

N. 4

junio, 2016

**La justicia transicional
en los acuerdos de la Habana**

Presentación

Respondiendo a la apuesta y al compromiso de EAFIT con el esfuerzo actual de terminación negociada del conflicto armado interno colombiano, desde septiembre del año pasado el Departamento de Gobierno y Ciencias Políticas de la Escuela de Humanidades de la Universidad emprendió el proyecto de publicación de una serie de Cuadernos de Trabajo como una aproximación académica y cívico-política preliminar al proceso de paz y a los acuerdos que en el transcurso del mismo han ido suscribiendo paulatinamente el Gobierno Nacional y la guerrilla de las FARC.

A esta iniciativa ha querido contribuir la Escuela de Derecho de la Universidad mediante la elaboración del Cuaderno de Trabajo relativo al “Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto” dado a conocer a la opinión pública el pasado mes de diciembre. Este acuerdo crea el así llamado “Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición” (SIVJRNR) y ha sido considerado casi unánimemente como el punto de inflexión o de “no retorno” en el intento de alcanzar un acuerdo de paz definitivo dada la enorme dificultad que supuso convenir un sistema de justicia transicional.

En sintonía con la finalidad que persigue el proyecto, los aportes realizados por los profesores de las distintas áreas de la Escuela que participaron en la confección de este Cuaderno, no sólo buscan contribuir con el análisis teórico y/o académico de los distintos componentes del sistema de justicia transicional pactado, sino también con la divulgación y la comprensión del mismo y de sus implicaciones tanto por parte de los distintos sectores de la sociedad como por parte de la población en general; así mismo, procuran establecer un canal de comunicación efectivo con quienes tienen en sus manos la implementación jurídica del acuerdo.

Una vez más, agradecemos profundamente a la Asociación Nacional de Empresarios (Andi) y la Fundación para el Progreso de Antioquia (Proantioquia) por la colaboración y el apoyo ofrecidos para la realización del presente Cuaderno y para la satisfactoria materialización de este proyecto en su conjunto.

Camilo Piedrahita Vargas
Decano Escuela de Derecho
Universidad EAFIT



Contenido

06

I.
Introducción:
Acuerdo sobre víctimas para la transición a la paz

10

II.
Instrumentos de la justicia transicional

14

III.
Las comisiones de la verdad como mecanismos de justicia transicional

20

IV.
La verdad y la justicia en los órganos de la JEP

29

V.
Amnistía política post-conflictual:
limitada y condicionada

40

VI.
Las implicaciones del Acuerdo sobre Víctimas para los Agentes del Estado que participaron en el conflicto armado

49

VII.
Rendición de cuentas de los terceros civiles vinculados con el conflicto

57

VIII.
La previsión de penas y los baremos internacionales

64

IX.
Anexo: acuerdo sobre las víctimas del conflicto



Jorge Giraldo Ramírez

Decano de la Escuela de Humanidades de la Universidad EAFIT. Es doctor en Filosofía de la Universidad de Antioquia y miembro de la Sociedad Colombiana de Filosofía. Participó en la "Comisión histórica del conflicto y sus víctimas" establecida en el marco del acuerdo general para la terminación del conflicto entre el gobierno de Colombia y las FARC.



Andrés Álvarez Arboleda

Abogado de la Universidad EAFIT. Fundador y codirector de la revista virtual Opinión a la Plaza. Miembro del Grupo Literario Savia.



Nataly Montoya Restrepo

Abogada y Especialista en Derecho Público de la Universidad EAFIT; Magister en Estudios Urbano-Regionales de la Universidad Nacional de Colombia, sede Medellín. Actualmente se desempeña como Coordinadora de la Especialización en Derecho Urbano y profesora asistente e investigadora del Área de Derecho Público de la Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT.



José A. Toro Valencia

Profesor asistente de Derecho internacional Departamento de Derecho Universidad EAFIT, PhD Derecho Universidad Pompeu Fabra, Barcelona y LLM American University, Washington . Interés en investigación: actores no estatales en la gobernanza global.



Maximiliano A. Aramburo C.

Profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT. Máster en Argumentación Jurídica y DEA de la Universidad de Alicante (de la cual es candidato a doctor).



Gloria María Gallego García

Profesora de la Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT. Abogada, doctora en Derecho de la Universidad de Zaragoza, España. Publicación relevante: Diálogos de paz o victoria militar ¿Paz por medio de la guerra? en Después de la Violencia. Memoria y Justicia.



Alejandro Gómez Velásquez

Director del Centro de Estudios Jurídicos, Profesor Asistente e investigador de tiempo completo de la Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT. LL.M en Estudios Jurídicos Internacionales de American University- Washington D.C/Estados Unidos y Magister en Derecho Constitucional del CEPC- Madrid/ España. Ha sido autor de artículos sobre el tema como "The recent attempt of constitutional reform to the military jurisdiction in Colombia: context, implications and perspectives" y "The constitutional framework for transitional justice in Colombia", entre otros.



Julián Correa Saavedra

Asesor jurídico en justicia transicional de la Universidad EAFIT. Abogado con énfasis en derecho público, Universidad EAFIT. Publicación Relevante: ¿Sobredimensión de la tensión entre justicia y paz? Reflexiones sobre justicia transicional, justicia penal y justicia restaurativa en Colombia.



Juan Carlos Álvarez Álvarez

Profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT. Abogado, especialista y magíster en Derecho Penal. Candidato a doctor en Derecho de la Universidad de León, España. Publicación relevante: Las vicisitudes del principio del legalidad a propósito de la persecución penal de crímenes contra la humanidad.



Alfonso Cadavid Quintero

Doctor en Derecho penal por la U. de Salamanca, Profesor del área de Derecho penal de la U. EAFIT.

I. Introducción: Acuerdo sobre víctimas para la transición a la paz



Jorge Giraldo Ramírez

El “Acuerdo sobre víctimas del conflicto”, firmado el pasado 15 de diciembre en La Habana como cuarto punto en el itinerario de los diálogos entre el Gobierno y las Farc, fue recibido como la inflexión que marcaba el punto de no retorno en las negociaciones, de un lado, y en medio de críticas y desconcierto de algunos sectores nacionales y extranjeros, del otro. La inflexión se entiende puesto que el acuerdo significa que el Gobierno nacional declaraba satisfecha la condición de que un ingrediente de justicia era indispensable y las Farc no sentían que los términos del mismo vulneraban los rasgos fundamentales de su existencia política ni el honor de sus integrantes. Por supuesto, ninguno de estos elementos es explícito; se trata de una interpretación.

Las críticas a los términos del acuerdo han sido muy variadas e incluyen a sectores políticos, como el Centro Democrático, y organizaciones humanitarias como Human Rights Watch, pasando por reconocidos juristas como Jaime Castro¹. Una mezcla de intransigencia, ignorancia y precaria deliberación ha impedido evaluarlo de modo razonable. Para hacerlo habría que partir de una visión comprensiva de esas críticas ya que la justicia transicional es, en sí misma compleja, polémica y no encaja bien con las intuiciones morales básicas.

1 “Acuerdo sustituye a la justicia para absolver a Farc: Uribe”, *El Tiempo*, 6 de abril de 2016; Human Rights Watch, “Colombia: un acuerdo de impunidad”, en: <https://www.hrw.org/es/news/2015/12/22/colombia-un-acuerdo-de-impunidad>; Jaime Castro, “Estas son las implicaciones de la Jurisdicción Especial para la Paz”, *El Tiempo*, 25 de febrero de 2016.

Según el profesor Iván Orozco Abad, son rasgos dominantes de la justicia transicional: el ser altamente política, extraordinaria y deficitaria en su legitimidad, trágica y transaccional, altamente emocional, limitada y parcial, entre otros². El simple hecho de que buena parte de los términos de la justicia transicional sean definidos por agentes políticos en trance de negociación, de que sea una justicia excepcional basada en parámetros muy diferentes a la justicia penal ordinaria y que opere en momentos en los cuales los agravios y daños de la guerra están frescos en la memoria colectiva, hace que ella sea muy discutible, resistente a la comprensión y decepcionante.

La justicia transicional es un dispositivo nuevo. La tradición del derecho de guerra se ocupó, desde la antigüedad, del derecho a la guerra (*ius ad bellum*) y del derecho en la guerra (*ius in bello*). Solo en las últimas décadas empieza a conformarse algo así como el derecho después de la guerra (*ius post bellum*). Colombia es un caso paradigmático por sus numerosos eventos de guerras civiles y de negociaciones, estas últimas siempre resueltas con amnistías e indultos, sin ningún ápice de justicia. El nuevo paradigma empezó a aplicarse en el país en 2005, a propósito de la desmovilización de los principales grupos paramilitares, con la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) y la creación del Grupo de Memoria Histórica (2007) devenido en Centro Nacional de Memoria Histórica. En ese entonces los debates y protestas no fueron menores a los de hoy cuando el instrumento legal fue calificado como una "ley de impunidad"³. Que los críticos de entonces se hayan convertido en los apologistas de hoy y viceversa, solo muestra qué tanto pesa la política a la hora de aprobar o reprobar los parámetros para evaluar la justicia aplicable a los combatientes no estatales de nuestra guerra.

Que los dos términos de la expresión *justicia transicional* correspondan a lo que Chaim Perelman llamara "nociones confusas" contribuye a la polémica. No solo es polémica la expresión *justicia* (véase, por ejemplo, la tensión entre justicia retributiva y justicia restaurativa) sino también sus parámetros⁴. También la expresión *transición* ya que mientras a los ojos de la mayoría de la sociedad y la comunidad internacional en Colombia estamos ante una transición a la paz, para la guerrilla no ha dejado de tratarse también de una transición a la democracia. Incluso puede haber quien piense que dicha transición tendría que implicar "una transformación radical del orden social y político"⁵.

Un profesor de la Universidad de Waterloo sugiere los puntos de contacto entre las dos principales teorías de la justicia post-bélica, a saber, la retributiva y la restaurativa (*Rehabilitation*). Ellos serían: la existencia

2 Iván Orozco Abad, *Justicia transicional en tiempos del deber de memoria*, Bogotá, Temis – Universidad de los Andes, 2009, pp. 58-91.

3 Eduardo Pizarro Leongómez, "Prólogo", en Luis Carlos Restrepo, *Justicia y paz: de la negociación a la gracia*, Medellín, ITM, 2005, p. 17.

4 A raíz de la condena de 40 años contra Radovan Karadzic por el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, la población de Los Balcanes se dividió entre quienes creían que era poco y los que pensaban que era demasiado. "El serbobosnio Karadzic, condenado a 40 años por el genocidio de Srebrenica", *El País*, 26 de marzo de 2016.

5 Rodrigo Uprimny, "Introducción", en Rodrigo Uprimny (dir.), *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación en Colombia*, Bogotá, DeJusticia, 2006, p. 14.

de acuerdos públicos de paz, una petición formal de perdón, el intercambio de prisioneros de guerra, la devolución o neutralización de las ventajas obtenidas en la guerra y los juicios por crímenes de guerra⁶.

En mi opinión, el "Acuerdo sobre víctimas del conflicto" satisface esos principios de la hipotética teoría *tenue* (Walzer) o *traslapada* (Rawls) de la justicia transicional: los acuerdos son públicos, la comisión de la verdad entraña la probabilidad de peticiones de perdón (que, por otro lado, ya empezamos a ver como ocurrió en Bojayá), el proceso de liberación de prisioneros comenzó, hay un compromiso (vago, por cierto) de reparación por parte de las Farc y habrá un tribunal de paz que resolverá los crímenes de guerra y los de lesa humanidad.

Si se fueran a ponderar los componentes del mantra contemporáneo de la justicia transicional coincidiríamos, en principio, con el balance de Juanita León: mucha verdad, mucha reparación, poca justicia⁷. Pero, ¿es poca justicia? Desde una perspectiva abstracta y punitiva, sin duda. Pero la valoración puede cambiar si se piensa desde el punto de vista de concreto y prospectivo. Los miembros de las Farc tendrán que hacer declaraciones exhaustivas de verdad, una parte de ellos irá a un tribunal, serán juzgados y recibirán condenas. Muchos tendrán restricciones de libertad sin cárcel, pero algunos podrían recibir condenas penitenciarias de hasta 20 años. Cualquier pose de héroes o de rebeldes impolutos se quedó sin piso, según el texto.

El gran logro del "Acuerdo sobre víctimas del conflicto" consiste en haber sentado un marco interpretativo claro y firme para el desenvolvimiento del componente de justicia. Declara la autonomía del Estado colombiano para administrar justicia pero procura alinear sus criterios con el derecho

internacional; se apuntala en la caracterización del conflicto armado interno (en el primer párrafo habla de finalizar la "guerra") para invocar la normatividad del derecho humanitario; y mira hacia el futuro en términos de seguridad jurídica, confianza, reconciliación y justicia restaurativa. Además, contiene afirmaciones de alta trascendencia simbólica. Por ejemplo, que "el Estado ejerce de manera legítima el monopolio de las armas" y que la fuerza pública actúa en "calidad de garante de derechos por parte del Estado" (p. 26). O que el carácter general de las actuaciones de la insurgencia se describe con la categoría "delito político".

Pero si el acuerdo estuviera completamente cerrado aún quedarían pendientes cuestiones cruciales que tienen que ver con una implementación que tendrá más ingredientes políticos e ideológicos que técnicos, a diferencia de los otros tres puntos pactados hasta hoy. Y esto debido a que el nombramiento de los miembros de la comisión de la verdad y los magistrados del tribunal para la paz tendrá unas consecuencias irreversibles sobre el destino de muchas personas y sobre el carácter polémico o conciliador del post-acuerdo. El texto es taxativo en cuanto a que los propósitos –general de la negociación y específico del punto sobre víctimas– son garantizar la no repetición, ganar la confianza de la sociedad

6 Briand Orend, *The Morality of War*, Peterborough, Canada, Broadview Press, 2013 p. 190.

7 Juanita León, "El acuerdo sobre víctimas: mucha verdad, mucha reparación y poca justicia", *La silla vacía*, 16 de diciembre de 2015.



y sentar bases firmes para la convivencia. Sin embargo, la inercia conceptual de la justicia ordinaria y del ímpetu punitivo, la ansiedad heroica habitual en el sector judicial y un ánimo de retaliación en algunos sectores sociales pueden descaminar la acción de estos organismos y producir nuevos motivos de agravio y de conflicto, convirtiendo estas instancias en escenarios de la guerra por otros medios.

No hay acuerdo perfecto ni satisfactorio para todo el mundo. A este, en concreto, podrían hacerse dos reproches.

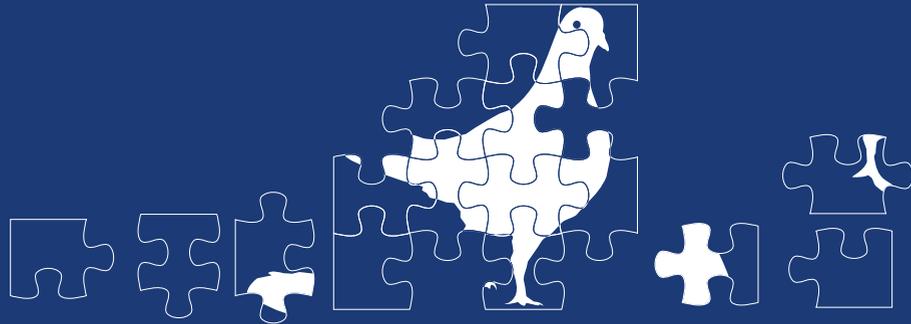
El primero, es que no queda claro que se pongan sobre la mesa las ganancias económicas derivadas de actividades altamente criminalizadas en el derecho internacional como el secuestro y el narcotráfico. El texto dice que las Farc “se comprometen a contribuir a la reparación material de las víctimas y en general a su reparación integral, sobre la base de los hechos que identifique la Jurisdicción Especial para la Paz” y que “los

términos de esa reparación material serán precisados en el marco del Acuerdo Final” (p. 58). ¿Involucrará ella los bienes de dicha organización?

El segundo, es que se dice de manera expresa que no habrá sanciones políticas. Personalmente, creo que la suspensión de derechos políticos a máximos responsables era una medida deseable y viable, en la medida en que la presencia de los mismos en los órganos representativos del país constituye –en mi opinión– una ofensa a las víctimas. En su momento algunos criticaron las visitas de jefes paramilitares al Capitolio Nacional; es más grave la participación cooptada de excombatientes como congresistas.

Finalmente un deseo. El imprevisible resultado final del tribunal para la paz no debería dejar a la sociedad con la impresión de que las condenas a los guerrilleros fueron sumarias, cortas y pocas, respecto a los eventuales procesos contra los agentes del Estado y los terceros civiles.

II. Instrumentos de la justicia transicional



Andrés Álvarez Arboleda
Nataly Montoya Restrepo

Los instrumentos de la Justicia Transicional pueden ser definidos como el conjunto de medidas orientadas a lograr un escenario de paz estable y duradera después de la ocurrencia de un conflicto armado. Dicho de otra manera, éstos son los medios que permiten alcanzar la finalidad de este tipo de Justicia, razón por la cual su variedad e intensidad se miden en función de la misma. Así pues, aunque la misión inicial de estos instrumentos se orienta a contribuir a la superación de los efectos adversos que han sido causados directa o indirectamente por el conflicto, tales como los daños sobre las personas o sobre los bienes materiales y la afectación de las redes y lazos sociales, su objetivo primordial es el de propender por la reconciliación social y, por lo tanto, la no repetición de la situación de conflicto. Para lograr dicho cometido se hace necesario conocer cuáles fueron sus causas, quiénes participaron en ella y qué atrocidades ocurrieron.

De acuerdo con lo anterior, los instrumentos de Justicia Transicional persiguen tal vez una de las aspiraciones más importantes para una sociedad: la superación no sólo del conflicto armado, sino de sus condiciones de posibilidad. También es una aspiración que implica el enfrentamiento de diversos intereses y valores, así por ejemplo, la pretensión de sancionar drásticamente a los causantes de los hechos victimizantes puede entrar en tensión con la reincorporación de los combatientes a la vida civil, con miras a una reconciliación social. Igualmente, la implementación de estos instrumentos requiere en muchos casos de concesiones sociales y de una especial disposición de la sociedad para asumir los compromisos de una justicia de transición, esfuerzos que están justificados por el valor de la paz.

Ahora bien, es pertinente señalar que no existe una lista taxativa y cerrada de los instrumentos de Justicia Transicional pues, como ya se advirtió, éstos dependen del contexto de la situación de conflicto que se pretende superar, de los daños causados, del nivel de degradación y de las finalidades específicas que se quieren alcanzar. No obstante lo anterior, el cuadro que se presenta a continuación se refiere a los instrumentos más típicos para mencionar brevemente en qué consisten, cuál es su importancia y cuáles se pactaron en la Mesa de Negociaciones entre el Gobierno Nacional y las FARC. Finalmente, es necesario advertir que la aplicación de estos instrumentos de Justicia Transicional dependerá de la firma del Acuerdo Final de Paz.

Cuadro 1: Instrumentos de la justicia transicional

Instrumento	Consiste en...	Es importante porque...	La Mesa de Negociación pactó...
<p>Atribución de responsabilidad a los máximos responsables de crímenes graves</p>	<p>Identificar, juzgar y –si es el caso– sancionar a quienes han incurrido en violaciones sistemáticas a los derechos humanos o en conductas contrarias al Derecho Internacional Humanitario (crímenes de guerra), como máximos responsables. Este procesamiento se puede dar en tribunales especiales, nacionales o internacionales, que determinen las sanciones y tomen las decisiones pertinentes de manera imparcial.</p>	<p>Evita que los crímenes atroces cometidos en el contexto del conflicto armado queden en la impunidad; así, se envía el mensaje a la sociedad de que estas conductas merecen ser reprochadas y no pueden ser cometidas en el futuro sin ningún tipo de consecuencia jurídica. Además, al lograr que los hechos victimizantes no queden impunes, se satisface parte del derecho a la justicia de las víctimas.</p>	<p>Crear una Jurisdicción Especial de Paz, formada por Salas de Justicia y un Tribunal para la Paz; éstos serán integrados por magistrados colombianos o extranjeros (con participación minoritaria). Las funciones principales de esta Jurisdicción serán la reparación de las víctimas y la construcción de una paz estable y duradera. Las penas serán de hasta 8 años de prisión para personas que reconozcan su responsabilidad, y de hasta 20 años para quienes no lo hagan.</p>
<p>Medidas penales alternativas</p>	<p>Sanciones por los hechos cometidos con ocasión del conflicto armado que no impliquen penas de prisión. Estas medidas alternativas tienden más a la reparación de las víctimas que a la imposición de un castigo. Ejemplos de medidas penales alternativas son: trabajo comunitario, multas, desminado humanitario, suspensión de la pena, detención domiciliaria.</p>	<p>La pena de prisión se ha mostrado ineficiente en la tarea de resocializar e integrar a las personas vinculadas al conflicto armado a la vida civil; igualmente, puede ser un obstáculo para alcanzar fines de la justicia transicional como la desmovilización de grupos alzados en armas. Reconoce que hay mecanismos que pueden ser más efectivos para alcanzar los fines de reconciliación social y no repetición.</p>	<p>Ofrecer la amnistía más amplia posible por parte del Estado colombiano a conductas que constituyan delitos políticos o estén en conexidad con estos. Las conductas más graves como los crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra o delitos sexuales serán tramitados por la Jurisdicción Especial para la Paz, pero podrán acceder a penas alternativas.</p>
<p>Reparación transformadora a las víctimas</p>	<p>Restituírle a las víctimas los derechos afectados en razón del conflicto armado. La reparación puede consistir en la restitución integral del derecho afectado o –si no es posible– en una compensación equivalente (indemnización). Esta reparación debe procurar la superación del estado de vulnerabilidad socioeconómico de la víctima presente antes o después del hecho victimizante.</p>	<p>No es posible trazar un camino de paz y reconciliación si todavía quedan personas sufriendo los efectos adversos del conflicto. La primera misión de la justicia transicional es superar la guerra y devolver a las sociedades lo que ha perdido en ella. Obtener una reparación es un derecho fundamental de las víctimas.</p>	<p>Crear un Sistema de Reparación Integral a las Víctimas que abarque los mecanismos existentes de naturaleza judicial, extrajudicial, patrimonial y extrapatrimonial. De acuerdo con lo anterior, este sistema promoverá procesos de retorno, restitución de tierras, actos tempranos de reconocimiento de la responsabilidad, reparaciones colectivas, rehabilitación psicosocial, participación de las víctimas, entre otros.</p>

Instrumento	Consiste en...	Es importante porque...	La Mesa de Negociación pactó...
Reformas institucionales	<p>Crear, modificar o suprimir instituciones o normas jurídicas con miras a cumplir los objetivos principales de la justicia transicional: superar el conflicto armado, sus condiciones de posibilidad o causas estructurales y evitar que se repita en el futuro.</p>	<p>Algunas instituciones o normas jurídicas pudieron haber sido uno de los motivos por los que comenzó el conflicto armado; otras pudieron haber originado hechos victimizantes de manera directa. Mejorar el aparato institucional es una herramienta fundamental para evitar que los mismos hechos se repitan. De la misma manera, es fundamental fortalecer la estructura estatal para responder de manera más eficiente a los retos y vacíos de poder que deja la ausencia de los actores armados vinculados al conflicto.</p>	<p>Implementar reformas institucionales dirigidas a reforzar la prestación de servicios públicos y el control territorial por parte del Estado; así también, tendientes a garantizar la reparación a las víctimas y el juzgamiento de crímenes graves ocurridos en el desarrollo del conflicto y permitir la participación política de los grupos desmovilizados y brindar la seguridad necesaria para su inclusión en la democracia.</p>
Reconstrucción de la verdad y memoria histórica	<p>Esclarecer y divulgar los hechos ocurridos durante el conflicto armado. Esto implica conocer las razones y circunstancias en las cuales ocurrieron los hechos victimizantes, quién lo hizo, cuándo lo hizo, cuál fue la suerte de las víctimas. Instituciones claves en esta tarea son las comisiones históricas y de la verdad.</p>	<p>La verdad siempre es la primera víctima de la guerra: es necesario conocer el origen de la guerra y los hechos ocurridos para no cometer los mismos errores en el futuro. Además, para alcanzar la reconciliación social es necesario identificar a los victimarios directos o indirectos y reconocer el daño que sufrieron las víctimas e incentivar la solidaridad social; estas son formas de reparación.</p>	<p>La creación de una Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición. También, utilizar otros instrumentos de la justicia transicional como el Sistema de Reparación a las Víctimas y la Jurisdicción Especial de Paz para que los combatientes cuenten la verdad sobre los hechos ocurridos durante el conflicto armado.</p>
Políticas con enfoque de justicia social	<p>Adelantar programas de reducción de la pobreza, la desigualdad y —en general— de las condiciones de vulnerabilidad que pueden ser motivo de fenómenos de violencia o que hacen a las personas más propensas a sufrir hechos victimizantes.</p>	<p>Evitan que las situaciones de injusticia sean el detonante de nuevos conflictos, y contribuyen a superar todos los daños causados por la guerra sobre la sociedad (no solo sobre las víctimas directas). Además, en un escenario de desarrollo social se potencializa la reparación de las víctimas.</p>	<p>Implementar políticas de desarrollo agrario integral que implican nuevas formas de acceso a la tierra, infraestructura y adecuación, implementación de programas de salud, educación, erradicación de la pobreza, seguridad alimentaria, entre otros.</p>



Referencias bibliográficas

Fundación Ideas para la paz. *Los Debates sobre justicia transicional en Colombia*. Infografía consultada en <http://www.ideaspaz.org/especiales/justicia-transicional/> (Abril 11, 2016).

Pablo de Greiff, "Justicia y reparaciones", en AA.VV., *Justicia transicional: manual para América Latina*, 1º ed. en español, Brasilia & New York, ICTJ y otros, 2011, pp. 407 – 440.

Pablo Kalmanovitz, "Justicia correctiva vs. justicia social en casos de conflicto armado", en: AA.VV., *Justicia distributiva en sociedades de transición*, 1º ed. en español, Oslo, Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2012, ISBN: 978-82-93081-10-4, pp. 81.

Rodrigo Uprimny y María Paula Saffon, "Reparaciones transformadoras, justicia distributiva y profundización democrática", en AA.VV., *Reparación en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión*, 1º ed., Bogotá, ICTJ – DeJusticia, 2009, p. 52.

Paul Van Zyl, "Promoviendo la justicia transicional en sociedades post conflicto", en AA.VV., *Justicia transicional: manual para América Latina*, 1º ed. en español, Brasilia & New York, ICTJ y otros, 2011, p. 47.

III. Las comisiones de la verdad como mecanismos de justicia transicional



José A. Toro Valencia

Introducción: políticas de transición y justicia transicional

La necesidad de encontrar la verdad de períodos traumáticos de conflicto interno o de gobiernos autoritarios se convierte en un imperativo para el diseño de políticas de transición efectivas. Sin embargo, la gravedad de los hechos y el amplio marco espacial y temporal en el que tuvieron lugar graves violaciones de Derechos Humanos supone un reto para el logro de una paz duradera y estable.

Las políticas de transición se caracterizan por “desarrollar una serie de mecanismos que permitan la estabilidad de la naciente democracia o de la naciente paz, incluso si ellos suponen la ausencia de justicia” (Benavides, 2016, 464). Por tanto una política de transición deberá superar el difícil balance entre la estabilidad y la justicia que suponen tanto las situaciones de postconflicto y como de transición democrática. Dichos procesos generan la necesidad de desarrollar un marco de transición en el que es necesario dar respuesta a la cuestión de las masivas violaciones de Derechos Humanos, a las infracciones al Derecho Internacional Humanitario, es decir, a las atrocidades propias de los conflictos armados.

La consolidación del sistema internacional de Derechos Humanos, del Derecho Internacional Humanitario y la constitución de un Tribunal Penal Internacional permanente, conduce a identificar el campo de

la justicia transicional como un componente central en la implementación de las políticas de transición. De allí que se dé un proceso en el cual los Estados se encuentran ante la obligación de indagar por la verdad y sancionar a los “responsables de las graves violaciones de Derechos Humanos” (Benavides, 2016, 468).

Según Benavides todo proceso de justicia transicional debe cumplir con cuatro objetivos, en primer lugar determinar la verdad de lo acontecido. En segundo lugar buscar que se haga justicia, no necesariamente penal. En tercer lugar desarrollar una forma democrática de diseño y construcción de instituciones que garanticen una estabilidad en el postconflicto. Por último asegurar una paz duradera (2016, 468). Dentro de dicho marco el Derecho a la verdad y la lucha por la impunidad se convierten en uno de los elementos centrales de este tipo de procesos.

Sin embargo, los procesos de negociación y puesta en práctica del fin del conflicto armado generan una avalancha de casos que los mecanismos judiciales implementados no tienen la capacidad de tramitar de forma oportuna y eficiente, lo cual genera una clara tensión entre el Derecho a la verdad y a la pronta administración de justicia como un componente clave en la construcción de una paz duradera. Frente a la necesidad de encontrar una respuesta satisfactoria a la necesidad de encontrar la verdad, conmemorar la pérdida y sanar las heridas, por una parte, y frente a la amenaza de colapsar a la administración de justicia, los distintos procesos de transición encuentran en las denominadas comisiones de la verdad el ámbito en el cual se pueden agendar y desarrollar tales necesidades y conjurar las amenazas.

Comisiones de la verdad

Las comisiones de la verdad se entienden como aquellos “órganos oficiales, temporales y de constatación de hechos que no tienen carácter judicial y se ocupan de investigar abusos de los derechos humanos o el derecho humanitario que se hayan cometido a lo largo de varios años” (Orentlicher, 2005). Por tanto estos entes suponen un ámbito en el que se reconocen las necesidades de las víctimas para conocer la verdad de los hechos dramáticos sufridos en el marco de un conflicto armado.

Los objetivos de las comisiones se determinan a través de un instrumento normativo del Estado correspondiente. En general estas comisiones tienen como objetivos el identificar los hechos violentos, el proteger, reconocer y empoderar a las víctimas y deben desarrollar políticas de cambio institucional y social (ICTJ, 2013).

Las comisiones de la verdad se caracterizan entonces por ser mecanismos de reconciliación que garantizan la materialización del Derecho a la verdad. De igual forma se identifican por su carácter extrajudicial, pero complementario de la justicia del Estado o internacional. Se espera que trabajen conjuntamente bien por diseño institucional o por casualidad (Alston y Goodman, 2013). Se espera que las comisiones tengan un estudio orientado a los hechos y a las víctimas y no necesariamente a determinar la responsabilidad penal del individuo.

De igual forma las comisiones de la verdad se orientan a indagar por las violaciones masivas de Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, dentro de un período de tiempo específico. También se identifican por su transitoriedad, esto es no son órganos permanentes. Deben construir



un archivo que sirva de repositorio de los documentos, testimonios y otras pruebas de los hechos cometidos, su autoría, identidad de las víctimas, lugar de comisión, entre otros. Finalmente, las comisiones deben adoptar una metodología de trabajo orientada a las víctimas (Al, 2007; ICTJ, 2013; Benavides, 2016).

Crocker (2011) identifica ocho fines de las comisiones de la verdad, los cuales determinan su eficiencia e impacto. Estos son:

Verdad: la cual tiene dos componentes, el esclarecimiento de los hechos por una parte, y la identificación de los perpetradores, por la otra. Orenlichther lo define como el derecho inalienable a la verdad, entendido como el que tiene toda persona de saber la verdad acerca de los eventos "sucedidos en el pasado en relación con la perpetración de crímenes aberrantes y de las circunstancias y los motivos que llevaron, mediante violaciones masivas o sistemáticas, a la perpetración de esos crímenes (2005).

Plataforma pública para víctimas: supone la generación de los espacios para que las

víctimas y sobrevivientes presenten de manera segura, abierta su versión de los hechos y puedan escuchar bajo las mismas garantías los testimonios de otras víctimas y las versiones de los perpetradores.

Responsabilidad y castigo: no es propiamente un componente de las comisiones de la verdad, pero sí del modelo de justicia transicional que se adopte. Por lo tanto las comisiones proveen los insumos documentales, testimoniales para que el modelo de justicia penal que se adopte pueda conocer los hechos que investiga y procesa. De allí, que lo que se busque sea esclarecer los hechos.

Imperio de la ley: el Estado de Derecho debe guiar el actuar de las comisiones de la verdad. En consecuencia, estas deben obrar bajo los términos del orden jurídico y del mandato que legítimamente les fue otorgado.

Compensación para las víctimas: se debe identificar y procurar un mecanismo de reparación para las víctimas. Esta es una cuestión contextual, que depende "del alcance de su mandato y de la cantidad de tiempo que dure" (Crocker, 2011, 126).

Reforma institucional: diferentes miradas a las comisiones de la verdad coinciden en que estas son un instrumento para el desarrollo de políticas públicas orientadas a la construcción o consolidación de instituciones fuertes, garantistas y democráticas. El indagar por los hechos y atrocidades cometidas permite realizar un diagnóstico de las fallas y déficits de las instituciones, con el objetivo de evitar que estos hechos se cometan de nuevo.

Reconciliación: según Crocker (2011) en el desarrollo de las comisiones de la verdad se identifican tres significados. El primero es la simple coexistencia. El segundo es el respeto, y finalmente, el tercer significado como curación mutua y restauración (131).

Deliberación: finalmente, las comisiones propician y garantizan la generación de un espacio público de debate respetuoso, seguro y público. Serán el entorno para la construcción de argumentos y de consensos.

Una vez establecido el mandato de las comisiones de la verdad, estas deben gozar de las garantías que les permitan ejercer su misión con plena independencia y plena capacidad. Para ello se deben aplicar los siguientes criterios (Orenlichther, 2005): deben estar formadas por personas que frente a la opinión pública tengan competencia en Derechos Humanos y/o DIH y sean imparciales. Su conformación también debe garantizar la independencia de la comisión frente a quienes la constituyen y frente al Estado. Esto se refleja en que la estructura que se le dé a la comisión garantice la inamovilidad de sus integrantes. Además se les deberán otorgar los privilegios e inmunidades necesarios para el cabal cumplimiento de su actividad. Finalmente la composición de la comisión debe reflejar una debida representación de los grupos apropiados y tener un balance de género. De

igual forma en la conformación de las comisiones de la verdad las garantías que se otorguen no comprenden solo a su integrantes. Estas deben brindarse tanto a las personas acusadas, como a las víctimas y los testigos que declaran a su favor.

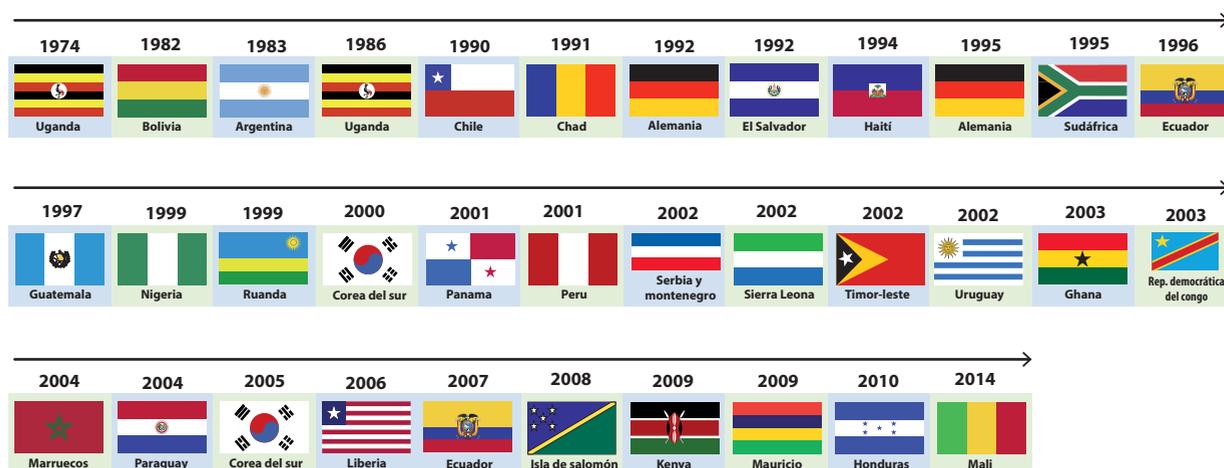
El producto final, y quizá su componente fundamental, de las comisiones de la verdad es la elaboración y publicación de un informe o reporte. Este documento es el texto en el que se registra y documenta todo el trabajo y toda la evidencia que se obtuvo del desarrollo de la misión de la comisión. El informe final contiene los hechos que encontró y recopiló la comisión, así como la descripción de los mismos y las conclusiones a las que se permite llegar con la evidencia recolectada. También se incorporan en el mismo las recomendaciones de políticas públicas y de diseño institucional. Además el informe debe incluir el mandato de la comisión, sus términos de referencia, las normas que la legitiman y sus reglas de procedimiento; el bagaje, experiencia y currículo de sus integrantes, así como las razones por las cuales fueron escogidos; una descripción de las instituciones que le dieron origen; una explicación de la metodología que se empleó para la recolección de información, testimonios, evidencias; un catálogo de los documentos, testimonios y demás pruebas que utilizó para la elaboración de sus conclusiones y finalmente una lista tanto de víctimas como de perpetradores, salvo que por motivos de seguridad no sea pertinente hacerlo (ICTJ, 2013).

No existe una norma internacional propiamente dicha que fije un estándar para la manera como deban funcionar o integrarse las comisiones de la verdad. Estas obedecen al contexto específico de cada conflicto o transición de la guerra a la paz o de la opresión a la democracia. Como fenómeno es reciente pues se ubica su origen en la Comisión Nacional sobre la Desaparición de

Personas, CONADEP (United States Institute for Peace, 2009; Alston & Goodman, 2013), la cual se constituyó en la República Argentina en 1983, para indagar sobre las desapariciones forzadas de personas durante la dictadura militar que sufrió dicho Estado entre 1976 y 1983⁸. Desde entonces se han constituido 33 comisiones de la verdad y 12 comisiones de investigación (USIP, 2009). El Instituto de los Estados Unidos para la Paz, distingue las comisiones de investigación de las comisiones de la verdad en cuanto al alcance de su mandato.

Para esta institución se han constituido 34 comisiones de la verdad, entendidas como aquellas cuyo objeto es investigar y reportar las violaciones y abusos de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario sobre un período específico de tiempo, en un Estado particular y en relación con un conflicto determinado (USIP, 2009). De estas las que se constituyeron en Bolivia, en Ecuador en 1996, y en Serbia y Montenegro en 2002 se disolvieron antes de concluir su mandato y por tanto no elaboraron un reporte final.

Línea de Tiempo 1: Comisiones de la verdad en el mundo



Fuente: Elaboración propia con base en <http://www.usip.org/publications/truth-commission-digital-collection>

Por su parte, las denominadas comisiones de investigación son entes con un mandato más limitado en el tiempo, en el espacio, y en el alcance de su reporte. La USIP (2016) identifica 12 experiencias de este tipo de investigación, las cuales se ven en la tabla 2.

Línea de Tiempo 2: Comisiones de investigación en el mundo



Fuente: Elaboración propia con base en <http://www.usip.org/publications/truth-commission-digital-collection>

8 Si bien la primera comisión de la verdad documentada fue la que se creó en Uganda en 1974, su informe no fue hecho público y su mandato fue muy limitado.

Del listado de Estados que las han constituido se aprecia que la experiencia de las comisiones de la verdad es universal, pues se da en diversas zonas de postconflicto. Sus resultados son diversos, pues algunas se disolvieron sin llegar a terminar su mandato y elaborar su informe, otras están dentro de instituciones del Estado (Etiopía), en otros casos la comisión de la verdad o de investigación no supuso el fin del conflicto (Sri Lanka). También se dan casos de comisiones en el marco de gobiernos autoritarios (Brasil) o de no elaborar un reporte (Zimbabue).

En suma se puede concluir que ante la ausencia de una norma clara de Derecho internacional que determine la exigencia

de una comisión de la verdad, y de un mandato normativo respecto de su mandato, funciones y estructura, sí es posible identificar un patrón común en las mismas. Por una parte es claro que se dan en circunstancias de transición de la guerra a la paz o del autoritarismo a la democracia, o en procesos de construcción de Estados. Por otra parte, la independencia y autoridad de sus miembros, así como las garantías para su debido funcionamiento, son elementos clave para la realización óptima de su misión. Finalmente, el alcance, cobertura, detalle de los hechos cometidos y la claridad y precisión de sus propuestas de políticas y reformas son la esencia del reporte e informe con el que termina el mandato de la comisión.

Referencias Bibliográficas

- Alston, Philip & Goodman, Ryan (2013) *Human Rights in Context*. Oxford: Oxford University Press.
- Amnistía Internacional (2007) *Verdad, justicia y reparación. Creación de una comisión de la verdad efectiva*. Londres: AI.
- Benavides Vanegas, Farid (2016) La justicia transicional y la responsabilidad por las atrocidades del pasado. En: Alviar G., H., Lemaitre R., J. & Perafán L., B. (eds.) (2016) *Constitución y democracia en movimiento*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Crocker, David (2011) Comisiones de la verdad, justicia transicional y sociedad civil. En: Minow, M. et al (2011) *Justicia transicional*. Bogotá: Siglo del Hombre Universidad de los Andes.
- International Center for Transitional Justice (2013) *Truth Seeking Elements of Creating an Effective Truth Commission*. Nueva York: Ministry of Justice of Brazil and ICTJ.
- Orentlicher, Diane (2005) *Report of the independent expert to update the Set of principles to combat impunity*. UN Economic and Social Council E/cn.4/2005/102/Add. I.
- United States Institute for Peace (2009) *Truth Commission Digital Collection*. Disponible en: <http://www.usip.org/publications/truth-commission-digital-collection>, consultado 13 de abril de 2016.

IV. La verdad y la justicia en los órganos de la JEP



Maximiliano A. Aramburo C.

A. ¿Justicia basada en la verdad?

La filosofía de siempre ha discutido acerca del concepto de verdad. Y son tantas las respuestas que se han dado sobre el problema de la verdad que cualquier cosa que haga un legislador determinado al respecto (por ejemplo: lo que decida sobre la verdad posible en un cierto tipo de procesos judiciales) inmediatamente suscita cuestionamientos desde cualquier parte del espectro de posibles concepciones de la verdad (¿Puede alcanzarse? ¿Es bueno perseguirla? ¿Cuáles son los límites —materiales y morales, por ejemplo— a la búsqueda de la verdad? ¿Es lo mismo en procesos civiles y penales? ¿Cuál debe ser el papel del juez en esa búsqueda?) Una reciente compilación (Nicolás y Frápoli, 2012) da cuenta de al menos siete grupos de teorías sobre la verdad desde el siglo XX hasta ahora y ello justifica preguntarse de qué se habla en el *Acuerdo sobre las víctimas del conflicto* (en adelante, el *Acuerdo*) cuando se señala que uno de sus pilares es “el esclarecimiento de la verdad”. Así, entonces, una de las cuestiones fundamentales para comprender el *Acuerdo* pasa por determinar qué relación

tiene ese principio con la *Comisión para el esclarecimiento de la verdad* (la Comisión, simplemente) y con la *Jurisdicción Especial para la Paz – JEP*.

Si —como cree Susan Haack (2013)— sólo existe un concepto de verdad, aunque haya una enorme multiplicidad de proposiciones que pueden ser calificadas como verdaderas, entonces parece legítimo pensar que el objetivo que persiguen los negociadores del *Acuerdo* tiene que ver tanto con la obtención de una *Verdad* (compuesta de distintas *verdades*) sobre las causas y las consecuencias del conflicto armado y tal sería la tarea de la *Comisión*), como con la idea de que una de las condiciones necesarias (pero no suficiente) de la legitimidad de las decisiones que adoptará la *JEP* es la verdad en el establecimiento de los hechos en que ellas se fundan. Esto quiere decir que la *Verdad* (así, con mayúsculas), tiene en el *Acuerdo* un carácter de legitimador político del cierre del conflicto, al mismo tiempo que las “distintas verdades” de cada uno de los casos que se lleven ante la *JEP* serán condición de

legitimidad de las decisiones propiamente judiciales. El reto de la implementación del *Acuerdo*, desde este punto de vista, supone hacer compatibles esas verdades, en hacerlas convergentes para alcanzar — en el “acumulado global”— el mayor grado de Verdad posible. Esto, por supuesto, no obedece a una especie de *relativismo epistémico*, que considere verdadera (o valiosa, o legítima) cualquier versión sobre cualquier hecho que llegue a la *Comisión* o a la *JEP*, sino que parte de al menos dos ideas que explican y justifican una apuesta por una reconstrucción razonablemente fiable de los hechos, en lugar de implementar soluciones que se abstienen de entrar en la determinación de la verdad (lo que algún autor como Taruffo (2012) llamaría soluciones “verifóbicas”) como podrían ser leyes de perdón y olvido: en primer lugar, la creencia en que lo que ha ocurrido en Colombia es un fenómeno de increíble complejidad política, social y cultural, que exige técnicas, metodologías y aproximaciones que no toleren el descuido de ninguna arista, cuando se trata de determinar, por ejemplo, las causas y las consecuencias del conflicto; en segundo lugar, la comprensión de que el conflicto de más de media centuria posee claves diacrónicas que exigen mecanismos igualmente complejos para que algún grado de verdad sea alcanzable.

En este sentido —y al menos en un plano teórico— es plausible pensar que el diseño institucional que se adopte condicionará la mutua implicación de los resultados que alcancen los distintos componentes del sistema adoptado para la averiguación de la verdad. Por eso, del *Acuerdo* resulta llamativo el hecho de que prácticamente se haya independizado la labor de la *Comisión* con respecto a la labor de la *JEP*: mientras aquella dispone de un amplio repertorio de instrumentos de averiguación y de cierta libertad para la valoración de los mismos, ésta tiene

un limitado margen para actuar y tiene la confesión voluntaria de los hechos como el más idóneo de los medios para la “fijación” (más que el descubrimiento) de la verdad.

De la confesión, claro, también se sirve la *Comisión*; pero el sistema impide que los hechos llevados por esta vía al sistema cuenten como confesados ante la *JEP*. Con todo, el sistema no solo no impide lo opuesto, sino que lo estimula: que las sentencias dictadas por la *JEP* con fundamento en las confesiones, alimenten la Verdad de la *Comisión*. Por supuesto, es dudoso que la confesión sea el medio más idóneo para alcanzar la Verdad: los temores de confesiones incompletas, o de confesiones de ciertos hechos no cometidos, para alcanzar los beneficios legales, estarán siempre a la orden del día. Pero esto no es distinto en la justicia ordinaria. De ello se ha ocupado ampliamente la doctrina durante décadas: en estos casos, más que averiguar la Verdad, se produce un cierto acuerdo para que —ante la imposibilidad de tener un aparato de investigación fuerte y capaz de labores exhaustivas de instrucción judicial sobre hechos de un conflicto longevo y complejo— al menos una parte, lo confesado, *cuenta como* verdad. Y esto, siguiendo el aforismo según el cual “lo mejor es enemigo de lo bueno”, podría ser una solución subóptima pero alcanzable. Al fin y al cabo, difícilmente se encuentra un solo sistema jurídico en el que la Verdad se considere un fin absoluto que no cede ante otros valores que se consideran útiles o importantes para la sociedad.

Por eso, lo que parece resultar de todo esto es que en el *Acuerdo* la Verdad importa (e importa mucho) pero no lo es todo. Y por ello se le trata como un principio (el principio de Verdad), susceptible de ser ponderado —sobre todo en los casos concretos juzgados por la *JEP*— más que como una regla inderrotable.

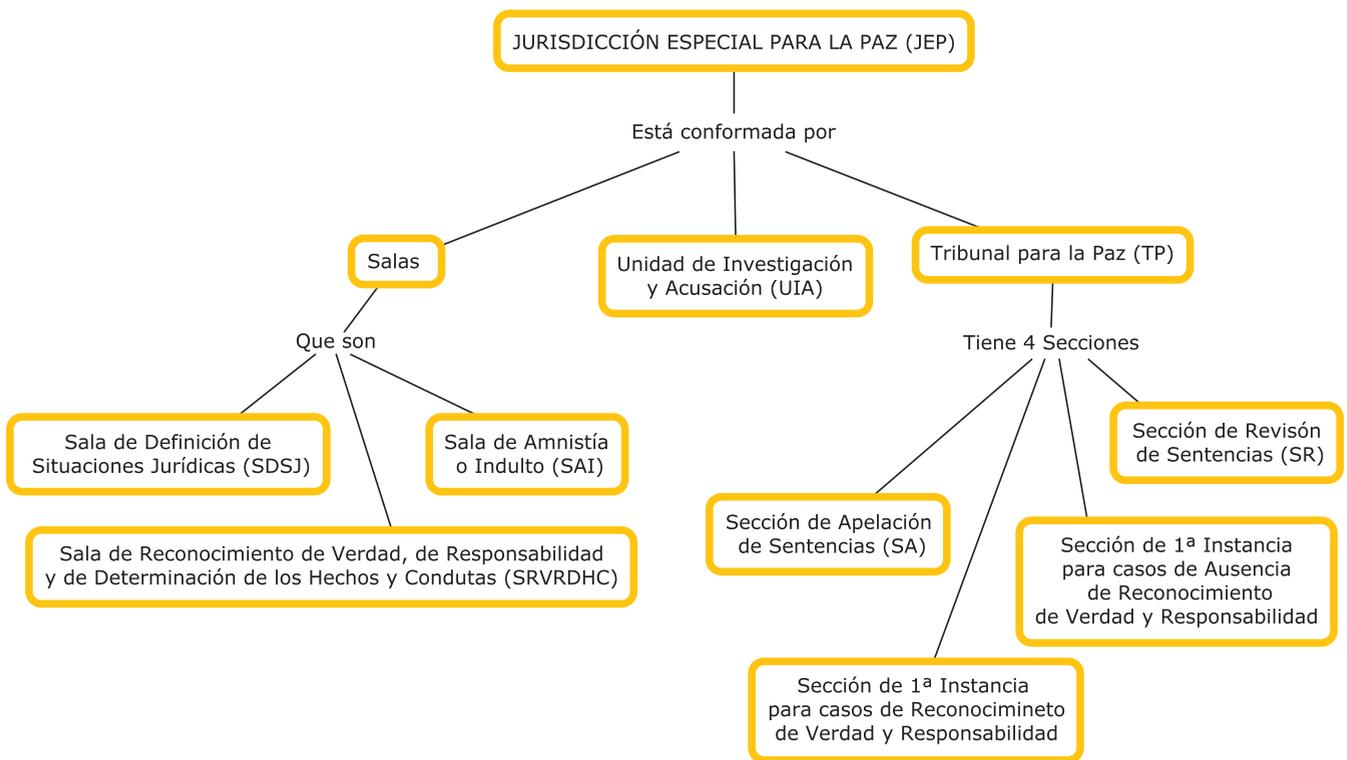
B. ¿Qué son y cómo operarán los órganos de la JEP?

1. Descripción General

El texto del *Acuerdo* concibe el componente de justicia como uno de los cinco “mecanismos y medidas” (en realidad, tres mecanismos y dos grupos de medidas) que integran el *Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición – SIVJRNR*. Dicho

componente de justicia se desarrolla a través de la llamada **Jurisdicción Especial para la Paz – JEP**, que está dividida en tres partes: i. la *Unidad de Investigación y Acusación* (UIA); ii. las tres Salas (SRVDHC, SDSJ, SAI); y iii. el *Tribunal para la Paz* (TP), el cual está, a su vez, conformado por cuatro secciones.

Gráfico 1: Componentes de la JEP



Fuente: Elaborado por Julián Correa Saavedra con base en el Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto

2. En Detalle

El componente de justicia del *Sistema* no se desprende de los objetivos de alcanzar la verdad y proteger los derechos de las víctimas (entre ellos, justamente, los de obtener justicia y ser reparadas); pero se concentra en el objetivo de adoptar decisiones sobre la

responsabilidad de quienes participaron de manera directa o indirecta en el conflicto —e imponer las sanciones correspondientes— con respecto a los hechos cometidos en el marco del mismo.

Aunque se declara la intención de que ninguno de los componentes del *SIVJRNR*

prevalezca sobre los demás, el detalle de la *JEP* deja claro que, al menos en la mayoría de los casos, al amparo de la garantía de no repetición prevalecerá la verdad, seguida de la reparación y, solo de manera marginal se dará lugar a la *justicia*, entendida como la aplicación de penas efectivas a los responsables de los delitos que no sean amnistiables, ni indultables. Esta concepción de la *justicia* es evidentemente reductiva, pues la justicia no se limita a la imposición de sanciones, pero coherente con el resto del *Acuerdo*, en la medida en que la reparación efectiva y las garantías de no repetición y el cumplimiento de instrumentos internacionales en materia de DIH y DIDH se instrumentan mediante los otros componentes.

¿Cuáles hechos se juzgarán?

Los cometidos antes de la entrada en vigor del *Acuerdo Final*, que sean:

- Graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario
- Graves violaciones de los Derechos Humanos

¿Por qué sólo estos?

Porque los demás delitos (principalmente los delitos políticos, como el de *rebelión*, y otros delitos conexos) serían susceptibles de indulto o amnistía, en el mayor grado posible, según el protocolo II de los Convenios de Ginebra. Tales amnistías están condicionadas a la finalización de la rebelión y se otorgarían por un subcomponente de la *JEP*, que es la *Sala de Amnistías e Indultos – SAI*.

Cuadro 2: Las relaciones de la JEP

La JEP y la responsabilidad del Estado

No exonera al Estado de sus deberes frente al respeto de los derechos humanos, el DIH y el DIDH, pues se trata de deberes contraídos en virtud de tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

La JEP y la Comisión de la Verdad

Nada de lo que se lleve voluntariamente a la *Comisión de la Verdad* tendrá valor probatorio ante la *JEP* (lo cual facilita un mayor grado de verdad, aunque se sacrifique parcialmente la justicia). Pero las sentencias que salgan de la *JEP* se enviarán inmediatamente a la *Comisión* para que su contenido contribuya al esclarecimiento de la *verdad* histórica. Adicionalmente, a mayor contribución de los implicados con el componente de verdad, mejor tratamiento recibirán de la *JEP*.

La JEP y la Justicia Ordinaria

La *JEP* se superpone a la justicia ordinaria. Esto significa que las conductas que ya hayan sido juzgadas por la jurisdicción ordinaria podrían ser *revisadas* por la *JEP* (en concreto, por la *Sección de Revisión*) para uno de tres fines: revocar las condenas (por inexistencia del hecho o por error manifiesto en la calificación jurídica), para declarar extinguida la sanción por tratarse de una pena ordinaria ya cumplida, o reemplazar la pena original por una propia de la *JEP*.

Fuente: Elaboración propia con base en el Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto

2.1. La UIA (Unidad de Investigación y Acusación)

Dado que el *SIVJRNR* privilegiará el reconocimiento de responsabilidades —tanto individuales como colectivas— la regla general de las condenas que imponga el *TP* será la aceptación voluntaria de los hechos por parte de los responsables. En esos casos, pues, no habría investigación ni acusación por parte de ninguna autoridad. En otras palabras, las competencias para *investigar* y *acusar* ante el *TP* que tendrá la *UIA* sólo se activarán cuando la *SRVDHC*, o la *SDSJ*, o la Sección de Revisión del *TP*, le envíen un caso, principalmente por el hecho de que alguien no reconozca su responsabilidad ante aquellas salas.

En cierta medida, la *UIA* es el equivalente funcional de lo que hace la Fiscalía General de la Nación en la jurisdicción ordinaria. Pero la *UIA* no tendrá relación con dicha entidad ni en su conformación ni en su funcionamiento, salvo por la necesaria colaboración que deberá recibir para su correcto funcionamiento.

En ejercicio de su competencia, la *UIA* será también la autoridad encargada de decidir sobre las medidas de protección aplicables a testigos, víctimas y demás intervinientes en el proceso. Sin embargo, no se trata de medidas cautelares ni de medidas de aseguramiento, pues éstas sólo puede decretarlas el *TP*.

La *UIA* podría considerar que no es necesario investigar algún hecho, pues debe concentrar su actuación en las conductas “graves y representativas”. En tales casos, debe enviar los casos a la *SDSJ* o a la *SAI*, según el caso. La decisión de no investigar no será semejante al *principio de oportunidad* de la jurisdicción ordinaria, sino la consecuencia necesaria del

carácter transitorio de la justicia transicional, que busca privilegiar los reconocimientos de responsabilidades y evitar la impunidad de los casos más graves, siempre que no se trate de graves violaciones a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario.

2.2. Las Salas: *SRVRDHC*, *SDSJ*, *SAI*

2.2.1. La *SRVRDHC* (Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad y Determinación de los Hechos y Conductas):

Esta Sala debe decidir si un hecho determinado (preferentemente los casos más graves y las conductas o prácticas más representativas) fue cometido en relación con el conflicto armado o con ocasión de este y, en consecuencia, si es de competencia del *SIVJRNR*.

Para ello, recibirá informes de diferentes entidades (judiciales, disciplinarias y de control), de organizaciones de víctimas y de derechos humanos, de tal manera que pueda confeccionar un inventario de las posibles infracciones que serían objeto de la *JEP*, clasificándolas por presunto autor. A estos efectos, esta sala debe darle la oportunidad a cada presunto autor de hacer un “reconocimiento de verdad y responsabilidad” o de negar la autoría o la relación del hecho con el conflicto.

Las labores de esta sala concluirán con una *resolución de conclusiones*, que se presentará al *TP* con dos listados de personas: quienes no serán amnistiados ni indultados y quienes no serán llevados ante el *TP*.



2.2.2. La SDSJ (Sala de Definición de Situaciones Jurídicas):

Aunque en el *Acuerdo* no es muy claro qué significa “definir situación jurídica”, es claro que no es lo mismo que significaba en los sistemas procesales anteriores a la ley 906 de 2004, cuando definir la situación jurídica consistía en decidir si se imponía o no algún tipo de medida de aseguramiento mientras llegaba el juicio.

Esta Sala conocerá de tres tipos de supuestos:

- Personas que no serán amnistiadas, ni indultadas, ni serán incluidas en la resolución de conclusiones.
- Personas que no serán declaradas responsables ante el *TP*, porque serán amnistiadas o indultadas.
- Sentencias (condenas) proferidas por la justicia ordinaria, a personas a las que sí están cobijadas por la *JEP*, en los casos en los que el condenado así lo solicite.

Así las cosas, si no hay reconocimiento de responsabilidad, esta Sala evalúa si, según la gravedad del caso, remite el caso a la *SAI* o a la *SRVDHC*.

2.2.3. La SAI (Sala de Amnistías e Indultos):

La *SRVDHC* debe remitir a la *SAI* el listado de quienes se beneficiarían con estas medidas, siempre que sus conductas sean amnistiables o indultables. La *SAI* determinará cuál medida aplica, pero podrá otorgarlas — de oficio o a petición de parte— incluso a personas ya condenadas o investigadas, de conformidad con lo que se establezca en la Ley de Amnistía, que deberá ser tramitada en el Congreso como parte de la implementación del *Acuerdo Final*. Esta competencia también podrá ejercerla cuando el *TP* al conocer de alguna conducta, considere que es amniable o indultable.

2.3. EL TP

Aunque no se dice expresamente que se trate de un Tribunal *penal* —y dado que la reparación a las víctimas se tramita por otro cauce— se trata de un órgano judicial para juzgar las conductas que constituyan delitos que no sean amnistiables, ni indultables en los términos del protocolo II de los Convenios de Ginebra y tiene por finalidad imponer penas y medidas restrictivas de derechos. Sus decisiones, por lo tanto, constituirán cosa juzgada (así como las decisiones de las Salas que concedan amnistías o indultos y las que definan situaciones jurídicas).

Con respeto del principio de doble instancia, el Tribunal estará conformado por cuatro secciones, así:

- *Dos secciones de primera instancia:*
 - Una, para quienes *sí* reconocen responsabilidad ante la *Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad y Determinación de los hechos y conductas*, órgano que dictará una *resolución* que equivale a la acusación del proceso penal “ordinario”. En estos casos, las sentencias que profiera el TP —si efectivamente corresponden las conductas reconocidas con los responsables de las mismas y las sanciones previstas— equivalen a las sentencias anticipadas del Código de Procedimiento Penal de 2000 o al allanamiento o aceptación de cargos del Código de Procedimiento Penal de 2004. Las condenas, en estos casos, suponen una pena reducida en función de los aportes a la verdad que se hagan por parte del responsable.
 - Otra —que se concibe como excepcional— para quienes *no* reconocen responsabilidad y, por lo tanto, se

someten a un juicio. Ante la ausencia de reconocimiento de responsabilidad, la *SRVRDHC* debe decidir si envía las actuaciones a la *UIA* para que ésta, en ejercicio de sus competencias, determine si hay lugar a la acusación. Sólo en caso de que ésta lo haga, se activa la competencia de esta sección del TP, caso en el cual se debe adelantar un juicio contradictorio en el que, además, se podrá condenar al Estado o a otras organizaciones (por ejemplo, las guerrillas) a efectuar reparaciones simbólicas.

Esta Sección, además, es la encargada de decretar las medidas cautelares que le solicite la *UIA*.

En ambos casos, tienen plena aplicación principios como los de debido proceso, garantía de defensa y presunción de inocencia.

- *Una sección de apelaciones (SA):*

Aunque las decisiones de las Salas y de las Secciones del TP pueden ser objeto de recurso de reposición (ante la propia Sala o Sección que la haya proferido, cosa que no ocurre en el procedimiento normal, en el que las sentencias no son susceptibles de este recurso), la *Sección de Apelaciones* cumplirá la función de juez de segunda instancia respecto de todas las decisiones adoptadas.

Esta Sección también será el juez que resolverá los casos extraordinarios en los que las sentencias vulneren derechos fundamentales de una víctima. Este tipo de recurso equivale funcionalmente a una acción de tutela contra decisión judicial.

- *Una sección de revisión (SR):*

Esta sala puede ser considerada como el órgano más importante de todo el TP, pues tiene a su cargo:

- la determinación de cuáles conductas son conexas con los delitos políticos (rebelión), en caso de dudas de las demás secciones o salas;
- la revisión de las decisiones cuando se produzca alguna de las causales que el reglamento desarrollará (que serán semejantes a los recursos procesales extraordinarios: casación o revisión).
- la resolución de conflictos de competencias.
- el pronunciamiento sobre cualquier decisión de cualquier autoridad que pretenda dejar sin efecto amnistías o indultos.
- la revisión de las condenas impuestas por la justicia ordinaria (si lo solicita la *SDSJ*), para determinar si dichas sanciones son conformes con el *SIVJNR*, y verificar si ya ha sido cumplida.
- la revisión de las condenas impuestas por la justicia ordinaria (a petición del condenado), por hechos que podrían ser cobijados por el *SIVJNR*.

3. ¿Quiénes integran la JEP?

Tanto las Salas (*SRVDHC*, *SDSJ* y *SAI*) como el *TP* están conformadas por personas que tendrán la categoría de *magistrados*, es decir, de funcionarios judiciales del Estado colombiano. Pero no serán funcionarios de carrera judicial; es decir, no tendrán funciones jurisdiccionales de manera permanente y serán nombrados por un procedimiento especial que aún no ha sido establecido. A pesar de ese régimen especial, por tener la categoría de funcionarios judiciales deben actuar con independencia (de cualquier poder) e

imparcialidad (con respecto a las partes del proceso) correspondiente.

Para integrar las *Salas* o el *TP*, se exigirán los mismos requisitos (en cuanto a formación y experiencia) que se exigen actualmente para ser magistrado de algunas corporaciones judiciales, así:

- Para ser magistrado de las *Salas*, se exigirán los mismos requisitos que se exigen para ser magistrado de *Tribunal Superior de Distrito Judicial*: ser ciudadano en ejercicio, ser abogado, no haber sido condenado a pena privativa de la libertad (salvo por delitos políticos o culposos) y acreditar experiencia de 8 años en cargos en la rama judicial o el Ministerio Público, o haber ejercido la profesión de abogado o la cátedra universitaria durante el mismo período, en áreas relacionadas con la magistratura que se ejercerá

En cada una de las salas habrá un mínimo de 6 magistrados, “altamente calificados”, que se seleccionarán con criterios de equidad de género y respeto a la diversidad étnica y cultural, mediante un proceso de selección que dé confianza a la sociedad colombiana.

- Para ser magistrado del *Tribunal*, se exigirán los mismos requisitos que se exigen actualmente para ser magistrado de una de las llamadas *Altas Cortes* — Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado y Corte Constitucional— según el art. 232 de la Constitución: ser ciudadano en ejercicio, ser abogado, no haber sido condenado a pena privativa de la libertad (salvo por delitos políticos o culposos) y acreditar experiencia de 15 años en cargos en la rama judicial o el Ministerio Público, o haber ejercido

la profesión de abogado o la cátedra universitaria durante el mismo período, en áreas relacionadas con la magistratura que se ejercerá.

En principio, se elegirán veinte magistrados colombianos de nacimiento (cinco para cada una de las cuatro secciones) y cuatro extranjeros. Estos últimos solo actuarán en las *Secciones* en caso de ser solicitados por la persona juzgada. En tales casos, la *Sección* que conocerá del caso se integrará por tres magistrados colombianos y dos extranjeros.

Para integrar la *UIA*, por el contrario, no hay requisitos especiales. En el *Acuerdo* no se ha establecido aún el número y nacionalidad de los integrantes de esta Unidad, pero sí se ha determinado que debe ser “un número suficiente de profesionales del Derecho”, que estén altamente calificados en investigación y acusación. Esta Unidad debe estar asistida de un equipo de investigación técnico-forense, especialmente para la exhumación e identificación de restos de personas desaparecidas

y para casos de violencia sexual. Corresponderá al mecanismo de implementación del acuerdo —que aun no se ha definido— el desarrollo de todos los criterios.

4. Plazos

En el *Acuerdo* se dispone que el Estado deberá poner en funcionamiento el componente de justicia del *SIVJRN* lo más pronto posible. Esto quiere decir que la *UIA* y las Salas de la *JEP* deberán comenzar a funcionar a más tardar tres meses después de la entrada en vigor del *Acuerdo* o antes si el mismo así lo dispone y que, en todo caso, a partir de entonces no podrá transcurrir más de un mes sin que las *Secciones* del *TP* sean puestas en marcha. De cualquier manera, está claro que los distintos órganos judiciales que componen la *JEP* sólo tendrán competencia frente a los delitos cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de ese *Acuerdo* Final.

Referencias bibliográficas

- Haack, Susan, 2013: *Putting philosophy to work. Inquiry and its Place on Culture*. Expanded ed. Amherst: Prometheus, 345 p.
- Nicolás, Juan Antonio y Frápoli, María José, 2012: *Teorías contemporáneas de la verdad*, 2ª ed. Madrid: Tecnos, 720 p.
- Taruffo, Michele, 2012: “Contra la verifobia. Observaciones dispersas en respuesta a Bruno Cavallone”, en Cavallone, B. y Taruffo, M., *Verifobia. Un diálogo sobre prueba y verdad*. Trad. M. Aramburo. Lima: Palestra, pp. 53-78.

V. Amnistía política post-conflictual: limitada y condicionada



Gloria María Gallego García

Búsqueda de la paz y justicia transicional

La paz es necesidad perentoria y tarea política principal para aquellas sociedades que se encuentran en guerra. Por ello, ante la realidad de la presencia persistente de la guerra en Colombia, la Constitución Política declara que la paz constituye un fin fundamental de la asociación política y un derecho fundamental del que somos todos titulares: “La paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento” (artículo 22). El núcleo de dicho derecho lo constituye el derecho de los seres humanos y del pueblo colombiano a vivir en paz y a no padecer guerras.

El derecho fundamental a la paz tiene como correlato deberes y obligaciones fundamentales a cargo de las autoridades de la República, en concordancia con su deber general consagrado en el artículo 2 de la Constitución de “proteger a todas las personas residentes en Colombia en

su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”: 1) la obligación de arreglar las controversias nacionales e internacionales por medios pacíficos y democráticos: acudir al diálogo y a la conciliación para la resolución de conflictos a todos los niveles de la vida social y política y en las relaciones internacionales, esto es, la conciliación, la negociación, el arbitraje, la diplomacia; 2) la obligación de renunciar a la guerra como método de resolución de conflictos tanto en el plano interno como en el plano internacional; 3) la obligación de prevenir las guerras mediante políticas que contrarresten los factores que dan lugar a la aparición de graves conflictos políticos y sociales que pueden desembocar en lucha armada entre grupos políticos rivales; 4) si existe una guerra, es debido proteger a las personas civiles y la población civil de la acción de los ejércitos de las partes en conflicto y de



los efectos de las hostilidades, al tiempo que es debido intentar dar solución negociada al conflicto armado, en cuanto haya alguna oportunidad de hacerlo⁹.

El imperativo derivado del derecho fundamental a la paz es el de explorar las vías de la mediación, el acercamiento y la negociación para terminar la guerra interna, siempre que se avizore una oportunidad en la concreta coyuntura de desarrollo del conflicto, por un asunto de coherencia: debe haber congruencia entre el medio y el fin, si la meta es la paz, el camino no debe ser la guerra, sino la palabra, el diálogo, la política.

En este complejo asunto constitucional de la resolución del problema de la guerra y de allanar los caminos hacia la paz le compete al Presidente de la República un papel preponderante, por cuanto según la Constitución él simboliza la unidad nacional y al jurar la Constitución se obliga a garantizar los derechos fundamentales a todos los colombianos (artículo 188). Sobre esta materia el Presidente de la República tiene el deber de aprovechar la coyuntura propicia

para acudir al diálogo en pos de una terminación pactada del conflicto armado porque, precisamente, entre sus obligaciones como Jefe de Estado y Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas está la de resolver pacíficamente los conflictos y trabajar en procura de alcanzar una situación de paz en todo el territorio nacional que garantice a todos el derecho fundamental a la paz (artículo 22). Para lo cual el artículo 189 de la Constitución le confiere múltiples atribuciones que le permiten combinar la autoridad (conservar el orden público, usar la fuerza en defensa

9 Gloria María Gallego García, Capítulo XXXI: El derecho a la paz, en Francisco Javier Ansuátegui Roig, Rafael de Asís Roig, Eusebio Fernández García y Gregorio Peces-Barba Martínez (Directores), *Historia de los derechos fundamentales*. Tomo IV, Siglo XXI. Volumen VI: *El derecho positivo de los derechos humanos. Libro III: Los derechos económicos, sociales y culturales*, Madrid, Dykinson, pp. 1661–1737.

del sistema legal vigente, dirigir operaciones de guerra, proteger a las personas civiles en medio de la guerra) con los instrumentos de política general (el diálogo, la mediación política, la diplomacia) en procura de una terminación de la guerra mediante un pacto de paz; de ahí que en los trabajos por la paz sea al Presidente a quien corresponde “convenir y ratificar los tratados de paz, de todo lo cual dará cuenta inmediata al Congreso” (numeral 6).

Tomando en cuenta la correlación de fuerzas en el conflicto y ante una coyuntura propicia a la paz, lo debido es intentar la negociación en acatamiento a la Constitución; no es un asunto de deseo y preferencia personal sino un asunto de derecho y Constitución, una materia de derechos fundamentales y un deber de medios, no de resultados. Esta es la hipótesis que se verificó y que aprovechó el Presidente Santos. Con un fuerte debate y tensiones internas las FARC entraron en una etapa proclive a la finalización de la lucha armada: los máximos líderes pasan de 60 años y llevan más de treinta años alzados en armas y en la selva y calcularon que no era posible ganarle la guerra al Estado ya que sus fuerzas se encontraban debilitadas militar y políticamente a causa de los fuertes golpes militares que durante varios años les propinaron las fuerzas armadas estatales que les hicieron perder a muchos de sus líderes y a una gran cantidad de combatientes y les quitaron la capacidad para practicar una guerra de posiciones ni siquiera en los territorios de mayor influencia. Además, quienes eran sus referentes en el Continente (Fidel y Raúl Castro, Hugo Chávez, por ejemplo) les expresaron que la toma revolucionaria del poder central a través de las armas era inverosímil y que la izquierda latinoamericana debía volcar su lucha al campo

legal y electoral para llegar al poder. En estas circunstancias, se les cerró el espacio y progresivamente se quedaron sin apoyos. De ahí, la llegada a la mesa de negociación de La Habana, después de ocho meses de acercamientos, que da inicio al proceso de paz en noviembre de 2012.

La meta es llegar a un acuerdo definitivo de paz, que consistiría en el pacto entre las partes del conflicto para poner fin a las hostilidades y que los insurgentes se desmovilicen, abandonen las armas y retornen a la vida civil y, en lo sucesivo, desechen la guerra y la violencia como método de resolución de conflictos, comprometiéndose a resolver sus divergencias por métodos pacíficos y democráticos. Todo ello con el acompañamiento de la sociedad civil, las organizaciones de víctimas y la comunidad internacional.

Ni la justicia perfecta, ni la armonía y plenitud de la vida social se alcanzan con el acuerdo de paz, sino algo menos grandioso pero importante: la finalización de la guerra que señala un hito en la creación de un nuevo marco para la convivencia civil y política de todas las personas y sectores del país. Con la incorporación de los otrora insurgentes a la vida democrática es previsible que se haga más intenso el debate político, pues en teoría este sería el momento de afrontar los factores sociales, económicos y políticos que originaron el conflicto armado. El conflicto desaparece como conflicto armado y deviene únicamente conflicto político.

A tal propósito, el Presidente de la República no tiene que justificar la realización de los diálogos de paz con los grupos insurgentes ni solicitar el aval popular ni para conversar ni para firmar el acuerdo definitivo de paz al que se pudiera llegar, porque la paz es la

razón de ser de nuestra asociación política y está dando cumplimiento a un cometido fundamental del Estado y a su obligación constitucional de proveer las condiciones para la realización del derecho fundamental a la paz, obligación que debe asegurar aún contra el querer de una eventual mayoría adversa a la solución pactada del conflicto. Como dice Ferrajoli, "sería impropio e inaceptable el sometimiento de la paz, es decir de la solución pacífica del conflicto en cuanto negociada, a consultas populares, lamentablemente de incierto resultado: sobre la paz no se vota ni se decide por mayorías, del mismo modo que no se vota ni se decide por mayoría respecto de la dignidad o la igualdad de las personas o respecto a otros principios supremos como son el derecho a la vida y las libertades fundamentales"¹⁰.

Ahora, alcanzar la paz conlleva necesariamente aplicar fórmulas de *justicia transicional*: se trata de una solución negociada de una guerra prolongada y feroz y, por consiguiente, no hay vencedores ni vencidos y el pacto, la transacción y las concesiones mutuas son indispensables. Es preciso acudir a una justicia especial y excepcional, distinta de la justicia ordinaria, que haga viable el paso a un futuro mejor.

El Estado no va a hacer salir a los guerrilleros de la selva y de sus dominios territoriales a cambio de nada. La experiencia muestra que ningún grupo insurgente renuncia unilateralmente a la lucha armada para que a continuación sus miembros sean encarcelados y castigados con penas de prisión de larga duración por los delitos cometidos con ocasión del conflicto.

En general, es necesario otorgar dispositivos de atenuación punitiva (amnistía –parcial y condicionada–, indultos, rebajas de pena, penas alternativas a la prisión, libertades

condicionales) para obtener la voluntad de paz de todas las partes en conflicto, incluidas las fuerzas armadas estatales.

El recurso a los mecanismos alternativos de justicia transicional tiene un fundamento moral y jurídico que da solvencia a la adopción de fórmulas políticas y jurídicas de compromiso en pos de la recuperación de la paz. Porque la paz es el fin esencial del Estado y un derecho fundamental consagrado en la Constitución.

La guerra debe concluir mediante acuerdo, y para eso se requiere combinar paz y justicia, indulgencia y responsabilidad. Esta conciliación tiene fundamento moral y forma parte del arte de la política y de la dosis de generosidad que una sociedad debe aportar en aras de la paz y la reconciliación. Si se persiste en la mirada al pasado y en la obstinación en el castigo, no habrá manera de transitar hacia la paz.

Es primordial que hechos terribles sean reconocidos por medio de una respuesta adecuada orientada hacia a las víctimas, antes que a darles su merecido a los victimarios. Lo crucial es la reparación a las víctimas, antes que castigar y causar dolor y sufrimiento a los autores de los delitos.

10 Luigi Ferrajoli, "La justicia penal transicional en la Colombia del posconflicto y las garantías para la paz interna", en *Jueces para la Democracia*, núm. 84, Madrid, 2015, p. 144.

La obligación del Estado de investigar, juzgar y sancionar a quienes han cometido graves infracciones al derecho internacional no decae en los procesos de transición, pero la urgencia de alcanzar la paz conlleva una relativización de la persecución y sanción penal, siempre y cuando se cumplan unos estándares mínimos, indeclinables de sanción y de justicia reparadora en pro de las víctimas del conflicto. Es lo que se detalla a continuación.

Amnistía política post-conflictual: limitada y condicionada

Las viejas maneras de terminar las guerras tanto en Colombia como en muchos otros países, consistían en un pacto paz cuyas propias cláusulas excluían la memoria de lo sucedido y cualquier medida orientada al pasado traumático, esto es, no persecución penal ni reparación a las víctimas. La fórmula por excelencia era la *amnistía general*, esto es, una medida legal que impone un olvido político y jurídico de todo lo hecho en el conflicto armado (amnistía viene de *amnestia*: amnesia) e implica que no sólo las autoridades olvidan los graves delitos cometidos durante la guerra y no emprenderán acciones penales, sino que se busca un silencio y un olvido que impregnen a la sociedad para adormecer odios y resentimientos. La finalidad era encubrir completamente los crímenes del pasado eliminando cualquier investigación; este olvido institucional era visto como una garantía de restablecimiento de la paz, para lo cual se pasaba página y se decretaba un “aquí no ha pasado nada”, como si la guerra con sus atrocidades no hubiera sucedido.

Diffícilmente ese olvido colectivo y total pueda traer la paz, pues la reconciliación es sólo aparente: es imposible borrar de un tajo experiencias brutales, tanto en un plano individual como colectivo; es imposible negar el pasado y obligar a las víctimas a olvidar y a que padezcan la injusticia en silencio y sin reparación. El olvido sólo sirve a los ideólogos y autores de la barbarie de todas las partes en conflicto: mientras que las víctimas no pueden olvidar, los victimarios quieren que la sociedad y la administración de justicia se olviden de ellos.

Actualmente nada de esto parece aceptable. Durante las últimas décadas se ha verificado un cambio en el marco cultural y jurídico determinante sobre lo que se puede y no se puede pactar para salir de una dictadura o de una guerra. En tiempos del deber de memoria el pasado no debe ser anulado, hay que registrar los atropellos cometidos contra la población civil, reparar los daños, investigar y juzgar graves episodios de violación de los derechos humanos y recuperar a las víctimas. Esto implica que la transición de la guerra a la paz no puede realizarse sin memoria y sin justicia; esa justicia es la de transición, una justicia especial que concilia la respuesta al pasado traumático y la necesidad de abrir camino a la paz ofreciendo distintos dispositivos especiales de atenuación punitiva, tales como la amnistía parcial y condicionada, penas alternativas condicionadas a la reparación material y simbólica de las víctimas, libertades condicionales, memoria individual y colectiva, verdad.

Aún en el nuevo marco cultural y jurídico signado por el deber de memoria y el deber de elaborar el pasado traumático, la amnistía sigue siendo un instrumento

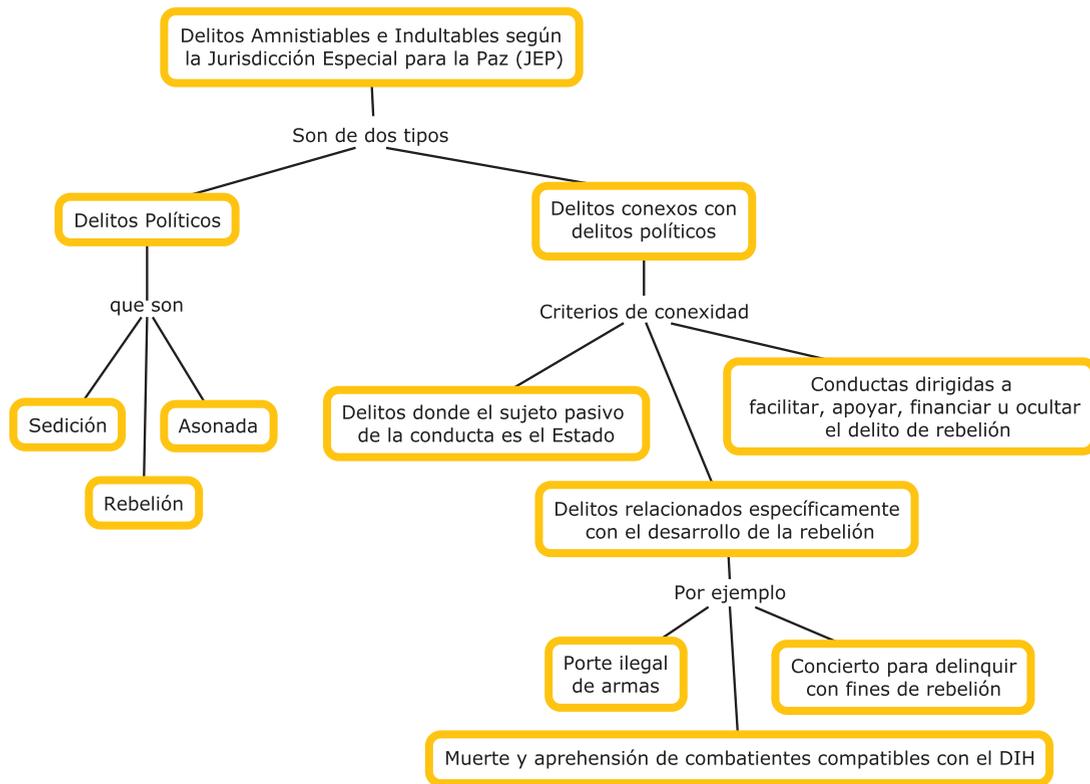
político y jurídico indispensable para alcanzar la paz interna y facilitar la reconciliación nacional. El derecho penal (tanto interno, como internacional) no puede descartar la concesión de una amnistía, como medida necesaria para obtener la paz. Este es el sentido de la norma de la Constitución que faculta al Congreso de la República para conceder, por mayoría de los dos tercios de los votos de los senadores y representantes, amnistías o indultos por delitos políticos “por graves motivos de conveniencia pública” (artículo 150, num. 17). Como también es el sentido de la única referencia explícita que el derecho internacional convencional hace a la amnistía y que posibilita su aplicación a los conflictos armados internos. El artículo 6, num. 5 del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra, relativo a los conflictos armados no internacionales, que establece: “A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado”.

Tanto la Constitución como el derecho internacional facultan a las autoridades para emitir una medida legal extraordinaria, cuya función principal es la de eliminar la posibilidad y las consecuencias de la responsabilidad penal en relación con las personas que hayan tomado parte en el conflicto y en relación con determinados delitos, con independencia de si la persona en cuestión ha sido procesada

por el delito ante un tribunal de justicia. No se ordena a las autoridades otorgar la amnistía, sino que se les deja abierta esta posibilidad jurídica para que hagan uso de ella por motivos de grave conveniencia pública (la garantía de la paz, asunto público por excelencia y derecho fundamental) según las necesidades de la transición y la prudencia política; ni se les autoriza a conceder cualquier amnistía: no una total (la amnistía general), sino una “lo más amplia posible”, esto es, la que dentro de ciertos límites facilite la paz y la reconstrucción de la convivencia civil. El objetivo es alentar un gesto de reconciliación que contribuya a restablecer el curso normal de la vida en un pueblo dividido y enfrentado.

Este es exactamente el espíritu de lo pactado por el Gobierno y las FARC en el Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto: la amnistía deviene un mecanismo político y jurídico indispensable para poner fin a una guerra prolongada y feroz, pues el mero recurso a la reducción de pena puede ser un incentivo insuficiente para convencer a los insurgentes para que abandonen las armas y se reincorporen a la vida civil. Sin amnistía no habría ninguna probabilidad de alcanzar el acuerdo definitivo de paz; no obstante, no toda amnistía es admisible y hay que hacer un delicado balance entre la necesidad de alcanzar la paz y las exigencias de la justicia, con lo cual los crímenes graves cometidos con ocasión del conflicto armado (crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad) deben ser objeto de la actuación sancionatoria de los tribunales de justicia, previendo fórmulas de atenuación punitiva para estos graves delitos si se revela integralmente la verdad y se repara a las víctimas.

Gráfico 2: Delitos Amnistiables e Indultables según la JEP



Fuente: Elaborado por Julián Correa Saavedra con base en el Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto

El Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto (num. 23 y 38) prevé una amnistía limitada para los delitos políticos (rebelión, sedición y asonada) y conexos, cometidos en el desarrollo del conflicto, por las personas que formen parte de los grupos rebeldes con los cuales se firme el Acuerdo definitivo de paz. Para aquellos que hayan sido acusados o condenados por delitos políticos y conexos mediante providencias proferidas por la administración de justicia habrá indultos. El Acuerdo condiciona el beneficio a que las FARC prometan deponer sus armas incondicionalmente y así facilitar la terminación de las hostilidades (condición establecida en el citado artículo 6, num. 5 del Protocolo adicional II a las Convenios de Ginebra). De ahí que se contemple una cláusula de revocación de la amnistía si la parte insurgente viola las cláusulas acordadas.

La amnistía cobijará los delitos políticos (rebelión, sedición, asonada); en especial el delito de rebelión, que es el delito en el que característicamente incurren los insurgentes: se niegan a cumplir la obligación política que tienen como ciudadanos de un Estado cual es someterse al poder central, obedecer el derecho, y toman el recurso a la lucha armada colectiva y organizada para confrontar y combatir al poder central, decididos a combatir, matar y morir por la victoria de su causa en contra del Gobierno o del poder constituido, al que pretenden derrocar y sustituir.

Hacer la paz es reconciliarse políticamente en el sentido de dejar de matarse y tratarse ya no como enemigos en el campo militar, sino como rivales políticos que se guardan respeto mutuo y reciprocidad democrática



como personas y como ciudadanos del mismo país. Ello implica que el Estado renuncia a castigar a los insurgentes por el mero hecho de haber empuñado las armas y combatido en su contra y extiende este beneficio a los delitos conexos, esto es, a los delitos que inevitablemente están ligados a la rebelión y que son cometidos como una consecuencia inevitable del conflicto armado, tales como porte ilegal de armas, daño en bien ajeno, concierto para delinquir, lesiones personales y homicidios en combate (esto es, resultado de las hostilidades contra el enemigo dentro de los límites establecidos por el derecho internacional humanitario). Según el Acuerdo, una ley de amnistía, debatida y aprobada por el Congreso de la República, establecerá cuáles serán los delitos amnistiables e indultables y cuáles los criterios de conexidad. No podrán ser amnistiados ni indultados los delitos que carezcan de relación con la rebelión.

Puesto que a la luz del derecho internacional humanitario, hay un mundo regulado al interior de la guerra y hay límites a la violencia que pueden ejercer las partes en conflicto en su propósito de doblegar al adversario y no vale cualquier forma de atacar al enemigo ni es nunca legítimo atacar a la población civil, en ningún caso se podrán calificar de conexos al delito político las infracciones al derecho internacional humanitario (los graves crímenes de guerra), como tampoco los crímenes de lesa humanidad y el genocidio.

Tiene todo el sentido la concesión de amnistía por delitos políticos y conexos a los miembros de las FARC, pues según la legalidad del Estado moderno este es el delito característico de quienes toman la opción de la insurgencia armada para desafiar al poder del Estado, de manera que la firma del acuerdo definitivo de paz vendría a ponerle

fin a la rebelión, al sellar el pacto de abandono de la lucha armada de carácter insurgente: los miembros de las FARC dejan las armas y cesan las hostilidades, se someten al ordenamiento jurídico, se comprometen a retornar a la vida civil y a adoptar la política como forma de acción ajena a la violencia, dentro de las instituciones democráticas del orden nacional, regional y local bajo las condiciones demarcadas por la Constitución y las leyes. Es decir, dejan de ser insurgentes y su vieja rebelión se convierte en sólo conflicto político: los antiguos enemigos militares ahora están reconciliados en la medida en que abandonan los combates, se respetan los unos a los otros como ciudadanos, participan recíprocamente en el juego democrático y desempeñan un papel en las deliberaciones con respecto al futuro del país. Seguirá habiendo controversia, competencia, conflicto pero en el espacio público-político y según las reglas de la democracia.

La amnistía sólo está prevista para los responsables de delitos políticos y, obviamente, no cobija ninguno de los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública (fuerzas militares y policía nacional) con ocasión del conflicto. Ellos no cometen ningún delito político, pues están empleando las armas en defensa del orden constitucional, según la función que les encomienda la Constitución (artículo 217), y si en operaciones militares violan el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos cometen crímenes de guerra o incluso crímenes de lesa humanidad, que están excluidos de la amnistía.

La entrada en vigencia del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional limita considerablemente la discreción de los

representantes del Gobierno y de las FARC sobre lo que pueden pactar en materia de exenciones de persecución penal, por cuanto a la luz del derecho penal internacional las amnistías generales se tornan inadmisibles. Según el Preámbulo del Estatuto de Roma –vigente para Colombia desde el 1º. de noviembre de 2002 para crímenes de lesa humanidad y genocidio y en lo que respecta a crímenes de guerra sólo desde el 1º. de noviembre de 2009¹¹–, “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia”. Hay una decisión de “poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y contribuir así a la prevención de nuevos crímenes” y, en consecuencia, se proclama el deber de todo Estado de “ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales”.

11 El 5 de agosto de 2002, el Presidente Andrés Pastrana ratificó el Tratado de Roma, pero hizo uso del artículo 124 del Estatuto, una disposición de transición que permitió a los Estados firmantes invocar una exclusión de la competencia de la Corte respecto de supuestos crímenes de guerra cometidos en su territorio o por sus nacionales, durante un período de siete años. Sólo Francia y Colombia acudieron a esta disposición transitoria.

El derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho penal internacional consagran la obligación estatal de investigar, juzgar y sancionar a quienes han cometido crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad o genocidio, por entender que afectan no sólo a seres humanos concretos, sino a intereses fundamentales de la comunidad internacional en su conjunto. Los crímenes de derecho internacional no son asuntos internos y frente a ellos rige el principio de universalidad y de jurisdicción universal.

No hay en el Estatuto de Roma norma que prohíba las amnistías; mas, en la práctica se tiende a concordar en que las amnistías generales no son válidas conforme al derecho internacional porque descartan las investigaciones penales, impiden que los autores y partícipes de las violaciones de los derechos humanos sean identificados y procesados y cancelan el establecimiento de la verdad dejando a las víctimas en la más completa indefensión¹².

Si el Estado colombiano tiene el deber de perseguir ciertos delitos de trascendencia internacional, no se puede conceder una amnistía general (para todos los delitos cometidos con ocasión del conflicto armado) en el proceso de paz, acompañada de una renuncia a la verdad, a la memoria y a la reparación a las víctimas. Este modelo de transición resulta incompatible con el Estatuto de Roma, aunque éste no contenga una norma expresa sobre amnistías. Aquí está el límite irrebাসable a lo que las partes pueden pactar en la mesa de negociación: no serán objeto de amnistía ni indulto las conductas tipificadas en la legislación nacional que se correspondan con los delitos de lesa humanidad, el genocidio y los graves crímenes de guerra (la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso

carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores), conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma (num. 40).

Estos graves delitos serán objeto de investigación y juzgamiento por parte de la Jurisdicción Especial para la Paz que es un sistema de justicia de transición y con mecanismos alternativos serios para elaborar el pasado; de manera que hay un componente de sanción por los graves crímenes cometidos con ocasión del conflicto armado (lo que suele llamarse justicia retributiva), pero no el previsto de ordinario en el Código penal, sino que para alcanzar la voluntad de paz de las partes en conflicto se consagran penas alternativas (penas restrictivas de la libertad) o una atenuación significativa de la pena privativa de la libertad para los autores y partícipes que confiesen sus crímenes, hagan una revelación completa de los hechos y reparen a las víctimas, sean insurgentes o sean miembros de la fuerza pública. La atenuación de la respuesta penal facilita el avance a un estado de cosas mejor (la paz) y la justicia, se centra, antes que en castigar, en atender a las víctimas mediante la justicia reparadora (reparación material y reparación simbólica).

12 Ver, Kai Ambos, *El marco jurídico de la justicia de transición*, 1ª. ed., Bogotá, Editorial Temis, 2008, pp. 7-117; Mark Freeman, *Necessary Evils: Amnesties and the Search for Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010; Pierre Hazan, "Medir el impacto de las políticas de castigo y de perdón: en favor de una evaluación de la justicia de transición", en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 861, 2006; Michael P. Scharf, "The Amnesty Exception to the Jurisdiction of the International Criminal Court", en *Cornell International Law Journal*, vol. 32, 1999.

Referencias bibliográficas

- Ambos, Kai, *El marco jurídico de la justicia de transición*, 1ª. ed., Bogotá, Editorial Temis, 2008.
- Bobbio, Norberto, "Derecho y guerra", en *El problema de la guerra y las vías de la paz*, 1ª. ed. (1ª. reimp.), Barcelona, 2000.
- Ferrajoli, Luigi, "La justicia penal transicional en la Colombia del posconflicto y las garantías para la paz interna", en *Jueces para la Democracia*, núm. 84, Madrid, 2015.
- Freeman, Mark, *Necessary Evils: Amnesties and the Search for Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.
- Gallego García, Gloria María, Capítulo XXXI: *El derecho a la paz*, en Francisco Javier Ansuátegui Roig, Rafael de Asís Roig, Eusebio Fernández García y Gregorio Peces-Barba Martínez (Directores), *Historia de los derechos fundamentales*. Tomo IV, Siglo XXI. Volumen VI: *El derecho positivo de los derechos humanos. Libro III: Los derechos económicos, sociales y culturales*, Madrid, Dykinson, 2014.
- Hazan, Pierre, "Medir el impacto de las políticas de castigo y de perdón: en favor de una evaluación de la justicia de transición", en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 861, 2006.
- Scharf, Michael P., "The Amnesty Exception to the Jurisdiction of the International Criminal Court", en *Cornell International Law Journal*, vol. 32, 1999.
- Werle, Gerhard, *Tratado de derecho penal internacional*, 2ª. ed., trad. de María Gutiérrez Rodríguez y otros, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

VI. Las implicaciones del Acuerdo sobre Víctimas para los Agentes del Estado que participaron en el conflicto armado



Alejandro Gómez Velásquez

Introducción

El conflicto armado Colombiano ha tenido como una de las partes enfrentadas al Estado. Así, las personas que actuaron y actúan en nombre del Estado, en tanto agentes de una de las partes del conflicto, pueden a su vez ser consideradas como víctimas y/o victimarios en el marco del conflicto armado. Por lo tanto, indagar sobre la responsabilidad de las personas que actuaron en representación del Estado es una necesidad en cualquier proceso de justicia transicional que pretenda ser integral y definitivo, en especial, si a éste se ha llegado por una vía negociada.

A pesar de lo evidente de este razonamiento, han sido excepcionales las experiencias internacionales donde se haya puesto fin a un conflicto armado y se haya

establecido la responsabilidad de los miembros del Estado por los excesos cometidos en el desarrollo del conflicto. La ausencia de responsabilidad de dirigentes, funcionarios y de los miembros de las fuerzas armadas oficiales, amparada en la noción de soberanía y “razón de Estado”, han sido la regla general. Por lo tanto, la utilización de auto-amnistías e indultos, ya sean explícitas o de facto, han sido los instrumentos por los cuales se solía resolver la responsabilidad de quienes actuaban en nombre del Estado en un conflicto armado.

Ha sido especialmente por la actuación de los tribunales internacionales, y en algunos casos nacionales, donde esta tendencia ha comenzado a revertirse recientemente. Con la creación de los tribunales ad-hoc en el marco de las Naciones Unidas, la aprobación

del Estatuto de Roma y la actuación decidida de los tribunales regionales de Derechos Humanos, en particular de la Corte Interamericana, se ha decantado la idea que no existe ningún tipo de inmunidad para los agentes estatales que participaron en conflictos armados, máxime cuando éstos actuaron como autores o partícipes de graves violaciones a los derechos humanos, crímenes de guerra o de lesa humanidad, a pesar de la existencia de amnistías e indultos que dispusieran lo contrario.

Conscientes de esta tendencia, en el contexto del proceso de negociación que actualmente se adelanta con la guerrilla de la FARC, el componente de la responsabilidad por los actos cometidos por los agentes del Estado en el marco del conflicto armado ha estado presente. Desde esta nueva perspectiva, es claro que el Estado como ente abstracto y de construcción político-jurídica actúa como parte del conflicto a través de agentes. Para el caso colombiano, de manera genérica puede interpretarse por Agentes del Estado a todos aquellos funcionarios o servidores públicos que actuaron o actúan en nombre y representación del Estado Colombiano. Desde esta concepción amplia, podrán pertenecer a esta categoría todos los funcionarios de las ramas y órganos que hagan parte del Estado Colombiano y no sólo los funcionarios del Gobierno Nacional. Sin embargo, en el marco del actual proceso de negociación se ha venido indagando por la responsabilidad de los agentes del Estado que tuvieron o tienen participación en el desarrollo del conflicto armado colombiano que pretende terminarse, y a partir de allí, establecer un régimen de responsabilidad transicional para ellos que contribuya a la firma de un acuerdo de paz entre las partes enfrentadas.

Desde esta perspectiva, si bien es claro que conceptualmente los Agentes del Estado pueden ser combatientes o no, en los documentos y pronunciamientos que se conocen del actual proceso de negociación, cuando se utiliza el término de Agentes del Estado, generalmente se particulariza para hacer referencia a los miembros de la fuerza pública. Por lo anterior, y por considerar que son los miembros del Ejército y la Policía Nacional los ejemplos paradigmáticos de los Agentes Estatales, el presente escrito se propone abordar lo que hasta el actual momento de las negociaciones se conoce públicamente sobre el régimen de responsabilidad transicional para los Agentes del Estado y en particular para los integrantes de la fuerza pública que hayan tenido participación en el conflicto armado.

Para ello, el presente escrito se estructura en dos partes. En una primera parte se caracterizará el régimen del fuero penal militar y policial vigente que sirve como punto de partida para la discusión sobre la responsabilidad de los miembros de la fuerza pública. En una segunda parte, se destacarán los aspectos relevantes que constan en el Acuerdo sobre los Derechos de las Víctimas en relación a la responsabilidad por actos cometidos por Agentes Estatales. Antes de dar comienzo al plan propuesto, se considera oportuno advertir, por un lado, el ánimo difusor y orientador que inspira el presente ejercicio; y por otro, que el que se trate de abordar un aspecto de una negociación aún en desarrollo hace necesario explicitar el carácter preliminar de lo acá expuesto, por lo cual se recurre a la compresión y discrecionalidad del lector frente a posibles cambios que surjan en el objeto de estudio.



La Justicia Penal Militar y Policial

La existencia de la justicia penal militar ha sido una de las constantes del constitucionalismo colombiano. A pesar de ser más reciente, también ha existido en Colombia una jurisdicción penal policial desde hace más de medio siglo. Ambas instituciones fueron conservadas con la expedición de la Constitución de 1991, sin mayor discusión ni cambios en su consagración.

Sin embargo, ha sido a partir de la interpretación que de dichas instituciones ha hecho la Corte Constitucional, donde se ha venido precisando y restringiendo su alcance a la luz del texto constitucional de 1991. A manera de ejemplo, el Alto Tribunal ha interpretado que el fuero penal militar deberá ser predicable exclusivamente para conductas que guarden relación con el servicio, es decir, con aquellas conductas que se deriven directamente de la función militar o policial que la Constitución, la ley y los reglamentos les ha asignado¹³. En este sentido, no será

suficiente que la conducta haya sido cometida con ocasión del conflicto, lo cual ha implicado que conductas constitutivas de graves violaciones de Derechos Humanos hayan sido excluidas del conocimiento de la justicia penal militar y por ende, investigadas y juzgadas por la justicia ordinaria.

Este tipo de decisiones judiciales, ha conducido a que en los últimos años se hayan emprendido varios intentos de reforma, tanto constitucionales como legales, con el fin de adoptar, precisar o incluso resistir varias de las reglas jurisprudenciales creadas en este tema. Dentro de esta tendencia, resulta paradigmática la reforma realizada a los artículos 116, 152 y 221 Constitucionales mediante el Acto Legislativo 02 de 2012, con la cual se

13 Entre otras véase las sentencias C-358 de 1997 y C-878 de 2000.

pretendió ampliar el alcance del fuero militar y policial a raíz del escándalo de los “falsos positivos”, reforma que posteriormente fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional con fundamento en vicios de procedimiento en su aprobación¹⁴.

Como parte de esta tendencia, el año inmediatamente anterior se aprobó mediante el Acto Legislativo 01 de 2015, una nueva reforma al artículo 221 Superior donde además de mantenerse los elementos tradicionales del fuero penal militar y policial, se dispuso al Derecho Internacional Humanitario como el ordenamiento que debía ser aplicado en la investigación y juzgamiento de este tipo de conductas. Sobre esta nueva reforma, recientemente la Corte Constitucional ha declarado su constitucionalidad condicionándola a que se entienda que la aplicación del Derecho Internacional Humanitario no puede excluir la aplicación “convergente y complementaria” del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ya que en una interpretación diferente, advierte la Corte, se sustituiría un pilar esencial del texto constitucional vigente¹⁵.

De lo descrito puede afirmarse que han sido frecuentes los intentos recientes de reforma sobre el alcance de la figura del fuero penal militar y policial por las vías ordinarias y con pretensión de permanencia. De esta tendencia, debe advertirse que llama la atención el hecho de cómo siendo éste un tema directamente relacionado con la terminación del conflicto armado y por ende, ser susceptible de medidas de justicia transicional, no se le haya dado este tratamiento, a pesar de haber tenido lugar durante el desarrollo de las actuales negociaciones de paz. Este es un asunto que debe abordarse en el marco de la justicia transicional, y no de forma aislada y con carácter de permanencia.

Los contenidos del Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto para Agentes del Estado

Como punto de partida para acercarnos al Acuerdo sobre Víctimas del Conflicto, debe señalarse que dentro del equipo negociador del gobierno ha participado de forma permanente personal en retiro de las fuerzas armadas, a saber, los Generales Mora Rangel y Naranjo Trujillo del Ejército y la Policía Nacional respectivamente, quienes gozan de una significativa representatividad en ambas instituciones. Incluso, personal activo de las fuerzas armadas ha participado directamente en algunas subcomisiones técnicas. Por lo tanto, en las negociaciones se ha contado con participación activa y directa por parte de Agentes del Estado, así como en la aprobación de los Borradores Conjuntos, incluyendo al Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto.

A pesar de dicha participación, surge la inquietud de si el régimen propuesto de responsabilidad transicional de los agentes del Estado ha sido o no objeto de negociación. El Presidente de la República ha sido vehemente en afirmar que éste no ha sido ni discutido ni negociado en la mesa de

14 Corte Constitucional, Sentencia C-740 de 2013 MP: Nilson Pinilla Pinilla.

15 Corte Constitucional, Sentencia C-084 de 2016 MP: Luis Ernesto Vargas Silva

diálogos, sino que ha respondido a “una discusión interna dentro del Gobierno colombiano”¹⁶. En este sentido, si bien es claro que sobre este régimen de responsabilidad poco se especifica en el Borrador Conjunto en comparación con la responsabilidad de otros actores del conflicto, también es cierto que por la pretensión de integridad de la que goza el sistema allí creado, la interpretación de sus elementos a la luz de otros documentos y pronunciamientos hechos en el contexto de las negociaciones permiten vislumbrar los rasgos característicos de lo que sería el régimen transicional de responsabilidad para los agentes públicos.

Entrando en materia, sea lo primero señalar que el Acuerdo dispone expresamente que el funcionamiento del componente de justicia del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición- SIVJRNR es inescindible y se aplicará de manera simultánea e integral a todos los que participaron directa e indirectamente en el conflicto armado¹⁷,

con lo cual se deja en claro que en éste se incluye a los Agentes del Estado dentro del componente de justicia del Acuerdo. Para que las actuaciones de estos sean de conocimiento de la Justicia Especial para la Paz, se requiere que estas sean conductas constitutivas de infracciones penales o disciplinarias y que guarden relación “directa o indirectamente”¹⁸ con el conflicto armado o hubieran sido cometidos “por causa”¹⁹ o con ocasión de éste.

De ser este el caso, señala el Acuerdo que si bien el componente de justicia operará de forma simultánea e integral para todos los actores del conflicto, para los Agentes del Estado, su aplicación será diferenciada, en tanto se les otorgará un tratamiento especial, equitativo, equilibrado y simétrico²⁰. Sobre el significado de cada uno de estos adjetivos debe señalarse que el Acuerdo no lo aborda expresamente sino que éste parece diferirlo hasta antes de la firma del Acuerdo Final de paz²¹; sin embargo, de pronunciamientos y documentos expedidos

16 Santos Calderón, Juan Manuel, “Palabras del Presidente Juan Manuel Santos en la ceremonia de ascensos de generales y almirantes de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional”. Bogotá, 23 de diciembre de 2015. El pronunciamiento puede ser consultado en el siguiente enlace: <http://es.presidencia.gov.co/discursos/Palabras-del-Presidente-Juan-Manuel-Santos-en-la-ceremonia-de-ascensos-de-generales-y-almirantes-de-las-Fuerzas-Militares-y-la-Policia-Nacional>

17 Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto, p. 24

18 Así lo dispone el documento suscrito por el Ministro de Justicia y del Derecho, y Ministro de Defensa Nacional sobre el particular. “*Compromiso del gobierno nacional en el marco del fin del conflicto armado, para la aplicación de la jurisdicción especial para la paz a los Agentes del Estado*” Bogotá, Diciembre de 2015.

19 Idem.

20 Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto, p. 26.

21 A página 40 del Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto se establece que “*La configuración definitiva de las sanciones propias del sistema aplicables a los agentes del Estado, será definida antes de la firma del Acuerdo Final de Paz, respetando lo ya establecido en el JEP respecto a las sanciones propias, alternativas y ordinarias*”.

en el contexto de la mesa de negociaciones se hace posible precisarlos con mayor detalle. Así, del carácter diferenciado puede afirmarse que hace referencia a reconocer la calidad de garante de los derechos con la que actúa el Estado a través de sus agentes, y por ende, a adoptar la presunción de que el Estado ejerce de manera legítima el monopolio de la armas. En palabras del Presidente de la República, esto implicará que las actuaciones se “presuman legales”²² y que deberá ser en el proceso judicial donde ello se desvirtúe.

El tratamiento especial hace relación a la ejecución de las sanciones, ya que en el caso de los agentes del Estado se aplicará el fuero carcelario, es decir, que la privación efectiva de la libertad, de ser el caso, se hará en los establecimientos previstos en el

régimen penitenciario y carcelario establecidos por las propias fuerzas. Por su parte, sobre el carácter equitativo puede señalarse que hace referencia a que el tiempo de duración de las sanciones, que son de naturaleza propia, alternativa y ordinaria que se impongan a los agentes del Estado, será en todo caso el mismo definido en la Jurisdicción Especial para todos los responsables.

Y los parámetros de equilibrio y simetría, parecen hacer referencia a que el alcance de las amnistías e indultos otorgados serán iguales para todos los actores del conflicto, al igual que el catálogo de conductas sobre las que se prohíben expresamente dichos beneficios. Con ello, en palabras del Presidente de la República se evitarán injusticias del pasado “donde los soldados y policías acaban en la cárcel y los guerrilleros acaban libres”²³.

Tabla 1: Características del tratamiento de los Agentes del Estado que hayan participado en el conflicto armado

Diferencial	Especial	Equitativo	Equilibrado y Simétrico
Parte de la presunción de legalidad de la actuación de los Agentes del estado	La ejecución de las sanciones se hará atenuando a un fuero carcelario especial.	El <i>quantum</i> de las penas establecidas será igual que todas las partes del conflicto.	Las amnistías e indultos serán iguales para todas las partes del conflicto.

Fuente: Elaboración propia con base en el Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto

Sobre el marco normativo de la responsabilidad de los agentes del Estado, señala el Acuerdo que estará basado en el Derecho Internacional Humanitario, y que para establecer la responsabilidad de ellos se valorará lo establecido en las reglas operacionales de la fuerza pública vigentes al momento de los hechos. Sin embargo, es

pertinente señalar que esta disposición debe interpretarse según el condicionamiento realizado por la Corte Constitucional

22 Santos Calderón, Juan Manuel. Op. Cit.

23 Idem.

en el sentido de que la aplicación del Derecho Internacional Humanitario deberá ser convergente y complementaria con lo dispuesto por el Derecho Internacional de Derechos Humanos.

Frente al alcance de la responsabilidad de los Agentes del Estado, en particular del personal militar y policial vale la pena destacar tres aspectos a los que hace referencia explícita el Acuerdo. En primer lugar, se encuentra que la responsabilidad del mando no podrá predicarse exclusivamente en razón del rango, la jerarquía o ámbito de la jurisdicción del agente. Al respecto, señala el Acuerdo que 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 misma, así como en los medios a su alcance para prevenir, y de haber ocurrido, promover las investigaciones procedentes. En este sentido, "no habrá responsabilidad simplemente porque un superior estaba encargado de esa unidad y alguien de esa unidad cometió un delito"²⁴.

En segundo lugar, en el Acuerdo se hace referencia a la prevalencia de la Jurisdicción Especial para la Paz sobre las demás y su capacidad para revisar actuaciones judiciales anteriores. Frente al primero de los aspectos mencionados, es claro que la seguridad jurídica para los miembros de las Fuerzas Militares, la Policía Nacional y en general los Agentes del Estado, se deriva de la participación de éstos en los diferentes mecanismos del Sistema Integral, así como de la investigación, juzgamiento y sanción por parte de la Jurisdicción Especial para la Paz, en particular, del Tribunal para la Paz,

instancia máxima de cierre de esta Jurisdicción. En este sentido, todas las decisiones de la Jurisdicción Especial para la Paz harán tránsito a cosa juzgada y se garantizará su inmutabilidad. Por lo tanto, las decisiones allí adoptadas, sólo podrán ser invalidadas o dejadas sin efecto por el mismo Tribunal.

Derivada de la prevalencia de la Jurisdicción para la Paz, se establece el hecho de que ésta pueda revisar las sanciones o investigaciones penales, disciplinarias o administrativas que se hayan impuesto o se adelanten contra Agentes del Estado. Esta revisión deberá hacerse a solicitud del sancionado o investigado y será competencia de la Sección de Revisión del Tribunal. Sobre el alcance de la misma, señala el Acuerdo, que dicha jurisdicción se limitará bien a anular o extinguir la responsabilidad o la sanción disciplinaria o administrativa impuesta por conductas relacionadas con el conflicto armado. En el caso de sanciones, la revisión podrá hacerse por inexistencia del hecho, por error manifiesto su calificación jurídica o por tratarse de una conducta amnistiable o indultable según la ley de amnistía. Como limitación a dicha revisión se establece el hecho de que la solicitud del agente no podrá llevar aparejada la reapertura de una investigación penal por los mismos hechos.

En el caso de investigaciones vigentes, se establece en el Borrador Conjunto que la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas tendrá la función de resolver la situación jurídica de los Agentes del Estado que

24 Idem.

hayan participado en el conflicto armado cuando no hayan tenido la mayor responsabilidad de los delitos más graves y representativos. En estos casos, frente a quienes hayan cumplido las condiciones del Sistema Integral, la Jurisdicción Especial para la Paz podrá aplicar, según el nivel de responsabilidad, medidas de resolución de la situación jurídica, como por ejemplo la suspensión de la ejecución de la pena y la renuncia a la persecución penal, entre otras.

El tercer aspecto relativo a la responsabilidad de los agentes estatales se refiere a la finalidad de la pena y el condicionamiento de la misma. En virtud de los criterios de integralidad del componente de justicia, se ha establecido que al igual que para los

demás actores del conflicto, las sanciones que se interpongan a los Agentes del Estado, tendrán como finalidad esencial satisfacer los derechos de las víctimas y consolidar la paz. Por lo tanto, ellos deberán contribuir al esclarecimiento de la verdad, reparar a las víctimas y garantizar la no repetición. En relación con la reparación material de las víctimas, dispone el Acuerdo que el Gobierno Nacional impulsará las leyes que definan la naturaleza, alcance y contenidos de las medidas de reparación de víctimas por parte de los Agentes del Estado, en las cuales se garantizará la concurrencia del Estado en las misma. Por lo tanto, el agente que no cumpla con lo anterior, o aporte de manera dolosa información falsa perderá el tratamiento especial de justicia.

Gráfico 3: Características de la responsabilidad de Agentes del Estado en el Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto



Fuente: Elaboración propia con base en el Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto

Conclusión preliminar

De lo hasta aquí dispuesto puede concluirse que el hecho de que el proceso actual de negociación que se adelanta entre el Gobierno y las FARC incluya un régimen de responsabilidad transicional para los Agentes del Estado es cuando menos novedoso en el ámbito internacional. En palabras del Acuerdo logrado, dicha responsabilidad operará de forma simultánea e integral para todos los actores del conflicto, pero su aplicación para los Agentes del Estado será diferenciada, en tanto se les otorgará un tratamiento especial, equitativo, equilibrado y simétrico. Del significado de estos adjetivos, se derivará no sólo el apoyo y legitimidad que estos agentes presten al proceso de negociación para poner fin al conflicto que nos aqueja, sino también qué tan adecuadas son las medidas adoptada para evitar la impunidad que proscriben los estándares internacionales y qué tan disuasivas son las garantías de no repetición que permitan que el fin de conflicto sea definitivo. Un balance adecuado de esta tensión parece estarse procurando en las negociaciones en curso.

VII. Rendición de cuentas de los terceros civiles vinculados con el conflicto



Julián Correa Saavedra

Introducción

En el curso de los más de cincuenta años en los que el conflicto interno armado colombiano ha tenido lugar, los distintos actores armados que han existido durante este periodo (grupos guerrilleros, fuerza pública estatal y grupos paramilitares, principalmente), no son los únicos que han participado en la dinámica de violencia generalizada que ha afligido al país. Aunque es indiscutible que por *regla general* la población civil ha sido la que ha tenido que soportar las más trágicas consecuencias de los rigores del conflicto –al punto de ser unánimemente considerada como la mayor víctima del mismo– también es verdad que algunos de sus miembros en ciertos casos han estado involucrados activamente en el desarrollo de la confrontación armada y, excepcionalmente, incluso en la perpetración de graves delitos ocurridos en el marco del conflicto. Así pues, este último grupo de individuos ha sido englobado en la categoría de “terceros civiles” vinculados con el conflicto armado.

No obstante, no debe perderse de vista que este término es bastante amplio pues en él pueden inscribirse sujetos provenientes de grupos poblacionales tan heterogéneos como lo son los empresarios (y demás actores o agentes económicos), las organizaciones no gubernamentales (independientemente de su orientación ideológica), los grupos sindicales, los partidos y movimientos políticos, los medios de comunicación y aun las instituciones religiosas, por lo que este conglomerado denominado como “terceros civiles” tal vez alberga como única

característica común el que sus miembros han estado relacionados, de alguna manera, con el conflicto armado interno colombiano sin que ello signifique su adscripción a ninguno de los actores armados enfrentados, es decir, sin que pueda predicarse de estos individuos su condición de “combatientes” a la luz del derecho internacional humanitario²⁵.

Ahora bien, en un escenario como el actual en el que no sólo se intenta poner fin por medio de una negociación política al conflicto armado en Colombia, sino en el que también se pretende afrontar el legado de masivas atrocidades ocurridas en el transcurso del conflicto mediante la puesta en marcha de un sistema de *justicia transicional* que garantice los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación de las víctimas, su procedencia heterogénea y su naturaleza civil no implica que los “terceros civiles” vinculados con el conflicto no deban comprometerse con un proceso de *rendición de cuentas* en el que se responsabilicen por sus actos y por los perjuicios causados con ellos. Más aún, cuando su vinculación con un proceso de tal índole, les ofrece al mismo tiempo una oportunidad *única* para definir y clausurar definitivamente su responsabilidad jurídica –e incluso política y moral– por los hechos delictivos en los que participaron, especialmente si los mismos estuvieron relacionados con la comisión de delitos graves.

Los terceros civiles en el Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto

El pasado 15 de diciembre de 2015 el Gobierno Nacional y la guerrilla de las FARC finalmente hicieron público el texto completo del borrador conjunto donde

quedó consignado el *Acuerdo Sobre las Víctimas del Conflicto* (quinto punto de la agenda de negociación) mediante el cual se crea el denominado “Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición” (en adelante, SIVJRNR).

Aun cuando este sistema de justicia transicional no se refiere expresamente a la categoría de “terceros civiles”, siguiendo una lógica semejante a la descrita líneas atrás, el SIVJRNR estableció como uno de sus objetivos (y principios) el de la *rendición de cuentas*, prescribiendo que: “mediante el establecimiento de responsabilidades, todos los participantes en el conflicto, de forma directa o indirecta, combatientes o no combatientes, deberán asumir su responsabilidad por las graves violaciones e infracciones cometidas en el contexto y en razón del conflicto armado”, lo cual deja claro que la aplicación del SIVJRNR incluirá también a los miembros de la población civil y que en su condición de objetivo y principio del sistema dicho lineamiento se irradia consecuentemente a sus distintos componentes.

De esta manera, el 15º principio de la *Jurisdicción Especial para la Paz* (en adelante, JEP) justamente establece que este componente

25 A pesar de que no existe una definición explícita en el derecho internacional humanitario, el término *combatientes* suele ser utilizado en dicha normatividad para referirse a individuos que participan activa y constantemente en enfrentamientos bélicos y hostilidades, es decir, que integran formalmente grupos armados.

de justicia del SIVJRNR: “es inescindible y se aplicará de manera simultánea e integral a todos los que participaron directa o indirectamente en el conflicto”, pauta que se concreta respecto de los miembros de la población civil involucrados en el conflicto en algunos apartados posteriores que conforman el texto que da vida a la JEP los cuales se examinan a continuación.

El primero de ellos es el tercer párrafo del numeral 32 de la JEP el cual prescribe en lo pertinente que: “También serán de competencia de la jurisdicción especial para la paz las conductas de financiación o colaboración con los grupos paramilitares, que no sean resultado de coacciones, respecto de aquellas personas que tuvieron una participación determinante o habitual en la comisión de los crímenes competencia de ésta jurisdicción”.

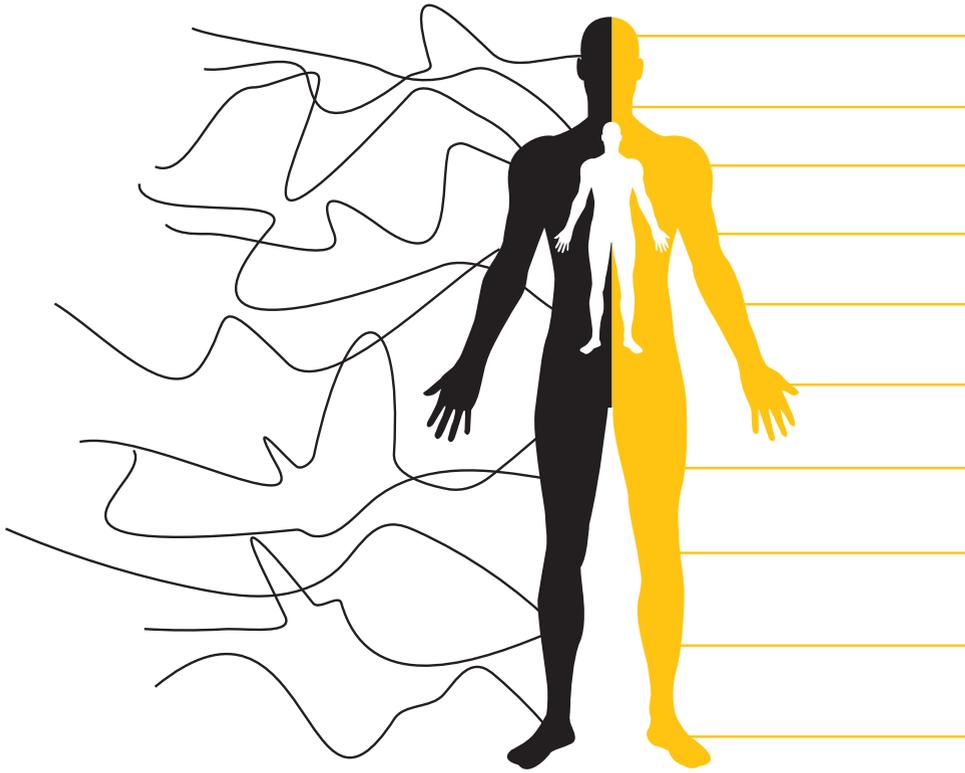
Del anterior precepto, se desprende que la competencia de la JEP respecto de “terceros civiles” involucrados en el conflicto en ningún caso se extenderá a quienes hayan financiado a, o colaborado con grupos paramilitares cuando dichas conductas se hayan llevado a cabo de manera coaccionada, es decir, no voluntaria, lo cual se compagina tanto con el pronunciamiento realizado el día 22 de diciembre de 2015 por el Presidente de la República, Juan Manuel Santos, respecto del tratamiento que deberá dárseles a los “terceros civiles” dentro del SIVJRNR en general y dentro de la JEP en particular en el que sostuvo que en los casos de extorsión los “terceros civiles” deben considerarse *víctimas* del conflicto y no victimarios dentro del mismo²⁶, como con el comunicado emitido por el Ministerio

de Justicia y del Derecho el pasado 25 de mayo en el que se establecen los *Elementos básicos de la aplicación de la Jurisdicción Especial para la Paz a terceros civiles*²⁷.

Más aún, conforme al tercer párrafo del numeral 32 de la JEP y al numeral 7º del comunicado mencionado, se entiende también que, por *regla general*, la JEP a través de su *Sala de Definición de Situaciones Jurídicas*, podrá renunciar a la persecución penal de los “terceros civiles” que hayan incurrido en conductas de financiación o en cualquier otra clase de colaboración con grupos paramilitares aunque ésta haya sido voluntaria (no coaccionada), teniendo en cuenta que ese conjunto de conductas no implican por sí mismas la participación “determinante” de los “terceros civiles” en la perpetración de algún delito enlistado en el numeral

26 El video de la alocución presidencial mencionada puede ser consultado en el siguiente enlace: <http://www.elheraldo.co/nacional/los-ciudadanos-antes-que-nada-han-sido-victimas-santos-tras-revelar-justicia-transitoria>

27 El comunicado emitido por el Ministerio de Justicia establece en su numeral 4º que: “*El conflicto armado ha afectado de diferentes formas a la sociedad, incluyendo a civiles que desarrollan actividades económicas en las zonas afectadas por el conflicto. Los civiles han sido víctimas de diferentes tipos de delitos, como el secuestro, la extorsión, y los atentados a la infraestructura, entre otros*”. El contenido completo del documento citado puede ser consultado en el siguiente enlace: http://es.presidencia.gov.co/Documents/20160525_AplicacionJurisdiccionPaz.pdf



40 de la JEP que son los que constituyen graves violaciones de derechos humanos y graves infracciones al derecho internacional humanitario y que, por ende, la JEP no podrá amnistiar o indultar²⁸.

En este punto, es de resaltar, además, que el numeral 39 de la JEP permite considerar delitos conexos al delito político y, por lo tanto, amnistiables o indultables: “las conductas dirigidas a facilitar, apoyar, financiar u ocultar el desarrollo de la rebelión”, por lo que los “terceros civiles” que hayan incurrido en tales delitos eventualmente también podrían recibir dichos beneficios penales. Lo anterior, se explica pues este conjunto de conductas tampoco develan necesariamente la participación determinante de estos últimos en la comisión de graves violaciones de derechos humanos o graves infracciones al derecho internacional humanitario perpetradas por agrupaciones guerrilleas.

Por oposición, la competencia de la JEP para investigar, juzgar y eventualmente sancionar a “terceros civiles” involucrados en el conflicto se concentrará entonces en aquellos individuos que hayan incurrido voluntariamente en las conductas de financiación o colaboración con grupos paramilitares o guerrilleros siempre y cuando dicha

28 El numeral 40 de la JEP dispone que: “No serán objeto de amnistía ni indulto ni de beneficios equivalentes los delitos de lesa humanidad, el genocidio, los graves crímenes de guerra, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma”.

participación sea catalogada como “determinante” en la comisión de graves violaciones de derechos humanos o graves infracciones al derecho internacional humanitario.

No obstante, es importante realizar algunas aclaraciones con respecto a la afirmación anterior: la primera se refiere a que en el texto de la JEP no se especifica qué deberá entenderse por el calificativo “determinante”, por lo que su alcance deberá ser precisado en la reglamentación normativa posterior que se lleve a cabo durante la implementación jurídica del SIVJNR. La segunda se refiere a que el criterio de “habitualidad” que está contenido en el texto del tercer párrafo del numeral 32 de la JEP no fue incluido en el comunicado emitido por el Ministerio de Justicia en el que se establecen los *Elementos básicos de la aplicación de la Jurisdicción Especial para la Paz a terceros civiles*, de lo cual se infiere que la mera participación “habitual” por parte de “terceros civiles” en la comisión de graves violaciones de derechos humanos o graves infracciones al derecho internacional humanitario parece que no será un criterio suficiente para que la JEP decida perseguirlos penalmente. La tercera y última aclaración se refiere a que el numeral 5º del comunicado emitido por el Ministerio de Justicia establece que el *Tribunal Especial para la Paz* de la JEP concentrará sus esfuerzos de juzgamiento y sanción en quienes que hayan participado de forma determinante en “los delitos más graves y representativos, en particular aquellos que adquieran la connotación de crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio”, lo cual parece restringir el catálogo de graves violaciones de derechos humanos y graves infracciones al derecho internacional humanitario que serán materia persecución penal por parte de la JEP en caso de que “terceros civiles” hayan estado involucrados en tales hechos.

Por otra parte, debe subrayarse que aunque la comparecencia a la JEP es por regla general de carácter *voluntario*, el tercer inciso del mismo numeral 32 de la JEP dispone también que, de acuerdo con los numerales 48-t y 58-e de la JEP, los “terceros civiles” sobre los cuales haya sospechas fundadas acerca de su participación “determinante” en graves violaciones de derechos humanos o en graves infracciones al derecho internacional humanitario que no hayan antes comparecido por su propia cuenta ante la *Sala de Verdad, de Reconocimiento y de Determinación de los Hechos* de la JEP, deberán hacerlo ante el órgano judicial de la JEP que la *Sección de Revisión del Tribunal para la Paz* determine, si ésta última así lo ordena.

De cualquier manera, debe tenerse presente que los “terceros civiles” que finalmente rindan cuentas ante la JEP podrán recibir el tratamiento penal y punitivo especial propio de esta jurisdicción de transición según lo dispone expresamente su numeral 63 el cual establece que: “Las personas que sin formar parte de las organizaciones o grupos armados hayan contribuido de manera directa o indirecta a la comisión de delitos en el marco del conflicto, podrán acogerse a los mecanismos de justicia (...) y recibir el tratamiento especial que las normas determinen siempre que cumplan con las condiciones establecidas de contribución a la verdad, reparación y no repetición”.

Esto significa que si los “terceros civiles” efectivamente se allanan al reconocimiento de su responsabilidad por los delitos en los que estuvieron involucrados y contribuyen al esclarecimiento de la verdad en sede judicial, podrán ser beneficiados con la imposición de una sanción que tendrá una naturaleza fundamentalmente *restaurativa* y *reparadora* que para su ejecución podrá comprender una restricción de derechos de libertad que en ningún caso podrá consistir

en la reclusión en una prisión o cárcel o en lugares equivalentes (numeral 60 de la JEP).

Por último, es importante destacar que a los “terceros civiles” a quienes les hayan sido previamente impuestas condenas por la *jurisdicción ordinaria* por causa de haber cometido delitos con ocasión del conflicto armado, podrán beneficiarse de un examen ulterior que sobre éstas realice la *Sección de Revisión del Tribunal para la Paz*, análisis judicial que puede dar lugar a que dicha sección reemplace la sanción original impuesta por una de aquellas propias de la JEP o deje sin efecto la condena de comprobar la inexistencia del hecho o un “*error manifiesto en su calificación jurídica*” (numerales 58-a y 58-b de la JEP). Además, conforme al numeral 49 de la JEP, los “terceros civiles” podrán solicitar a la *Sala de Amnistía o Indulto* tales beneficios penales y/o punitivos por la comisión de conductas delictivas que permitan su concesión.

Por su parte, también la *Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición* (en adelante, La Comisión) como componente de verdad del SIVJNR plantea la rendición de cuentas de carácter *extrajudicial* para los “terceros civiles” al tener como uno de sus tres objetivos fundamentales el reconocimiento voluntario de responsabilidades individuales y colectivas por parte de todos quienes participaron en el conflicto, reconocimiento que se entiende, además, como un gesto de contribución a la verdad y a la reparación de las víctimas y como una garantía de no repetición futura de los hechos.

Es así como el texto que crea La Comisión prevé como uno de los mecanismos para alcanzar el objetivo descrito la celebración de *audiencias públicas* en todos los niveles del ordenamiento territorial: “para que quienes hayan participado de manera

directa o indirecta en el conflicto, puedan hacer actos de reconocimiento de responsabilidad y pedir perdón, en sus diversas dimensiones, tanto por el daño y el sufrimiento causado en las personas, como por los impactos políticos y sociales de sus actos; y en consecuencia ofrecer explicaciones sobre los actos realizados, contribuir a la reparación, asumir compromisos de no repetición y de construcción de la paz, entre otros”.

No obstante, debe indicarse que, aun cuando el Gobierno se compromete expresamente a promover la participación de “terceros” en La Comisión (apartado 5.1.1.1.8 del SIVJNR), no queda suficientemente claro a cuáles “terceros civiles” concretamente y en qué circunstancias específicas se les exigirá la comparecencia ante dicha institución y/o su asistencia a las audiencias públicas que la misma programe durante su periodo de actividad.

Finalmente, el componente del SIVJNR que trata sobre las *Medidas de Reparación Integral para la Construcción de la Paz*, (en adelante, Medidas de Reparación Integral) igualmente se refiere a la rendición de cuentas en clave reparadora y restaurativa, ya sea de forma individual o colectiva, por parte de los “terceros civiles” vinculados con el conflicto.

Así pues, en los *Actos tempranos de reconocimiento de responsabilidad colectiva* (y de petición de perdón por el daño causado a las víctimas) no sólo deberán participar, bien sea con anterioridad o con posterioridad a la firma del acuerdo final de paz, el Gobierno Nacional y la guerrilla de las FARC sino también: “diferentes sectores de la sociedad que puedan haber tenido alguna responsabilidad en el conflicto”. Estos actos deberán ser formales, públicos y solemnes



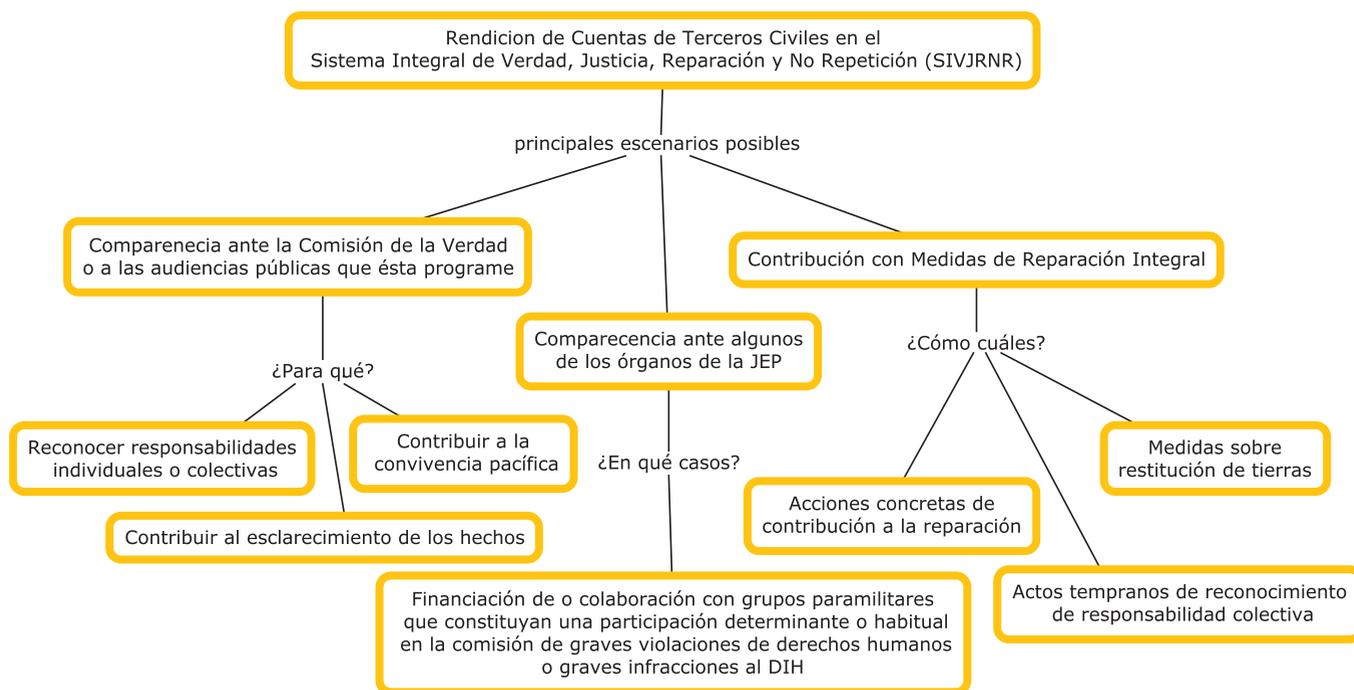
y tendrán que realizarse tanto en el ámbito nacional como en el territorial y en ellos también podrán presentarse actos voluntarios de reconocimiento de responsabilidad de naturaleza *individual* (apartado 5.1.3.1 del SIVJRNR).

En el mismo sentido, con respecto a las denominadas *Acciones concretas de contribución a la reparación* el Gobierno Nacional deberá promover la participación en dicha clase de acciones: “de agentes del Estado, y otros que participaron de manera directa en el conflicto que hayan causado daños como consecuencia de infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a los Derechos Humanos; así como de quienes habiendo participado de manera indirecta en el conflicto puedan haber tenido alguna responsabilidad” (apartado 5.1.3.2 del SIVJRNR). Aunque no se especifica a qué tipo de contribuciones concretas se refiere este subcomponente del sistema de Medidas de Reparación Integral con respecto a los “terceros civiles” llamados a asumir

compromisos de reparación, se presume que las contribuciones deberán tener una relación directa con el entramado de *sanciones restaurativas* establecido por la JEP en el apartado I de su *Listado de Sanciones* y también que podrán implicar acciones que contribuyan a materializar el subcomponente de *Medidas sobre restitución de tierras* en caso de que los “terceros civiles” hayan estado implicados en casos de despojo de tierras.

Por último, se destaca que los *Planes de reparación colectiva con enfoque territorial* que pertenecen al subcomponente de *Reparación colectiva en el fin del conflicto* y los cuales estarán orientados a reparar los daños ocasionados a las comunidades particularmente victimizadas durante el mismo, se compondrán, entre otras, de un conjunto de *medidas de contribución a la reparación* que deberán incluir la participación “de quienes cometieron daños con ocasión del conflicto en desarrollo de las acciones concretas de contribución a la reparación” (apartado 5.1.3.3.2 del SIVJRNR).

Gráfico 4: Escenarios principales de rendición de cuentas de terceros civiles



Fuente: Elaborado por Julián Correa Saavedra con base en el Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto

Conclusión

Es un hecho claro que la población civil se ha erigido como el conglomerado humano víctima por excelencia del conflicto armado interno en Colombia; sin embargo, durante el dilatado transcurso de éste, algunos de sus miembros se han visto involucrados en dicha confrontación y, excepcionalmente, algunos de ellos han participado en la comisión de graves delitos. Por tal razón, el SIVJRNR creado por el *Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto* plantea en sus distintos componentes la rendición de cuentas por parte de este muy disímil grupo de “terceros civiles” vinculados con el conflicto. Es así como la JEP, La Comisión y las Medidas de Reparación Integral establecen distintos mecanismos en clave de justicia

transicional para que los “terceros civiles” reconozcan sus responsabilidades y contribuyan a la materialización de los derechos a la verdad, a la justicia, a la reparación y a la garantía de no repetición de las víctimas y ofrecen, paralelamente, la oportunidad de que aquéllos clausuren definitivamente su responsabilidad jurídica y también política y moral por los daños causados con sus actos. No obstante, no debe perderse de vista que el contenido completo del *Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto* deberá ser implementado jurídicamente a través de una serie de reglamentaciones normativas que deberán precisar muchos de los asuntos que actualmente suscitan dudas e interrogantes dentro del cuerpo del texto del acuerdo.

VIII. La previsión de penas y los baremos internacionales



Juan Carlos Álvarez Álvarez
Alfonso Cadavid Quintero

1. Premisas

El *Acuerdo sobre las víctimas del conflicto*, contenido en el Borrador Conjunto suscrito el 12 de diciembre de 2015 entre los negociadores del gobierno de Colombia y los representantes de las FARC-EP, establece en lo relativo a penas y sanciones por delitos cometidos en el marco del conflicto armado interno, entre las más importantes, las siguientes pautas generales:

- La previsión de una Jurisdicción Especial de Paz (JEP) encargada de “administrar justicia e investigar, esclarecer, perseguir y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y graves infracciones al derecho internacional humanitario”²⁹.
- La fijación de límites a la posibilidad de conceder indultos o amnistías, indicando que el marco de referencia para tales limitaciones está constituido, de manera principal, por el Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos (DIDH) y el Derecho Internacional Humanitario (DIH)³⁰.
- Una previsión de los delitos que no podrán ser objeto de amnistía, indulto, ni beneficios equivalentes: los delitos de lesa humanidad, genocidio, graves crímenes de guerra, toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, tortura, ejecuciones extrajudiciales, desaparición forzada, acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, sustracción de menores, desplazamiento forzado

29 Véase Borrador Conjunto 15-12-2015, pág.7

30 Ibid. p.24

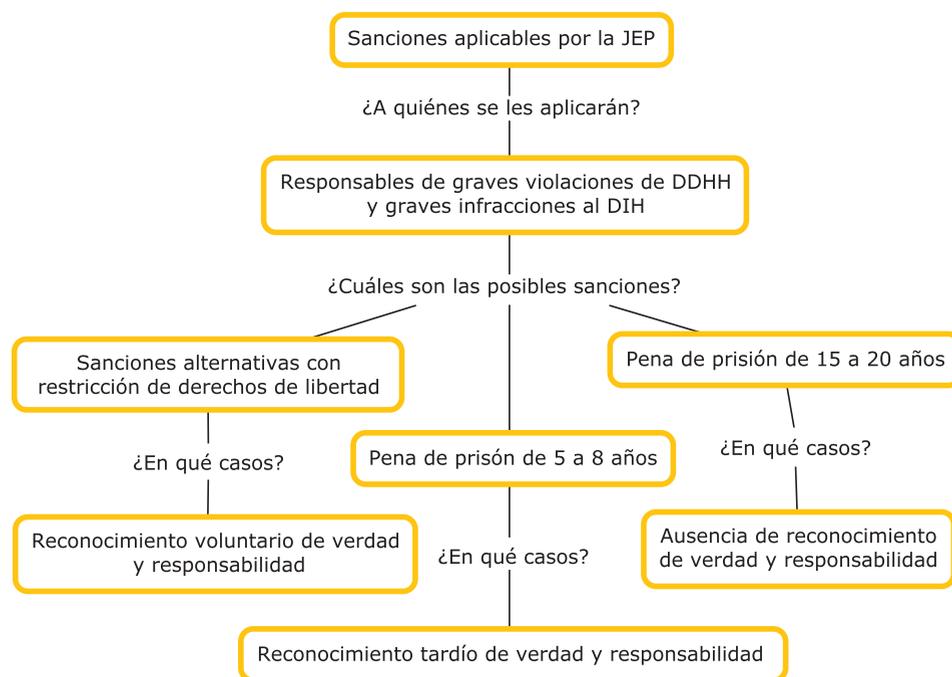
y reclutamiento de menores “conforme a lo establecido en el estatuto de Roma”³¹.

- Se hace un listado de sanciones, en cuya aplicación se deberán tener en cuenta los siguientes criterios: grado de verdad que la persona permita alcanzar, gravedad de la conducta sancionada, nivel de participación y responsabilidad de quien vaya a ser sancionado, el cumplimiento de compromisos en materia de reparación de víctimas y garantía de no repetición³².
- Las sanciones se dividen en tres grupos en función de la ayuda que se brinde para el logro de la verdad de lo ocurrido con ocasión del conflicto armado: 1) sanciones para quienes ofrezcan de manera temprana información exhaustiva,

detallada y plena; 2) sanciones aplicables a quienes reconozcan su participación en los hechos objeto de enjuiciamiento y su responsabilidad ante el Tribunal para la Paz por primera vez antes de la sentencia y 3) sanciones para quienes no reconozcan verdad, ni responsabilidad.

- Las sanciones del primer grupo podrán agruparse bajo el denominador común de *penas alternativas*, no determinadas aun, pero orientadas según se insinúa a trabajos y actividades en beneficio de la comunidad y de las víctimas³³; las del segundo grupo serían de privación efectiva de la libertad entre 5 y 8 años y las del tercer grupo, penas de prisión, también efectivas, entre 15 y 20 años.

Gráfico 5: Sanciones aplicables por la JEP



Fuente: Elaborado por Julián Correa Saavedra con base en el Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto

31 Ibid. p.28

32 Ibid. p.45

33 Ibid., pp.47-48. La denominación de *penas alternativas y trabajos en beneficio de la comunidad y de las víctimas* no se utiliza en el acuerdo, pero su contenido y orientación nos permite agruparlas bajo ese rótulo.

Varios de los aspectos señalados han motivado voces de inconformidad, entre ellos la posible extinción de las acciones penales o la suspensión de las penas de quienes ya han sido condenados por algunos de los delitos que no se incluyen en la lista antes referida, como el narcotráfico; o el tipo y montos de las sanciones previstas en función de la colaboración o no que se brinde para la obtención de la verdad. Según las críticas, ello supondría una intolerable impunidad que se reconocería con desconocimiento de lo establecido en instrumentos internacionales suscritos por Colombia en el marco internacional de la lucha contra la violación de derechos fundamentales.

A continuación se analizará dicha cuestión, partiendo del sentido de la pena en el marco de la justicia transicional.

2. Los fines de la pena

El derecho penal ha discutido intensamente sobre el sentido de la pena. En dicho debate se ha planteado si a través de la pena se realiza el valor de justicia que exigiría castigar a quien haya cometido un hecho grave contra la convivencia social, como lo es el delito; o si por el contrario la pena sirve para la prevención de delitos futuros de parte del condenado mismo o del resto de la comunidad.

Aunque el código penal reconoce la justa retribución del hecho y la prevención especial o general de delitos como fines de la pena (art. 4), la integración en la práctica de todos esos fines es difícil, sin que se pueda obviar además, que con frecuencia resultan excluyentes.

En la actualidad se considera mayoritariamente que la privación de derechos del condenado que implica la pena se justifica por la prevención de delitos futuros. Ello significa que la pena se legitima en una consideración utilitaria: la prevención de nuevos delitos.

Esa consideración de la pena en función de su utilidad social y no de la realización de un valor absoluto de justicia, puede explicar no solo su imposición, sino también el que en determinados casos se renuncie al procesamiento o a la sanción de los responsables de ciertos hechos.

2.1. Pena y justicia de transición

Dado que el objetivo de la justicia transicional consiste en determinar el tratamiento jurídico a los hechos ocurridos durante el conflicto y buscar mecanismos de ordenación futura de la sociedad, de los actores armados y de las víctimas, en procura de que la prolongación del conflicto no amplíe los daños causados por él, resulta razonable que ella ofrezca a los combatientes un tratamiento más benigno que el del Derecho penal ordinario por los hechos que hayan cometido con ocasión del conflicto, lo que podría darse bajo la forma de la renuncia a la persecución penal (la amnistía) o a la pena cuando ya la persona hubiera sido condenada (el indulto).

Tales beneficios se han utilizado en los acuerdos que en la segunda mitad del siglo XX se alcanzaron en el país con organizaciones guerrilleras desmovilizadas, a través de la fórmula del delito político y de los conexos a él. Esta posibilidad es de alguna

manera la fórmula general para la mayoría de los integrantes de las organizaciones armadas involucradas en el conflicto y en la negociación, y sobre este punto no parece haber mayor desavenencia ni siquiera entre los críticos del proceso. En este aspecto emerge claro, con las excepciones reconocidas en el Acuerdo, que el fin del conflicto permite renunciar al castigo, dada la existencia de otros objetivos de mayor importancia al del castigo de quienes han delinquido durante su adscripción a la organización al margen de la Ley, como el de la efectiva finalización del conflicto.

Pero de ello emerge, como se verá a continuación, que no todos los delitos cometidos por los actores del conflicto posibilitan ese mismo tratamiento; y que existen condicionantes internacionales a la aplicación generalizada de amnistías e indultos.

2.2. Los estándares internacionales en materia de graves violaciones de derechos fundamentales

Como consecuencia de un discurso que demanda severidad en la protección de los derechos fundamentales, en diversos instrumentos, la comunidad internacional exige a Estados procesar y castigar la comisión de graves afectaciones contra los derechos fundamentales.

En ello parece existir una pretensión retributiva (presentada como realización de justicia) y la consideración de que la pena permitirá prevenir la comisión de hechos similares en el futuro por parte de otros agresores. Anteriores procesos de paz en Colombia parecieron tener en cuenta que

la especial gravedad de ciertos hechos, los cometidos con ferocidad y barbarie, no daba lugar a la aplicación de amnistías o indultos en relación con ellos.

En la actualidad, los baremos internacionales en materia de penas podrían agruparse en dos. Por un lado, los *relativos a la naturaleza de los delitos*, que se refieren a las conductas que no podrían quedar cobijadas por beneficios del tipo del indulto o la amnistía que impliquen prescindir por completo de la imposición de la pena; y por otro lado, los *relativos a la naturaleza de la pena* (penas de prisión, multa, privativas de otros derechos, etc.) y *la entidad de la misma*.

2.2.1. Baremos relativos a la naturaleza de los delitos

Éstos emergen de diversos instrumentos normativos y decisiones de tribunales internacionales. Dada la naturaleza estrictamente penal de este instrumento, se tomará como referencia para el análisis de este baremo, el Estatuto de la Corte Penal Internacional –CPI– y se harán las concordancias pertinentes en relación con otras normas jurídicas o decisiones internacionales.

En primer término, debe tenerse en cuenta que los delitos respecto de los que la CPI tiene competencia son el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión. Así las cosas, puede decirse que el *Acuerdo sobre las víctimas del conflicto*, recoge expresamente este estándar mínimo, en tanto excluye la posibilidad de que en relación con estos delitos se pueda prescindir de la aplicación de penas.

Otros instrumentos internacionales que establecen la obligación de sancionar con

penas adecuadas los delitos que impliquen graves violaciones de los derechos humanos, se derivan del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, de los Convenios de Ginebra de 1949 y del Protocolo 1 Adicional³⁴. Al igual que en el caso del instrumento mencionado en primer lugar, el *Acuerdo sobre las víctimas del conflicto* reconoce que las limitaciones para indultos o amnistías tendrán como marco de referencia el Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos (DIDH) y el Derecho Internacional Humanitario (DIH).

De todo lo anterior se puede concluir, primero, que en este aspecto el *Acuerdo sobre las víctimas del conflicto*, coincide con las exigencias internacionales en materia de los hechos que no pueden ser objeto de amnistías o indultos.

2.2.2. Límites relativos a la naturaleza y quantum de la pena

Es este el punto quizá más complejo y opinable del *Acuerdo sobre las víctimas del conflicto*. Tomando de nuevo como referencia el Estatuto de la CPI, pueden efectuarse las siguientes consideraciones.

Según el art. 17-2a., del Estatuto de la CPI, dicha Corte podría investigar, juzgar y sancionar a responsables de delitos de su competencia, entre otros requisitos, cuando: *"...la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte..."*

De acuerdo con lo anterior, la parte sustantiva del acuerdo reseñado al comienzo de este apartado, permite afirmar que *Acuerdo*

sobre las víctimas del conflicto no está orientado a sustraer o a disimular la responsabilidad penal de quienes hayan cometido delitos de competencia de la CPI. Ello por cuanto dentro de los requisitos para acceder a las penas alternativas, el responsable debe confesar sus crímenes (componente de verdad), reparar a las víctimas y comprometerse con la no repetición de los delitos. Semejantes exigencias –sin desconocer la dificultad práctica para hacerlas efectivas– no permiten sostener, razonablemente, que el acuerdo pretenda sustraer de responsabilidad a los perpetradores de los crímenes.

La duda que surge, en todo caso, es si las penas alternativas y los montos de las que sean efectivamente privativas de la libertad, son compatibles con el Estatuto de la CPI. Al revisar el texto completo de dicho estatuto, se puede constatar que no existe una prohibición expresa en esta materia, y que por tanto, es posible sostener que el Estatuto de Roma no establece un criterio que permita afirmar que la pena que se deba imponer sea necesariamente pena de prisión ni que se exija un monto mínimo de la misma.

34 Véase Botero Marino, Catalina y Restrepo Saldarriaga, Esteban, "Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia" en Uprimny, R. *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, p.52, disponible en: http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.201.pdf.

En este mismo documento pueden consultarse también decisiones de tribunales y cortes internacionales de los cuales podrían derivarse estándares mínimos relacionados con los delitos respecto de los cuales no puede prescindirse de la imposición de la pena.



En efecto. La intervención subsidiaria de la CPI en virtud del principio de complementariedad previsto en el Estatuto de Roma, no exige que la intervención de las autoridades nacionales en la investigación de los hechos de competencia de la Corte, se concrete en la imposición de penas privativas de la libertad en los montos previstos en el tratado (pena de prisión perpetua revisable a los 25 años; o pena de prisión hasta de treinta años, arts. 77 y 110 del Estatuto de Roma). De hecho el art. 80 del Estatuto reconoce la legislación interna a los efectos de la sanción de los comportamientos previstos en él. Ello permite considerar que las penas para quienes colaboren con las investigaciones brindando información tardía sobre lo sucedido o sobre su intervención particular en los hechos (penas de 5 a 8 años de prisión efectiva) o para quienes no colaboren con ese aspecto (penas de prisión hasta de 20 años) no parecen resultar problemáticas. Las primeras además no se alejan de lo establecido en la Ley 975 de 2005 después de la revisión de constitucionalidad que

hizo la Corte Constitucional a ese primer instrumento de justicia transicional que se promulgó en el país.

Tampoco debe perderse de vista que Tribunales internacionales, han reconocido rebajas sustanciales de la pena a responsables de graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario³⁵.

La cuestión entonces es la del régimen alternativo a las penas privativas de la libertad para quienes brinden tempranamente información eficaz sobre los hechos del conflicto y sus efectos.

35 En este sentido, con las referencias y análisis de las decisiones de los Tribunales internacionales, Botero Marino, Catalina y Restrepo Saldarriaga, Esteban, ob. cit. pp-52-64

En este sentido pueden señalarse varias cuestiones:

- La primera, es que la realización de los fines de la pena, sobre todo en el marco de la justicia de transición, no solo se logra a través de la privación de la libertad. La generalizada comprensión de ese instrumento como el que define el reproche que corresponde a la comisión de hechos graves, no debe perder de vista la necesidad de alcanzar los fines de la pena en el marco de la transición: posibilitar la efectiva desmovilización de las estructuras criminales en la prevención de futuros delitos.
- En segundo lugar, si lo que se busca con la pena es el castigo que materialice un juicio de reproche social sobre los hechos cometidos durante el conflicto, ese fin puede alcanzarse con las declaratorias de responsabilidad en las sentencias que derivarán de las aceptaciones de responsabilidad por parte de quienes se postulan al proceso y colaboren con información. A efectos de la reconfiguración normativa de la sociedad y la creación de consensos sobre lo que ha de ser el esquema de valores sobre los que se haya de estructurar una sociedad sin conflicto es fundamental la afirmación del desvalor que entrañan los actos merecedores de reproche, y la atribución de responsabilidades por ellos, más incluso que la efectiva imposición de penas. Esas aceptaciones de responsabilidad, y peticiones de perdón a las víctimas, que deberían ser debidamente publicitadas, en la dinámica de lo negociado con el adversario, pueden resultar mucho más eficaces para el reforzamiento de los valores de actuación de la sociedad, que la imposición efectiva de penas en la dinámica del castigo al criminal.

- En tercer lugar, la garantía del derecho de las víctimas a la verdad, complementario al derecho a la justicia sobre el que se pudiera incidir con la previsión de las penas alternativas y a la reparación que amerita un análisis particular, puede avalar la implementación de mecanismos alternativos de sanción como una forma de propiciar la mayor verdad posible. Ello, de la mano de lo ya mencionado acerca del efecto que en relación con el afianzamiento de los valores de una sociedad sin conflicto, pueden emerger del reconocimiento de los hechos cometidos y del desvalor consustancial a ellos.

3. Conclusión

El *Acuerdo sobre víctimas* es coherente con la pretensión de la justicia transicional de configurar un marco de aplicación de penas excepcional, más benigno que el de la justicia ordinaria, que posibilite la reintegración social de los actores del conflicto.

Las medidas previstas en él en relación con las penas alternativas a la de prisión intramural o domiciliaria³⁶, con todo y la necesidad existente aun de precisar sus alcances, no resulta apartado de los baremos internacionales, en el contexto de un acuerdo integral que supone la terminación del conflicto, la garantía de no repetición, la verdad y la reparación de las víctimas.

36 Téngase en cuenta que en el *Acuerdo sobre las víctimas del conflicto*, textualmente se prevé restricción de la libertad: "Las sanciones propias del sistema, de conformidad con lo establecido en el numeral 60, tendrán un contenido restaurativo y reparador así como restricciones de libertades y derechos, tales como la libertad de residencia y movimiento, que sean necesarias para su ejecución." (p.45)

IX. Anexo: acuerdo sobre las víctimas del conflicto



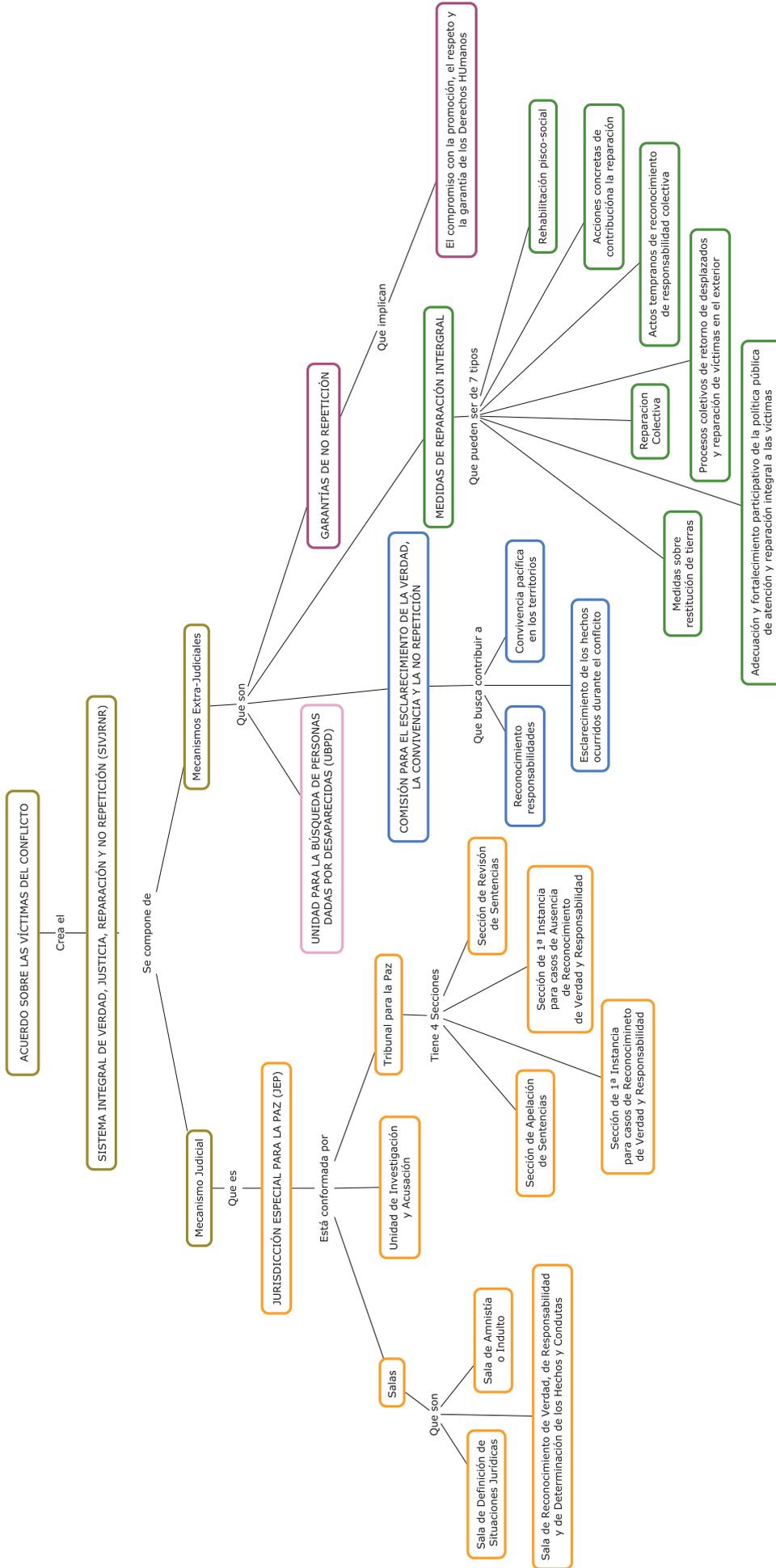
5. Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto

5.1. Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR)

El *Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto* (en adelante, El Acuerdo) crea el denominado *Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición* (SIVJRNR) que es un sistema de justicia transicional compuesto por instrumentos judiciales y extrajudiciales articulados con el objetivo de (i) satisfacer los derechos de las víctimas del conflicto armado interno, (ii) asegurar la rendición de cuentas por parte de quienes participaron directa o indirectamente en el desarrollo del mismo al tiempo que intenta ofrecerles seguridad sobre la clausura definitiva de su responsabilidad jurídica, (iii) afianzar la terminación negociada del conflicto e impedir su repetición y (iv) contribuir a sentar las bases para la convivencia pacífica y la reconciliación de la sociedad.

A continuación se presenta un organigrama donde se compendia la estructura del SIVJRNR con sus distintos componentes los cuales serán abordados uno por uno acto seguido.

Gráfico 6: Organigrama de la estructura del SIVJRNR



Fuente: Elaborado por Julián Correa Saavedra con base en el Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto

5.1.1. Verdad: Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición y Unidad para la Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto

5.1.1.1. Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición

La Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición (en adelante, La Comisión) hace parte del componente de verdad del SIVJRNR. La Comisión será un mecanismo independiente, imparcial y de carácter *extrajudicial* que buscará no sólo satisfacer el derecho de las víctimas a la verdad, sino también contribuir a la convivencia pacífica, a la reconciliación y a la no repetición del conflicto interno armado.

Por ello, La Comisión se trazará tres objetivos fundamentales:

- Contribuir al esclarecimiento de los hechos ocurridos durante el conflicto y ofrecer una explicación amplia de la complejidad del mismo.
- Promover y contribuir al reconocimiento de las víctimas del conflicto, al reconocimiento de responsabilidades por parte de todos los que individual o colectivamente participaron directa o indirectamente en él y, en general, al reconocimiento y rechazo por parte de la sociedad de la barbarie de la guerra.
- Promover la convivencia en los territorios a través de la creación de escenarios regionales de diálogo en los que

las víctimas, partícipes del conflicto e integrantes de los distintos sectores de la sociedad interactúen mutuamente e intercambien vivencias y perspectivas.

5.1.1.1.1. Criterios orientadores:

De los 13 criterios que orientarán la actuación de La Comisión, se destaca el último, su naturaleza *extrajudicial* que implica que (i) la comparecencia ante la Comisión no podrá conllevar una imputación judicial penal futura de quienes acudan a ella, (ii) la información recibida por La Comisión no podrá ser trasladada a autoridades judiciales para ser tenida en cuenta como prueba en proceso judicial alguno y (iii) los Comisionados no estarán obligados a declarar en procesos judiciales, estarán exentos del deber de denuncia y sus opiniones y conclusiones no podrán ser controvertidas judicialmente.

5.1.1.1.2. Mandato:

La Comisión tendrá como mandato esclarecer y promover el reconocimiento de:

Hechos y prácticas que constituyen graves violaciones a los derechos humanos y graves infracciones al derecho internacional humanitario, en particular aquellas que tengan un carácter masivo; las responsabilidades de quienes que hayan tenido alguna participación en estos hechos; el impacto humano y social del conflicto sobre (i) la sociedad en general y sus distintos sectores en particular, (ii) el ejercicio de la política y el funcionamiento de la democracia en su conjunto y (iii) quienes participaron directamente en conflicto; el contexto histórico, los orígenes y múltiples causas del conflicto; los factores y condiciones que facilitaron o contribuyeron a su desarrollo y persistencia; los fenómenos

de paramilitarismo, desplazamiento forzado, despojo de tierras y narcotráfico y, por último, las experiencias de *resiliencia* individual o colectiva y los procesos de transformación positiva de organizaciones e instituciones a lo largo del conflicto.

5.1.1.1.3. Período objeto de estudio de la Comisión (ámbito temporal):

Para abordar los distintos elementos de su mandato La Comisión tendrá como ámbito temporal el período del conflicto. Como ello supone un marco temporal extenso, será necesario que La Comisión establezca prioridades de investigación.

5.1.1.1.4. Funciones:

Para el cumplimiento de su mandato se destacan las siguientes tres funciones que tendrá La Comisión:

- Crear espacios, en especial audiencias públicas nacionales y territoriales, que sirvan de escenario para oír las voces de las víctimas y visibilizarlas, para que quienes hayan participado directa o indirectamente en el conflicto realicen actos de reconocimiento de responsabilidad y de petición de perdón que satisfagan los derechos a la verdad y a la reparación de las víctimas y para llevar a cabo una reflexión conjunta sobre lo ocurrido en el conflicto, sus causas y sus consecuencias.
- Elaborar un informe final que tenga en cuenta los diferentes contextos, refleje las investigaciones en torno a todos los componentes del mandato y contenga las conclusiones y recomendaciones de su trabajo. El Informe de La Comisión será presentado de manera oficial

mediante un acto público a las ramas del poder público y al conjunto de la sociedad colombiana.

- Implementar una estrategia de difusión, pedagogía y relacionamiento activo con los medios de comunicación para dar cuenta, durante su funcionamiento, de los avances y desarrollos en el cumplimiento de todas las funciones de sus funciones y asegurar la mayor participación posible de la sociedad civil.

5.1.1.1.5. Proceso de escogencia:

La Comisión estará conformada por 11 comisionados. Éstos serán elegidos por un comité de escogencia que estará compuesto por 9 integrantes. El Gobierno y las FARC, de común acuerdo, seleccionarán a través del mecanismo que pacten para ello a 6 de los integrantes del comité. Los 3 integrantes restantes serán los delegados de 3 personas u organizaciones que se acuerden en la Mesa de Negociación. En todo caso, el comité de escogencia se elegirá previamente a la firma del Acuerdo Final y tendrá hasta 3 meses (contados a partir del cierre de la fase de postulaciones) para la selección de los comisionados de los cuales máximo 3 podrán ser extranjeros. La selección de los comisionados deberá adoptarse por mayoría de 2/3 de los integrantes del comité.

5.1.1.1.6. Presidente/a de La Comisión:

El Presidente de La Comisión deberá ser colombiano y escogido de común acuerdo entre el Gobierno y las FARC a través del mecanismo que se pacte para ello.

5.1.1.1.7. Duración:

La Comisión tendrá una duración de 3 años incluyendo la elaboración del informe final.



La Comisión contará con 6 meses para preparar todo lo necesario para su funcionamiento. La publicación del informe final se realizará durante el mes siguiente a la conclusión de los trabajos de La Comisión.

5.1.1.2. Unidad para la Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto

La Unidad para la Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto (en adelante, UBPD) también hace parte del componente de verdad del SIVJRNR. La UBPD será un mecanismo independiente y autónomo y tendrá un carácter humanitario, extrajudicial y transitorio. Su función principal consistirá en dirigir, coordinar y contribuir a la implementación de las acciones humanitarias encaminadas a (i) la recolección de la información necesaria para establecer el universo de todas las personas dadas por desaparecidas, (ii) la consiguiente

búsqueda, localización e identificación de aquellas que se encuentren con vida y (iii) la identificación y entrega digna de los restos mortales de los fallecidos. En todo caso, la UBPD entregará a los familiares un reporte oficial de la información que haya logrado obtener sobre lo acaecido a las personas dadas por desaparecidas y promoverá la atención psico-social de aquéllos.

Se destaca que, en armonía con su naturaleza *extrajudicial*, la información que reciba o produzca la UBPD no tendrá valor probatorio, por lo que no podrá ser utilizada con el fin de atribuir responsabilidades en procesos judiciales a excepción de los informes técnico forenses y los elementos materiales asociados al cadáver. En igual sentido, los funcionarios de la UBPD no estarán obligados a declarar en procesos judiciales y estarán exentos del deber de denuncia respecto al trabajo que desempeñen.

5.1.2. Justicia:

El componente de justicia del SIVJRN se materializará a través de la creación de la denominada *Jurisdicción Especial para la Paz* (en adelante, JEP). Ésta será una jurisdicción especial de transición que se encargará de investigar, juzgar y sancionar a todas aquellas personas que participaron directa o indirectamente en la perpetración de graves violaciones de derechos humanos y graves infracciones al derecho internacional humanitario ocurridas durante el conflicto armado y con anterioridad a la suscripción del Acuerdo Final de Paz.

Es así como la competencia la JEP se extenderá no sólo a todos los combatientes de grupos guerrilleros o rebeldes que suscriban un Acuerdo Final de Paz con el Gobierno, sino también a los agentes del Estado y a los terceros civiles que hayan participado en la comisión de graves violaciones de derechos humanos o graves infracciones al derecho internacional humanitario.

Las sanciones que impondrá la JEP tendrán como finalidad principal satisfacer los derechos de las víctimas y consolidar la paz. Por ello, las sanciones deberán propender por la restauración de los lazos sociales resquebrajados y por la reparación de los daños causados siempre y cuando los condenados satisfagan los condicionamientos de reconocimiento de responsabilidad, contribución con el esclarecimiento de la verdad y compromiso con la no repetición de sus conductas delictivas. De lo

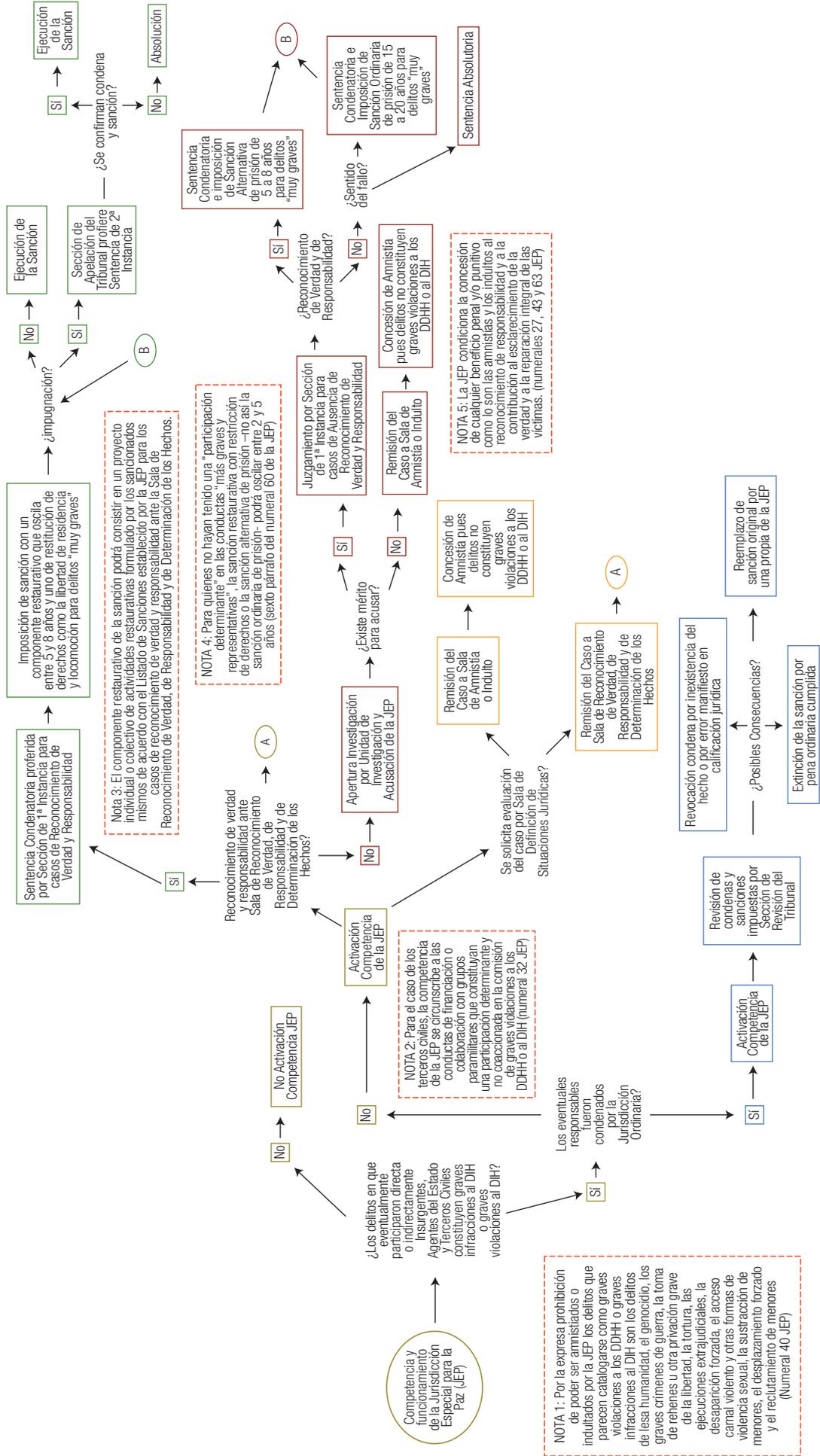
contrario, la JEP podrá imponer penas de prisión con una finalidad esencialmente retributiva.

La imposición de cualquier sanción no inhabilitará la participación en política ni limitará el ejercicio de ningún derecho político de quienes hayan sido juzgados y condenados por la JEP independientemente del delito cometido y ninguna persona podrá ser extraditada por la comisión de un delito sobre el que tenga competencia la JEP.

Los demás delitos cometidos en el marco del conflicto, especialmente los delitos políticos y los delitos que sean catalogados como delitos conexos con éstos, no serán competencia de la JEP y, en cambio, serán amnistiados o indultados conforme a una ley que se expedirá para el efecto. En todo caso, conforme a El Acuerdo, entre los delitos políticos deberán incluirse la rebelión, la sedición y la asonada y entre los delitos conexos con éstos deberán incluirse aquellos delitos relacionados específicamente con el desarrollo de estos últimos, los delitos en los cuales el sujeto pasivo de la conducta es el Estado y su régimen constitucional vigente y las conductas dirigidas a facilitar, apoyar, financiar u ocultar el desarrollo de la rebelión.

A continuación se presenta un diagrama de flujo en el que se sintetiza tanto la competencia de la JEP como el funcionamiento de cada uno de los órganos judiciales que la compondrán:

Gráfico 7: Flujoograma de la JEP



5.1.3. Reparación: Medidas de reparación integral para la construcción de paz

El componente del SIVJNR que trata de las *Medidas de reparación integral para la construcción de la paz*, (en adelante, Medidas de Reparación Integral) parte del principio según el cual: “*Las víctimas tienen derecho a ser resarcidas por los daños que sufrieron a causa del conflicto*”. Es así como este componente del SIVJNR incluye diversas medidas para garantizar el derecho a la reparación integral que tienen las víctimas del conflicto, medidas a las cuales deberán contribuir todos los que causaron algún daño con ocasión del mismo. Además, dicha contribución “*será tomada en cuenta para recibir cualquier tratamiento especial en materia de justicia*”.

5.1.3.1. Actos tempranos de reconocimiento de responsabilidad colectiva

Son actos, formales, públicos y solemnes que se realizarán antes de la firma del acuerdo de paz tanto en el ámbito nacional como territorial y que pueden implicar, además, la petición de perdón por el daño causado a las víctimas. También pueden comprender actos de reconocimiento de responsabilidad de naturaleza individual.

5.1.3.2. Acciones concretas de contribución a la reparación

Destinadas a la reparación de los daños materiales por parte de todos quienes los causaron. En el caso de las FARC consistirán en: “*la participación en obras de reconstrucción de infraestructura en los territorios más*

afectados por el conflicto, la participación en los programas de limpieza y descontaminación de los territorios de minas antipersonal (MAP), artefactos explosivos improvisados (AEI) y municiones sin explotar (MUSE) o restos explosivos de guerra (REG), la participación en los programas de sustitución de cultivos de uso ilícito, la contribución a la búsqueda, ubicación, identificación y recuperación de restos de personas muertas o dadas por desaparecidas en el contexto y con ocasión del conflicto, y la participación en programas de reparación del daño ambiental, como por ejemplo la reforestación”.

5.1.3.3. Reparación colectiva en el fin del conflicto

Se materializará a través de tres instrumentos. El carácter reparador intrínseco derivado de los *Planes de Desarrollo Rural con Enfoque Territorial (PDET)* creados en el acuerdo sobre Desarrollo Agrario Integral, los *Planes de Reparación Colectiva con Enfoque Territorial*, los cuales deberán incorporarse a todos los PDET que se desarrollen y que en todo caso deberán ejecutarse directamente en comunidades especialmente victimizadas y los *Planes nacionales de reparación colectiva* que estarán dirigidos a sectores sociales específicos particularmente victimizados.

5.1.3.4. Rehabilitación psico-social

Conformadas por las *medidas de recuperación emocional a nivel individual* que implican un compromiso del Gobierno para mejorar la cobertura y calidad públicas de la atención psico-social de las víctimas y el

Plan de rehabilitación psico-social para la convivencia y la no repetición que también conlleva un compromiso del Gobierno en pos de impulsar estrategias de reconstrucción del tejido social en las comunidades que permitan fortalecer la confianza y la convivencia pacífica entre los ciudadanos y los excombatientes en proceso de reinserción a la vida civil.

5.1.3.5. Procesos colectivos de retornos de personas en situación de desplazamiento y reparación de víctimas en el exterior

Los primeros procesos se centrarán en garantizar el retorno y la reubicación voluntarias y en condiciones dignas y seguras de víctimas del delito de desplazamiento forzado; en cuanto a los segundos procesos, éstos apuntan a generar y poner en marcha planes de *retorno acompañado y asistido* para aquellas víctimas exiliadas o refugiadas en el exterior, lo que implica garantizar progresivamente el acceso a sus derechos fundamentales.

5.1.3.6. Medidas sobre restitución de tierras

Tendrán como finalidad dinamizar la política pública y los programas de restitución de tierras que actualmente adelanta el Estado colombiano. Para ello, la política de restitución deberá obedecer a "*criterios técnicos de densidad histórica del despojo*" teniendo en cuenta las recomendaciones de las organizaciones de víctimas y las de expertos en el tema.

5.1.3.7. Adecuación y fortalecimiento participativo de la Política de atención y reparación integral a víctimas en el marco del fin del conflicto y contribución a la reparación material de las víctimas

El Gobierno Nacional abrirá un espacio amplio de participación en donde las víctimas y sus organizaciones, así como académicos expertos, organizaciones especializadas y defensores de derechos humanos discutirán los lineamientos de la política pública general de atención y reparación integral de la víctimas y propondrán modificaciones o ajustes a sus distintos componentes que deberán ser acatadas por el Gobierno mediante la adopción de las de reformas jurídicas y políticas necesarias

* Se destaca que en el apéndice del mismo apartado 5.1.3.7 del SIVJNR, el Gobierno se compromete a reconocer como víctimas a los combatientes de la guerrilla de las FARC que hayan sido objeto de graves violaciones de derechos humanos o de crímenes de guerra, a fortalecer las medidas de reparación para los miembros de la Fuerza Pública que hayan sido víctimas de esas mismas prácticas violentas, a tomar las medidas necesarias para la financiación plena de la política de atención y reparación integral a las víctimas del conflicto y a reparar subsidiariamente a las víctimas del conflicto en caso de que quienes causaron el daño no posean los recursos suficientes para hacerlo. Por su parte, también se resalta que la guerrilla de las Farc en el mismo apéndice explícitamente "*se comprometen a contribuir a la reparación material de las víctimas y en general a su reparación integral, sobre la base de los hechos que identifique la Jurisdicción Especial para la Paz*", no sin dejar claro a continuación que: "*Los términos de esa reparación material serán precisados en el marco del Acuerdo Final*".

5.1.4. Garantías de no repetición

El componente de *Garantías de No Repetición* del SIVJRNR se sustenta sobre la base de que la cabal implementación de todos los componentes de este sistema y la de los demás acuerdos de la agenda de negociación, especialmente de aquel que se refiere al “*Fin del Conflicto*” (punto 3), evitarán definitivamente que el conflicto armado interno y las consiguientes graves y masivas violaciones de derechos humanos que el mismo acarrea ocurran de nuevo en el futuro.

5.2. Compromiso con la promoción, el respeto y la garantía de los derechos humanos

Para reforzar la materialización satisfactoria del componente de *Garantías de No Repetición* del SIVJRNR el Gobierno Nacional y la guerrilla de las FARC se comprometieron adicionalmente a promover, proteger y garantizar los derechos humanos de toda la población colombiana. Para ello, el grupo insurgente adquirió el compromiso de que todos sus exintegrantes así como la organización que surja de su tránsito a la vida política, respetarán y promoverán el respeto de tales derechos y contribuirán a consolidar la convivencia pacífica. Por su parte el Gobierno se comprometió a idear y desarrollar políticas públicas tendientes a la “*promoción de una cultura política, democrática y participativa de respeto a los derechos humanos*” las cuales girarán en torno a tres ámbitos principales: (i) Fortalecimiento de los mecanismos de promoción de los derechos humanos, (ii) Fortalecimiento de los mecanismos de protección de la labor que desempeñan los defensores de derechos humanos y sus organizaciones y (iii): Prevención y protección de los derechos humanos.

©2016 Centro de Análisis Político, Universidad EAFIT
Carrera 49 - 7sur 50 bloque 38-526
Medellín, Colombia
Teléfono (57) (4) 261 9500, extensión 9876

Todos los derechos reservados.

Rector: Juan Luis Mejía
Decano Escuela de Humanidades: Jorge Giraldo
Jefe departamento de Gobierno: Santiago Leyva

ISSN: 2462-9375

Diseño y diagramación:
Pregón S.A.S.
Medellín, Colombia
2016



El **Centro de Análisis Político** es la plataforma para la consultoría en temas públicos y políticos de la Universidad EAFIT. Cuenta con una experiencia de una década en análisis desarrollados para el sector público y al privado sobre temas como análisis de riesgos sociopolíticos, conflicto armado, construcción de políticas públicas, estudios sociales y gestión pública.

El **Departamento de Gobierno y Ciencias Políticas** es la unidad académica que unifica al Pregrado en Ciencias Políticas, a las especializaciones en Estudios Políticos y Gestión Pública Municipal, y a la Maestría en Gobierno y Políticas Públicas. Igualmente, el Departamento ofrece un amplio portafolio en curso de extensión y a la medida para la capacitación de funcionarios del Sector Público.

Esta publicación cuenta con el apoyo de:



**Cuadernos de trabajo en
Gobierno y Ciencias Políticas**

Centro de Análisis Político, Universidad EAFIT

Departamento de Gobierno y Ciencias Políticas
Escuela de Humanidades

