

## **REFLEXIONES SOBRE LA REFORMA CONSTITUCIONAL QUE CREA LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ Y REGULA EL TRATAMIENTO ESPECIAL A FUERZA PÚBLICA<sup>1</sup>**

***Rodrigo Uprimny Yepes  
Diana Isabel Güiza Gómez***

El presente texto<sup>2</sup> somete a consideración de la opinión pública y del Congreso de la República algunas reflexiones que evalúan si el PAL 2-3/2016 respeta y desarrolla las obligaciones internacionales del Estado colombiano en materia de derechos humanos, tanto en sus fines generales como en sus disposiciones específicas. Este documento hace parte de una serie de textos cortos en los que sustentaremos ciertas observaciones a algunos de los proyectos de reforma constitucional y legal, que serán tramitados en el Congreso para implementar el acuerdo de paz.

Con tal fin, este documento se divide en cuatro partes. La primera de ellas resalta la relevancia y conveniencia de generar espacios de participación de la ciudadanía en general y de las víctimas en particular, en los debates legislativos que tienen relación con la implementación normativa del acuerdo de paz. La segunda parte realiza un balance global de los objetivos del PAL 2-3/2016 y de su estructura. La tercera parte analiza brevemente algunas de las disposiciones del proyecto para sugerir, en cada caso, ciertos ajustes y precisiones. La cuarta y última parte estudia el tratamiento a los agentes de Estado que fija el PAL 2-3/2016, para demostrar que dicha regulación resulta problemática en el respeto de los derechos de las víctimas. Estos análisis los realizamos a la luz del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), el derecho internacional humanitario (DIH) y el derecho penal internacional (DPI).

### ***LOS ESPACIOS DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL FAST-TRACK***

Los comentarios que aquí presentamos fueron expuestos por Rodrigo Uprimny Yepes, el pasado 24 de enero y 14 de febrero, en las audiencias públicas que convocaron las Comisiones Primeras del Senado y de la Cámara de Representantes. Esos espacios son fundamentales para ampliar y robustecer el debate democrático, en torno a la

---

<sup>1</sup> El proyecto de Acto Legislativo 02 de 2016 Cámara / acumulado con el proyecto de Acto Legislativo 03 de 2016 Cámara (PAL 2/2016) crea constitucionalmente el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición - SIVJRNR; la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición - Comisión de la Verdad; la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado - UBPD; y la Jurisdicción Especial para la paz - JEP. Además, el PAL 2/2016 regula la forma en que aplicaría la extradición respecto de hechos o conductas realizados en contexto del conflicto armado; la participación política respecto de quienes respondan ante la JEP; y el tratamiento simétrico, diferenciado, equitativo, equilibrado y simultáneo a los agentes de Estado.

<sup>2</sup>En este texto, acogemos parte de las propuestas que planteamos, junto con otras organizaciones, grupos de investigación de universidades y académicos, en un comunicado público sobre JEP y tratamiento a Fuerza Pública, de fecha 13 de febrero de 2017: <http://www.dejusticia.org/#!/actividad/3406>.

implementación normativa del acuerdo de paz. Tal implementación tendrá lugar en el Congreso vía *fast-track*<sup>3</sup>, el cual es un mecanismo necesario para la sostenibilidad del proceso de paz, ya que favorece la aplicación ágil, efectiva, integral y fiel del acuerdo de paz. Entre mayor seriedad en la implementación de un acuerdo de paz, mayor será la estabilidad del proceso de construcción de paz y menores serán los riesgos de que se reabran discusiones que ya habían sido cerradas en la etapa de negociación. Es por ello que este tipo de trámites legislativos han sido adoptados en otras experiencias para fortalecer el proceso de paz, como ocurrió Irlanda del Norte (House of Lords, 2009), el cual es considerado un caso exitoso.

Sin embargo, por sus características, el *fast-track* disminuye las facultades del Congreso y la calidad de la deliberación parlamentaria. Tal déficit de democracia deliberativa debe ser contrarrestado con un plus de democracia participativa, ya que la construcción de paz se robustece en la medida en que ésta goza de legitimidad política, gracias a la participación de la sociedad. De hecho, la falta de participación en los sistemas políticos y económicos explica, en buena parte, por qué el 50% de los procesos de paz fracasa dentro de los 5 años siguientes a la firma del acuerdo de paz (International Alert, 2006; Nylander, 2014). Muestra de ello es, por ejemplo, el resurgimiento del conflicto armado interno en Sudán del Sur y Mozambique<sup>4</sup>. Por esas razones, urge abrir canales de participación ciudadana durante la implementación del proceso de paz y un buen esfuerzo inicial en esa línea es invitar a la ciudadanía a participar en los debates legislativos relacionados con el desarrollo del acuerdo de paz.

### ***BALANCE GLOBAL***

En general, el PAL 2-3/2016 atiende a los fines de la paz, responde a las obligaciones del Estado colombiano contempladas en el DIDH, DIH y DPI, garantiza los derechos de las víctimas y se ajusta a lo pactado en el acuerdo de paz. Sin embargo, algunas disposiciones requieren ajustes de fondo, pues no cumplen del todo las obligaciones de DIDH, DIH y DPI y, en esa medida, ponen en grave riesgo los derechos de las víctimas. Es el caso, en particular, del tratamiento a los miembros de la Fuerza Pública, el cual analizaremos en la cuarta parte de este documento.

El PAL 2-3/2016 le otorga fundamento constitucional a los elementos centrales que soportan las obligaciones de las partes respecto a la garantía de los derechos de las víctimas del conflicto armado. Así pues, el proyecto crea constitucionalmente el SIVJRNR que responde de forma integral y coordinada a las obligaciones frente a las víctimas. Este sistema está conformado por un conjunto de instituciones, donde cada una de ellas tiene competencias específicas y su trabajo se complementa con el que realizan las demás. En esa medida, la garantía de los derechos de las víctimas va más

---

<sup>3</sup> El *fast-track* es un procedimiento legislativo expedito que fue aprobado por el Acto Legislativo 1 de 2016. Su propósito es agilizar el trámite que deben seguir en el Congreso de la República las reformas constitucionales y legales para el desarrollo e implementación normativa del acuerdo de paz.

<sup>4</sup> Para mayor información, ver Nylander (2014)

allá de la rendición judicial de cuentas por parte de quienes han cometido las violaciones. El sistema reconoce que el componente de justicia es importante para la satisfacción de los derechos y, a la vez, llama la atención de que la condena penal no es suficiente para el restablecimiento de derechos de las víctimas. Por eso, el sistema hace énfasis en el reconocimiento de la verdad de lo que sucedió; la reparación individual, colectiva, material y simbólica de las víctimas; la reconstrucción de sus vidas y del tejido social; y la adopción de medidas que eviten que estas atrocidades ocurran de nuevo en el futuro.

Las principales instituciones que integran el SIVJRNR son: la Comisión de la Verdad, la UBPD y la JEP. Estas instituciones son creadas constitucionalmente por el PAL 2-3/2016. Es así como este proyecto adecúa las condiciones normativas para el posterior desarrollo y cumplimiento de las principales obligaciones que las partes adquirieron en el acuerdo de paz. A lo largo de este documento haremos algunos comentarios a la regulación que plantea el PAL 2-3/2016 sobre la Comisión de la Verdad y la JEP.

### ***Comisión de la Verdad***

El proyecto acoge, en líneas generales, las características y funciones que las partes convinieron sobre la Comisión de la Verdad. Esos rasgos coinciden, en gran medida, con las pautas de acción que, según Ambos (2009), definen a las comisiones de la verdad como *efectivas*, esto es, aquellas que tienen “suficientes recursos y la necesaria independencia para decidir sobre la base de criterios racionales” (p. 50). En particular, el artículo 2 transitorio establece la autonomía, independencia, temporalidad y carácter extrajudicial de la Comisión de la Verdad. Estas características se desarrollan puntualmente en los siguientes elementos.

Primero, la Comisión de la Verdad tiene la naturaleza de ente autónomo constitucional de aquellos previstos en el artículo 113 de la Constitución<sup>5</sup>. Como lo ha reiterado la Corte Constitucional<sup>6</sup>, los entes autónomos son órganos del Estado que no pertenecen a alguna de las ramas del poder público que, por tanto, son independientes respecto a estas y tienen facultades para ordenar su funcionamiento. Así pues, esta autonomía otorgada constitucionalmente a este tipo de entes “marca un límite a la acción de los órganos de las Ramas del Poder sobre [aquellos]”<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup>Constitución Política de Colombia, artículo 113. “Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial.

Además de los órganos que las integran ***existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado***. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.” (Subrayas fuera del texto).

<sup>6</sup> Ver, entre otras, Corte Constitucional. Sentencias C-167 de 1995 M.P., Fabio Morón Díaz; C-373 de 1997 M.P. Fabio Morón Díaz; C-189 de 1998 M.P., Alejandro Martínez Caballero; C-401 de 2001 M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-832 de 2002 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

<sup>7</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-401 de 2001 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Esta naturaleza constitucional de la Comisión de la Verdad le otorga entonces autonomía e independencia frente al Estado. Ello reviste especial importancia, pues le permite a la Comisión actuar sin restricciones frente al esclarecimiento de los patrones más representativos de violaciones de derechos humanos que llegaran a comprometer a agentes de Estado.

Segundo, el mismo artículo dispone que la Comisión de la Verdad será un órgano temporal<sup>8</sup>. Ese límite de tiempo deberá ser fijado por la ley que desarrolle el funcionamiento de la Comisión de la Verdad, el cual deberá adecuarse a lo estipulado en el acuerdo de paz: 3 años que incluyen a elaboración del informe final y 6 meses para preparar todo lo necesario para su funcionamiento (p. 138).

Y tercero, dicha norma le otorga carácter extrajudicial a la Comisión de la Verdad. En específico, la norma enfatiza en que las actuaciones de la Comisión no podrán implicar imputación penal y la información que reciba o produzca no podrá ser trasladada por esta a autoridades judiciales para iniciar investigaciones penales ni disciplinarias, ni tendrá valor probatorio. El carácter extrajudicial de la Comisión contribuye a la eficacia de este mecanismo, pues se correría el riesgo de que no hubiese una contribución efectiva por parte de los perpetradores si sus declaraciones pudieran usarse posteriormente para investigarlos y sancionarlos penalmente. Además, las víctimas enfrentarían obstáculos para contribuir a la verdad por las posibles represalias que podrían tomar los perpetradores si existiera la posibilidad de que estos últimos fueran sancionados penalmente por las declaraciones de aquellas.

Puede generar preocupación la disposición según la cual la información que reciba o produzca la Comisión no pueda ser trasladada a autoridades judiciales o disciplinarias ni tenga carácter probatorio. Sin embargo, esta disposición no excluye la posibilidad de que, una vez la Comisión de la Verdad termine sus actividades, la información publicada por esta pueda ser usada para iniciar investigaciones judiciales ante la JEP, la cual debería recolectar, por sí misma, el acervo probatorio.

El referido artículo del proyecto señala, entre otras, la función de la Comisión de la Verdad de “promover el reconocimiento de las víctimas y el reconocimiento *voluntario* de las responsabilidades individuales o colectivas de quienes participaron directa e indirectamente en el conflicto armado”. A primera vista, podría objetarse que esa regulación le resta eficacia al trabajo de la Comisión, ya que el reconocimiento de responsabilidades quedaría sujeto a la voluntad de los responsables de las violaciones. Si estos se negaran a comparecer ante la Comisión cuando ésta los llame, la Comisión no tendría facultad alguna para requerirlos a que comparezcan y contribuyan con verdad. A esta crítica respondemos que, precisamente por su carácter extrajudicial, la Comisión no tiene facultades para requerir u obligar a quienes no acudan ante el

---

<sup>8</sup> Distintos estudios comparados muestran que las comisiones de la verdad deben tener un mandato limitado en tiempo. Ver, por ejemplo, Mattarollo (2002).

primer llamado que les haga la Comisión. Si se otorgaran esas potestades, la Comisión adquiriría un carácter judicial y se vería afectada la eficacia de su trabajo.

Sin embargo, dichas objeciones se resuelven a partir de una interpretación armónica y sistemática de otras disposiciones del PAL 2-3/2016. A pesar de que la Comisión de la Verdad no tiene potestades para obligar a comparecer a quienes llama, por su carácter extrajudicial, el SIVJNRN tiene una serie de condiciones e incentivos que complementan el trabajo de la Comisión en este punto. Así lo señala el artículo 1 del título transitorio que adiciona a la Constitución el artículo 1 del PAL 2-3/2016:

Los distintos mecanismos y medidas de verdad, justicia, reparación y no repetición, en tanto parte de un sistema que busca una respuesta integral a las víctimas, no pueden entenderse de manera aislada. ***Estarán interconectados a través de relaciones de condicionalidad y de incentivos para acceder y mantener cualquier tratamiento especial de justicia, siempre fundados en el reconocimiento de verdad y responsabilidades.*** El cumplimiento de estas condicionalidades será verificado por la Jurisdicción Especial para la Paz. (Resaltado fuera del original).

En la misma línea, el artículo 5 transitorio estipula que: “***para acceder a cualquier tratamiento especial de justicia previsto en la Jurisdicción Especial para la Paz del Sistema Integral***, quienes hayan cometido conductas punibles por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, ***deberán contribuir al esclarecimiento de la verdad***, reparar a las víctimas y garantizar la no repetición.” (Subrayas fuera del texto).

### ***Jurisdicción Especial para la Paz***

La JEP es el componente judicial que crea el acuerdo de paz y que adquiere fundamento constitucional, a través de este PAL 2-3/2016. Este componente es una novedad en el ámbito de transiciones, tanto en el mundo como en la historia colombiana. Tradicionalmente, las transiciones han terminado con la imposición de un tribunal de la parte vencedora a la parte vencida, o la negociación de perdones bilaterales. En Colombia, por primera vez, las partes negocian el fin de un conflicto armado en la que se auto imponen la obligación de someterse a un tribunal de justicia para rendir cuentas de lo ocurrido.

En este punto, el PAL 2-3/2016 recoge los elementos centrales de la JEP que se encuentran fijados en el acuerdo de paz, los cuales responden a los derechos de las víctimas. En efecto, una de las innovaciones de la JEP es la manera como combina justicia retributiva y justicia restaurativa<sup>9</sup>, con lo cual supera, al menos en su diseño,

---

<sup>9</sup> Para mayor detalle, ver “La JEP: entre la cárcel y la justicia restaurativa”. Rodrigo Uprimny Yepes y Diana Isabel Güiza Gómez, 26 de septiembre de 2016, *Ámbito Jurídico*.

otros arreglos transicionales. La experiencia comparada muestra que no es fácil encontrar la dosis suficiente de justicia penal –ya sea retributiva, restaurativa o de las dos– que realice en la mayor medida posible los derechos de las víctimas, pero, al mismo tiempo, permita una transición negociada<sup>10</sup>.

Ahora bien, surge la pregunta si el constituyente derivado es competente para crear una jurisdicción especial que tiene como propósito dar un cierre global al conflicto armado colombiano, sin que ello sustituya algún pilar fundamental de la Constitución de 1991. Para responder esta cuestión, es necesario analizar la naturaleza de la función jurisdiccional y sus principales características constitucionales (artículo 116 Superior).

De acuerdo a la jurisprudencia constitucional, la función jurisdiccional es la potestad del Estado para administrar justicia, gracias a la soberanía de que es titular para mantener el imperio de la ley en el territorio nacional<sup>11</sup>. Además, esta función se ejerce “como propia y habitual y de manera permanente por las corporaciones y personas dotadas de investidura legal para hacerlo, según se precisa en la Constitución y en la Ley Estatutaria” (artículo 12 de la Ley 270 de 1996).

Por mandato de la Constitución (artículos 116 y 228), la función jurisdiccional está desconcentrada en jurisdicciones<sup>12</sup>, esto es, ámbitos de competencia de acuerdo a las controversias que resuelve, las cuales son: la ordinaria (laboral, penal, civil y agraria), la contencioso-administrativa, la constitucional y la disciplinaria. Estas jurisdicciones hacen parte de la Rama Judicial. Con todo, la Constitución creó otras jurisdicciones que conforman el Sistema Judicial<sup>13</sup>, aunque no conforman la Rama Judicial. Es el caso de las jurisdicciones especial indígena<sup>14</sup>, de paz<sup>15</sup> y la justicia penal militar<sup>16</sup>, las cuales

---

<sup>10</sup> Para un análisis más detallado de los dilemas entre justicia y paz, ver Uprimny (2006)

<sup>11</sup> Corte Constitucional. Sentencia C- 392 de 2000. M.P. Antonio Barrera Carbonell. fundamento 2.2.1: “La jurisdicción en general consiste en la potestad que tiene el Estado para administrar justicia en ejercicio de la soberanía de que es titular, mediante el conocimiento y decisión de las diferentes causas (civiles, criminales, administrativas, etc.) y, en tal virtud, es única e indivisible. Es por ello que todos los jueces ejercen jurisdicción en nombre del Estado, pero circunscrita al ámbito propio de la competencia que le asigna la ley.”

<sup>12</sup> Corte Constitucional. Sentencia C- 392 de 2000. M.P. Antonio Barrera Carbonell. fundamento 2.2.1: “Razones de naturaleza política, y la necesidad de asegurar la mayor eficacia de la administración de justicia por el Estado mediante la distribución del trabajo, justifican la existencia de jurisdicciones especiales autorizadas por la Constitución, que forman parte de la rama judicial; pero la diversidad de jurisdicciones especiales no implica rompimiento de la unidad ontológica de la jurisdicción del Estado”.

<sup>13</sup> Usamos el término “Sistema Judicial” para hacer referencia al conjunto de instituciones que incluyen a la Fiscalía General de La Nación y al Poder Jurisdiccional, entre otras. Esta noción es más amplia que la noción de Rama Judicial. Ver (La Rota, Bernal, Santa y Uprimny Yepes, 2012, p. 3).

<sup>14</sup> Artículo 246 de la Constitución Política. Corte Constitucional. Sentencias T-254 de 1994, C-139 de 1996, T-349 de 1996, T-496 de 1996, SU-510 de 1998, C-370 de 2002, T-728 de 2002, T-552 de 2003, T-1238 de 2004, T-1253 de 2008, T-514 de 2009 y T- 617 de 2010.

<sup>15</sup> Artículo 247 de la Constitución Política. Ley 497 de 1999. Corte Constitucional. Sentencia C-631 de 2012. M.P. Humberto Sierra Porto. Ver: Uprimny Yepes (1994)

<sup>16</sup> Artículo 116 de la Constitución Política. Corte Constitucional. Auto 12 de 1994. M.P. Jorge Arango Mejía. Fundamento 1º; Sentencia 1149 de 2001. M.P. Jaime Araujo Rentería .Fundamento 3.1. Ley 1765



tienen mayores grados de autonomía administrativa y funcional, debido a los conflictos especialísimos que dirime.

Como vemos, la Constitución de 1991 no prohíbe que la función jurisdiccional sea ejercida por distintas jurisdicciones ni prescribe que estas tengan un mayor grado de autonomía administrativa y funcional, al punto de que no hagan parte de la Rama Judicial. Es por ello que el constituyente derivado puede crear una jurisdicción especial encargada de darle un cierre definitivo al conflicto armado, sin que sustituya ningún pilar de la Constitución.

Otras razones que sustentan esta facultad son las siguientes. Primero, la creación constitucional de la JEP es esencial para lograr un equilibrio entre la garantía de los derechos de las víctimas y los propósitos del proceso de paz de dejación de armas y reintegración de los excombatientes. Segundo, la JEP es conveniente para la sostenibilidad del proceso de construcción de paz, ya que necesario crear un sistema especializado que brinde un cierre jurídico y definitivo al conflicto armado. Este último argumento fundamenta, además, la autonomía e independencia de la JEP frente a otras jurisdicciones y a la Rama Judicial. Respecto a la relación de la JEP con esta última, el PAL 2-3/2016 establece distintas vías de comunicación y coordinación para evitar posibles conflictos entre las dos.

### ***Tratamiento a agentes de Estado***

Uno de los fines del acuerdo de paz es dar un cierre global al conflicto. Por consiguiente, el acuerdo establece que habrá un tratamiento simétrico, diferenciado, equitativo, equilibrado y simultáneo para los agentes de Estado (lo que incluye a miembros de la Fuerza Pública) que sean responsables de violaciones ocurridas en el conflicto armado. Es por ello que el PAL 2-3/2016 incorpora una serie de disposiciones en esta materia, las cuales analizaremos en detalle en la cuarta parte de este documento. Por ahora, mostramos que no existe prohibición alguna para que el Estado colombiano adopte este tipo de tratamientos para agentes de Estado.

La objeción a tratamientos transicionales a agentes de Estado se basa, principalmente, en dos argumentos<sup>17</sup>: por un lado, que esos tratamientos equivaldrían a una autoamnistía de crímenes graves, lo cual está prohibido por el derecho internacional; y, por otro lado, que la prohibición de autoamnistías se justifica en los deberes especiales que tienen los agentes de Estado en la protección de los derechos humanos, ya que la sociedad deposita el monopolio de la fuerza en el Estado, a cambio de que se garanticen sus derechos. Es por esto que la violación de derechos por parte de agentes

---

de 2015. Sobre el fuero de atracción de la justicia penal militar, ver: los elementos del fuero de atracción de la justicia penal militar, entre otras: T- 806 de 2000. M.P. Alfredo Beltrán Sierra; T-1001 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil; C- 407 de 2003. M.P. Jaime Araujo Rentería; y C-1149 de 2001 M.P. Jaime Araujo Rentería.

<sup>17</sup> Estos apartes se basan en Uprimny Yepes, Sánchez León y Sánchez Duque (2014, pp. 148-151)

de Estado es particularmente grave y, en consecuencia, el Estado debe sancionar con mayor severidad ese tipo de violaciones.

Si bien estos argumentos parten de premisas legítimas, que compartimos, de ellos no deriva la conclusión de que el derecho internacional prohíba al Estado prever medidas de transición para los agentes de Estado. Esta clase de tratamientos transicionales son admisibles si cumplen dos condiciones básicas: que se realicen en el marco de una negociación global de paz, de manera que no se convierta en una autoamnistía frente a crímenes graves; y que se respetan los deberes especiales que los agentes estatales tienen frente a los derechos humanos. Veamos.

Los tratamientos especiales a agentes de Estado son admisibles si son otorgados de forma cuidadosa y como consecuencia de negociaciones globales con grupos insurgentes. Aquellos beneficios penales que son concedidos unilateralmente por el Estado a sus agentes son, en general, una autoamnistía, la cual resulta problemática en derecho internacional, debido a los especiales deberes de respeto de los derechos humanos que tienen los agentes estatales. Pero distinta es la situación frente a tratamientos especiales que tienen lugar en una negociación global. Precisamente como el fin es darle un cierre general al conflicto, en principio, no hay restricción a que las medidas transicionales también cobijen a los agentes de Estado que han cometido violaciones con ocasión del conflicto armado. Es por ello que no podría calificarse como autoamnistía los tratamientos especiales a agentes de Estado que regula el proyecto que estudiamos, en cuanto a la forma en que han sido adoptados: en el marco de una transición para dar fin global al conflicto.

De todas formas, esto no significa que sea admisible cualquier tipo de beneficio penal, así hayan sido adoptados en el marco de una negociación global. Esta clase de medidas transicionales deben evaluarse también por su contenido y marco legítimo de aplicación: los derechos de las víctimas a verdad, justicia, reparación y no repetición. Los beneficios punitivos que son otorgados a los integrantes de grupos armados, en el marco de la justicia transicional, tienen como contrapartida no sólo la contribución de esas personas a la verdad y a la reparación, sino también la desmovilización colectiva de la estructura armada y las garantías de que las atrocidades no se repetirán. De forma equivalente, los tratamientos especiales que se conceden a agentes de Estado se justifican porque, además de que contribuyen a la verdad, justicia y reparación, permiten desmontar los factores estructurales que posibilitaron la participación de dichos agentes en las violaciones de derechos.

El propósito de remover tales factores estructurales pasa necesariamente por reconocer que la participación de agentes estatales no ha sido un simple fenómeno de manzanas podridas, sino que ha respondido a diseños institucionales que facilitaron esas violaciones de derechos. Asimismo, es necesario adoptar medidas que permitan descubrir los patrones de actuación de los agentes estatales en las violaciones de derechos. Una de esas medidas es la figura de la responsabilidad de mando. Gracias a esta, un tribunal puede responsabilizar a un comandante de delitos que, si bien no



fueron cometidos directamente por él, fueron cometidos por subordinados bajo su mando y respecto de quienes tiene control efectivo, o tuvo conocimiento de que esas violaciones ocurrirían y no lo evitó, o tenía que saber que dichas violaciones serían cometidas por sus subordinados. Este punto lo estudiaremos con más detalle en la cuarta parte de este texto.

### ***ANÁLISIS DE ALGUNAS DISPOSICIONES CONCRETAS***

En seguida, analizamos algunas disposiciones puntuales del PAL 2-3/2016 que consideramos requieren precisiones y ajustes.

#### **Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado - UBPD**

El artículo 3 transitorio del PAL 2-3/2016 crea la UBPD como un ente del orden nacional con personería jurídica y con autonomía administrativa y presupuestal. Asimismo, el artículo establece que la ley reglamentará la naturaleza jurídica de esta Unidad. Es decir, esta norma no le otorga una naturaleza especial constitucional a la UBPD. Por ello, podría entenderse que dicha Unidad dependerá de la rama ejecutiva, de acuerdo con el artículo 40 de la Ley 489 de 1998. Sin embargo, la UBPD debería tener el carácter de ente autónomo del orden nacional –de aquellos previstos en el artículo 113 de la Constitución–, con personería jurídica, autonomía administrativa, presupuestal y técnica, sujeta a un régimen legal propio. Hay al menos dos razones que sustentan esa naturaleza especial. Primero, la UBPD requiere autonomía e independencia frente a las ramas del poder público, para actuar sin restricciones en la búsqueda y localización de personas dadas por desaparecidas en el conflicto, en particular, en aquellos casos en los que estén involucrados agentes del Estado. Segundo, la UBPD debe ser percibida por todas las víctimas como una entidad imparcial en la que puedan confiar.

#### **Condicionabilidad e incentivos del SIVJNR**

Los incentivos penales de la JEP se sustentan en la condicionabilidad. De acuerdo con ésta, quienes hayan cometido violaciones que sean competencia de la JEP podrán acceder al tratamiento especial de esta jurisdicción, siempre y cuando contribuyan al esclarecimiento de la verdad, a la reparación de las víctimas y a las garantías de no repetición. En caso de incumplimiento de estos deberes de verdad, reparación y no repetición, la consecuencia es la pérdida del tratamiento especial de la JEP y el juzgamiento por la jurisdicción ordinaria.

Sin embargo, el artículo 5 transitorio del PAL 2-3/2016 no precisa cuáles son las condiciones específicas de cumplimiento, según la situación jurídica de cada responsable, ni cuándo se considera que existe incumplimiento ni las consecuencias del mismo en cada caso. No se encuentran en la misma situación quien fue beneficiario de amnistía y quien recibe tratamiento especial por haber tenido una

participación determinante en la comisión de crímenes graves y representativos. Tampoco debería acarrear las mismas consecuencias el incumplimiento por falta de precisión de ciertos detalles de sucesos específicos al momento de reconocer verdad y aquel por renuencia dolosa a reconocer verdad. Estos asuntos deberían ser regulados legalmente, por lo que el inciso tercero del artículo 5 transitorio debería reemplazar la expresión “quien aporte de manera dolosa información falsa, o incumpla cualquiera de las condiciones del sistema, perderá el tratamiento especial de justicia” por la expresión “la ley que desarrolle la JEP reglamentará las condiciones de contribución a verdad, reparación y no repetición que deberán cumplir los beneficiarios de la JEP, según su situación jurídica, así como las circunstancias en las que se considera que existe incumplimiento de esos deberes y las consecuencias de dicho incumplimiento”.

### **Responsabilidad de los miembros del Comité de Escogencia de la JEP**

El último inciso del artículo 7 transitorio precisa que “[l]os miembros del Comité de Escogencia *no asumirán ninguna responsabilidad personal* por la sección de los magistrados, comisionados y demás funcionarios que deben escoger en virtud de este artículo transitorio” (Subrayas fuera del texto). Esta disposición persigue el fin legítimo de proteger las opiniones y votos que emitan los miembros del Comité en el proceso de escogencia de los funcionarios de la JEP, en aras de garantizar la autonomía e independencia de la jurisdicción. Sin embargo, la forma en que está redactada esa disposición podría dejar en la impunidad posibles actos de corrupción en la selección de dichos funcionarios, los cuales, en caso de ocurrir, deben ser judicializados. Por eso, planteamos que se mantenga la inviolabilidad de las opiniones y votos que emita el comité en el proceso de selección de los funcionarios de la JEP y se aclare ello no excluye las investigaciones y sanciones a que haya lugar, en caso de que ocurran actos de corrupción en ese proceso de selección.

### **Selección y priorización de la JEP y competencia frente a terceros**

El Acuerdo Final establece que el Tribunal para la Paz debe concentrarse, desde su inicio, en la investigación, juzgamiento y sanción de quienes tuvieron una participación determinante en la comisión de los crímenes más graves y representativos. Esta previsión busca evitar el colapso de la JEP, luchar de mejor manera contra la impunidad y contribuir a la satisfacción de los derechos de las víctimas. En efecto, así lo resaltó la Corte Constitucional en la sentencia C-579 de 2013. En esa oportunidad, la Corte señaló que:

La posibilidad de centrar la investigación, el juzgamiento y la sanción en los máximos responsables, permite que el Estado encause las graves violaciones a los derechos humanos bajo contextos, utilizando los criterios de gravedad y representatividad; tipificarlos como delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática e imputarlos efectivamente en virtud de su participación en el plan o política a los máximos responsables.

La primera ponencia del PAL 2-3/2016 no incluyó ninguna disposición al respecto. Luego, la segunda ponencia introdujo un nuevo artículo 16 transitorio, el cual establece la competencia frente a los terceros que no participaron directamente en el conflicto armado. Con esta redacción, parecería que el Tribunal únicamente puede aplicar criterios de priorización y selección en estos casos y no en aquellos de miembros de la guerrilla o agentes del Estado.

Para evitar esas interpretaciones, el PAL 2-3/2016 debería incorporar un nuevo artículo general que regule, explícitamente y para todos los casos, que el Tribunal se concentrará en los casos más graves y representativos, así como la facultad de llamar a comparecer a quienes tuvieron participación determinante. Una posible redacción de ese artículo sería la siguiente:

**Artículo transitorio xx. Selección y concentración en los casos más graves y representativos y solicitud de comparecencia.** Sin perjuicio del deber general del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, y para asegurar el funcionamiento eficiente, eficaz y célere de la Jurisdicción Especial para la Paz, ésta tendrá las más amplias facultades para adoptar criterios de selección y priorización. Al ejercer estas facultades, la Jurisdicción tendrá en cuenta la necesidad de evitar tanto que las conductas graves y representativas y sus responsables queden impunes, como prevenir la congestión del Tribunal.

Cuando tres meses antes de presentar la resolución de conclusiones, a juicio de la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad, una persona respecto de la cual hubiere fundamentos claros y suficientes que hagan presumir su participación determinante en uno de los delitos de competencia del Tribunal para la Paz deba ser incluida en la resolución de conclusiones o ser remitida a la Unidad de investigación o acusación, pero la persona se hubiere negado a comparecer, la Sala deberá solicitarle a la sección de revisión del Tribunal que la obligue a efectuar tal comparecencia ante la Jurisdicción Especial para la Paz. Lo anterior, sin perjuicio de la evaluación que deberá hacer la JEP sobre si la negación a comparecer implica un incumplimiento de las condiciones del Sistema.

Por su parte, el artículo 16 transitorio debería modificarse para aclarar las reglas diferenciadas aplicables únicamente a terceros:

**Artículo transitorio 16. Competencia sobre terceros.** Las personas que, sin formar parte de las organizaciones o grupos armados,

hubieren contribuido de manera directa o indirecta a la comisión de delitos en el marco del conflicto, podrán acogerse a la JEP y recibir el tratamiento penal especial que las normas determinen, siempre que cumplan con las condiciones establecidas de contribución a la verdad, reparación y no repetición.

La JEP llamará a comparecer a las personas respecto de las cuales haya fundamentos claros y suficientes que hagan presumir su participación no coaccionada en conductas de financiación o colaboración con cualquier actor del conflicto, siempre que hayan tenido una participación activa o determinante en la comisión de los delitos de competencia del Tribunal.

### ***TRATAMIENTO ESPECIAL PARA MIEMBROS DE FUERZA PÚBLICA***

En seguida, estudiamos algunos aspectos del tratamiento simétrico, diferenciado, equitativo, equilibrado y simultáneo a los miembros de Fuerza Pública, que están regulados en el PAL 2-3/2016. Como lo expresamos en la segunda parte, no existe una prohibición de principio para que el Estado adopte medidas transicionales para los agentes estatales (entre ellos, los miembros de Fuerza Pública) que hayan cometido graves violaciones durante el conflicto armado. Este tipo de medidas son admisibles si hacen parte de una negociación global con un grupo insurgente y si, como contraprestación, contribuyen a la verdad y a la reparación, y permiten dismantelar los factores estructurales que posibilitaron la participación de los agentes estatales en la comisión de esas graves violaciones. Los beneficios punitivos que adopta el PAL 2-3/2016 cumplen con la primera condición, pues corresponden a lo acordado por el gobierno colombiano y las FARC-EP, con el objetivo de darle un fin global al conflicto. Sin embargo, por las razones que pasamos a exponer, algunas de esas disposiciones no satisfacen los derechos de las víctimas a la reparación y no repetición.

### **Calificación Jurídica**

El PAL 2-3/2016 establece unas condiciones disímiles para la calificación jurídica que la JEP hará en casos de miembros de Fuerza Pública, respecto de aquella que esa jurisdicción hará en los casos de los otros responsables de crímenes de su competencia. Mientras que el artículo 5 transitorio, que reglamenta el funcionamiento general de la JEP, preceptúa que la calificación jurídica se basará en el Código Penal Colombiano, el DIDH, el DIH o DPI; el artículo 21 transitorio dispone que, para efectos del tratamiento especial de miembros de Fuerza Pública, la calificación jurídica de la JEP se basará en la “estricta sujeción al artículo 29 de la Constitución Política, en el Código Penal colombiano ***vigente al momento de la comisión del hecho***, en las normas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y de Derecho Internacional Humanitario (DIH)”. (Resaltado fuera del texto).

Las diferencias están entonces en que, como regla general, la calificación jurídica de la JEP se basará, entre otras fuentes, en el Código Penal colombiano y el DPI; pero, como regla específica para los miembros de Fuerza Pública, dicha calificación jurídica se fundamentará, entre otras, en el Código penal colombiano *vigente al momento de la comisión del hecho y no deberá sujetarse al DPI*. Esta distinción no resulta admisible. En efecto, no existe justificación alguna para que la calificación jurídica de conductas cometidas por miembros de Fuerza Pública no deba sujetarse al DPI, cuando Colombia ha reconocido la jurisdicción complementaria de la Corte Penal Internacional (CPI), en los términos del Estatuto de Roma, la cual aplica a todos los responsables de cometer crímenes internacionales. En la práctica, ese tratamiento injustificado significa que, por ejemplo, la calificación jurídica de crímenes de lesa humanidad cometidos por la Fuerza Pública no tenga en cuenta los criterios de sistematicidad y generalidad, que están consagrados en el Estatuto de Roma, los cuales serían objeto de revisión por la CPI para decidir si Colombia cumplió con su deber de investigar, juzgar y sancionar.

Tampoco existe razón para que la calificación jurídica respecto a los miembros de Fuerza Pública se base en el Código Penal colombiano vigente al momento de la comisión del hecho. Por esta vía, no podría imputarse responsabilidad penal a responsables de determinados crímenes si, al momento de ocurrir los hechos, aquellos no se encontraban calificados como tales en la legislación interna, a pesar de que el Estado colombiano tuviera la obligación de evitar y sancionar dichos crímenes, según el DIDH y el DIH. Este es el caso, por ejemplo, de los crímenes de genocidio<sup>18</sup> o de desaparición forzada<sup>19</sup>.

En esta materia, existe una importante jurisprudencia nacional que ha flexibilizado principios tradicionales del derecho, como el principio de legalidad en materia penal, en virtud del cual las conductas punibles sólo serán juzgadas y sancionadas conforme a los delitos y penas establecidos previamente por vía legal. En los casos de crímenes

---

<sup>18</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto 33118 de mayo 13 de 2010. Disponible en [http://legal.legis.com.co/document?obra=jurcol&document=jurcol\\_8497698efc2fa0a4e0430a010151a0a4](http://legal.legis.com.co/document?obra=jurcol&document=jurcol_8497698efc2fa0a4e0430a010151a0a4) En esa oportunidad, la Corte Suprema de Justicia precisó que era competente para conocer la responsabilidad penal de César Pérez García por los delitos de homicidio múltiple agravado, terrorismo, concierto para delinquir y lesiones personales, en los hechos ocurridos en la conocida “masacre de Segovia” (11 de noviembre de 1988). Al respecto, la Corte precisó que si bien es cierto para la fecha de ocurrencia de los hechos a nivel interno no se encontraba tipificado el tipo penal de genocidio (lo que ocurriría solo hasta la Ley 599 de 2000), “el Estado Colombiano tiene el deber de cumplir y hacer cumplir, mediante sus Instituciones, de investigar y juzgar las graves violaciones a Derechos Humanos, pues, es su obligación adquirida para con la humanidad mundial, definida mediante los Tratados y Convenios Internacionales que sobre la materia ha suscrito, en atención al principio pacta sunt servanda, así como en los Tratados que no ha suscrito pero que son vinculantes por referirse a Principios de Derecho Internacional, por su pertenencia a la Organización de las Naciones Unidas, por su aceptación de jurisdicción subsidiaria respecto de Organismos Judiciales Internacionales y que en su jurisprudencia le ha recordado y reiterado dichos deberes, como surge del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, fechada el 11 de mayo de 2007, dentro del caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia (...)

<sup>19</sup> Entre otras, ver: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso n.º 3656, 3 de agosto de 2011, M.P. José Luis Barceló Camacho.

internacionales –de agresión, de guerra, de lesa humanidad y genocidio-, los jueces han aplicado estándares internacionales a hechos punibles que al momento de su comisión no contaban con calificación jurídica precisa en la ley penal interna o respecto de los cuales Colombia había ratificado tratados internacionales, pero no los había adoptado en su legislación interna. En estos contextos, el principio de legalidad “supone la integración de los tratados internacionales a los sistemas jurídicos domésticos con plenos efectos como ley previa para hacer viable su sanción, así los mismos no estuvieran formalmente tipificados en la legislación nacional al momento de su comisión”<sup>20</sup>. Es lo que se ha llamado la *flexibilización del principio de legalidad*.

### **Ámbito de competencia de la JEP**

El PAL 2-3/2016 fija dos estándares distintos para determinar cuándo una conducta tiene nexos con el conflicto armado, a efectos de determinar la competencia de la JEP. Mientras que el artículo 5 transitorio establece la competencia de la JEP sobre “conductas cometidas por causa, con ocasión y en relación directa o indirecta con el conflicto armado, por quienes participaron en el mismo”; el artículo 22 transitorio, que regula la competencia de la JEP frente a miembros de Fuerza Pública, agrega otros criterios<sup>21</sup> que amplían la noción de conducta conexa con el conflicto armado. De esa forma, se extiende el ámbito de competencia de la JEP para casos de Fuerza Pública, lo que rompe los principios de universalidad e integralidad en los que se basa el sistema. Este punto, entonces, requiere ajustes para que se unifiquen los criterios que permiten determinar si un delito tiene nexos con el conflicto armado y, por consiguiente, si es competencia de la JEP.

### **Responsabilidad del mando**

La regulación de la responsabilidad del mando (artículo 23 transitorio) es contraria a los principios de DPI consuetudinario y al Estatuto de Roma. Este punto es de fundamental trascendencia para la legitimidad y solidez jurídica del proceso de paz, como pasamos a mostrar.

La responsabilidad del mando es una figura del derecho internacional que existe desde hace décadas y que establece cuándo un comandante militar debe responder por las atrocidades cometidas por sus subalternos. La tesis central es que, incluso si el comandante no ordenó las atrocidades ni participó en ellas, debe responder por los actos cometidos por sus subalternos si, pudiendo hacerlo, no evitó que éstas ocurrieran o se abstuvo de sancionar a los responsables.

---

<sup>20</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso N° 33039, 16 de diciembre de 2010, M. P. José Leonidas Bustos Martínez.

<sup>21</sup> Por ejemplo, el artículo 20 transitorio incluye dentro de la competencia de la JEP los delitos cometidos por agentes de Estado, en los que existiera ánimo de obtener enriquecimiento personal, sin que este fuera determinante de la conducta; o aquellos que fueron cometidos, gracias a que el perpetrador adquirió mayores habilidades para cometerlos, por razón del conflicto armado.



Esta figura ha sido desarrollada tanto por el DPI consuetudinario y el Estatuto de Roma, como por el DIH. Sobre esto último, el Comité Internacional de la Cruz Roja ha reconocido la responsabilidad de mando como una institución que pertenece a la costumbre internacional del DIH. Gracias a aquella, indica el Comité, “[l]os jefes y otros mandos superiores son penalmente responsables de los crímenes de guerra cometidos por sus subordinados si sabían, o deberían haber sabido, que éstos iban a cometer o estaban cometiendo tales crímenes y no tomaron todas las medidas razonables y necesarias a su alcance para evitar que se cometieran o, si ya se habían cometido, para castigar a los responsables” (Henckaerts y Doswald-Beck, 2007, p. 632).

La lógica que anima este dispositivo es doble. De un lado, esta figura parte del supuesto de que la mejor forma de evitar que los ejércitos, sean estatales o irregulares, cometan atrocidades en las guerras es imponiendo a los comandantes el deber de prevenirlas y sancionarlas si ocurren. Y, de otro lado, este dispositivo reconoce que es justo castigar severamente a aquel comandante que omita gravemente ese deber de prevención o sanción, pues su negligencia ocasionó sufrimientos masivos inaceptables. Muchos comandantes, como en los casos de Zdravko Mucić que decidió el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia o de Bemba que la CPI decidió recientemente<sup>22</sup>, han sido condenados por este tipo de responsabilidad.

La idea no es hacer una *cacería de brujas* contra los jefes militares ni sancionar duramente a un comandante por un descuido menor. Por el contrario, se trata de castigar a aquellos que incurrieron en omisiones graves, pues permitieron que sus subalternos cometieran atrocidades. Poco a poco, el derecho internacional (tanto el DPI consuetudinario como el artículo 28 del Estatuto de Roma) ha decantado los requisitos para que se configure esta responsabilidad del mando<sup>23</sup>.

El primer requisito exige que exista mando efectivo, esto es, una relación jerárquica entre el superior y el subordinado que cometió el crimen. El segundo requisito requiere evidenciar que el superior debía tener conocimiento real de la comisión de la conducta (*actual knowledge* o *conocimiento efectivo*), o había razones para que el superior supiera la comisión (*had reason to know* o *conocimiento inferido*), o el superior debía haber conocido de la comisión (*should have known* o *conocimiento presunto*). Respecto al conocimiento presunto, no hay consenso entre el DPI consuetudinario y el Estatuto de Roma. De hecho, las cortes *ad hoc* (como Ruanda<sup>24</sup> o

---

<sup>22</sup> Ver: Corte Penal Internacional. ICC-01/05-01/08 de 21 de marzo de 2016. *Situation in the Central African Republic in the case of prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*.

<sup>23</sup> Para un análisis más detallado, ver: Mettraux (2009)

<sup>24</sup> El numeral 3 del artículo 6 del Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda dispone: “[e]l hecho de que cualquiera de los actos mencionados en los artículos 2 a 4 del presente Estatuto haya sido cometido por un subordinado no eximirá de responsabilidad penal a su superior **si éste sabía o tenía razones para saber** que el subordinado iba a cometer tales actos o los había cometido y no adoptó las

Yugoslavia<sup>25</sup>) han rechazado la aplicación del conocimiento presunto y solo han imputado responsabilidad por conocimiento real o porque había razones para que el superior supiera (Mettraux, 2009, capítulo 10).

El conocimiento presunto es entonces, hasta cierto punto y según ciertos autores, una innovación del Estatuto de Roma frente al DPI consuetudinario. Con todo, el conocimiento presunto es criticado, en términos garantistas, ya que podría conducir a formas de responsabilidad objetiva. Por eso, algunos autores tienden a recomendar que ese estándar sea aplicado como si se tratara del requisito más exigente del conocimiento porque tenía razones para saber (conocimiento inferido) (Mettraux, 2009). Por su parte, la Corte Penal Internacional no ha desarrollado aún una jurisprudencia clara sobre el alcance del llamado conocimiento presunto y sus diferencias con el estándar de tener razones para saber. Este último corresponde, en cierta forma, al establecido por el derecho internacional humanitario, en el artículo 86 del Protocolo I a los convenios de Ginebra. Según ese artículo, los superiores responden por los crímenes de guerra cometidos por sus subordinados si “sabían o poseían información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción y si no tomaron todas las medidas factibles que estuvieran a su alcance para impedir o reprimir esa infracción”.

Más allá de esos debates internacionales, es indudable que cualquier regulación interna de la responsabilidad del mando debe, por lo menos, respetar los estándares de conocimiento que reconoce el DPI consuetudinario: el conocimiento efectivo y alguna forma de *conocimiento inferido*, ya sea en la forma del derecho penal consuetudinario o del derecho internacional humanitario, en donde se habla de que el superior tuviera elementos para conocer de las atrocidades de sus subordinados; o el estándar de conocimiento presunto señalado por el artículo 28 del estatuto de Roma.

El tercer requisito exige que se demuestre que el superior no adoptó las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o sancionar al subordinado, o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes para que el subordinado fuera investigado y sancionado.

La adecuada aplicación de la responsabilidad del mando, tanto frente a la guerrilla como frente a Fuerza Pública, es fundamental no sólo para evitar la impunidad de

---

medidas necesarias y razonables para impedir que se cometieran o para castigar a quienes los perpetraron” (Resaltado fuera del texto).

<sup>25</sup>El numeral 3 del artículo del Estatuto del Tribunal Internacional para juzgar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia, a partir de 1991 indica: “[e]l hecho de que cualquiera de los actos contemplados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto haya sido cometido por un subordinado, no libera su superior de su responsabilidad penal *si sabía o tenía razones para saber* que el subordinado se aprestaba a cometer ese acto o ya lo hizo, y que el superior no tomó las medidas necesarias y razonables para impedir que dicho acto no fuera cometido, o para castigar a los autores” (Subrayas fuera del original).

quienes incurrieron en esta responsabilidad, sino además para dar solidez jurídica al proceso de paz, debido a las obligaciones que tiene Colombia frente al derecho internacional. El incumplimiento adecuado de esos deberes permitiría eventuales intervenciones de la CPI. A pesar de ello, este asunto no está siendo adecuadamente tratado por el PAL 2-3/2016.

Este proyecto sólo prevé explícitamente la responsabilidad del mando frente a Fuerza Pública, lo cual ha permitido que algunos argumenten que ésta no se aplicaría a la guerrilla. Por supuesto, sería gravísimo que esta figura se aplicara solamente a la Fuerza Pública. Sin embargo, el acuerdo de paz prevé también la responsabilidad de mando de los jefes guerrilleros, por lo que éstos no pueden excluirse de la aplicación de esta figura. Con todo, para evitar esas suspicacias, la reforma debería incorporar este punto.

Adicionalmente, la regulación del PAL 2-3/2016 prevé solamente la responsabilidad del mando respecto de Fuerza Pública, esto es, mandos militares y policiales, con lo que no incluye a otros agentes de Estado que son mandos civiles. Con la regulación del PAL 2-3/2016 no sería claramente posible imputar responsabilidad del mando a un Ministro de Defensa por no haber prevenido o sancionado adecuadamente los crímenes de sus subordinados. Ni podría declararse responsable del mando, dados los mencionados requisitos, a alcaldes o gobernadores, quienes son la máxima autoridad de policía en sus jurisdicciones. Es por ello que el proyecto de reforma constitucional debería regular la responsabilidad del mando a los agentes de Estado en general, tanto civiles como militares.

Asimismo, la regulación establecida frente a Fuerza Pública contraviene el derecho internacional. En primer lugar, el artículo 23 transitorio entiende que solamente existe mando y control efectivo, si hay una relación de subordinación entre el superior y quien cometió la conducta, de tipo jurídica y de facto. Así se desprende del aparte que señala:

“Se entenderá que existe mando y control efectivo del superior militar o policial sobre los actos de sus subordinados, cuando se demuestren las siguientes condiciones **concurrentes**:

- a. Que la conducta o las conductas punibles hayan sido cometidas dentro del área de responsabilidad asignada a la unidad bajo su mando según el nivel correspondiente y que tengan relación con actividades bajo su responsabilidad;
- b. Que el superior tenga la capacidad legal y material de emitir órdenes, de modificarlas o de hacerlas cumplir;

- c. Que el superior tenga la capacidad efectiva de desarrollar y ejecutar operaciones dentro del área donde se cometieron los hechos punibles, conforme al nivel de mando correspondiente; y
- d. Que el superior tenga la capacidad material y directa de tomar las medidas adecuadas para evitar o reprimir la conducta o las conductas punibles de sus subordinados, siempre y cuando haya de su parte conocimiento actual o actualizable de su comisión.”

Tal exigencia de que concurren requisitos formales y materiales, para comprobar la responsabilidad del mando, desconoce el DPI consuetudinario. Si se siguiera ésta lógica, la CPI no habría declarado la responsabilidad de Bemba por la comisión de crímenes internacionales en la República Centroafricana (RCA), por parte las tropas del Movimiento para la Liberación del Congo (MLC), las cuales estaban bajo su mando. Bemba no tenía mando legal sobre esos territorios, pero sí tenía mando material sobre las tropas que allí operaban. En el juicio, la Fiscalía de la CPI logró evidenciar que Bemba, desde la República Democrática del Congo, tenía control efectivo sobre las tropas del MLC. Prueba de ello son las transmisiones por radio de Bemba con las tropas o la correspondencia entre oficiales en la que narran esos crímenes que se cometieron en RCA<sup>26</sup>.

Tampoco el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia no hubiese podido condenar a Zdravko Mucić, por su responsabilidad de mando sobre los crímenes que cometieron sus subordinados en la prisión Čelebići –una cárcel que, durante la guerra de Bosnia en 1992, fue usada para recluir ilegalmente a prisioneros serbios-. Mucić no recibió nombramiento formal como comandante de la prisión. Pero el Tribunal recaudó evidencia empírica que apuntaba a que Mucić sí tenía control de hecho sobre sus subordinados en esa prisión, desde finales de mayo o inicios de junio de 1992 hasta finales de noviembre del mismo año. Según documentos internos de la cárcel, Mucić tenía el poder de transferir prisioneros de Čelebići a otras prisiones, o de dejarlos en libertad. Igualmente, de acuerdo a testimonios, Mucić controlaba las visitas que hacían a los familiares o los civiles que podrían ingresar a la cárcel, como lo relató un periodista bosnio quien fue autorizado por el comandante para filmar la prisión<sup>27</sup>.

La regulación del artículo 23 es, entonces, incompatible con la doctrina uniforme establecida por los tribunales internacionales y, en especial, por la Corte Penal Internacional que, en la reciente sentencia en el caso Bemba, reiteró que si existe o no

---

<sup>26</sup> Corte Penal Internacional. Situation in the Central African Republic in the case of The Prosecutor V. Jean-Pierre Bemba Gombo. ICC-01/05-01/08 de 21 de marzo de 2016, párr. 188 - 190. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-01/05-01/13-1989-Red>.

<sup>27</sup> Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. Prosecutor V. Zejnil Delalić, Zdravko Mucić also known as “Pavo”, Hazim Delić, Esad Landžo also known as “Zenga”. Case No.: IT-96-21-T de 16 de noviembre de 1998, párr. 737-767. Disponible en: [http://www.icty.org/x/cases/mucic/tjug/en/981116\\_judg\\_en.pdf](http://www.icty.org/x/cases/mucic/tjug/en/981116_judg_en.pdf).

mando efectivo es un asunto que se determina probatoriamente, estableciendo si el superior podía o no prevenir la atrocidad cometida por sus subalternos. Y que si bien existen criterios que pueden y deben ser tomados en cuenta para determinar si hay o no mando efectivo, los cuales son semejantes a los establecidos en el artículo 23 transitorio, dichos criterios son puramente indicativos y, en ningún caso, pueden imponerse como criterios obligatorios. Por eso, sugerimos que se modifique esa parte de la norma, señalando que esos cuatro criterios no son definitorios de la existencia de control efectivo ni deben ser concurrentes sino que deben ser tenidos en cuenta pero como criterios indicativos y orientadores.

En relación con el conocimiento, el artículo 23 transitorio parece excluir el estándar de conocimiento inferido, pues establece que “[l]a responsabilidad de los miembros de la Fuerza Pública por los actos de sus subordinados deberá fundarse en (...) el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante, o después de la realización de la respectiva conducta, así como *en los medios a su alcance* para prevenir que se cometa o se siga cometiendo la conducta punible, siempre y cuando las condiciones fácticas lo permitan”. En esos términos, la norma exige el conocimiento efectivo, lo cual desconoce que el DPI consuetudinario también aplica el conocimiento inferido<sup>28</sup>.

En el mencionado caso de Mucić, el Tribunal Penal argumentó que este comandante supo o tenía razones para saber que sus subordinados estaban cometiendo crímenes en Čelebići. Mucić reconoció ante el Tribunal que supo de algunas violaciones cometidas por sus subordinados en esa cárcel, durante junio y julio de 1992; pero aseguró que dichas violaciones no volvieron a ocurrir entre agosto y noviembre de ese año. Sin embargo, el Tribunal encontró evidencia de que el comandante sí supo (y, en ciertas ocasiones, presenció) algunas violaciones a prisioneros que cometieron sus subordinados en Čelebići, luego de julio de 1992. Para el Tribunal, además, los crímenes ocurridos allí fueron tan frecuentes y notorios que no había manera de que Mucić no supiera o escuchara de ellos<sup>29</sup>.

Este tipo de evidencia indirecta también es reconocida por la CPI como una vía probatoria posible para comprobar el conocimiento inferido de los comandantes. En el caso Bemba, la CPI indicó que tanto la evidencia directa como la indirecta pueden usarse para demostrar que el comandante conoció o tenía razones para saber que sus subordinados estaban cometiendo crímenes. Así, por ejemplo, el *modus operandi* de actos ilegales que habían ocurrido en el pasado o la notoriedad de los crímenes constituyen prueba del conocimiento inferido pues, para imputar responsabilidad del

---

<sup>28</sup> Ver, por ejemplo: Tribunal Internacional Penal para Ruanda. Fiscal v. Jean Paul Akayesu. Caso No. ICTR-96-4. Sentencia del 2 de septiembre de 1998. párr. 479

<sup>29</sup> Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. Prosecutor V. Zejnil Delalić, Zdravko Mucić also known as “Pavo”, Hazim Delić, Esad Landžo also known as “Zenga”. Case No.: IT-96-21-T de 16 de noviembre de 1998, párr. 768-770. Disponible en: [http://www.icty.org/x/cases/mucic/tjug/en/981116\\_judg\\_en.pdf](http://www.icty.org/x/cases/mucic/tjug/en/981116_judg_en.pdf).

mando, no se requiere demostrar que el comandante conocía a cada subordinado individualmente ni que supo de los detalles de cómo ocurrieron los crímenes<sup>30</sup>.

Finalmente, el artículo 23 transitorio restringe, injustificadamente, las fuentes normativas con base en las cuales la JEP determinará la responsabilidad del mando. Según esa norma, esos casos se resolverán con base en “el Código Penal colombiano, el Derecho Internacional Humanitario como *ley especial*, y las reglas operacionales de la Fuerza Pública en relación con el DIH siempre que ellas no sean contrarias a la normatividad legal” (Resaltado fuera del texto). El artículo excluye entonces el DPI y el DIDH como fuente normativa para estos casos.

Sin embargo, no existe razón alguna para excluir esos ordenamientos internacionales cuando se resuelven asuntos relacionados con la responsabilidad del mando. Como indicamos antes, esta figura ha sido desarrollada por el DPI consuetudinario y por el Estatuto de Roma. Es decir, el DPI es la normatividad que reglamenta la responsabilidad de mando. Por ello, no tiene sustento alguno que un caso de este tipo se resuelva sin atender a esa normatividad internacional.

Tampoco existe justificación para excluir el DIDH como fuente normativa. El artículo 23 señala que estas situaciones se resolverán con base en el DIH como ley especial y no hace mención alguna al DIDH. De esa forma, la norma parece acoger aquella interpretación, según la cual el DIH, como ley especial de los conflictos armados, deroga al DIDH, por ser ley general que aplica a situaciones de normalidad. Pero este entendimiento del DIH como ley especial ha sido rechazado en el ámbito internacional<sup>31</sup> y nacional. Recientemente, la Corte Constitucional recordó que, por el principio de complementariedad y convergencia, el DIDH y el DIH “deben ser aplicados y reconocidos de manera concurrente en aquellos eventos de conflicto armado –internacional, o no internacional-, pues a pesar que puedan ser considerados como dos sistemas normativas independientes y autónomos, se encuentran en íntima relación e interacción”<sup>32</sup>.

A partir de esto, sugerimos que la regulación de la responsabilidad del mando retome frente al conocimiento inferido el estándar establecido por el derecho internacional humanitario, en particular, el artículo 86 del Protocolo I a los Convenios de Ginebra. La redacción frente a miembros de la Fuerza Pública podría ser la siguiente:

---

<sup>30</sup> Corte Penal Internacional. Situation in the Central African Republic in the case of The Prosecutor V. Jean-Pierre Bemba Gombo. ICC-01/05-01/08 de 21 de marzo de 2016, párr. 192-193. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-01/05-01/13-1989-Red>.

<sup>31</sup> Ver: High Court of Justice Queen’s Bench Division. Case Serdar Mohammed Vs Ministry of Defense. [2014] EWHC 1369 (QB). Case No. HQ12X03367 (02/05/2014). Before Mr. Justice Leggatt. Párrs. 269-294; Borelli (2015); Intervención de Dejusticia ante la Corte Constitucional, en la demanda contra el Acto Legislativo 01 de 2015. Disponible: [http://www.dejusticia.org/files/r2\\_actividades\\_recursos/fi\\_name\\_recurso.783.pdf](http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.783.pdf)

<sup>32</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-084 de 2016.



*“En ningún caso la responsabilidad del mando podrá ser objetiva ni fundarse exclusivamente en el rango, la jerarquía o el ámbito de jurisdicción.*

La responsabilidad de los miembros de la Fuerza Pública por los actos de sus subordinados deberá fundarse en el control efectivo de la respectiva conducta, en el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante, o después de la realización de la respectiva conducta, así como en los medios a su alcance para prevenir que se cometa o se siga cometiendo la conducta punible, siempre y cuando las condiciones fácticas lo permitan, y de haber ocurrido, promover las investigaciones procedentes. También se entenderá que existe conocimiento basado en la información disponible cuando el superior sabía o poseía información que le permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que el subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción.

“Para determinar si existe mando y control efectivo del superior militar o policial sobre los actos de sus subordinados, se tendrán en cuenta, entre otras, las siguientes condiciones:

- a. Que la conducta o las conductas punibles hayan sido cometidas dentro del área de responsabilidad asignada a la unidad bajo su mando según el nivel correspondiente y que tengan relación con actividades bajo su responsabilidad;
- b. Que el superior tenga la capacidad legal y material de emitir órdenes, de modificarlas o de hacerlas cumplir;
- c. Que el superior tenga la capacidad efectiva de desarrollar y ejecutar operaciones dentro del área donde se cometieron los hechos punibles, conforme al nivel de mando correspondiente; y
- d. Que el superior tenga la capacidad material y directa de tomar las medidas adecuadas para evitar o reprimir la conducta o las conductas punibles de sus subordinados, siempre y cuando haya de su parte conocimiento actual o actualizable de su comisión.”

Y frente a la guerrilla, la redacción podría ser la siguiente:

“La responsabilidad de los mandos de las FARC-EP por los actos de sus subordinados deberá fundarse en el control efectivo de la respectiva conducta, en el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante, o después de la realización de la respectiva conducta, así como en los medios a su alcance para prevenir que se cometa o se siga cometiendo la conducta punible, siempre y cuando las condiciones fácticas lo permitan, y de haber ocurrido, promover las investigaciones procedentes. También se entenderá que existe

conocimiento basado en la información disponible cuando el superior sabía o poseía información que le permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que el subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción.

Se entiende por control efectivo de la respectiva conducta, la posibilidad que el superior tenía de haber ejercido un control apropiado sobre sus subalternos, en relación con la ejecución de la conducta, conforme al derecho internacional.”

### **Exclusión de la acción de repetición y llamamiento en garantía para miembros de la Fuerza Pública**

El artículo 25 transitorio estipula que no procede la acción de repetición y llamamiento en garantía para miembros de la Fuerza pública, que hayan cometido crímenes internacionales. Esa norma es inconstitucional, porque viola el derecho de las víctimas a contar con un recurso judicial efectivo para obtener reparación integral por vía judicial (artículos 229 de la Constitución y 2, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que hacen parte del bloque de constitucionalidad). En esta materia, existe reiterada jurisprudencia constitucional que ha declarado inexecutable medidas similares que intentaron implementarse en el proceso de Justicia y Paz<sup>33</sup>.

### **Bibliografía**

Ambos, K. (2009). El marco jurídico de la Justicia de Transición. En K. Ambos, E. Malarino, & G. Elsner (Eds.), *Justicia de Transición - Con informes de América Latina, Alemania, Italia y España*. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer.

Borelli, S. (2015). The (Mis)-Use of General Principles of Law: Lex Specialis and the Relationship between International Human Rights Law and the Laws of Armed Conflict. En L. Pineschi (Ed.), *General Principles of Law – The Role of the Judiciary*. Springer.

Henckaerts, J.-M., & Doswald-Beck, L. (2007). *El derecho internacional humanitario consuetudinario, Volumen I: Normas*. Buenos Aires: Comité Internacional de la Cruz Roja, Centro de Apoyo en Comunicación para América Latina y el Caribe.

House of Lords. (2009). *Select Committee on the Constitution 15th Report of Session 2008–09 Fast-track Legislation: Constitutional Implications and Safeguards* (Vol. 1). Authority of the House of Lords.

International Alert. (2006). *Local Business, Local Peace: the Peacebuilding Potential of the Domestic Private Sector*. UK: International Alert.

---

<sup>33</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-286 de 2014, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

La Rota, M., Bernal, C., Santa, S., & Uprimny Yepes, R. (2012). *Autonomía presupuestal responsable y transparente: propuesta para reformar el presupuesto del Sistema Judicial*. Bogotá D.C.: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad - Dejusticia.

Mattarollo, R. (2002). Definition and Primary Objectives: To Search for the Truth and Safeguard the Evidence. En Bassiouni (Ed.), *Post-Conflict Justice*. New York: Transitional Publishers, Ardsley.

Mettraux, G. (2009). *The Law of Command Responsibility*. Oxford: Oxford University Press.

Nylander, D. (2014). The Colombian peace process: Challenges for implementation of a peace agreement. Presentado en Seminario Internacional: La paz en Colombia, Universidad Torcuato di Tella. Recuperado a partir de <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/Challenges-for-implementation-of-a-peace-agreement/id2008433/>

Uprimny, R. (Ed.). (2006). *Justicia transicional sin transición. Verdad, justicia y reparación para Colombia*. Bogotá D.C.: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad - Dejusticia.

Uprimny Yepes, R. (1994). Justicia y resolución de conflictos: la alternativa comunitaria, 1.

Uprimny Yepes, R., Sánchez León, N. C., & Sánchez Duque, L. M. (2014). *Justicia para la paz: Crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada*. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad - Dejusticia.