitucional Permanente

Senado de la República

Ciudad

Referencia: Informe de ponencia para primer debate en Comisión Primera de Senado al **Proyecto de Acto Legislativo número 02 de 2017 Senado, 02 de 2016 Cámara, acumulado con el Proyecto de Acto Legislativo número 003 de 2016 Cámara, por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones.**

Honorables Senadores de la República:

Tras la designación que realizó la honorable Mesa Directiva de la Comisión Primera Constitucional Permanente del Senado de la República, y según lo establecido en el artículo 150 de la Ley 5ª de 1992, someto a consideración de los honorables Senadores el informe de ponencia para primer debate en Comisión Primera de Senado al **Proyecto de Acto Legislativo número 02 de 2017 Senado, 02 de 2016 Cámara, acumulado con el Proyecto de Acto Legislativo**

número 003 de 2016 Cámara, por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones.

1. Trámite de la iniciativa

Los Proyectos de Acto Legislativo número 02 de 2016 y 03 de 2016 fueron radicados el día 19 de diciembre ante la Secretaría de la honorable Cámara de Representantes, siendo publicados en la *Gaceta del Congreso* número 1165 del 20 de diciembre.

Dichas iniciativas fueron acumuladas.

El día 28 de diciembre de 2016 fueron designados por la mesa directiva de la Comisión Primera de Cámara de representantes como ponentes los honorables Representantes Hernán Penagos Giraldo (Coordinador), Pedrito Tomás Pereira Caballero (Coordinador), Rodrigo Lara Restrepo (Coordinador), Silvio José Carrasquilla Torres (Ponente), Samuel Alejandro Hoyos Mejía (Ponente), Fernando de la Peña Márquez (Ponente), Angélica Lozano Correa (Ponente) y Carlos Germán Navas Talero (Ponente).

Surtieron primer debate en Comisión Primera de Cámara de Representantes el día 18 de enero de 2017, y segundo debate el día 1º de febrero de 2017 en sesión Plenaria de ese mismo cuerpo colegiado.

El **Proyecto de Acto Legislativo número 02 de 2017 Senado, 002 de 2016 Cámara acumulado con el Proyecto de Acto Legislativo número 003 de 2016 Cámara, por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones,** fue recibido por la Secretaría de la Comisión Primera de Senado el día febrero 8 de 2017.

En sesión del 7 de febrero de 2017 los Senadores Carlos Fernando Mota, Juan Manuel Galán, Eduardo Enríquez y Doris Vega suscriben la Proposición 02 de

2017, en la que solicitan audiencia pública sobre esta iniciativa, siendo aprobada por unanimidad.

Mediante Resolución 08 de 2017 se convoca a Audiencia Pública para el **Proyecto de Acto Legislativo número 02 de 2017 Senado, 002 de 2016 Cámara acumulado con el Proyecto de Acto Legislativo número 003 de 2016 Cámara**, por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones, fijando como fecha para la realización de la misma el día 14 de febrero de 2017, con inscripción los días 9, 10 y 13 de igual mes y anualidad.

Por disposición de la Mesa Directiva de la Comisión Primera Constitucional Permanente del Senado de la República, mediante Acta MD-19 de febrero 14 de 2017 fui designado junto con los honorables Senadores Roosevelt Rodríguez Rengifo (Coordinador), Germán Varón Cotrino, Hernán Andrade Serrano, Juan Manuel Galán Pachón, Doris Clemencia Vega Quiroz, Alexander López Maya y Claudia López Hernández para rendir informe de ponencia en primer debate ante esta célula legislativa. No obstante, habiéndome apartado de la ponencia mayoritaria, me permito presentar ponencia negativa.

2. Contenido de la iniciativa

Las iniciativas legislativas contienen los siguientes componentes:

Artículo 1° con el desarrollo de los siguientes capítulos:

- Crean un título transitorio en la Constitución Política sobre disposiciones para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera.
- Se crea el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (Capítulo I).
- Se crea la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición y la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el Contexto y en Razón del Conflicto Armado (Capítulo II).
- Se crea la Jurisdicción Especial para la Paz (Capítulo III).
- Se establece un capítulo sobre reparación integral en el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (Capítulo IV).
- Se establece un capítulo sobre normas relacionadas con la extradición (Capítulo V).
- Se establece un capítulo sobre normas relacionadas con participación en política (Capítulo VI).
- Se establece un capítulo de las normas aplicables a los miembros de la Fuerza Pública para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera (Capítulo VII).
- Finalmente, se establece un capítulo de prevalencia del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto Armado y la Construcción de una Paz Estable y Duradera (Capítulo VIII).

Artículo 2°. Agrega un párrafo al artículo 122 de la Constitución Política.

Artículo 3°. Modifica el inciso 4° del artículo transitorio 66 de la Constitución Política introducido por el Acto Legislativo número 1 de 2012.

3. Proyecto de acto legislativo

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

El Gobierno nacional en el desarrollo de estas iniciativas legislativas ha sostenido dos mentiras: la primera de ellas es que el proceso con las FARC-EP gira alrededor de las víctimas, afirmación confirmada y expresada en la audiencia pública realizada el 14 de febrero del año en curso en la Comisión Primera de Senado, donde el Coordinador de la Mesa Nacional de Participación Efectiva de las Víctimas manifestó su inconformidad en tres puntos a saber (centralidad de las víctimas, enfoque diferencial y de género y el debido proceso), siendo la primera la de mayor insistencia durante su intervención.

Fue así como el ciudadano Odorico Guerra Salgado, en nombre de la Mesa Nacional de Participación Efectiva de las Víctimas, intervino en la audiencia en los siguientes términos:

- *“La centralidad de las víctimas y de sus derechos a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición.*
- *“Para garantizar la centralidad, la participación es un elemento esencial, tanto en la aplicación de la JEP, como en el debate de implementación y en la incidencia en las políticas públicas, por lo tanto, deben existir procesos, protocolos y medidas administrativas que garanticen su participación en condiciones de equilibrio, seguridad, acompañamiento institucional y que satisfaga el goce efectivo de los derechos de las víctimas del conflicto armado”.*
- *“Reiteramos el enfoque de derechos planteado en el acuerdo y el principio de centralidad de las víctimas, pues es a través de la satisfacción de nuestros derechos, que se labra el camino para la reconciliación de toda la ciudadanía colombiana y la construcción de una sociedad mucho más justa y equitativa”.*

La segunda mentira es que por primera vez la FARC-EP no solo reconocen, sino que se someten a la institucionalidad colombiana.

En el marco del Acuerdo suscrito entre el Gobierno nacional y las FARC-EP, así como el contenido de los proyectos de ley y actos legislativos que se han presentado a “consideración” del Congreso de la República para que a través del procedimiento legislativo abreviado “fast track”, se “garantice” la implementación constitucional y legal de lo acordado en La Habana, se evidencia que las FARC-EP con aquiescencia del Gobierno nacional, no solo no reconocen la institucionalidad colombiana, sino que ignoran el Estado de derecho y pretenden sustituir la Constitución Política de Colombia.

Hechos que se advierten en la pretensión de las partes de crear una institucionalidad paralela y aislada, a través de la aprobación de los actos legislativos de la referencia, para que sea esta nueva e ilegítima representación del Estado hecha a la medida de las FARC-EP, la institución que los “juzgue” por los actos criminales cometidos durante años de violencia en contra de los colombianos.

Si bien es cierto que en el marco de todo proceso de justicia transicional se exige a los Estados adoptar una serie de mecanismos *sui generis* (tales como: la imposición de penas diferenciadas y reducidas para responsables de delitos comunes y de trascendencia internacional, la expedición de leyes de amnistías e indulto para delitos políticos y conexos, y la creación de comisiones de la verdad, entre otros), con el fin de alcanzar verdad, justicia, reparación y dar garantías de no repetición a los ciudadanos, para de este modo asegurar el fin de la violencia en una nación; resulta imperativo tener en cuenta que la adopción de estas medidas *sui generis* no son fundamento suficiente para que el andamiaje jurídico y la institucionalidad de los Estados, que se encuentren en el marco de procesos de justicia de transición, sean desconocidos y/o reemplazados de forma ilegítima; tal y como se pretende con el presente proyecto de acto legislativo.

El respeto por la institucionalidad es una condición esencial para el funcionamiento del Estado y el ejercicio de su soberanía frente a los gobernados; este respeto por la institucionalidad se manifiesta en la solidez y fortaleza del andamiaje jurídico-social de las naciones, que no solo garantiza seguridad jurídica a los ciudadanos, sino que también otorga legitimidad a las decisiones que desde allí se adoptan y que conciernen a la comunidad nacional, estas condiciones son esenciales para el desarrollo social y económico de una nación¹.

Por esta razón, resulta inadmisibles, no solo crear una institución judicial paralela, con normatividad independiente del marco legal general² y aislada (Jurisdicción Especial para la Paz), sino permitir que este nuevo e ilegítimo organismo (en tanto que su creación no fue fruto de un consenso nacional, tal y como se evidenció con los resultados del plebiscito del pasado 2 de octubre de 2016), desplace a la institucionalidad judicial vigente en Colombia, cuyo sustento se encuentra en la Constitución Política de Colombia de 1991, ya que fue fruto de un gran acuerdo nacional que expresa la voluntad popular.

Debe recordarse que el constituyente primario es la base de la estructura democrática, política y la fuente originaria de las instituciones jurídicas y gubernamentales de este Estado Social Democrático y de Derecho, por ende, no debe desconocerse la real dimensión del daño que ocasionaría esta autoritaria y arbitraria decisión del Ejecutivo auspiciada por las mayorías en el Congreso, que no es otra cosa que un golpe de Estado al reemplazar la estructura vigente por un régimen totalitarista.

Queda evidenciado claramente que el Gobierno en ningún momento pretendió la refrendación popular, sino que la democracia la usó como marioneta de sus intereses, desnaturalizando la magnificencia que representa y el poder que le asiste.

Lo pretendido por el gobierno no es otra cosa que desconocer el principio de democracia participativa y soberanía popular, pues la imposición al pueblo de un marco normativo que desapruueba, no solo deslegitima

su actuar y su Gobierno, sino que también es una afrenta grave a los cimientos del constitucionalismo colombiano.

Ahora bien, como ya se refirió en precedencia, en el marco de los procesos de justicia de transición y la consecuente adopción de las medidas *sui generis* para la terminación de la violencia en un Estado es apenas razonable considerar en materia de justicia, por ejemplo, que no se adopten los mismos criterios que se aplicarían en el contexto de un proceso ante la justicia ordinaria por lo que, medidas como la reducción **proporcional** de las penas, la expedición de leyes de amnistías e indulto para delitos políticos y conexos, así como la imposición de sanciones diferenciadas pero razonables a los responsables de delitos graves, no debe entenderse como una desinstitucionalización estatal, sino como la necesidad de aplicar normas transitorias en materia penal para alcanzar la paz.

Razón por la cual, es imperativo comprender que por el hecho de tratarse de un proceso de justicia de transición para dar por terminado un extenso periodo de violencia, bajo ninguna circunstancia debe desconocerse de facto la institucionalidad nacional y en consecuencia el andamiaje jurídico sobre el que el Estado se erige. Por el contrario, la adopción de estos cambios transitorios en materia de justicia deben realizarse a través de instituciones legítimas que doten de solidez y seguridad jurídica las decisiones adoptadas por los jueces de las jurisdicciones ordinarias en el marco de un proceso de transición, procurando siempre, de forma categórica, la proporcionalidad y la razonabilidad para que valores como la justicia (que garantizan la verdad, la reparación y las garantías de no repetición) no sean desconocidos.

Es preferible para la institucionalidad del país crear un Tribunal Transicional dentro de la estructura de la Rama Judicial. Esto permitiría la no sustitución del sistema de Cortes y crearía confianza institucional.

Se deben otorgar los beneficios más amplios posibles consistentes en reducción de la pena, la más temprana libertad condicionada que se permita la revisión de sentencias para rescatar el honor, que no constituye impunidad, a los miembros de la fuerza pública condenados o investigados, de manera independiente a lo acordado con las FARC. De igual forma, debe conservarse su derecho a estar recluidos en guarniciones militares o de policía, siempre que dichas medidas no pongan en notoria desventaja frente a los amplísimos beneficios otorgados a las FARC.

Aunado a lo anterior, y a pesar de la unanimidad existente en el plano internacional en torno a los procesos de justicia de transición y los fines que estos persiguen, esto es, dar por terminado periodos de violencia en los Estados a través de mecanismos que permitan alcanzar verdad, justicia, reparación y dar garantías de no repetición; debe señalarse que, no existe una fórmula exacta para estructurar el instrumento que permita consolidar estos fines, razón por la cual dependerá de la situación sociopolítica, económica y cultural del país, así como de su autonomía para establecer los criterios y la forma en la que se configurará este proceso³.

¹ Douglas C. North. *Institutions*. The Journal of Economic Perspectives, Vol. 5, No. 1, pp. 97-112; 1991.

² En la página 147 del Nuevo Acuerdo se instaura la legislación penal vigente como un referente supletorio de los preceptos de la justicia transicional y de las disposiciones de las autoridades creadas con el acuerdo.

³ La justicia transicional, no es una forma especial de justicia, sino una justicia adaptada a las sociedades que experimentan periodos de abuso omnipresente de los derechos humanos. Consultado el enero 13 de 2017 en <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Global-Transitional-Justice-2009-English.pdf>

En este sentido, el primer elemento a tener en cuenta es que no será lo mismo implementar un proceso de justicia de transición en un país que se encuentra en el marco de una dictadura, una guerra civil o en una democracia; en la medida en que cada uno de los referidos contextos exige la adopción de mecanismos específicos que se ajusten y sean efectivos para cada situación en particular. Razón por la cual, cada país adoptará las herramientas de justicia transicional que más se adecuen a sus necesidades, dentro de los que pueden estar las comisiones de verdad, leyes de amnistías, depuraciones administrativas y tribunales que administren justicia (tribunales que pueden ser internacionales, híbridos o nacionales).

Al respecto de los tribunales que pueden administrar justicia en el marco de los procesos de justicia de transición, debe hacerse alusión a los *tribunales ad hoc* (cuya naturaleza es similar a la Jurisdicción Especial para la Paz) creados por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, para poner fin a conflictos armados de trascendencia internacional que se llevaron a cabo en Europa oriental (Yugoslavia) y en África (Ruanda). La intención de judicializar a los máximos responsables de delitos de trascendencia internacional a través de tribunales *ad hoc* (para el caso) creados por la ONU, ha sido una de las medidas más cuestionadas en los procesos de justicia transicional, toda vez que la judicialización de los responsables de estos crímenes a través de tribunales inexistentes al momento de su comisión, así como la condena por conductas no tipificadas en el momento de su comisión, implicaba no solo el desconocimiento de los principios de legalidad y del juez natural (principios esenciales en materia penal y constitucional), sino que al mismo tiempo era una declaración tácita de la incapacidad de la institucionalidad estatal (en este caso la justicia) de llevar a cabo juicios expeditos y objetivos a los responsables de los delitos cometidos en el marco de los conflictos ya referidos.

De manera que, de lo anterior puede deducirse que el Gobierno nacional, con la presentación del presente proyecto de acto legislativo, está aceptando la incapacidad de la actual institucionalidad judicial para llevar a cabo un proceso de justicia transicional, desconociendo la legitimidad de los jueces nacionales para adelantar juicios objetivos y expeditos, así como la incapacidad de la Fiscalía General de la Nación para ejercer la acción penal en contra de los presuntos responsables de delitos ordinarios y de trascendencia internacional, por lo que ante esa incapacidad, las partes (Gobierno nacional y las FARC-EP) no solo desconocen la institucionalidad estatal vigente, en tanto que no se someterán a la jurisdicción ordinaria, sino que crearán una nueva institucionalidad desprendida del Estado para que investigue y juzgue a todos los ciudadanos.

Los países en los que se crearon los Tribunales *ad hoc* (Yugoslavia –ICTY– y Ruanda –ICTR–), se realizó como *ultima ratio*, dado que el andamiaje jurídico e institucional vigente era inexistente, e incapaz de contar con la autonomía democrática e independencia requerida para garantizar juicios justos (esto es, estados fallidos); motivo por el cual la comunidad internacional optó por la creación de estos cuestionados tribunales. Así las cosas, es evidente entonces que después de regímenes dictatoriales o la terminación de conflictos que han destrozado la institucionalidad de una nación, la adopción de esta medida resulta ne-

cesaria, tal y como ocurrió en los casos de Sierra Leona, Laos o en Camboya.

Una primera conclusión es que la creación de las jurisdicciones especiales, con jueces inexistentes al momento de la comisión de los delitos, procedimientos jurisdiccionales nuevos, a través de tribunales que no pertenecen a una jurisdicción nacional, solo ocurre cuando los Estados no se encuentran en la capacidad de llevar a cabo de forma autónoma investigaciones penales, disciplinarias o administrativas que brinden las garantías procesales a los investigados. Este mismo supuesto de hecho permite comprender la creación de la Corte Penal Internacional (CPI), que se erigió como un tribunal permanente de justicia (Tribunal creado para impedir la creación de nuevos tribunales *ad hoc*, y de este modo garantizar el respeto a los principios del juez natural y el principio de legalidad), que gira en torno al principio de la complementariedad (o subsidiariedad), el cual establece que la CPI únicamente será competente para conocer de una situación de crisis en un Estado parte cuando:

- El Estado implicado remita directamente la situación a la CPI.
- Cuando exista una ausencia evidente de independencia de los tribunales nacionales y los mismos busquen sustraer a los responsables de su real responsabilidad penal por los delitos cometidos.
- O cuando exista incapacidad institucional para judicializar a los responsables.

En conclusión, la creación de tribunales *ad hoc* o jurisdicciones especiales (ajenas a la institucionalidad estatal vigente) para la implementación de procesos de justicia de transición, ajenos a la jurisdicción nacional del país directamente concernido, ha sido una medida impuesta por la ONU en momentos cruciales, donde las instituciones no son fiables y la democracia se encuentra tan fragmentada, que con el fin de reconstruir la misma y fortalecer a los Estados, se acude a estas figuras de forma extraordinaria.

A la luz de las anteriores consideraciones, es evidente que Colombia no es un Estado fallido, y tampoco es un Estado en el que las instituciones democráticas estén fragmentadas, sino que, por el contrario, es un Estado en el que a pesar de que la justicia en ocasiones atraviese por situaciones de crisis (y debe ser mejorada y fortalecida), su institucionalidad está en la capacidad administrativa de impartir justicia de forma expedita, independiente, garantizando los derechos procesales de cualquiera de los investigados en el marco de la justicia de transición.

Así las cosas, la creación de una jurisdicción especial, ajena a la institucionalidad vigente y desarticulada de la jurisdicción ordinaria, es un despropósito, y un ardid con el que las FARC-EP y el Gobierno nacional pretenden dar una falsa apariencia de respeto al Estado de Derecho y de sometimiento a la institucionalidad nacional, cuando en realidad lo que ello evidencia es el desprecio de las partes hacia la justicia colombiana, en tanto que las FARC-EP no solo no están dispuestas a someterse a la institucionalidad vigente, sino que, por el contrario, con la aquiescencia del Gobierno nacional crearon a su medida un sistema judicial que les garantiza una serie de beneficios (que nunca obtendrían en otro escenario de justicia de transición), deslegitimando no solo el sistema judicial colombiano al crear un

sistema paralelo de justicia que desconoce el principio del juez natural (fueros), que no se articula de forma idónea con las jurisdicciones nacionales y que terminará por diluir a las instituciones que han sido garantes de la estabilidad democrática en el país.

Finalmente, debe señalarse que los reparos y observaciones realizadas al proyecto de acto legislativo en la presente ponencia, no es a la justicia de transición *per se*, en tanto que es evidente la necesidad que tiene el Estado colombiano de adoptar mecanismos extraordinarios en materia de justicia para llevar a buen término el proceso de paz. Estos mecanismos *sui generis* deben partir del respeto por la institucionalidad colombiana, por ejemplo:

- A través de la creación de una Sala de Justicia de Transición al interior de la Corte Suprema de Justicia, que respete los principios del juez natural (fueros) y de legalidad, y se armonice con las demás jurisdicciones para investigar, juzgar y sancionar a los responsables.

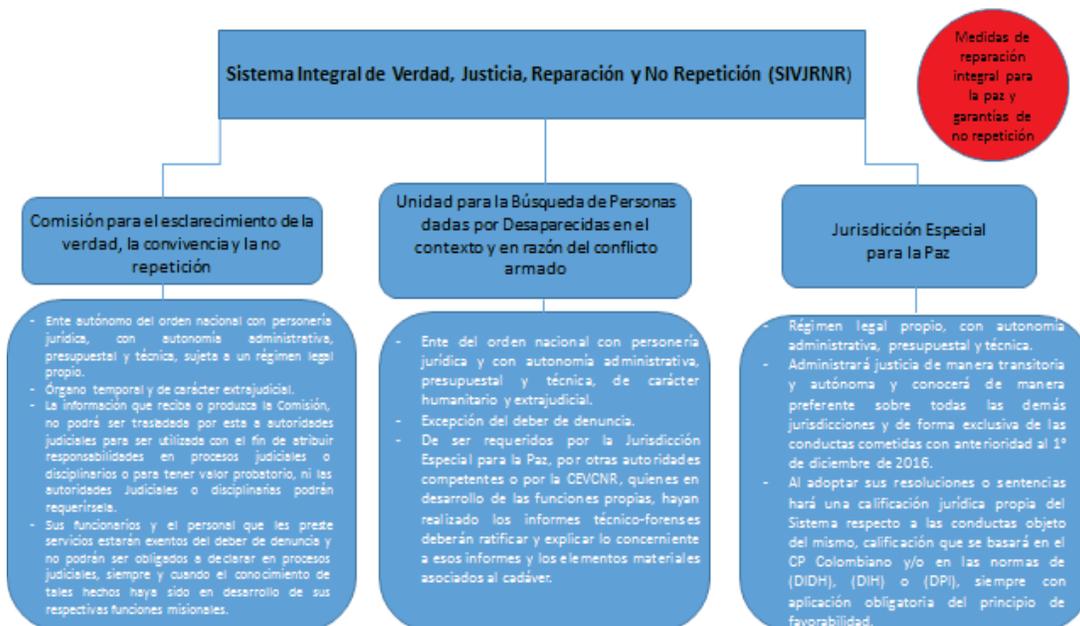
- La asignación de competencias a una unidad de investigación especial al interior de la Fiscalía General de la Nación que actúe ante la referida sala, buscando

con ello, no solo el fortalecimiento de la justicia colombiana, sino garantizando la estabilidad del Estado de Derecho, dotando de legitimidad las decisiones que se tomen en el marco de la justicia de transición, dado que una autoridad sin legitimidad es violencia y en consecuencia puede ser desconocida.

De manera que con ocasión de los condicionamientos establecidos en el Acto Legislativo número 1 de 2016, en el que las modificaciones propuestas a los proyectos de ley y acto legislativo que se presenten a consideración del Congreso de la República deben tener el aval de las FARC-EP y el Gobierno nacional, el sentido de esta ponencia es de archivo, y las observaciones aquí propuestas son recomendaciones respetuosas al Gobierno y al Congreso de la República, para que el proceso con las FARC genere al país el menor daño posible.

II. COMENTARIOS AL ARTICULADO

El texto del artículo primero del acto legislativo realiza una descripción de las entidades que harán parte de **Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición** y los principios que regirán el sistema.



• Sobre la Comisión para el esclarecimiento de la verdad la convivencia y la no repetición.

La referida Comisión que tiene como uno de sus objetivos, “conocer la verdad de lo ocurrido en el marco del conflicto y contribuir al esclarecimiento de las violaciones e infracciones cometidas en el mismo y ofrecer una explicación amplia de su complejidad a toda la sociedad”, y cuyo carácter extrajudicial es establecido por el proyecto de acto legislativo, pretende que los hallazgos realizados por la comisión, no solo no implican una imputación de quienes comparezcan ante ella, sino que la información tampoco podrá ser trasladada a autoridades judiciales para ser utilizada con el fin de atribuir responsabilidades en procesos judiciales ni tendrá valor probatorio.

En este sentido, es necesario aclarar en el texto constitucional que, a pesar de que la información re-

copilada por la comisión no tenga valor probatorio, ello no será impedimento para que, en cumplimiento del deber legal de denuncia, la entidad o sus funcionarios tengan la obligación de **poner en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación la noticia criminal**, para esclarecer las conductas allí contenidas y sobre las cuales no exista ninguna causa abierta. Esto con el fin de evitar que hechos de violencia no confesados en cualquiera de las salas de sistema de justicia de transición queden en la impunidad y, de este modo, garantizar a las víctimas la satisfacción de su derecho a la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición.

Si bien es viable darle un carácter no judicial a la Comisión, pues para ello ya hay un organismo que cumple esas funciones (la Fiscalía), es contraproducente, inconveniente e incoherente con el principio de

garantía de verdad en los procesos judiciales impedir que la información válidamente recolectada sea utilizada por la administración de justicia. Dicha disposición atenta igualmente contra el principio de integralidad previsto en el penúltimo inciso del artículo transitorio 1 del presente PAL, pues el espíritu de la ley pregona la cooperación armónica y mancomunada de todas las entidades creadas por el Acuerdo de Paz.

Conforme al principio de integralidad previsto en el penúltimo inciso del artículo transitorio 1 del presente PAL, resulta incoherente exceptuar a determinadas entidades del deber de denuncia y de la obligación de compulsar copias a las autoridades competentes cuandoquiera que se verifiquen la existencia de un hecho punible, pues irónicamente esta medida restringe la colaboración entre los diferentes mecanismos.

Es un desgaste innecesario hacer indagaciones paralelas frente a un mismo tema cuando de las acciones desplegadas por un mecanismo se pueden obtener datos, documentos y material probatorio que pueda ser utilizado válidamente por otro.

De igual forma, en cumplimiento del objetivo de la Comisión, de *conocer la verdad de lo ocurrido en el marco del conflicto y contribuir al esclarecimiento de las violaciones e infracciones cometidas en el mismo y ofrecer una explicación amplia de su complejidad a toda la sociedad*, resulta relevante tener en cuenta para la construcción de la memoria histórica, todo el material probatorio contenido en procesos penales y administrativos relacionados “con el conflicto”, a pesar de

que en el marco de los mismos, dichas pruebas hayan sido declaradas como ilegales.

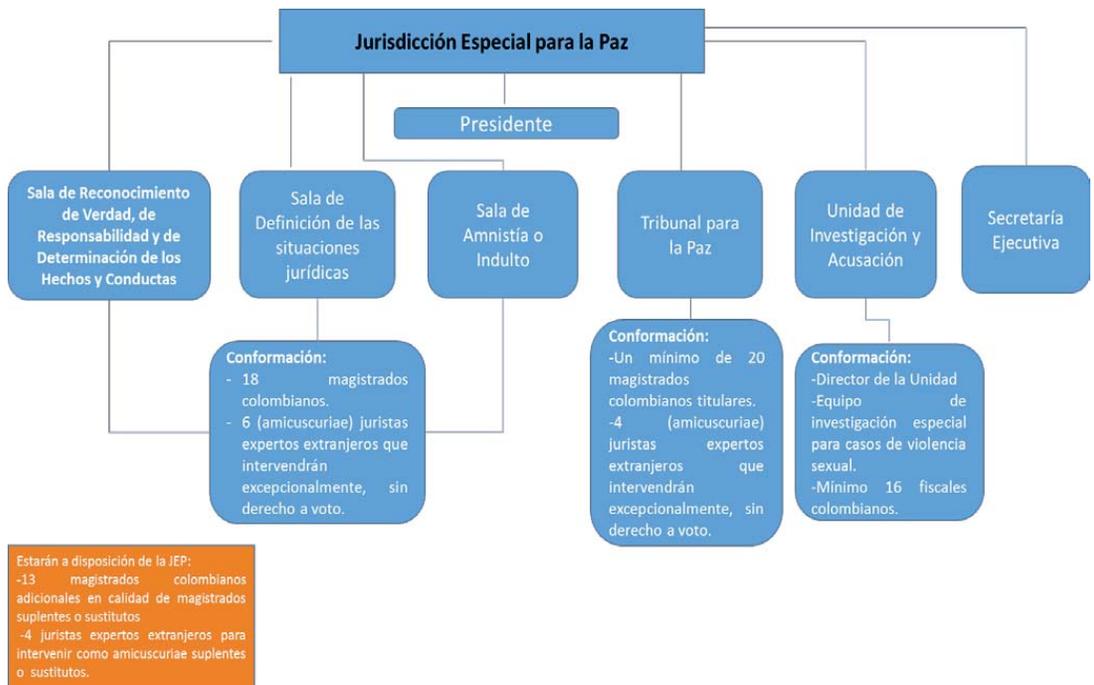
• Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado.

Sobre esta Unidad, resulta contradictorio que al igual que la Comisión de la Verdad no solo es calificada como un órgano de carácter extrajudicial, sino que además teniendo un carácter de humanitario, se impida a los funcionarios que en ella trabajen, cumplir con el deber de denuncia y de declarar en procesos judiciales⁴.

Este condicionamiento propuesto por el texto del acto legislativo, no solo es inconstitucional *per se*, sino que también es contrario al artículo 67 de la Ley 906⁵, el cual establece la obligación que tienen los servidores públicos de denunciar y poner en conocimiento de la autoridad competente los hechos delictivos de los que tengan conocimiento, sino que al mismo tiempo, genera un escenario proclive a la impunidad.

Por ejemplo, al considerar una situación en la que una desaparición forzada de la que tenga conocimiento la Unidad de Búsqueda de Personas, y la cual no haya sido confesada en ninguna de las salas de la jurisdicción especial para la paz; ante la inexistencia del deber de denuncia que tendrían los funcionarios de la Unidad de Búsqueda ¿esa desaparición quedaría en la impunidad? ¿Cómo garantizar que situaciones de esta naturaleza no queden en la impunidad? ¿No vulneraría esta circunstancia los derechos de las víctimas y de la sociedad?

III. JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ



⁴ El único supuesto en el que los funcionarios y el personal que le presten servicios a la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas estará exento del deber de denuncia y no podrán ser obligados a declarar en procesos judiciales, siempre y cuando el conocimiento de tales hechos haya sido en desarrollo de sus respectivas funciones misionales.

⁵ Ley 906 de 2004. **Artículo 67. Deber de denunciar.** Toda persona debe denunciar a la autoridad los delitos de cuya comisión tenga conocimiento y que deban investigarse de oficio. El servidor público que conozca de la comisión de un delito que deba investigarse de oficio, iniciará sin tardanza la investigación si tuviere competencia para ello; en caso contrario, pondrá inmediatamente el hecho en conocimiento ante la autoridad competente.

Al respecto de la Jurisdicción Especial para la Paz, lo primero que debe señalarse, tal y como se refirió en precedencia, es que para la adopción de un sistema de justicia de transición el Gobierno nacional optó por la creación de un nuevo órgano judicial, ajeno a la institucionalidad colombiana (*una suerte de tribunal ad hoc*), con reglas procesales que aún se desconocen, la no claridad de una norma sustantiva, y un cuestionable sistema de elección de los magistrados y fiscales que conformarán la jurisdicción especial para la paz.

Colombia cuenta con unas instituciones que, a pesar de tener grandes defectos, pueden ser fortalecidas y reestructuradas para hacer frente a la justicia transicional que hoy nos ocupa. La creación de una jurisdicción especial que sustituya completamente una Rama del Poder Público contraría cientos de años de vida republicana y miles de decisiones judiciales que han fortalecido la democracia de este país. Es de la opinión del Centro Democrático que la aplicación de justicia en virtud de la firma del acuerdo con las FARC no debe crear una justicia paralela a modo de *leviatán judicial* en términos de temporalidad, interpretación normativa, derechos constitucionales y muchos otros parámetros jurídicos que han sido ampliamente desarrollados por el legislador colombiano.

Por el contrario, dada la magnitud del inconveniente creado por la suplantación de la justicia ordinaria para acomodar los intereses de las FARC se debería acudir a una reforma integral a la justicia que la dote de las herramientas suficientes para dar cabal aplicación a la justicia transicional pero haciendo uso de las instituciones existentes.

Es también menester resaltar que la publicidad en los juicios es fundamental no solo para garantizar la transparencia de los mismos, sino que resulta indispensable para salvaguardar los derechos de las víctimas. Por ello resulta extraño observar como en el Nuevo Acuerdo se dispone la posibilidad de “acordar” si en el desarrollo de la audiencia se permite el acceso a las víctimas, al establecer que:

“La Sección de primera instancia del Tribunal para la Paz para casos de ausencia de reconocimiento de verdad y responsabilidad, tendrá las siguientes funciones:

a. Someter a la persona a juicio contradictorio y en su caso sancionarla o absolverla. La Sección podrá acordar que el juicio contradictorio se efectúe en Audiencia Pública en presencia de las organizaciones de víctimas.”⁶ (Subrayas fuera de texto).

La publicidad de los juicios no debe ser potestativa, mucho menos en tratándose del acceso de las víctimas al proceso, pues se supone que uno de los pilares fundamentales del acuerdo es la “verdad”, pero ¿Cómo garantizarla si no hay acceso pleno a los juicios?

IV. TEMPORALIDAD DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ

La Jurisdicción Especial para la Paz creada en el marco de los diálogos entre el Gobierno nacional y las FARC-EP, en La Habana, y que pretende ser reglamentada por el presente acto legislativo, ha desatado un sinnúmero de críticas con ocasión de las controvertidas competencias que se le atribuyen a esta nueva *jurisdicción*, atribuciones con las que no solo se desplaza a la Corte Suprema de Justicia como órgano supremo

de cierre en la jurisdicción ordinaria, sino que vulnera derechos fundamentales de los colombianos y rompe con el principio legalidad.

Dentro de los muchos cuestionamientos que este Tribunal ha suscitado, existe una prerrogativa de la que poco o nada se ha dicho, **el ámbito temporal de su competencia**. Del texto “*segundo acuerdo final*” se desprende que el *Tribunal para la Paz* será una suerte de corte casi “*atemporal*” y “*omnipotente*”, que conocerá las conductas que se hayan cometido de forma directa o indirecta en el marco del *conflicto armado* o con ocasión del mismo; lo que devela la intención de crear un Tribunal para juzgar conductas cometidas desde principios de la década del 60 (fecha en la que las FARC-EP consideran que inicia el conflicto) hasta el día 1º de diciembre de 2016.

Dicha competencia *ad infinitum* se ve reflejada en el artículo 15 de PAL objeto de estudio en donde se lee:

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

Si bien, en principio se dispone de un límite temporal, el mismo se ve opacado con las prórrogas sin término claramente definido, la ambigüedad de las frases “*para concluir su actividad*” y “*moderadamente*” sin parámetros específicos y cuantificables hacen de la JEP una institución que muy seguramente, pese a lo afirmado por el Gobierno, se arraigará en la estructura del Estado de tal forma que, desnaturalizando su finalidad inicial, tendrá competencia más allá de los tiempos y límites fijados.

Como bien lo advirtió el Fiscal General de la Nación y el Defensor del Pueblo, esta disposición va en contravía del principio de *No Repetición*, en tanto que la carencia de términos perentorios le resta seguridad jurídica a las decisiones del organismo judicial, pues, para el caso de las víctimas, no se podría tener una expectativa razonable del tiempo que tardará la resolución de sus asuntos.

Frente a las características de la Justicia transicional la Corte Constitucional en Sentencia C-250/12 explicó:

“No se puede olvidar que las leyes de justicia transicional tienen límites temporales porque precisamente hacen referencia a la transición de un periodo histórico a otro, por lo tanto las limitaciones temporales son

⁶ Nuevo Acuerdo de Paz, página 162.

*una característica intrínseca de este tipo de cuerpos normativos, que siempre suponen un ejercicio de configuración legislativa.*⁷

Lo cual es coherente con los escritos en defensa de la constitucionalidad de los preceptos acusados en el fallo antes citado, presentados por representantes de la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional y de los Ministerios de Agricultura, de Hacienda y Crédito Público, de Justicia y la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, quienes en su oportunidad manifestaron:

*“De no fijar límites sustanciales y temporales el efecto final podría terminar siendo el contrario del que se busca a través de la ley: una caracterización permanente y sin fin de una parte la población como “víctimas”, prolongando por décadas la lógica del conflicto.”*⁸

La temporalidad de la JEP es una característica que, por su carácter esencial, resulta inescindible, pues al ser parte fundamental de su estructura, su desconocimiento o ambigüedad en la delimitación afecta su naturaleza, la estructura del Estado, el ordenamiento constitucional, los derechos de procesados y de las víctimas. Es imperativo entonces que los límites temporales de su vigencia y competencia sean definidos con tal rigurosidad que, más allá de toda duda razonable, sean plenamente cuantificables.

V. SOBRE LA DETERMINACIÓN DEL CONFLICTO ARMADO

La discusión sobre la permanencia en el tiempo que tendrá la Jurisdicción Especial para la Paz no es un tema menor, en la medida en que de conformidad con el acuerdo final y el presente acto legislativo, el Tribunal únicamente será competente para juzgar conductas en *el marco y con ocasión del conflicto armado*, razón por la cual, la consecuencia de que esta afirmación esté contenida en el *texto final* y en el acto legislativo es que la competencia *temporal* del tribunal **no dependerá de la voluntad de las partes que firmaron el acuerdo**, sino que su competencia se subordinará *de forma exclusiva* a que se demuestre jurídica y fácticamente la existencia de un conflicto armado.

Para este propósito, las normas del DIH como los Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales, así como el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, establecen criterios que deben ser satisfechos para demostrar la existencia o no de un conflicto armado, situación que es sustancialmente diferente de los actos aislados de violencia que no tienen la suficiente intensidad para considerarse como parte de un conflicto, como se explicará a continuación.

Es necesario aclarar que no cualquier situación violenta que se presente en un país, deriva en la configuración o existencia de un conflicto armado, postura que ha sido reiterada por la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc* creados por la ONU y la Corte Penal Internacional, que utilizando normas del DIH, han concluido que,

deben diferenciarse los hechos aislados de violencia, de “las reales situaciones de conflicto armado”, y los criterios para diferenciar estas dos circunstancias son: *la intensidad del enfrentamiento, la organización de las partes, y el nexo entre la conducta y el conflicto*, criterios contenidos en el Protocolo II de los Convenios de Ginebra de 1977, que fueron aprobados por Colombia con la Ley 171/94, esto es, 17 años después de su entrada en vigencia y cerca de 34 años después de la fecha que las FARC-EP y el Gobierno cuentan como inicio del conflicto.

Lo anterior implica que el Tribunal para la Paz no puede señalar arbitrariamente la existencia de un conflicto armado en Colombia sin cumplir los requisitos ya referidos, y mucho menos podrá escoger cualquier punto en el tiempo como origen del mismo; por el contrario, este tribunal deberá limitar su competencia y el ejercicio de sus facultades respetando los principios de legalidad e irretroactividad de la ley, razón por la cual, este término debe ser aclarado con la finalidad de brindar seguridad jurídica a todos los procesos que se surtan al interior de la JEP.

VI. COMITÉ DE ESCOGENCIA, MAGISTRADOS Y FISCALES

Sobre los criterios expuestos en el artículo 7° transitorio del presente Acto Legislativo, específicamente en lo concerniente a la elección de Magistrados de la Jurisdicción Especial para la Paz y los fiscales adscritos a la Unidad de Investigación y Acusación de la misma, quienes recordemos harán las veces de Fiscalía General de la Nación como titulares exclusivos de la acción penal, existen varios aspectos que generan incertidumbre y preocupación tales como los siguientes:

1. Resulta bastante inquietante la amplia autonomía de nombramiento respecto de Fiscales que tendrá el Director de la Unidad de Investigación y Acusación, sin que dichos funcionarios deban cumplir con unos parámetros específicos mínimos que garanticen su idoneidad en el ejercicio de los cargos que se les asignará. Lo anterior, sin contar con todos los demás profesionales que el mismo artículo autoriza para que el Director de esta Unidad pueda contratar sin exponer ningún tipo de criterio o requisito básico. Aunado al asunto de que no existe entonces un perfil definido para los Fiscales y demás profesionales que harán parte de la Unidad de Investigación y Acusación, lo cual es peligroso en términos de idoneidad. Sumado a lo anterior, llama la atención que el criterio de selección de esos funcionarios queda a discrecionalidad del Director de la Unidad lo cual tampoco es adecuado, toda vez que en estos escenarios se debería promover cada vez más un proceso de selección por mérito como elemento medular para acceder al sector público.

2. En el mismo sentido, preocupa que aquel Director de la Unidad de Investigación y Acusación quien fungirá como Fiscal General de la Nación dentro de este sistema de justicia paralelo y simultáneo al ordinario, no tenga unos topes máximos establecidos para la contratación de funcionarios y/o fiscales ya que el artículo 7° solo pone de manifiesto un mínimo de 16 funcionarios en el caso de los fiscales, y ninguna regla de mínimos o máximos funcionarios en lo que respecta a los demás profesionales que integrarán la Unidad.

Teniendo en cuenta el crítico momento financiero que vive la economía nacional, lo razonable sería establecer unos topes máximos en cuanto a contratación de

⁷ Corte Constitucional Sentencia C-250/12.

⁸ Ídem. Folio 179 Cuaderno 1 del expediente. Escritos en defensa de la constitucionalidad de los preceptos acusados representantes de la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional y de los Ministerios de Agricultura, de Hacienda y Crédito Público, de Justicia y la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

fiscales y demás profesionales que integrarán las distintas Unidades del Sistema en virtud del principio de sostenibilidad fiscal.

3. Asimismo, se observa que dentro de los requisitos exigidos para ser elegido Magistrado del Tribunal para la Paz y Magistrado de alguna de las otras salas (Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, Sala de Definición de las situaciones jurídicas y Sala de Amnistía o Indulto) existe un criterio de diferenciación injustificado que va en detrimento de la idoneidad para ejercer dichos cargos en virtud de su naturaleza misma.

Lo anterior, en virtud de que si bien para ser electo Magistrado del Tribunal para la Paz se exigirá cumplir con los requisitos contemplados en el artículo 232 de la Constitución Política con excepción de lo relacionado con el límite de edad, en el caso de los 18 Magistrados restantes que integrarán las demás salas y los 13 Magistrados suplentes o sustitutos de las mismas, solo se exigirá ser colombiano de nacimiento.

Pues bien, esta diferenciación se considera injustificada ya que los Magistrados de la jurisdicción, sin distinción alguna, no solo estarán encargados de tomar decisiones como órganos de cierre, sino que de *facto* y de *iure* harán las veces de superiores jerárquicos de los magistrados de las altas cortes al estar en capacidad de revisar y someter a esta jurisdicción decisiones anteriormente resueltas por ellas, razón por la cual, al ser jueces de esa naturaleza y trascendencia nacional, lo mínimo que debería exigirse para la designación de todos ellos, sin excepción, es que satisfagan íntegramente los requisitos establecidos en el artículo 232 de la Carta Política o que por lo menos se les exija a todos los Magistrados de la JEP, los mismos requisitos para ser Magistrado del Tribunal para la Paz.

De igual forma, resulta indispensable que el criterio de selección de los Magistrados que integren la JEP esté respaldado por un concurso de méritos público, con el fin de propiciar el mérito y no la designación a dedo de dichos Magistrados.

VII. EXCEPCIONALIDAD EN LAS INTERVENCIONES DE JURISTAS EXTRANJEROS

El artículo 6° del proyecto de acto legislativo objeto de estudio dispone que “*se contará con 4 juristas expertos extranjeros que intervendrán excepcionalmente*” (subrayas fuera de texto), pero a renglón seguido se explica que podrán actuar “*como amicus curiae... de oficio*”. Como bien se observa del sentido de los vocablos conforme a la Real Academia de la Lengua Española, la palabra excepcionalmente es sinónimo de algo que ocurre rara vez⁹, mientras que la frase “de oficio” hace alusión a aquellas diligencias judiciales que se practican sin instancia de parte¹⁰, en otras palabras, la realización de las mismas es facultativa del juez. En este orden de ideas, claramente la semántica utilizada en el artículo sexto es incongruente, toda vez que las palabras utilizadas en el aparte citado se contraponen.

El principio de congruencia tradicionalmente ha sido desarrollado en el ámbito de la administración de justicia como garantía procesal orientado a la in-

tegración, coherencia, unidad y correspondencia que deben guardar las diferentes decisiones y las etapas procesales.

Así, para citar un ejemplo, Jaime Bernal Cuéllar, sobre el principio de congruencia, dice que es la exigencia de correlación entre acusación y sentencia, y que, en todo caso, la sentencia debe tener como fundamento el hecho histórico investigado durante el proceso y que ha sido concretado en la acusación. Para este doctrinante colombiano, la acusación cumple la función primordial de delimitar el objeto de la relación jurídica, puesto que la sentencia como acto que concluye el proceso, debe proferirse en correspondencia con los hechos que motivaron la acusación y los imputados a quienes se formuló pliego de cargos¹¹.

Por su parte, Clariá Olmedo es partidario de la posición más tradicional, ya que señala que la regla de congruencia o de relación, con su significado estricto dentro del proceso penal solo hace referencia a lo fáctico, mostrándose como indispensable la coincidencia o conveniencia entre el supuesto de hecho imputado y el contenido fáctico de la decisión, ya que en el aspecto jurídico rige en plenitud del principio *iura curia novit*. Plantea que cualquier modificación de la *res iudicanda* permitida, debe ser debidamente intimada, de lo contrario no podrá integrar el contenido fáctico del fallo. Es decir, la sentencia debe limitar su contenido fáctico al ámbito de la acusación y, en su caso, con las legítimas ampliaciones (prohibición de resolver *extra petitum*). Esto se llama correlación entre acusación y sentencia: la sentencia no puede ampliar ni restringir el supuesto de hecho presentado por el acusador. La ampliación de ese contenido implica actuar *ex officio* –por falta de excitación de la jurisdicción–. La omisión implica no agotamiento de la *res iudicanda*. En ambos casos la sentencia será nula. Advierte Clariá que la correlación no se trata de un rigorismo matemático, sino que debe recaer sobre los elementos esenciales y realmente influyentes del hecho¹².

En este orden de ideas, aun cuando se observa un mayor desarrollo de este principio general del derecho en materia de producción judicial no significa ello que el mismo no sea aplicable a la función legislativa. Tan es así que la misma Ley 5ª de 1992 contempla en el artículo 181 que la incongruencia del texto es causal para la devolución del proyecto de ley a Comisión.

Por ello es indispensable suprimir la frase “de oficio” y reglar la excepcionalidad de las intervenciones de los juristas extranjeros, delimitándolas por ejemplo a emitir conceptos cuandoquiera que se observe una vulneración a los derechos de las víctimas que, para el caso que nos asiste, son la parte más vulnerable y la que demanda una mayor protección.

VIII. SOBRE LAS SANCIONES DE LA JEP

Las sanciones que imponga la JEP deberían tener como finalidad esencial satisfacer los derechos de las víctimas y consolidar la paz. Deberían tener la mayor

¹¹ Jaime Bernal Cuéllar y Eduardo Montealegre Lynett. El proceso penal. Universidad Externado de Colombia. Tercera Edición, 1995. Pág. 488. Citado en Vanegas Villa, Piedad Lucía. *El Principio de Congruencia*. Universidad EAFIT. Medellín. 2013. Pág. 15

¹² Clariá Olmedo Jorge. Principio de Congruencia en el proceso penal. La Plata 1981. Citado en Vanegas Villa, Piedad Lucía. *El Principio de Congruencia*. Universidad Eafit. Medellín. 2013. Pág. 15.

⁹ <http://dle.rae.es/?id=HBniAAZ>

¹⁰ <http://dle.rae.es/?id=Qvw4hM1>

función restaurativa y reparadora del daño causado, siempre en relación con el grado de reconocimiento de verdad y responsabilidad.

Las sanciones podrán ser propias, alternativas u ordinarias:

Sanciones propias	Sanciones alternativas	Sanciones ordinarias
<p>- Condición: Verdad plena y reconocimiento de responsabilidad en la Sala de Verdad y reconocimiento.</p> <p>- Duración: 5-8 años. 2-5 años, en caso de participación no determinante.</p> <p>- Características: NO implicarán cárcel. No procederán medidas de aseguramiento.</p>	<p>- Condición: Verdad plena y reconocimiento de responsabilidad en etapa de enjuiciamiento.</p> <p>- Duración: 5-8 años. 2-5 años, en caso de participación no determinante.</p> <p>- Características: Implicarán cárcel Procederán medidas de aseguramiento.</p>	<p>- Condición: Se imponen ante ausencia de verdad plena y reconocimiento de responsabilidad.</p> <p>- Duración: Para conductas más graves, tendrán duración de 15-20 años.</p> <p>- Características: Procederán medidas de aseguramiento. Implicarán cárcel Compatible con rebaja de penas.</p>

Al respecto, debe tenerse en cuenta que, la Jurisdicción Especial para la Paz será el encargado de impartir justicia a los máximos responsables de los delitos más graves, esto es, Crímenes de Lesa Humanidad, Crímenes de Guerra y Genocidio. Razón por la cual, resulta razonable establecer en el proyecto de acto legislativo, que cualquier sanción impuesta por la JEP deberá ser proporcional a la conducta cometida, a pesar de la función restaurativa y reparadora de la misma.

En este sentido es necesario tener en cuenta que, la jurisprudencia de los tribunales internacionales, híbridos y nacionales en los que se han desarrollado procesos de justicia de transición, siempre se han impuesto penas privativas de la libertad a los responsables de los delitos de trascendencia internacional. Aunado a este hecho el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, tribunal permanente de justicia competente para conocer de forma complementaria por la comisión de delitos de trascendencia internacional establece en sus artículos 77; 103 - 111, las penas impuestas a los responsables de estos delitos, deberán ser privativas de la libertad **en condiciones de reclusión**, y la ejecución de las mismas, estará sujeta a la supervisión de la Corte, ajustándose siempre a las normas aceptadas por las convenciones internacionales sobre el tratamiento de los reclusos.

Es innegable la importancia de la justicia restaurativa, sin embargo, no puede pretenderse que baste con ello para alcanzar justicia, pues si del panorama se suprimen las sanciones retributivas (penas de prisión), la pena que eventualmente se llegue a imponer no guardará proporción alguna con el ilícito cometido, lo cual, indefectiblemente se traduce en impunidad. Se viola entonces el artículo 77 del Estatuto de Roma que establece la necesidad de imponer penas proporcionales a la gravedad de los ilícitos. Por supuesto en aras de un acuerdo se pueden explorar penas carcelarias reducidas y en condiciones de reclusión alternativas como las colonias agrícolas. Pero de ahí a fijar penas irrisorias como lo es en este caso en que durante determinadas horas del día estén “confinados” a un lugar tan extenso como una zona veredal, resulta desproporcionado, pues trata de ocultar la impunidad tras el velo de obras sociales sin restricciones efectivas de libertad. Pero no contentos con esto, en la página 165

del Nuevo Acuerdo se dispone que en caso de reconocimiento de la verdad y la responsabilidad las penas serán mucho menores, es decir, para esos casos prácticamente no habrá pena.

Artículo 77 Penas aplicables Estatuto de Roma

1. La Corte podrá, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 110, imponer a la persona declarada culpable de uno de los crímenes a que se hace referencia en el artículo 5° del presente Estatuto una de las penas siguientes:

a) La reclusión por un número determinado de años que no exceda de 30 años; o

b) La reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado.

2. Además de la reclusión, la Corte podrá imponer:

a) Una multa con arreglo a los criterios enunciados en las Reglas de Procedimiento y Prueba;

b) El decomiso del producto, los bienes y los haberes procedentes directa o indirectamente de dicho crimen, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

En consecuencia, es necesario imponer bajo cualquier circunstancia penas privativas de la libertad **en condiciones de reclusión**, reducidas pero proporcionales a las personas que sean responsables de crímenes de trascendencia internacional.

Es ilegal (como quedó en el texto propuesto en el nuevo acuerdo página 145) ampliar el rango de las conductas punibles de competencia de la JEP de tal manera que prácticamente cualquier conducta ilícita cometida por miembros de las FARC aun cuando no guarde relación con el conflicto armado.

Debe recordarse que en términos materiales, para que un determinado hecho o situación que ha ocurrido en un lugar en el que no se han desarrollado los combates armados quede cubierto bajo el ámbito de aplicación del Derecho Internacional Humanitario, es necesario que tal hecho o situación guarde una relación cercana y suficiente con el desarrollo del conflicto¹³. Así, no todos los hechos ilícitos que ocurren durante un conflicto armado se someten al derecho internacional humanitario; *“solo aquellos actos suficientemente relacionados con el desarrollo de las hostilidades están sujetos a la aplicación de este derecho. (...) Es necesario concluir que el acto, que bien podría ser cometido en ausencia de un conflicto, fue perpetrado contra la víctima o víctimas afectadas por razón del conflicto en*

¹³ El Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia ha considerado que la “relación requerida” se satisface cuando quiera que los crímenes denunciados están “relacionados de cerca con las hostilidades” [“closely related to the hostilities”]; **Caso del Fiscal v. Dusko Tadic**, No. IT-94-1-AR72, decisión de la Sala de Apelaciones sobre su propia jurisdicción, 2 de octubre de 1995], cuando existe un “vínculo obvio” entre ellos [“an obvious link”]; caso del **Fiscal vs. Zejnir Delalic y otros (caso Celebici)**, sentencia del 16 de noviembre de 1998], un “nexo claro” entre los mismos [“a clear nexus”; id.]; o un “nexo evidente entre los crímenes alegados y el conflicto armado como un todo” [“evident nexus between the alleged crimes and the armed conflict as a whole”]; caso del **Fiscal vs. Tihomir Blaskic**, sentencia del 3 de marzo del 2000].

cuestión".¹⁴ La jurisprudencia internacional ha proporcionado distintos criterios para determinar la existencia de un nexo cercano entre un determinado hecho o situación y el conflicto armado internacional o interno en el que ha tenido lugar; así, ha señalado que tal relación cercana existe "en la medida en que el crimen sea moldeado por o dependiente del ambiente en el que se ha cometido -v.g. el conflicto armado-"¹⁵. Al determinar la existencia de dicha relación las Cortes internacionales han tomado en cuenta factores tales como la calidad de combatiente del perpetrador, la calidad de no combatiente de la víctima, el hecho de que la víctima sea miembro del bando opuesto, el hecho de que el acto pueda ser visto como un medio para lograr los fines últimos de una campaña militar, o el hecho de que el acto haya sido cometido como parte de los deberes oficiales del perpetrador, o en el contexto de dichos deberes.¹⁶

¹⁴ Traducción informal: "Not all unlawful acts occurring during an armed conflict are subject to international humanitarian law. Only those acts sufficiently connected with the waging of hostilities are subject to the application of this law. (...) It is necessary to conclude that the act, which could well be committed in the absence of a conflict, was perpetrated against the victim(s) concerned because of the conflict at issue." Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, **caso del Fiscal vs. Aleksovsky**, sentencia del 25 de junio de 1999.

¹⁵ Traducción informal: "Such a relation exists as long as the crime is 'shaped by or dependent upon the environment - the armed conflict - in which it is committed.'" Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, **caso del Fiscal vs. Blagojević y Jokić**, sentencia del 17 de enero de 2005. En igual sentido ha explicado este tribunal que "lo que distingue en últimas a un crimen de guerra de un delito puramente doméstico, es que el crimen de guerra es moldeado por o dependiente del ambiente en el cual se ha cometido -el conflicto armado" [Traducción informal: "What ultimately distinguishes a war crime from a purely domestic offence is that a war crime is shaped by or dependent upon the environment - the armed conflict - in which it is committed". Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, **caso del Fiscal vs. Dragoljub Kunarac y otros**, sentencia de la Sala de Apelaciones del 12 de junio de 2002].

¹⁶ Traducción informal: "59. In determining whether or not the act in question is sufficiently related to the armed conflict, the Trial Chamber may take into account, inter alia, the following factors: the fact that the perpetrator is a combatant; the fact that the victim is a non-combatant; the fact that the victim is a member of the opposing party; the fact that the act may be said to serve the ultimate goal of a military campaign; and the fact that the crime is committed as part of or in the context of the perpetrator's official duties." Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, **caso del Fiscal vs. Dragoljub Kunarac y otros**, sentencia de la sala de apelaciones del 12 de junio de 2002. En igual sentido afirmó este Tribunal que "al determinar si dicho nexo existe, la Sala puede tomar en consideración, entre otros, el hecho de que el perpetrador sea un combatiente, el que la víctima sea un no-combatiente, el que la víctima sea miembro de la parte contraria, el que pueda decirse que el acto haya contribuido a la meta última de la campaña militar, o el que el crimen se haya cometido como parte o en el contexto de los deberes oficiales del perpetrador" [Traducción informal: "In determining whether such nexus exists the Chamber may take into account, inter alia, whether the perpetrator is a combatant, whether the victim is a non-combatant, whether the victim is a member of the opposing party, whether the act may be said to serve the ultimate goal of a military campaign, and whether the crime is committed as part of or in the context of the perpetrator's official duties." Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, **caso del Fiscal vs. Fatmir Limaj y otros**, sentencia del 30 de noviembre de 2005].

También ha precisado la jurisprudencia, en casos de comisión de crímenes de guerra, que es suficiente establecer que "el perpetrador actuó en desarrollo o bajo la apariencia del conflicto armado"¹⁷, y que "el conflicto no debe necesariamente haber sido la causa de la comisión del crimen, sino que la existencia del conflicto debe haber jugado, como mínimo, una parte sustancial en la capacidad del perpetrador para cometerlo, en su decisión de cometerlo, en la manera en que fue cometido o en el objetivo para el que se cometió".¹⁸

IX. EXCLUSIÓN DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN DE LA JEP

Se observa con preocupación que se haga una expresa exclusión de la Procuraduría General de la Nación en el devenir y desarrollo de la Jurisdicción Especial para la Paz, sin que medie explicación alguna por parte del Gobierno nacional, para justificar esta trascendental decisión.

La presencia de una figura como la Procuraduría General de la Nación, que ha sido esencial en el quehacer jurídico colombiano, en tanto ha brindado equilibrio y garantías a los procesos judiciales en el país, y cuya presencia se ha considerado necesaria, conveniente y oportuna en la jurisdicción ordinaria, con mayor razón, debe tener presencia en la jurisdicción especial para la paz, luego su exclusión no resulta razonable.

En efecto, la presencia de la Procuraduría General de la Nación debería revestir una particular trascendencia en la JEP, en tanto que al interior de los procesos que se surtan al interior de esta jurisdicción, la PGN estaría en la capacidad de cumplir tres funciones esenciales que le da la Constitución Política de Colombia:

I. Vigilar y procurar la garantía de los derechos fundamentales de quienes participan al interior de la JEP.

II. Procurar por la defensa de los derechos de las víctimas (contribuir a garantizar esquemas de reparación) y promover la garantía de los derechos de las víctimas.

¹⁷ Traducción informal: "the perpetrator acted in furtherance of or under the guise of the armed conflict". Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, **caso del Fiscal vs. Dragoljub Kunarac y otros**, sentencia de la sala de apelaciones del 12 de junio de 2002.

¹⁸ Traducción informal: "the armed conflict need not have been causal to the commission of the crime, but that the existence of an armed conflict must, at a minimum, have played a substantial part in the perpetrator's ability to commit it, his decision to commit it, the manner in which it was committed or the purpose for which it was committed". Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, **casos de Fiscal vs. Enver Hadzihasanovic y Amir Kubura**, sentencia del 15 de marzo de 2006, y **Fiscal vs. Sefer Halilovic**, sentencia del 16 de noviembre de 2005 -ambos reiterando lo decidido en el caso del **Fiscal vs. Dragoljub Kunarac y otros**, sentencia de la sala de apelaciones del 12 de junio de 2002-. Ver en igual sentido el pronunciamiento de este Tribunal en el caso Limaj: "No es necesario que el conflicto armado haya sido la causa de la comisión del crimen que se acusa, pero sí debe haber jugado un rol sustancial en la capacidad del perpetrador para cometerlo" [Traducción informal: "The armed conflict need not have been causal to the commission of the crime charged, but it must have played a substantial part in the perpetrator's ability to commit that crime." Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, **caso del Fiscal vs. Fatmir Limaj y otros**, sentencia del 30 de noviembre de 2005].

III. Garantizar la defensa y protección de la Constitución y el orden jurídico del país.

Históricamente, la presencia del ministerio público en otros procesos de justicia transicional (justicia y paz) o de la jurisdicción ordinaria (intervenciones en la Corte Suprema de Justicia), ha sido fundamental al momento de realizar aportes importantes en la defensa de la institucionalidad nacional y el derecho de las víctimas, dentro de los que se destacan los siguientes:

- La concreción de conceptos del daño colectivo a las víctimas.
- Sustituciones de medidas de aseguramiento.
- Penas alternativas.
- Derechos de las víctimas.

En ese sentido, la presencia de la PGN resulta vital en la JEP, en tanto que, dentro de las funciones ya referidas, la Procuraduría también podría poner en evidencia circunstancias defraudatorias de la ley (advertir presencia de personas que no deberían estar cobijadas bajo la JEP). Luego estas funciones veedoras de la Procuraduría serían esenciales al interior de los procesos que se surtan en la JEP.

Así las cosas, la exclusión de la Procuraduría General de la Nación de este proyecto de acto legislativo, no solo evidencia la intensión de las FARC-EP, de no someterse a la institucionalidad colombiana, sino que al mismo tiempo, pone de presente como se erige un sistema tan trascendental, en el que no se procuran garantías mínimas que sí existen en la jurisdicción ordinaria.

X. ÁMBITO DE APLICACIÓN Y BENEFICIARIOS DE LA JEP

El artículo 5° establece el ámbito de aplicación de la Jurisdicción Especial para la Paz y señala que el tratamiento especial de justicia se aplicará también respecto a “conductas estrechamente vinculadas al proceso de dejación de armas”.

Al respecto, la Defensoría del Pueblo llama la atención sobre la extensión de la competencia material que implica esta disposición para la JEP; y por tanto, de la necesidad de precisar el tipo de hechos a los que se refiere. Si bien, esto no tiene que ser objeto de definición por parte del proyecto de acto legislativo, lo cierto es que esta entidad considera que, en todo caso, se debe definir el contenido de la expresión “*conductas estrechamente vinculadas al proceso de dejación de armas*”, con el fin de dar mayor claridad en su aplicación y evitar que comportamientos ajenos a este proceso puedan llegar a incluirse dentro de tal categoría.

El artículo 5° transitorio del acto legislativo indica que los beneficios de la JEP aplicaría “los integrantes de las organizaciones que suscriban acuerdos de paz con el Gobierno”. En este sentido, el articulado presentado por el gobierno no realiza una distinción entre los miembros de las FARC que se acojan al acuerdo, de los disidentes de las FARC o aquellos que reincidan en conductas criminales después de la firma del acuerdo. Estos últimos (disidentes y reincidentes) quienes deben ser excluidos de la JEP y de todos sus beneficios como garantía a las víctimas y a la sociedad colombiana de no repetición.

XI. DELITOS CONTINUADOS

Las FARC (tanto disidencias como desmovilizados) continúan cometiendo delitos aún con posterioridad a la fecha prevista en el proyecto de acto legislativo de la JEP como límite temporal de las conductas sobre las cuales tendrá competencia, 1° de diciembre de 2016, pues siguen sin entregar los menores en su poder, no han iniciado la búsqueda exhaustiva de las personas que desaparecieron forzosamente, no han entregado bienes adquiridos con dineros ilícitos (testaferrato), no han destruido cultivos ilícitos (narcotráfico), por no citar más ejemplos.

En razón a ello, resulta fundada la preocupación del Fiscal General de la Nación en el sentido de que la vaguedad del articulado de la JEP puede llevar a interpretar que para el caso de los delitos continuados (aun cuando su ejecución supere la fecha antes citada) el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRN) conserve competencia para avocar su conocimiento sin menoscabo de los beneficios previstos en esta normatividad. Al respecto indicó:

“Respecto de los delitos que comenzaron a ejecutarse antes de la entrada en vigencia del Acuerdo Final y cuyo perpetrador decide no cesar con posterioridad al 1° de diciembre de 2016, la ponencia consagra que continuarán sometidos a la JEP y, por ende, al régimen de privilegios que de él se deriva.

Esta previsión lesiona el principio de “No Repetición” y viola en forma manifiesta el Acuerdo Final al otorgarle competencias a las (sic) JEP más allá de su vigencia, en detrimento de la jurisdicción ordinaria que se aplica al resto de los colombianos y, por ende, con menoscabo de las atribuciones que la Constitución le otorga a la Fiscalía General de la Nación.

Lo anterior podría traducirse en que si alguno de los miembros o auxiliares de las FARC-EP, continúan cometiendo delitos, tales como el secuestro, el lavado de activos, el testaferrato, el enriquecimiento ilícito o la conservación de plantaciones ilícitas, para solo citar algunos, la Fiscalía no podrá conocer de los mismos y sus autores conservarían ad infinitum el régimen de privilegios de la JEP.”¹⁹

Los delitos continuados y cualquiera otro cometido con posterioridad a la firma del Acuerdo Final deben ser juzgado por la jurisdicción ordinaria, de lo contrario se desmoronaría el pilar fundamental del mismo cual es cesar la violencia, en la medida que mientras se tenga permisividad en la comisión de delitos post-firma, no hay garantía de cese de acciones bélicas y delictivas y, consecuencia a ello, no se tendría tampoco garantía de no repetición. Para este tipo de aspectos los medios coercitivos son indispensables para contrarrestar posibles extralimitaciones en el goce de los beneficios obtenidos.

XII. EXTRADICIÓN

El PAL contempla que no se concederá extradición respecto a aquellas conductas que conozca la JEP. Este beneficio será extendido, de acuerdo a la redacción del acto legislativo, a todos los integrantes de las FARC-EP (y sus familiares hasta el segundo grado de consanguinidad), sin excluir a los disidentes y los reincidentes,

¹⁹ <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/noticias/proyecto-sobre-justicia-especial-para-la-paz-jep-mantiene-beneficios-para-delitos-continuados/>

toda vez que en el inciso segundo se habla de “persona acusada de ser integrante de dicha organización” sin delimitar el alcance de la expresión.

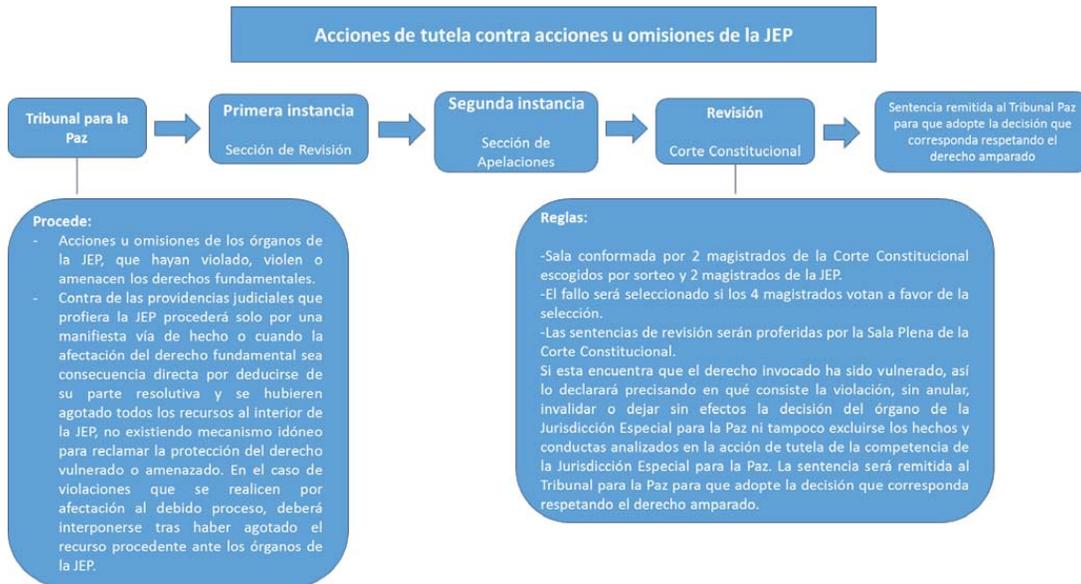
Tampoco existe justificación alguna, para extender el beneficio de no extradición, a los familiares de los miembros de las FARC, simplemente en función de su parentesco, así como a las personas acusadas o señaladas de pertenecer a las FARC.

El segundo elemento desde la perspectiva del derecho internacional es que la convención de Viena sobre narcotráfico que obliga a Colombia porque somos parte, dice con claridad que el narcotráfico no puede considerarse como un delito conexo a los delitos políticos y

por tanto el tratamiento de conexidad que se le pretende dar en el marco de la implementación de los acuerdos es claramente violatorio del Derecho Internacional y de la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Aunado a lo anterior, es de tener en cuenta que los términos de “no extradición” para miembros de las FFMM no son claros, mientras que para los miembros de las Farc y sus familias están ampliamente desarrollados, de esa vaguedad inclusive podría derivarse una interpretación válida, pero no acertada, de que para agentes del Estado procede la extradición y para las Farc y sus parientes no. Deben equilibrarse los beneficios en este aspecto.

XIII. ACCIONES DE TUTELA CONTRA ACCIONES U OMISIONES DE LA JEP



Si bien, el nuevo acuerdo permitió expresamente las acciones de tutela contra acciones u omisiones de la JEP, lo cual reconocemos como un avance; al analizar la forma en que dichas acciones de tutela funcionarán, encontramos que esta inclusión resulta inerte.

En la medida que el mecanismo de la revisión de tutela funcionará así:

Aquel ciudadano que vea vulnerado un derecho fundamental, deberá presentar una tutela ante el tribunal especial de paz, si la tutela es admitida por el tribunal (primera instancia – sección de revisión) y en segunda instancia (por la sección de apelación), será remitida a una sala de revisión, conformada por dos magistrados de la Corte Constitucional y dos magistrados de la Jurisdicción Especial para la Paz, quienes decidirán por unanimidad si remiten la tutela a la Corte Constitucional para su revisión. Es decir, la Corte Constitucional no tendrá siquiera competencia para decidir qué fallo va a revisar y cual no.

En este sentido, encontramos como materialmente, ningún fallo podrá ser revisado por la Corte Constitucional, toda vez que al requerir unanimidad sobre el mismo, se crea un obstáculo infranqueable, bajo el cual difícilmente será seleccionado un fallo para revisión por parte de la Corte Constitucional, pues, evidentemente, los dos jueces de la JEP se opondrán

a que se revise su propio fallo, haciendo imposible la unanimidad que requiere el presente acto legislativo.

Así mismo, es necesario resaltar que el acto legislativo indica que la sentencia de revisión del fallo de tutela (la única etapa procesal de la tutela que podrá conocer -parcialmente- la Corte Constitucional) no anulará, invalidará, ni tendrá ningún efecto sobre la sentencia de la JEP. Es decir, la acción de tutela no tendrá efecto alguno sobre las sentencias de la JEP.

De este modo, las disposiciones acá señaladas constituyen una limitación de las atribuciones legales de la Corte Constitucional, limitación que, aunada a la jurisdicción preferente de la que goza la JEP, tienen como consecuencia una esterilización del tribunal constitucional, lo cual significa una clara sustitución de la Constitución.

Aunado a lo anterior, resulta inadmisibles que, ante la evidente vulneración de un derecho fundamental reconocido por la Corte Constitucional, dicho derecho no goce de una tutela efectiva, que anule, invalide o modifique la sentencia de la JEP que dio origen a la vulneración del derecho.

Del mismo modo, hay que resaltar que las disposiciones previamente enunciadas respecto al conocimiento y la revisión de las tutelas, no solo vulneran la

Constitución colombiana, sino que, además, conforman una violación clara a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El Artículo 25 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos consagra el derecho fundamental que tiene toda persona a acceder a un recurso sencillo y rápido que le permita amparar sus derechos fundamentales ante una inminente violación.

Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Según este derecho a un recurso sencillo, rápido, adecuado y efectivo, los Estados que ratifiquen la Convención Americana: “*se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos, recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal, todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la CADH a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción*”²⁰.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha entendido que un recurso será adecuado, en la medida que sea idóneo para proteger la situación jurídica infringida y efectivo, cuando sea capaz de producir el resultado para el que han sido concebidos²¹.

Respecto a la efectividad de los recursos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que no basta con que el recurso esté previsto por la Constitución o la ley, o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. En este sentido, no pueden considerarse

efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, por cualquier situación que configure un cuadro de denegación de justicia, que impida al presunto lesionado el acceso al recurso judicial²².

En este orden de ideas, y en lo que se refiere al recurso de tutela, o amparo, como se conoce en otros países, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que este “reúne las características necesarias para la tutela efectiva de los derechos fundamentales, esto es, las de ser sencillo y breve”²³.

De este modo, las restricciones que crea este acto legislativo para el ejercicio de la acción de tutela, aunado a la falta de efectividad que tendrá la misma, constituyen una violación manifiesta a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, por cuanto elimina el carácter de adecuado y efectivo de esta figura jurídica, convirtiéndolo así en un recurso ilusorio, razón por la cual, la tutela ya no podrá cumplir el fin para el cual fue creada, solventar violaciones a Derechos Humanos. En conclusión, la JEP dejará a los colombianos desprovistos del recurso adecuado y efectivo para la protección de derechos humanos que exige el Sistema Interamericano.

XIV. INEQUIDAD ENTRE BENEFICIOS OTORGADOS A GUERRILLEROS Y BENEFICIOS PARA MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA

El Centro Democrático ha sido enfático en dejar claro que no se puede comparar el actuar delincuencial de un grupo guerrillero al margen de la ley con los delitos que pudiesen haber cometido militares investidos con las facultades constitucionales para defender el país y proteger el orden democrático del mismo. Sin embargo, consideramos inaceptable que, en el marco del proceso de justicia transicional que busca llevar a cabo el gobierno, se otorguen beneficios a los guerrilleros de las FARC, mientras se excluye de dichos beneficios expresamente a los miembros de la Fuerza Pública. Por esta razón, consideramos pertinente poner en evidencia ciertas inequidades que consagra el presente proyecto de acto legislativo, esto con el fin de que dichos beneficios que se otorgan a los guerrilleros de las FARC-EP se eliminen o se hagan extensivos para los miembros de la Fuerza Pública, toda vez que crear un trato más favorable para los guerrilleros que el que se le concederá a quienes cometieron algún delito bajo el uso legal de la fuerza, simplemente resulta insostenible en un Estado de Derecho.

²² Corte IDH Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (artículos 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC - 9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 24.

²³ Corte IDH, Caso Cantoral Benavides, sentencia de 18 de agosto de 2000, párr. 165; Caso del Tribunal Constitucional, sentencia de 31 de enero de 2001, párr. 91; El habeas corpus bajo la suspensión de garantías (artículos 27.2, 25.1 y 7.6), Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, párrs. 32, 33 y 34; Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (artículos 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, párr. 23, entre otros.

²⁰ Corte IDH *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, párr. 91; *Caso Castañeda Gutman Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de julio de 2008. Serie C No. 184, párr. 34; *Caso Fairén Garbi y Solís Corrales Vs. Honduras*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 2, párr. 90.

²¹ Corte IDH *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, párr. 64, 66 y 67; *Caso Brewer Carías Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares. Sentencia del 26 de mayo de 2014. Serie C No. 278, párr. 86.

Por otra parte, dentro de las sanciones alternativas establecidas para los miembros de las FF.AA, se exige que sean en condiciones intramurales (es decir, en condiciones carcelarias ordinarias) de conformidad con el artículo transitorio 24 del presente acto legislativo, situación que bajo ninguna circunstancia se exige a los miembros de las FARC. Evidenciando ello el trato inequitativo planteado por el Gobierno nacional en el presente acto legislativo.

También se ha identificado desequilibrio en la balanza FFMM vs. FARC que se hace necesario corregir para evitar trato inequitativo desfavorable e injusto:

- Artículo 16. Los términos de “no extradición” para miembros de las FFMM no son claros, mientras que para los miembros de las FARC, disidentes, reincidentes y sus familiares están ampliamente desarrollados.

- El parágrafo 1° del artículo transitorio 19 delimita el derecho de participación en política únicamente a los procesados por la JEP que pertenezcan a las FARC.

- Conforme al artículo 12 que desarrolla el procedimiento general, se dispuso que “no se podrá presumir el carácter masivo o sistemático de las conductas punibles investigadas, ni que el hecho ha sido cometido como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes”. Sin embargo, al desarrollar las normas especiales para los miembros de las FFMM esta precisión fue obviada, por lo que para agentes del Estado sí se puede presumir el carácter masivo o sistemático de las conductas punibles investigadas, o que el hecho ha sido cometido como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes.

- Artículo 23: Solo está prevista la responsabilidad de mando para FFMM, para las FARC ¡no!

- Artículo 24: para las FFMM hay privación efectiva de la libertad, para las FARC solo limitaciones de locomoción dentro de un perímetro amplio denominado zona veredal y solo durante determinadas horas del día (página 165 del Nuevo Acuerdo Final).

XVI. RESPONSABILIDAD DE MANDO

En la legislación penal colombiana está contenida la responsabilidad penal de cualquier persona, incluidos los superiores militares, bajo las formas de imputación contenidas en los artículos 25, 28, 29 y 30 del Código Penal Colombiano (Ley 599 de 2000).

La Corte Suprema de Justicia y los tribunales penales en Colombia, han condenado a muchos jefes militares y civiles con aplicación de la forma de imputación de la por “coautoría”, contemplada en el artículo 29 de la Ley 599 de 2000 en los siguientes términos: “*Son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte*” y también por “*omisión impropia*” contenida en el artículo 25 de la misma ley en los siguientes términos: “*Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevar a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que*

se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la ley”. Lo anterior, se sustenta en el deber jurídico de protección de un bien legítimo o vigilancia de fuentes de peligro para ese bien que está a cargo de una persona y la posibilidad que este tiene para adoptar las medidas necesarias para prevenir el hecho punible, y en la omisión de las medidas a su alcance para evitar el hecho, omisión que determina o favorece la producción del crimen por los subordinados.

De acuerdo con el “Informe sobre las actividades de examen preliminar. Situación en Colombia”²⁴, de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional, indicó que las autoridades judiciales colombianas hasta febrero de 2016, habían dictado 817 sentencias condenatorias contra 961 miembros de las Fuerzas Armadas, por casos de “falsos positivos” y continuaban investigando 2.241 casos. En dicho informe se afirma que “*Las autoridades colombianas han llevado a cabo un número significativo de investigaciones y enjuiciamientos contra miembros de rango medio y bajo del ejército colombiano*”.

Lo anterior, desvirtúa que debe regularse la responsabilidad del mando a la luz del artículo 28 del Estatuto de Roma, toda vez que nuestro ordenamiento jurídico, ha venido investigando y juzgando a los jefes militares y civiles bajo las diferentes formas de imputación, previamente mencionada. (Artículos 25, 28, 29 y 30 del Código Penal).

La obligación de Colombia es investigar, juzgar y sancionar a los responsables de los crímenes internacionales ocurridos durante el conflicto armado interno o con ocasión de este, pero lo anterior no significa que deba derogar sus leyes ni mucho menos adoptar el Estatuto de Roma como código interno. El mismo Estatuto es claro al afirmar que todo Estado debe ejercer su jurisdicción penal y esto lo reitera en diferentes artículos:

Preámbulo. Recordando que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales (...)

Artículo 17. Cuestiones de admisibilidad (...)

Artículo 80. El Estatuto, la aplicación de penas por los países y la legislación nacional (...)

Artículo 88. Procedimientos aplicables en el derecho interno. 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.

Es evidente que en el Estatuto de Roma no está contemplado que los Estados parte adquieran la obligación de adoptar su contenido en la legislación interna.

Al respecto, la Corte Constitucional ha estimado que no todo el texto del Estatuto de Roma hace parte del bloque de constitucionalidad, y que la inclusión de una disposición deberá ser determinada por esta de acuerdo al caso concreto. En consecuencia, la Corte

²⁴ Corte Penal Internacional. Informe sobre las actividades de examen preliminar. Situación en Colombia 14 de noviembre de 2016.

estableció qué artículos del Estatuto de Roma entran a hacer parte del bloque de constitucionalidad:

Sentencia C-290 de 2012

“La Corte Constitucional ha estimado que no todo el texto del Estatuto de Roma hace parte del bloque de constitucionalidad, lo cual no obsta para que algunos de sus artículos sí lo conformen. En tal sentido, de manera puntual, han sido tomados como parámetros para ejercer el control de constitucionalidad las siguientes disposiciones: el Preámbulo (C-928 de 2005); el artículo 6°, referido al crimen de genocidio (C-488 de 2009); artículo 7°, relacionado con los crímenes de lesa humanidad (C-1076 de 2002); artículo 8°, mediante el cual se tipifican los crímenes de guerra (C-291 de 2007, C-172 de 2004 y C-240 de 2009); el artículo 20, referido a la relativización del principio de la cosa juzgada (C-004 de 2003 y C-871 de 2003), al igual que los artículos 19.3, 65.4, 68, 75 y 82.4, concernientes a los derechos de las víctimas (C-936 de 2010). En consecuencia, la Corte ha preferido determinar, caso por caso, qué artículos del Estatuto de Roma, y para qué efectos, hacen parte del bloque de constitucionalidad”.

A su vez, la Corte Constitucional ha sido clara al señalar que las reglas de procedimiento, pruebas y los elementos de los crímenes contemplados en el Estatuto de Roma, solo están llamados a producir efectos en el marco de la competencia complementaria atribuida a la Corte Penal Internacional y, por ende, dicho tratado no modifica el derecho interno aplicado por las autoridades judiciales colombianas:

Sentencia C-801 de 2009

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

Sentencia C-578 de 2002

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

Aplicación de la Responsabilidad de Mando a los Agentes del Estado y a las FARC-EP

Responsabilidad de mando aplicable a los Agentes del Estado e integrantes de las FARC-EP a la luz del “acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”, de noviembre de 2016.

Punto 44 Agentes del Estado	Punto 59 FARC-EP
En concordancia con lo anterior, respecto a los agentes del Estado, se establece un tratamiento especial, simultáneo, equilibrado y equitativo basado en el Derecho Internacional Humanitario. Dicho tratamiento diferenciado valorará lo establecido en las reglas operacionales de la fuerza pública en relación con el DIH. En ningún caso la responsabilidad del mando podrá fundarse exclusivamente en el rango, la jerarquía o el ámbito de jurisdicción. La responsabilidad de los miembros de la fuerza pública por los actos de sus subordinados deberá fundarse en el control efectivo de la respectiva conducta, en el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante y después de la realización de la respectiva conducta, así como en los medios a su alcance para prevenir, y de haber ocurrido, promover las investigaciones procedentes.	Respecto a la responsabilidad de los integrantes de las FARC-EP se tendrá en cuenta como referente jurídico el Derecho Internacional Humanitario, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Penal. El componente de justicia del SI-VJRNR tendrá en cuenta la relevancia de las decisiones tomadas por la anterior organización que sean pertinentes para analizar las responsabilidades. La responsabilidad de los mandos de las FARC-EP por los actos de sus subordinados deberá fundarse en el control efectivo de la respectiva conducta, en el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante y después de la realización de la respectiva conducta, así como en los medios a su alcance para prevenirla, y de haber ocurrido adoptar las decisiones correspondientes. La responsabilidad del mando no podrá fundarse exclusivamente en el rango o la jerarquía.

Es así, como de los dos textos precedentes, se pueden identificar los siguientes elementos definitorios de la responsabilidad de mando aplicable a los Agentes del Estado y las FARC-EP.

Instrumentos aplicados a los Agentes del Estado: - Derecho Internacional Humanitario. - Valoración de las reglas operacionales de la fuerza pública en relación con el DIH. No aplica responsabilidad de mando: - Exclusivamente en el rango, la jerarquía o el ámbito de jurisdicción. Aplica responsabilidad de mando: - Por los actos de sus subordinados deberá fundarse en el control efectivo de la respectiva conducta, en el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante y después de la realización de la respectiva conducta, así como en los medios a su alcance para prevenir, y de haber ocurrido, promover las investigaciones procedentes.	Instrumentos aplicados a las FARC-EP: - Derecho Internacional Humanitario - Derecho Internacional de los Derechos Humanos - Derecho Penal Internacional No aplica responsabilidad de mando: - Exclusivamente en el rango o la jerarquía. Aplica responsabilidad de mando: - 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, y de haber ocurrido adoptar las decisiones correspondientes.
---	---

Tal como se observará en el siguiente cuadro, los elementos del punto 44 del “acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”, de noviembre de 2016, fueron incorporados en la redacción del artículo transitorio 23, referente a la responsabilidad de mando en el caso de los miembros de la Fuerza Pública; por esta razón no se entiende porque no se ha redactado un artículo específico de responsabilidad de mando aplicable a las FARC-EP, recogiendo los elementos contemplados en el punto 59 del “acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”, de noviembre de 2016.

A continuación, los elementos determinantes de la responsabilidad de mando aplicable a los Agentes del Estado en el “acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”, de noviembre de 2016 y el artículo transitorio 23 del Proyecto de Acto Legislativo.

Punto 44 Agentes del Estado	Artículo transitorio 23. Respon- sabilidad de mando
<p>Instrumentos aplicados a los Agentes del Estado:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Derecho Internacional Humanitario. - Valoración de las reglas operacionales de la fuerza pública en relación con el DIH. <p>No aplica responsabilidad de mando:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Exclusivamente en el rango, la jerarquía o el ámbito de jurisdicción. <p>Aplica responsabilidad de mando:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Por los actos de sus subordinados deberá fundarse en el control efectivo de la respectiva conducta, en el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante y después de la realización de la respectiva conducta, así como en los medios a su alcance para prevenir, y de haber ocurrido, promover las investigaciones procedentes. 	<p>Instrumentos aplicados a los Agentes del Estado:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Código Penal Colombiano - Derecho Internacional Humanitario como ley especial - Reglas operacionales de la Fuerza Pública en relación con el DIH siempre que ellas no sean contrarias a la normatividad legal. <p>No aplica responsabilidad de mando:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Exclusivamente en el rango, la jerarquía o el ámbito de jurisdicción. <p>Aplica responsabilidad de mando:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Por los actos de sus subordinados deberá fundarse en el control efectivo de la respectiva conducta, en el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante, o después de la realización de la respectiva conducta, así como en los medios a su alcance para prevenir que se cometa <u>o se siga cometiendo la conducta punible, siempre y cuando las condiciones fácticas lo permitan</u>, y de haber ocurrido, promover las investigaciones procedentes. <p>Condiciones concurrentes que determinan la existencia de mando y control efectivo del superior militar o policial sobre los actos de sus subordinados:</p> <ol style="list-style-type: none"> a) Que la conducta o las conductas punibles hayan sido cometidas dentro del área de responsabilidad asignada a la unidad bajo su mando según el nivel correspondiente y que tengan relación con actividades bajo su responsabilidad; b) Que el superior tenga la capacidad legal y material de emitir órdenes, de modificarlas o de hacerlas cumplir; c) Que el superior tenga la capacidad efectiva de desarrollar y ejecutar operaciones dentro del área donde se cometieron los hechos punibles, conforme al nivel de mando correspondiente; y d) Que el superior tenga la capacidad material y directa de tomar las medidas adecuadas para evitar o reprimir la conducta o las conductas punibles de sus subordinados, siempre y cuando haya de su parte conocimiento actual o actualizable de su comisión.

Tal como se puede evidenciar en el punto 44 y el artículo transitorio 23, y en concordancia con la intervención de la Defensoría Militar en la Audiencia Pública del Proyecto de Acto Legislativo número 02 de 2017 Senado, realizada el 14 de febrero del año en

curso en la Comisión Primera de Senado, las partes de la negociación optaron por una definición propia de la responsabilidad de los Comandantes militares y superiores policiales por las acciones de los funcionarios bajo su mando, basada en la prohibición expresa de la responsabilidad por estructura, esto es, la fundada en la mera posición jerárquica o ámbito de jurisdicción asignada. En efecto, el Gobierno nacional y las FARC han previsto como eje de la responsabilidad del mando militar y policial el control efectivo sobre la conducta de sus subordinados, por lo que NO basta con la simple relación de subordinación para atribuirles responsabilidad penal por hechos de estos.

Contrario a lo que equivocadamente algunos sectores de opinión alegan, la responsabilidad del mando en estructuras legales jerarquizadas, como las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, no puede constituirse como una fórmula que facilite la imputación de responsabilidad a los superiores por toda clase de conductas cometidas por sus subordinados. Tanto en la jurisprudencia de los Tribunales penales internacionales como en la de nuestra Corte Suprema de Justicia, ha quedado claro, a partir de la proscripción de la responsabilidad objetiva en materia penal, que la determinación de la responsabilidad de los comandantes militares y superiores policiales atiende a una construcción compleja, que va más allá de la simple posición de jerarquía.

La jurisprudencia internacional más reciente derivada de la resolución de casos que involucran la responsabilidad de mando en organizaciones legales jerarquizadas, hace énfasis en que su fundamento está en el control efectivo del superior sobre las acciones, la conducta, del subordinado, y no en la simple posición jerárquica que se ostente. Quiere decir esto, ni más ni menos, que la determinación de la responsabilidad del mando debe fundamentarse en la capacidad material de prevenir o castigar la conducta criminal de los subordinados; esto supondrá, desde luego, el conocimiento preciso de la comisión de la conducta y la capacidad real de imponer correctivos.

Lo anterior, nos permite concluir que no hay razones para incorporar el artículo 28 del Estatuto de Roma en este proyecto de acto legislativo, veamos:

- La justicia colombiana ha venido investigando, juzgando y sancionando a los jefes militares y civiles, bajo las diferentes formas de imputación previamente contempladas en nuestro ordenamiento jurídico interno, sin necesidad de incorporar ni aplicar el artículo 28 del Estatuto de Roma.

- En palabras de la Corte Constitucional, “no todo el texto del Estatuto de Roma hace parte del bloque de constitucionalidad, lo cual no obsta para que algunos de sus artículos sí lo conformen”.

- Los Estados parte del Estatuto de Roma no están obligados a adoptar su contenido en la legislación interna, toda vez que la competencia de la Corte Penal Internacional es complementaria y de aplicación exclusiva en el marco de su ejercicio.

Por las razones aquí señaladas, aunado a la inexistencia de un deber jurídico de incorporar al ordenamiento interno normas que integran cuerpos normativos como el Estatuto de Roma, se aplaude la redacción propia de la responsabilidad del mando en la Fuerza Pública, que hace el proyecto de acto legislativo. Consideramos que la misma respeta lo pactado entre el Gobierno y

las FARC, como marco referencial, y la proscripción constitucional y legal de la responsabilidad objetiva en materia penal.

XVI. RECONOCIMIENTO DE REGLAS OPERACIONALES

El reconocimiento que este proyecto de acto legislativo hace a las reglas operacionales de la Fuerza Pública, contenidas en manuales, reglamentos, directivas e instructivos, como valor vinculante para la calificación jurídica de las conductas y la determinación de la responsabilidad por parte de los operadores de la Justicia Especial para la Paz, representa un acierto de la mayor importancia. Lo primero que se debe recordar es que, como ya dijo antes, esta previsión en el proyecto corresponde a un aspecto expresamente pactado en el acuerdo que firmaron el Gobierno nacional y las FARC, tal cual consta en el numeral 44, página 151, por lo que no puede ser desconocido en cualquier desarrollo legislativo o actividad interpretativa que se haga de este punto.

Advertido esto, se considera fundamental que todos los operadores judiciales, y no solo los de la Justicia Especial para la Paz, a la hora de examinar la legalidad de una operación militar o de un operativo policial y determinar las correspondientes responsabilidades, deban tener en consideración las reglas específicas que regulan el planeamiento, ejecución y evaluación de las diferentes operaciones militares y operativos de policía. Lamentablemente, la práctica judicial tiende generalmente a desconocer el carácter vinculante de estas reglas operacionales; jueces y fiscales, suplen dicho vacío con conceptos y normas incompatibles con las que regulan la conducción de hostilidades.

Si bien el Derecho Internacional Humanitario contiene normas que orientan el comportamiento de quienes participan en las hostilidades, como las que integran el Derecho de La Haya y el Derecho de Ginebra, estas no regulan en concreto la forma en que las operaciones militares deben ser planeadas y ejecutadas. Por esta razón, es tarea de los Estados adoptar normas propias, de diferente jerarquía jurídica, que desarrollen específicamente esas reglas genéricas contenidas en dichos cuerpos normativos internacionales ratificados por Colombia y que, en todo caso, hacen parte de lo que se conoce como *ius cogens*.

En Colombia, el valor jurídico de las reglas operacionales de la Fuerza Pública, como fuente de regulación e interpretación no es un asunto que este Congreso haya discutido en el trámite de este Proyecto de Acto Legislativo.

Entre los años 2011 y 2012, cursó hasta el tercer debate el Proyecto de ley número 166/11 Cámara, 19/11 Senado, por primera vez introducía en nuestro ordenamiento el término “Derecho Operacional” para identificar al conjunto de normas internacionales, constitucionales, legales y reglamentarias que regulan el uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional en desarrollo de sus operaciones u operativos.

Apenas un par de años después, en desarrollo de la reforma al Fuero Penal Militar, se debatió y aprobó el proyecto de ley estatutaria “*por la cual se establecen reglas para la investigación, acusación y juzgamiento de los miembros de la Fuerza Pública en el marco del derecho internacional humanitario aplicable en situaciones de hostilidades, se tipifican algunas conductas*

y se dictan otras disposiciones”. En esta ley no solo se pretendía la armonización del DIH y el Derecho Penal interno sino además reconocer en las reglas operacionales de la Fuerza Pública una fuente de interpretación válida y obligatoria para los operadores judiciales, en razón a que constituían el desarrollo del Derecho aplicable a los conflictos armados.

Finalmente, en la Ley 1765, *por la cual se reestructura la Justicia Penal Militar y Policial*, se le reconoce al Derecho Operacional la misma entidad y jerarquía que otras vertientes del derecho público, como el derecho probatorio, el derecho penal, entre otros.

Valga decir e insistir en que el reconocimiento de valor vinculante de las reglas operacionales de la Fuerza Pública para la calificación de las conductas y la determinación de las responsabilidades, como ocurre con los protocolos o normas de procedimiento de otras profesiones, como la medicina, es resultado lógico de entenderlas como un desarrollo de las normas generales del DIH. Desconocerle dicho valor interpretativo en la posterior valoración judicial de los resultados de la operación, en la generalidad de los casos, conlleva a decisiones injustas. El debido proceso exige que todo operador judicial involucre las reglas operacionales como fuente de obligatoria consulta al momento de la valorar la legalidad de una operación militar y sus resultados.

Sobre el valor interpretativo de estas normas especiales o *lex artis*, como insumo para la adecuada estructuración de los tipos abiertos o en blanco característicos del derecho disciplinario, la Corte Constitucional afirmó en Sentencia C-762/2009:

También es posible emplear las reglas que cada profesión tiene para su buen hacer o “lex artis”, porque son en su esencia cambiantes, dada la propia naturaleza renovadora de ciertas profesiones, que surge de ciertas experiencias y costumbres, del nuevo conocimiento y prácticas adquiridas, todas las cuales marcan un especial modo de actuar y entender las reglas respectivas y propias de cada ejercicio profesional.

Por último, es igualmente necesario advertir que, en caso de conflicto o tensiones entre normas, las reglas especiales que integran el Derecho Internacional Humanitario y las reglas operacionales que lo desarrollan en particular, deben prevalecer, tal como fue considerado por la Corte Internacional de Justicia en la Opinión Consultiva sobre las armas nucleares, de julio de 1996.

XVII. PARTICIPACIÓN POLÍTICA

El Centro Democrático ha reconocido en distintas oportunidades la importancia que tiene estipular que mientras alguien está cumpliendo su sanción o condena, por graves violaciones a los Derechos Humanos, no debe poder ejercer sus derechos políticos. Esta es una restricción mínima, si tenemos en cuenta que las sanciones que impone la JEP pueden ir de 5 a 8 años para graves violaciones a Derechos Humanos, y que, además, sirve para garantizar que el sancionado o condenado se comprometa exclusivamente con la reparación de las víctimas y la reconstrucción de la verdad histórica, dos componentes primordiales para garantizar la efectividad de cualquier proceso de justicia transicional.

A su vez, consideramos que la disposición que busca eliminar la expresión “y en consecuencia no podrán participar en política ni ser elegidos quienes hayan sido

condenados y seleccionados por estos delitos” contenida en el artículo transitorio 67, introducido por el Acto Legislativo 01 de 2012 y no delimitar su alcance tiene efectos que no han sido plenamente estudiados, toda vez que abriría la puerta a que cualquier persona, no solo un guerrillero que haya cometido crímenes de guerra, genocidios, y crímenes de lesa humanidad, pueda participar en política y ser elegido. De este modo, la disposición acá señalada excede los fines del presente proyecto de acto legislativo.

En este punto también es menester recordar que el gobierno ha manifestado que “solo quienes superen el umbral del Senado tendrán los derechos actualmente existentes para financiación, acceso a medios y a inscripción de candidatos (avales)”²⁵; sin embargo, del texto visible en las páginas 50 a 51 del Acuerdo, firmado en el teatro Colón, se lee un requisito muy ambiguo para conservar la personería jurídica, cual es acreditar un número (hasta ahora indeterminado) de afiliados.

La proliferación indiscriminada de partidos y movimientos ha sido perniciosa para la democracia colombiana. La exigencia de umbrales mínimos en procesos electorales para mantener la personería jurídica ha contribuido a contener este fenómeno, exigiendo compromisos de resultados electorales para validar el acceso a recursos públicos y otorgar avales. De conformidad con el punto 2.3.1.1 se quiere desligar la obtención y conservación de personería jurídica con la obtención de un umbral en las elecciones de Congreso, abriendo el espacio para el fortalecimiento de las microempresas electorales que tanto daño hicieron al país.

Aunado a lo anterior, también resulta preocupante que se mantengan las circunscripciones especiales (aun cuando en el nuevo texto del Acuerdo se dispuso que las FARC no podrán inscribir candidatos para las mismas.), pues resulta excluyente habilitar zonas electorales vetando la presencia de las fuerzas políticas con representación en el Congreso.

Con extrañeza también se observa que en el Acuerdo se equipara la financiación de las FARC a las de los demás partidos aun cuando su representatividad sea mucho menor y la financiación del Centro de pensamiento y formación política pasa del 5²⁶ al 7%²⁷ anual de la apropiación presupuestal para el funcionamiento de los partidos y movimientos políticos (el gobierno en documento denominado “notas sobre los cambios ajustes y precisiones del nuevo acuerdo” manifiesta que se redujo del 10 al 7%, pero eso es falso, se aumentó del 5 al 7%).

Preocupa también que en el punto 3.2.1.2 literal b) se les dé cabida a miembros de las Farc en el Consejo Nacional Electoral. Bajo ningún concepto deben de tener asiento en el Consejo Nacional Electoral miembros de las FARC, prerrogativa que muchos partidos actuales no tienen.

XVIII. VERDAD, JUSTICIA, REPARACIÓN Y GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN

De acuerdo con la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, la superación de la impunidad, depende del reconocimiento efectivo de los tres derechos

de las víctimas: el derecho a la verdad y a la memoria, el derecho a la justicia y el derecho a la reparación.

En el marco de estas tres premisas, tenemos que:

- **Derecho a la verdad:** Las víctimas necesitan saber la verdad y reconstruir la memoria histórica, esto reivindica su lucha para poder cerrar ciclos y encauzar su vida hacia el perdón y la reconciliación. Pero es claro que la verdad sin justicia y sin reparación no puede cerrar por sí sola las brechas deterioradas de un conflicto. Si bien se aplaude la creación de una comisión para el esclarecimiento de la verdad, la convivencia y la no repetición, se ponen en tela de juicio la integralidad y veracidad del sistema, toda vez que no existe un mecanismo que permita controvertir y cotejar la “verdad” que se diga en la Comisión de Esclarecimiento de la Verdad y la “verdad” que surja como resultado del proceso judicial, por lo tanto surgen interrogantes como:

- ¿Qué sucede si no coinciden las versiones de “verdad” en el proceso judicial y la Comisión de Esclarecimiento de Verdad?

- ¿Qué sucede si una persona por acogerse a mayores beneficios, se autoincrimina o incrimina a otros con tal de obtener condiciones más favorables dentro del proceso?

- Si uno de los principios señalados en este artículo es el **principio de reconocimiento de responsabilidad** por parte de todos quienes participaron de manera directa o indirecta en el conflicto y se vieron involucrados de alguna manera en graves violaciones a los Derechos Humanos y graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, ¿Cabe la posibilidad de controvertir los cargos que se le acusan, aun sabiendo que si hay “reconocimiento de responsabilidad”, aun no siendo responsable, puede obtener celeridad y más beneficios, que diciendo la verdad, la cual en determinados casos va a estar alejada de la realidad, pero que en pro del “reconocimiento de responsabilidad” y sus consecuencias benévolas, resultan ser más atractivas?

- ¿Qué sucede si con el fin de acogerse a los beneficios otorgados por esta jurisdicción, una persona que no participó de manera directa o indirecta en el conflicto, ni se vio involucrada en graves violaciones a los Derechos Humanos y graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, pero que en razón de lo benévola que es esta jurisdicción, se somete a ella reconociendo una responsabilidad que no le corresponde?

Los interrogantes que surgen en torno a la “verdad”, no solo afectará a las víctimas, traerá como consecuencia la impunidad y la tergiversación de la construcción de la verdad del conflicto y de la memoria histórica, lo cual representa una burla para el sistema y las víctimas del conflicto.

- Derecho a la justicia

Todo proceso de justicia transicional debe ir condicionado por una serie de exigencias jurídicas, encaminadas a individualizar y castigar a los responsables de crímenes, más aun tratándose de delitos atroces, cometidos en la etapa previa de la transición, esto implica que se implementen fórmulas de incentivos atractivos que permitan ponerle punto final al conflicto. Si bien la justicia transicional nos permite acudir a la flexibilización de las penas, no por ello debe entenderse que la justicia restaurativa suplanta a la justicia retributiva, tal como lo pretende el artículo transitorio 1 al afirmar que

²⁵ <http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/noticias/noticias-cmh/los-cambios-en-el-acuerdo-de-paz>

²⁶ Acuerdo Final vigente al 2 de octubre de 2016. Págs. 62-63.

²⁷ Nuevo Acuerdo Final Teatro Colón Pág. 69.

se hará un especial énfasis en las medidas restaurativas *“El Sistema Integral hará especial énfasis en medidas restaurativas y reparatorias, y pretende alcanzar justicia no solo con sanciones retributivas”*.

Justicia restaurativa y justicia retributiva

- Justicia restaurativa: Tal como lo contempla el artículo transitorio 1, la justicia restaurativa 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.

- Justicia retributiva: En Sentencia C-430 de 1996, se dijo al respecto: “La pena tiene en nuestro sistema jurídico un fin preventivo, que se cumple básicamente en el momento del establecimiento legislativo de la sanción, la cual se presenta como la amenaza de un mal ante la violación de las prohibiciones; un fin retributivo, que se manifiesta en el momento de la imposición judicial de la pena (...)”.

Si bien, actualmente nos encontramos en el marco de un proceso en transición a la paz con las FARC, desde ningún punto de vista es viable la aplicación de una justicia retributiva preferente (tal como lo contempla el artículo transitorio 1), ni mucho menos cabe en un caso hipotético la aplicación de la justicia retributiva plena, toda vez que con la primera se construye un camino perverso de impunidad, el mensaje enviado a la sociedad va a generar la cultura de “Ser pillo paga”, justamente porque las crímenes atroces cometidos en el marco del conflicto no van a tener unas consecuencias ejemplares y proporcionales al daño causado. Un mensaje de estos irradiaría negativamente en la garantía de no repetición.

En los procesos de justicia transicional, tampoco es compatible la aplicación de una justicia retributiva plena, toda vez que el otorgamiento de incentivos o flexibilización de las penas, son necesarios para llevar a cabo un tratamiento especial de justicia. Recordemos que el castigo no solamente tiene un efecto retributivo, toda vez que por medio de un procedimiento serio donde se investigue, juzgue y sancione ejemplarmente, promueve los derechos de las víctimas a la reparación y a la verdad, así como también se le atribuye la potencialidad de alcanzar la reconciliación, ya que el reproche social frente a las atrocidades cometidas por los actores, suma credibilidad a este tipo de procesos.

De hecho, si las víctimas de los crímenes saben que estos serán sancionados de manera ejemplar, se van a encontrar más dispuestas a reconciliarse con los perpetradores una vez hayan pagado por sus afrentas. En cambio, si los reclamos de justicia son negados o ignorados, la posibilidad de que las víctimas sean incapaces de perdonar a sus victimarios se incrementa, incluso generando en ellas la revictimización en manos del sistema y de los operadores de justicia.

Ahora bien, teniendo claro que ni la justicia restaurativa preferente, ni la justicia retributiva plena son los modelos idóneos para avanzar en el proceso de transición y que mucho menos, la una no sustituye a la otra, pero sí son complementarias, es imperante indicar que en estos momentos, tal como está redactado el texto

propuesto por el Gobierno en este proyecto de acto legislativo, la balanza entre los dos modelos está inclinada arbitrariamente hacia la aplicación de la justicia restaurativa.

Con base en lo anterior, cabe traer algunos pronunciamientos sobre la necesidad de garantizar la proporcionalidad y razonabilidad de las penas, así:

1. Fatou Bensouda, Fiscal ante la CPI: condenas que no sean proporcionales a gravedad de delitos carecen de validez jurídica²⁸. Esto equivale a inseguridad jurídica, pues se activaría la competencia residual de la CPI.

2. José Migué Vivanco titular del Human Rights Watch refiriéndose al anterior Acuerdo de La Habana refirió: *“un análisis minucioso de lo que contiene los acuerdos permite concluir que es simplemente un acuerdo de impunidad.”*²⁹ La realidad es que poco ha cambiado este aspecto pues se mantiene la impunidad como pilar fundamental de este acuerdo.

3. Informe de Human Rights Watch: *“Colombia tiene la obligación jurídica, conforme al derecho internacional, de prever penas para violaciones de Derechos Humanos y graves violaciones al derecho internacional humanitario que guarden proporción con la gravedad de los crímenes.”*

- Derecho a la reparación

Entendida como la reconstrucción del tejido social y garantía de los derechos de las víctimas para llegar a ser reparadas, pero no solo basta con el reconocimiento, sino con generar las condiciones para materializarlo, lo cual inevitablemente nos lleva a preguntarnos si el andamiaje institucional está preparado para reparar y si existe un músculo financiero sostenible que permita llevar a feliz término una reparación en condiciones de dignidad.

A los colombianos nos resulta inaceptable que nos digan que toda la reparación tiene que ser el producto de un ejercicio del presupuesto nacional, tenemos que ser los colombianos, los que no hemos matado a nadie, que no hemos secuestrado a nadie, que no hemos extorsionado a nadie, los que debemos sacar de nuestros bolsillos para reparar a las víctimas.

Resulta inquietante que las FARC, después de 50 años de lucrarse con el narcotráfico, le digan a la opinión pública que no tienen dinero para reparar a las víctimas, tal como lo hizo saber su asesor Enrique Santiago³⁰, invirtiendo la carga indemnizatoria. En este punto es fácil cuestionarse sobre las supuestas ventajas económicas que traería la paz, pues no se cree comparable la inversión requerida para el mantenimiento de las FF. MM. en guerra con lo que representa lo correspondiente a la indemnización de miles de víctimas y a la ejecución de los acuerdos. Se reitera, dicho pronunciamiento es desconcertante, pues es de público conocimiento las amplias riquezas de que dispone las FARC, así, la re-

²⁸ <http://www.procuraduria.gov.co/portal/Declaracion-de-la-Procuraduria-General-de-la-Nación-sobre-el-acuerdo-de-víctimas-y-justicia-entre-el-Gobierno-Nacional-y-las-FARC.news>

²⁹ <http://cnnespanol.cnn.com/2015/12/22/human-rights-watch-critica-acuerdo-de-justicia-del-gobierno-colombiano-y-las-Farc/>

³⁰ http://caracol.com.co/programa/2015/09/28/6am_hoy_por_hoy/1443445186_932654.html

vista *Forbes Israel* calcula la riqueza de las FARC en 600 millones de dólares anuales³¹.

Ello sin desconocer las pruebas que demuestran que hermanas de Jorge Torres Victoria, alias Pablo Cataumbo, tienen propiedades en Costa Rica cuyo avalúo es cercano a los 35 millones de dólares³². Asimismo la Dirección de Extinción de Dominio de la Fiscalía ha rastreado 902 bienes de los cuales son titulares miembros de las FARC, tan solo la mitad de ellos han sido evaluados por 75.810'830.959 pesos, sin tener aún certeza del valor contenido en las cuentas y bienes ubicados el extranjero³³ y los demás de los que aún no se tiene conocimiento.

Resulta entonces irónico que Enrique Santiago³⁴ abogado de las FARC diga que no tienen dinero para reparar víctimas invirtiendo la carga indemnizatoria para que los mismos colombianos a través del erario paguemos nuestra propia indemnización.

Más lamentable es que de las cinco referencias que se hace de la palabra indemnización a lo largo de las 310 páginas que componen el acuerdo, dos hagan referencia a circunstancias en que se exime de la acción de indemnización, las otras tres solo enuncian el concepto pero no lo desarrollan, y en ningún aparte se les exige a los miembros de las FARC.

No existía en el Acuerdo original un compromiso explícito de las FARC para contribuir de manera efectiva con la reparación económica de sus víctimas. Si bien el documento hablaba de reparación material, el término era difuso y requería ser precisado con el compromiso de entrega total de bienes para el resarcimiento de sus damnificados.

Con la nueva redacción si bien se dispone un inventario de bienes, no se dispone explícitamente una consecuencia por el ocultamiento de los mismos y sigue siendo difuso, pues se sujeta a reglas que sobre el particular disponga la Corte Constitucional.

Es de recordar que en comunicado emitido por las FARC el 1° de octubre del presente año manifestaron que esa declaración la harán “de manera totalmente libre” y como parte del proceso de cese al fuego y de hostilidades bilateral y definitivo y dejación de armas con el Gobierno, que incluye la reunión de los miembros de la guerrilla en las llamadas Zonas Veredales Transitorias de Normalización (ZVTN) antes de su desmovilización definitiva.

En ese proceso, que tiene una duración prevista de 180 días, representantes de las FARC “acordarían con representantes del gobierno los procedimientos y protocolos para inventariar los bienes incluidos en lo que hemos venido denominando recursos para la guerra e informar sobre los mismos”, agregó el comunicado³⁵.

“Las FARC-EP manifiestan que los recursos por inventariar integran su economía de guerra y que por razones de ética política nunca hicieron ni hacen parte de patrimonios individuales”, añadió el texto³⁶.

Según esa guerrilla, todo lo que poseen estará incluido en ese inventario, por lo cual “declaran desde ahora mismo que no cuentan con recursos monetarios ni no monetarios adicionales a los que van a ser declarados durante el proceso de dejación de armas”.

No hay garantías de total transparencia en este trámite. Las FARC deben informar el listado de bienes que poseen con toda la información que permita individualizarlos e identificarlos, antes de la entrada en vigencia del acuerdo, tal como lo solicitó el Fiscal General. Dichos bienes serán utilizados para la reparación económica de sus víctimas.

En conclusión, es pertinente dejar claro que, si bien la importancia de este componente es uno de los pilares de todo proceso de Justicia Transicional, no tiene presentación alguna que el ciento por ciento de dicha reparación deba salir del bolsillo del Estado colombiano. De este modo, consideramos inconcebible que en el articulado sometido a discusión no se haga referencia alguna a las obligaciones que adquieren los miembros de las FARC-EP para aportar a la reparación integral de las víctimas, más allá de las sanciones de carácter pedagógico que instaurará la JEP, consideramos que el ciento por ciento de las reparaciones a las víctimas no debe ser asumido por el Estado colombiano, y que se debe estipular un claro compromiso de la organización guerrillera con garantizar la reparación integral de cada una de las víctimas del conflicto, toda vez que, si bien las sanciones impuestas por la JEP indican que tendrán un componente de reparación, el acto legislativo y la exposición de motivos del mismo afirma que la obligación de reparación integral recae enteramente en el Estado colombiano.

Cabe recordar que, de acuerdo con la publicación realizada por la reconocida revista británica *The Economist*, la organización guerrillera de las FARC posee una fortuna que gira alrededor de los 10.500 millones de dólares, lo cual equivaldría en pesos colombianos a 30.8 billones de pesos³⁷ (más de 4 veces lo que busca recaudar la reforma tributaria en este año).

Garantías de no repetición

Claramente de los hechos que giran en torno al proceso de paz se puede evidenciar que en ninguna forma se está procurando por garantizar a las víctimas del conflicto armado la no repetición, pues la manera en que se está desarrollando, contrario a lo manifestado por el gobierno, revictimiza a la parte más vulnerable del sistema.

Ejemplo de lo anterior son las Zonas Veredales Transitorias de Normalización (ZVTN) que, contrario a lo sugerido por el Centro Democrático (que no estuvieran ubicadas dentro o en cercanías de la población civil), no solo están instaladas en medio de la población civil, sino que las mismas responden a posiciones geográficas en donde las FARC tradicionalmente han

³¹ <http://www.eltiempo.com/politica/justicia/Farc-es-el-quinto-grupo-terrorista-mas-rico-del-mundo-forbes-israel/14823497>

³² <http://www.elsalvador.com/articulo/internacional/solicitan-costa-rica-que-investigue-bienes-hermanas-jefe-Farc-100267>

³³ <http://www.elespectador.com/noticias/judicial/los-902-bienes-le-quieren-quitar-Farc-articulo-543579>

³⁴ http://caracol.com.co/programa/2015/09/28/6am_hoy_por_hoy/1443445186_932654.html

³⁵ <http://www.efe.com/efe/america/politica/las-Farc-declararan-recursos-de-su-economia-guerra-para-reparar-a-victimas/20000035-3056368>

³⁶ Ídem.

³⁷ “The FARC’s finances. Unfunny money”. *The Economist*. Abril 14 de 2016. Tomado de: <http://www.economist.com/news/americas/21697008-government-may-never-get-its-hands-guerrillas-ill-gotten-gains-unfunny-money>

tenido presencia y ejercido su dominio arbitrario, solo en tres de la totalidad de las zonas dispuestas para tal fin se tiene conocimiento de que dicho grupo ilegal no ha tenido actividad permanente, empero, dos de ellas, como se observa en el mapa³⁸ a continuación, estratégicamente están ubicadas en zonas de frontera, lo que permite inferir que si bien no se trata de zonas de presencia permanente, sí pudieron servir de tránsito a Venezuela y Panamá para su eventual refugio y desarrollo de actividad ilícita.



Los siguientes son algunos ejemplos de ubicaciones de ZVTN en donde las FARC han ejercido dominio según indagaciones del medio informativo “La silla vacía”³⁹:

- Hernán Darío Álvarez, alcalde de Ituango dice que la vereda de Santa Lucía “siempre ha estado bajo el control de las FARC, por alrededor de 20 años”

- La personera de Vigía del Fuerte (Antioquia) Mirna Chaverra Robledo ha manifestado que en el corregimiento de Veguez, en la vereda Vidrí, existen cultivos ilícitos y minería ilegal, que no podría atribuir a un único actor armado ilegal, porque también hay presencia del ELN y Bacrim (Clan del Golfo).

- En la vereda Los Encantos, ubicada en La Paz (Cesar) el Frente 41 de las FARC ha hecho presencia de forma continua.

- San Vicente del Caguán (Caquetá) tradicionalmente ha estado sometido por milicias de las FARC, específicamente en la Vereda Miravalle recientemente se reportó la incautación de 25 kilos de explosivos tipo anfo y radios de comunicación y actualmente hay rencillas entre disidentes y miembros de las Farc.

- En la vereda El Gallo de Tierralta (Córdoba) la autoridad la ha ejercido el Frente 58 de las FARC.

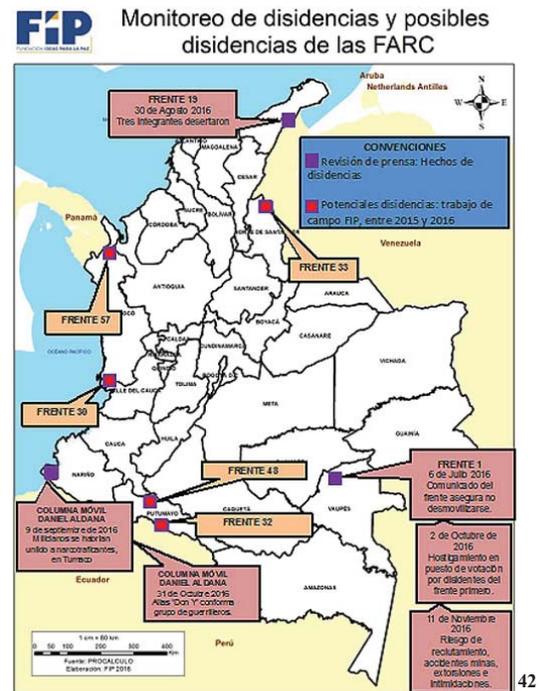
- En San José del Guaviare opera actualmente el frente primero de las FARC que en junio del año pasado se declaró en rebeldía, según ha afirmado su alcalde Efraín Rivera y allí se dispusieron dos ZVTN.

Surge entonces la pregunta ¿se garantiza la no repetición cuando las ZVTN están ubicadas en lugares en

³⁸ <http://lasillavacia.com/hagame-el-cruce/asi-son-las-zonas-de-concentracion-de-las-Farc-57804>
³⁹ Ibidem.

donde las Farc han ejercido tradicionalmente dominio? Hay un argumento muy escueto según el cual dichas poblaciones se sienten “aliviadas” de contar con la presencia de los insurgentes en un contexto “diferente”, pero obviamente nada podría estar más alejado de la realidad, solo basta virar la atención hacia el Caquetá, para citar un ejemplo, en donde en ocho veredas de San Vicente del Caguán y cuatro de Cartagena del Chairá se estaría llevando a cabo una persecución de miembros de las FARC a disidentes del frente 14 comandados por alias “Mojoso”, hechos estos que en el momento dejan como saldo una muerte registrada. Con base a estos acontecimientos el Defensor del Pueblo, Carlos Alfonso Negret Mosquera, ha advertido sobre los riesgos a la población civil consistentes en “desplazamientos forzados, homicidios selectivos y desapariciones, entre otras acciones”⁴⁰, es más, dicha entidad “comprobó [la existencia de] amenazas en [sic] intimidaciones hechas por un guerrillero de las FARC contra la comunidad que no brinde información y preste colaboración en la vereda Ciudad Yari”⁴¹.

A continuación se incorpora mapa en donde se observa posible ubicación de disidencias de las FARC:



En este orden de ideas, contrario a propender por la no repetición, las ZVTN exponen a los civiles a altos riesgos que no deberían correr como loes eventuales enfrentamientos entre las FARC y los disidentes con la población de por medio, amenazas, terrorismo, hostigamientos, homicidios, entre otros, sumado al hecho de convivir y mantenerse bajo el yugo de quienes sembraron durante tanto tiempo el terror en sus tierras. Si bien es cierto las Fuerzas Armadas garantizarán la seguridad en dichos territorios, también lo es que esto no es una

⁴⁰ <http://www.defensoria.gov.co/es/nube/enlosmedios/5962/Defensor%C3%ADa-alert%C3%B3-riesgos-por-enfrentamientos-entre-Farc-y-disidentes.htm>
⁴¹ Ibidem.
⁴² <http://www.kienyke.com/politica/disidencias-de-las-Farc/>

garantía total de que no se puedan presentar altercados como los que ya se han registrado.

Otro aspecto a tener en cuenta es el llamado de cacerías de las FARC a “cogobernar”⁴³ en las ZNTV, tal y como lo hicieron ver en video ampliamente difundido, evidenciando que el grupo insurgente no ve a esas zonas con el fin primordial para el cual fueron diseñadas –el desarme–, sino como la posibilidad de afianzar el dominio en esas áreas dándole continuidad a la victimización de quienes por años han tenido que soportar los vejámenes de la guerrilla, con la diferencia que hoy sus verdugos cuentan con el aval del Estado para ello y a partir de allí desarrollar miniestados socialistas independientes.

Revictimizan con petulancia, prepotencia, arrogancia, menosprecio, vilipendio, trato despectivo y denigrante hacia las víctimas

El perdón debe responder a una contrición del victimario, a un arrepentimiento sincero y verificable, pues una expresión a cajas destempladas o en un contexto irónico, jocosos, despectivo o evasivo no es otra cosa que una nueva forma de revictimizar, en la medida que mofarse del dolor de la parte afectada impide el resarcimiento, al tiempo que retrotrae a la mente el hecho dañino, genera resentimiento e impotencia desnaturalizando la reparación integral al agravar el daño.

En las FARC no se ha observado voluntad real de pedir perdón ni un arrepentimiento sincero, todo lo contrario, aprovechan cada oportunidad en la que se les toca el tema para pisotear las necesidades y derechos de las víctimas, veamos algunos ejemplos de los comandantes guerrilleros:

Entrevista de Pablo Catatumbo a noticias Caracol, allí responde: “tú me dices bueno usted va a pedir perdón, y yo le digo ¿perdón a quién?, ¿perdón por qué?, ¿perdón por levantarme en armas?, ¿perdón por defender las banderas de la justicia social?”⁴⁴.

Claramente menosprecian a las víctimas y sus pretensiones de resarcimiento, pues no solo parten de la premisa errónea que desde el punto de vista ideológico su actuar fue correcto y en todos los casos plenamente justificado, sino que al mismo tiempo le restan importancia al punto de carecer de relevancia alguna el dolor ajeno en comparación con la supuesta supremacía que representa su concepto de Estado.

Para citar otro ejemplo nos permitimos transcribir nota periodística del canal español TVE⁴⁵:

Pregunta el periodista: “¿están preparados para pedir perdón si se hace una cuestión innegociable?”.

Responde alias Jesús Santrich en expresión jocosa-irónica: “¡quizás, quizás, quizás!”.

No pueden ser más hirientes esas tres palabras, de ellas solo se desprende desprecio, petulancia, prepotencia, egocentrismo, arrogancia, indignidad y como estos muchos más calificativos negativos. No es posible entender cómo alguien puede jactarse del sufrimiento y la desgracia ajenos, cómo a alguien le puede parecer jocosos el dolor de familias agobiadas por asesinatos, desa-

pariciones forzadas, desmembraciones, reclutamientos forzados, violaciones, destierro, secuestros, entre otras; ¿acaso las FARC han perdido todo sentido de humanidad? ¿o es que las atrocidades de la guerra se volvieron hechos cómicos? El respeto es parte esencial en la reparación integral de las víctimas no solo en el desarrollo de juicios, sino en general, desconocer la importancia de su consternación desnaturaliza el sistema, porque si la administración de justicia no logra para las víctimas una reparación integral ¿qué sentido tiene el proceso de paz si su parte central se encuentra resquebrajada?

Antes de cambiar de tercio es indispensable conocer la postura del jefe de las FARC, pues que mejor referente para el particular que él. Frente al asunto de marrras en entrevista a Timochenko por el canal Telesur⁴⁶ este indicó lo siguiente:

Pregunta la periodista: “¿usted está dispuesto a pedirles perdón a todas las víctimas del país por esas heridas profundas de la guerra que han cometido las FARC?”.

Responde Timochenko en actitud pedante: “es que eso no ha sido ni un problema de las FARC ni un problema mío o de x o y comandante, ¡no!, esa es la dinámica de la guerra”.

Pregunta la periodista: “Pero independientemente de eso usted estaría dispuesto a decir a las víctimas...” (Interrupción por Timochenko)

Responde Timochenko: “pero es que cuando uno pide perdón es porque se arrepintió de haber hecho algo, y yo no me estoy arrepintiendo de haber hecho lo que haya hecho; lo que he hecho, de ser guerrillero a estas alturas de la vida y lo sigo siendo. Si yo me arrepiento de eso soy inconsecuente con mis con mis convicciones...”.

Pregunta la periodista: “¿tiene identificados algunos de esos errores Bojayá, la retención de víctimas por tantos años?”

Responde Timochenko: “pero ¿cuáles las víctimas de por tantos años? ¿los soldados prisioneros de guerra? Esa responsabilidad la debe asumir es el Estado. El Estado tenía en sus manos desde el primer día en que fueron capturados la posibilidad de recibir de que los hubiéramos soltado, y el Estado se negó...”.

Pregunta la periodista: “y ¿no cree usted que el país valoraría positivamente que usted que es el jefe de las FARC dijera ‘hemos cometido errores y pedimos perdón por ellos’ independientemente de que lo haga el Estado, el Ejército, los líderes paramilitares...”.

Responde Timochenko: “lo que pasa es que esa palabrita de ‘perdón’ suena más como a confesión cristiana, la cual muchas veces es de doble moral...”.

Cuatro preguntas, cuatro oportunidades de mostrar voluntad para pedir perdón y cuatro veces afrentó a las víctimas sin mostrar una pizca de compasión, contrario a lo esperado en un proceso de paz donde hay un supuesto ambiente de reconciliación, el líder guerrillero invierte la carga reparadora transfiriéndole al Estado la obligación de responder a las víctimas por crímenes cometidos por las FARC. Resulta ilógica la posición de la insurgencia tendiente a evadir toda responsabilidad y más irracional y arrogante aún es pretender transferir culpas a la contraparte ajena a sus atrocidades ¿Cómo

⁴³ <http://www.radiosantafe.com/2016/07/07/Farc-instruyen-a-sus-tropas-para-cogobernar-y-crear-republicas-socialistas-independientes-uribe/>

⁴⁴ https://www.youtube.com/watch?v=lx7ccU0w_YQ

⁴⁵ <https://www.youtube.com/watch?v=tjeD57lyXKI>

⁴⁶ https://www.youtube.com/watch?v=6rd_YRUWdOk

podría esperarse una actitud diferente de los subalternos si el “estado mayor” exhibe y promueve un total menosprecio por las víctimas? No hay que ser adivino para predecir que los juicios de la JEP no serán otra cosa que un paredón psicológico en donde las víctimas del conflicto armado serán vilipendiadas con las desfachateces que pregonen los milicianos de las FARC.

Deben instaurarse las figuras del perdón y la verdad con tal rigurosidad y altura que permita garantizar la satisfacción de los derechos de las víctimas.

2. Proposición

Con base en las anteriores consideraciones, presento ponencia desfavorable y, en consecuencia, solicito se archive el **Proyecto de Acto Legislativo número 02 de**

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

De los honorables Senadores,



JAIME AMÍN HERNÁNDEZ
Senador de la República