

## ADMINISTRACIÓN DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ: COMENTARIOS AL PROYECTO DE LEY ESTATUTARIA<sup>1</sup>

*Rodrigo Uprimny Yepes*  
*Diana Isabel Güiza Gómez*

El presente texto somete a consideración de la opinión pública y del Congreso de la República algunas reflexiones sobre la relevancia legal y conveniencia política del Proyecto de Ley Estatutaria 08 de 2017 Senado / 16 de 2017 Cámara de Representantes que regula la administración de justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz (PLE 08-16/2017). Este texto reproduce los argumentos expuestos por Rodrigo Uprimny en la audiencia pública del pasado 11 de septiembre de 2017, que fue convocada por las comisiones primeras conjuntas de Senado de la República y Cámara de Representantes. Igualmente, este documento hace parte de una serie de textos cortos en los que hemos presentado observaciones a algunos de los proyectos de reforma constitucional y legal, que han sido tramitados en el Congreso para implementar el Acuerdo Final de Paz (AFP).

Con tal propósito, este texto 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 AFP. La segunda parte resalta la importancia de aprobar el PLE 08-16/2017 y los criterios orientadores que debería tener el Congreso de la República en la discusión y aprobación de este proyecto. La tercera parte realiza un balance general del proyecto y destaca los aspectos positivos del mismo. La cuarta y última parte analiza brevemente algunas de las disposiciones del proyecto para sugerir, en cada caso, ciertos ajustes y precisiones.

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

Las audiencias públicas en el trámite legislativo del *Fast Track* son fundamentales para ampliar y robustecer el debate democrático, en torno a la implementación normativa del acuerdo de paz. Tal implementación tendrá lugar en el Congreso vía *Fast Track*<sup>2</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 AFP. 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

---

<sup>1</sup> Proyecto de Ley Estatutaria N° 08 de 2017 Senado / 16 de 2017 Cámara de Representantes “estatutaria de la administración de justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz”. Nuestros comentarios se basan en la versión inicial del proyecto que fue radicada por el gobierno nacional ante el Congreso de la República, el 1 de agosto de 2017.

<sup>2</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.

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>3</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 AFP.

### **LA IMPORTANCIA Y CRITERIOS ORIENTADORES**

El PLE 08-16/2017 tiene especial relevancia legal y es conveniente para la consolidación del proceso de paz. La importancia normativa del proyecto radica en dos razones principales. En primer lugar, el PLE 08-16/2017 es el segundo escalón de transformación normativa del componente de justicia pactado en el AFP. Según el Acto Legislativo 02 de 2017, aquellas cláusulas del AFP que se refieren a derechos fundamentales o derecho internacional humanitario deberán ser tenidas como “parámetros de interpretación y referente de desarrollo y validez” de las normas que implementen el AFP, por tres periodos presidenciales. Como lo hemos sostenido en otras ocasiones<sup>4</sup>, esa reforma constitucional le ha otorgado a determinadas partes del AFP el carácter de *normas constitucionales temporales o transitorias* (en inglés, *sunset clauses*), como se conocen en la doctrina del *constitucionalismo temporal* (Varol, 2014). Esto significa que tales apartes del AFP no son exigibles en sí mismos, sino que necesitan desarrollo legal y su fuerza normativa especial es temporal, pues las mismas se agotan en la medida en que se implementan en reformas constitucionales y legales.

Es por eso que el componente de justicia del AFP requiere transformación normativa para asegurar su cumplimiento. En ese proceso, el primer escalón es el Acto Legislativo 1 de 2017 (AL 1/2017) que crea constitucionalmente el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición – SIVJRNR, del que hacen parte la

---

<sup>3</sup> Para mayor información, ver Nylander (2014)

<sup>4</sup> Ver: intervención del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad- Dejusticia en el proceso de constitucionalidad del Acto Legislativo 02 de 2017, “por medio del cual se adiciona un artículo transitorio a la constitución con el propósito de dar estabilidad y seguridad jurídica al acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”. Disponible en: <https://www.dejusticia.org/reforma-que-le-da-estabilidad-y-seguridad-juridica-al-acuerdo-de-paz-es-constitucional-2/>

Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición, la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado – UBPD y la JEP. Luego del piso constitucional de esta jurisdicción, el paso siguiente es fijar las reglas sustantivas, procesales y orgánicas de la JEP a través de una ley estatutaria.

En segundo lugar, la administración de justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) debe reglamentarse a través de ley estatutaria por mandato de la Constitución de 1991. En efecto, el artículo 152 literal b) precisa que la regulación de la administración de justicia tiene reserva de ley estatutaria y así lo ha reiterado la Corte Constitucional en distintas ocasiones<sup>5</sup>. Además, el artículo 66 transitorio de la Constitución, adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2012, estipula que “[m]ediante una ley estatutaria se establecerán instrumentos de justicia transicional de *carácter judicial* o extrajudicial que permitan garantizar los deberes estatales de investigación y sanción” (subrayas fuera del texto). Uno de esos mecanismos judiciales es, por supuesto, la JEP.

Sumado a esto, el proyecto es conveniente políticamente para la sostenibilidad del proceso de construcción de paz. De hecho, un sistema judicial especializado como la JEP es necesario para dar un cierre jurídico y definitivo al conflicto armado. Además, la JEP 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.

Precisamente por la importancia normativa y conveniencia política del PLE 08-16/2017, consideramos que el Congreso de la República debería seguir los siguientes ***criterios orientadores*** en su discusión y aprobación: aclaración, simplificación y adecuación normativa.

Frente al primero, algunos apartes del AFP generan ambigüedades e imprecisiones que no fueron resueltas por el AL 1/2017, en las que el PLE avanza como lo exponemos en la segunda sección de este texto. Con todo, ciertas disposiciones del PLE 08-16/2017 aún son ambiguas y, en su deliberación, el Congreso de la República debería aclarar las mismas. El artículo 70 del PLE, por ejemplo, dispone que los magistrados que hacen parte de la JEP tienen la facultad de elaborar las normas de procedimiento de la jurisdicción, las cuales “deberán ser presentadas por el Gobierno Nacional al Congreso de la República”. Sin embargo, la norma no precisa si dichas normas procesales deben ser aprobadas por el Congreso mediante una ley. Esa

---

<sup>5</sup> Ver, entre otras: Corte Constitucional. Sentencias C-076-93, C-093-93, C-150-93, C-171-93, C-207-93, C-214-93, C-546-93, C-393-00, C-662-00, C-676-01, C-1290-2001, C-178-02, C-162-03, C-368-11, C-619-12.

imprecisión debería ser suplida en el trámite legislativo para evitar futuras interpretaciones contradictorias de la norma.

Otro criterio que creemos debería seguir el Congreso es la simplicidad normativa. A lo largo del PLE 08-16/2017 se repiten contenidos del AFP, AL 1/2017 y la Ley 1820 de 2016 (o ley de amnistía, indulto y tratamientos penales especiales). Entendemos que, debido a su particular fuerza normativa, la reproducción de apartes del AFP en las normas de implementación permitiría avanzar en su transformación normativa, lo cual tiene justificación como lo explicamos arriba. Pero esa reproducción normativa debería ser cuidadosa de manera que no modifique sus contenidos ni los de otras normas que se reproducen en este proyecto, lo que luego podría derivar en conflictos interpretativos en las instancias judiciales. En ese punto, el Congreso debería realizar una juiciosa tarea de coordinación normativa.

Lo mismo sucede con algunas disposiciones del PLE 08-16/2017 que regulan ciertos asuntos de manera dispar a lo largo del texto. Es el caso de la selección de casos por parte de la JEP. El PLE le otorga a las salas de reconocimiento de verdad y responsabilidad y de determinación de los hechos y conductas (art. 73-a), y la de definición de situaciones jurídicas (art. 78-a) facultades para seleccionar los casos que serán resueltos por el Tribunal para la Paz. No obstante, el PLE no define los criterios de selección de los casos que conocerá el Tribunal, por lo que las decisiones de esas salas pueden ser disímiles; pero tampoco el PLE señala un mecanismo de coordinación que permita unificar los eventuales criterios discrepantes entre las salas. Para evitar ello, el Congreso debería estipular los criterios de selección de casos que serán competencia de la JEP y que permitan coordinar las laborales de esas salas al respecto.

Además, algunos apartes del PLE 08-16/2017 no tienen técnica legal, lo cual puede generar problemas interpretativos en la práctica. Varios artículos del PLE hacen referencia a los homicidios en persona protegida como *ejecuciones extrajudiciales* (arts. 38, 41, 42, 48 y 53). Ese es un defecto normativo que el Congreso debería corregir, pues la legislación penal interna no tipifica esos hechos con esa denominación, sino como homicidios en persona protegida. Luego, algunos jueces podrían considerar que el concepto de ejecuciones extrajudiciales es inaplicable por no tener una definición penal en el ordenamiento colombiano.

Estos dos criterios de aclaración y simplicidad normativa encuentran sustento en los fines que persiguen las normas de implementación del AFP. Como lo hemos sostenido en otras oportunidades<sup>6</sup>, al igual que las leyes estatutarias y aprobatorias de tratados internacionales, la implementación normativa del AFP exige un alto grado de seguridad jurídica. De hecho, la sostenibilidad y éxito del posacuerdo depende de que

---

<sup>6</sup> Ver, entre otras: intervención del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – Dejusticia en el proceso de constitucionalidad de la Ley 1820 de 2016 “*por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones*”. Disponible en: [https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/03/fi\\_name\\_recursos.681.pdf](https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/03/fi_name_recursos.681.pdf)

las partes cumplan de buena fe las obligaciones que pactaron en el Acuerdo Final. Para el Estado colombiano, ello supone, entre otros aspectos, respetar los principios de seguridad y estabilidad jurídica en las normas que desarrollen e implementen el AFP, pues así asegurará las condiciones de cumplimiento del mismo.

El último criterio que el Congreso debería seguir es la adecuación normativa, según el cual el PLE 08-16/2017 debe guardar coherencia y desarrollar tanto los contenidos del AFP como de la Constitución Política y las obligaciones internacionales del Estado colombiano. En efecto, el Congreso de la República está facultado por el AL 1/2016 para usar la vía rápida del *Fast Track* solamente para aprobar reformas constitucionales y legales que tengan conexidad objetiva y razonable con el AFP, estén encaminadas a agilizar su implementación y otorguen garantías de su cumplimiento. En caso de que las normas aprobadas por esa vía rápida no reúnan esas condiciones, las mismas serían declaradas inexecutable por la Corte Constitucional. Adicionalmente, dichas normas, por ser de naturaleza legal y no de rango constitucional, deben respetar los contenidos de la Constitución y de los estándares internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad. De no ser así, la Corte Constitucional declararía inexecutable esas normas al momento de la revisión constitucional de las mismas que ordena el AL 1/2016.

Este criterio de adecuación normativa se traduce, entonces, en que la actividad legislativa en la implementación normativa del AFP no debe debilitar los derechos de las víctimas sino que, por el contrario, debe dotar de seguridad jurídica a dichas normas y darle seriedad al sistema de justicia que se impartirá frente a todos los que deban responder ante el mismo, sin distinción injustificada entre esos presuntos responsables.

### ***BALANCE GENERAL DEL PLE 08-16/2017***

Globalmente, el PLE 08-16/2017 cumple con los propósitos del desarrollo normativo del AFP en el componente de justicia a las víctimas del conflicto armado. Este proyecto avanza en la institucionalización de la JEP dentro del sistema judicial colombiano. Es así como el proyecto fija reglas sustantivas como las relativas a las sanciones propias, alternativas y ordinarias que impondrá la JEP (arts. 133, 134, 135, 137 y 138); procesales como aquellas sobre los recursos que se podrán interponer contra decisiones de las salas o secciones de la jurisdicción (art. 139); y orgánicas como las funciones de las salas y secciones de la JEP (arts. 72-82) y su articulación con el resto de instituciones del SIVJRNR en el comité de coordinación institucional (art. 150)

Sumado a esto, el PLE 08-16/2017 avanza en la concreción normativa de ciertos aspectos del funcionamiento de la JEP que no estaban del todo desarrollados por el AFP ni por el AL 1/2017. Asuntos como el estatus jurídico de los magistrados, jueces y empleados de la JEP, su régimen disciplinario y penal, o las instancias de gobierno de la jurisdicción no estaban claramente establecidos ni por el AFP ni por el AL 1/2017. En esos puntos, el PLE 08-16/2017 suple esos vacíos normativos y aclara esas

imprecisiones (artículos 90, 98, 99 y 104). No obstante, hay ciertas disposiciones que requieren precisión y modificación como pasamos a exponer en la siguiente sección de este documento.

### ***ELEMENTOS CRÍTICOS DEL PLE 08-16/2017***

Por ahora, haremos referencia a tres temas que son especialmente relevantes para la sostenibilidad del proceso de paz y que no son regulados por el PLE o, si lo hace, la reglamentación propuesta sería contraria a la Constitución Política y desconocería el núcleo de la obligación internacional del Estado colombiano en investigar y sancionar graves violaciones de derechos humanos e infracciones al DIH. Estos tres aspectos son: la opción de disminuir las sanciones alternativas a sanciones propias; la elegibilidad política de excombatientes y cumplimiento de sanciones impuestas por la JEP; y la responsabilidad de mandos guerrilleros y de Fuerza Pública por los actos de sus subordinados. Veamos.

#### ***Opción de disminuir las sanciones alternativas a propias***

El artículo 137-3 del PLE 08-16/2017 abre la opción para disminuir las sanciones alternativas a las sanciones propias. En casos de sanciones alternativas, cuando el Tribunal para la Paz considere que “el reconocimiento de verdad y responsabilidad ha sido exhaustivo, complejo y/o detallado”, éste podrá decidir que, luego de cumplida la mitad del tiempo de la sanción alternativa, el resto del tiempo se cumpla en las condiciones de las sanciones propias. Esto significa que el cumplimiento de lo que falte de la sanción se podrá realizar en condiciones de restricción efectiva de la libertad y no privativas de la libertad, como sería el caso de la sanción alternativa.

Este beneficio rompe una de las ideas centrales que fundamentan el sistema de sanciones pactado en el AFP: la sanción es más flexible si, entre otras condiciones, quien es llamado por la JEP asume responsabilidad y reconoce verdad, en las etapas iniciales del proceso. La consecuencia lógica es entonces que se conceden menores beneficios en la sanción cuando la responsabilidad se asume en etapas tardías. Frente a sanciones alternativas, ese reconocimiento exhaustivo, completo y detallado debe ocurrir antes de que el Tribunal para la Paz profiera sentencia. Es una condición mínima para que haya lugar a las sanciones alternativas.

En el supuesto del artículo 137-3 del proyecto, el responsable recibiría un doble beneficio por haber reconocido responsabilidad antes de la sentencia, sin ninguna contraprestación adicional en garantía de los derechos de las víctimas. Pero el Congreso de la República no está facultado para aprobar ese beneficio injustificado, ya que actuaría por fuera de las competencias otorgadas por el AL 1/2016. La vía rápida del *Fast Track* solamente puede usarse para adoptar normas que tengan clara conexidad de materia con el AFP, que faciliten su implementación y aseguren su cumplimiento. Ese beneficio claramente desconoce los contenidos y propósitos del AFP, por lo que el Congreso no debería aprobar esa opción del artículo 137-3.



### ***Elegibilidad política de excombatientes y cumplimiento de sanciones***

El PLE 08-16/2017 guarda silencio frente a la manera en que se hará compatible la participación política de excombatientes y su cumplimiento de las sanciones impuestas por la JEP. Sin embargo, el Congreso de la República debería regular este asunto que es de especial relevancia frente a la sostenibilidad del proceso de paz, la seriedad del sistema judicial que surge del AFP y el respeto de la centralidad de los derechos de las víctimas en la transición.

Como lo sostuvimos en otra ocasión<sup>7</sup>, en transiciones negociadas, asuntos como apertura democrática, participación en política y, en general, los temas relacionados con el régimen político han jugado un papel importante con miras a un doble propósito: de un lado, acercar a las partes durante la negociación de la transición; y, de otro lado, contribuir a la sostenibilidad de los acuerdos de paz. Respecto a lo primero, autores como Hartzell & Hoddie (2003) resaltan que las transiciones pactadas, a diferencia de las transiciones donde la parte victoriosa impone el nuevo régimen, requieren que las nuevas reglas del juego político sean acordadas por los distintos bandos. Estos acuerdos no son fáciles de lograr no solo por la desconfianza entre las partes, sino además porque éstas temen que su opositor, por la vía democrática, imponga aquellos fines que no pudo alcanzar por la vía armada en la guerra. Es precisamente esta preocupación por asegurar el cumplimiento de los acuerdos de paz lo que acerca a las partes a negociar y encontrar arreglos de participación política que los beneficie mutuamente.

En relación con el segundo propósito, la adopción de fórmulas de participación política tiende a contribuir a la sostenibilidad de la construcción de paz. En la medida en que los excombatientes reconocen que el sistema político post-transición representa, en alguna forma, sus intereses, tendrán menos incentivos para retornar a la violencia. Walter (2002) muestra que la reincorporación política de excombatientes y arreglos para incluir a la oposición en la arena política reducen las probabilidades de volver a la guerra, si son adoptados con medidas suplementarias como integrar terceras partes garantes. Más aún, Hartzell & Hoddie sostienen que entre más inclusivos sean los arreglos de participación política en los acuerdos de paz, mayor es la probabilidad de que la paz sea estable en el largo plazo (2003, p. 321). Estos autores llegan a esta conclusión luego de analizar 38 pactos de paz firmados entre 1945 y 1998.

En el caso latinoamericano, desde los trabajos clásicos de Linz (1978) y O'Donnell, Schmitter y Whitehead (1986), la literatura especializada ha resaltado que

---

<sup>7</sup> Los argumentos que exponemos a continuación fueron desarrollados en la intervención que presentamos como ciudadanos ante la Corte Constitucional, en el proceso que revisa Acto Legislativo 03 del 23 de mayo de 2017, “Por medio del cual se regula parcialmente el componente de reincorporación política del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”.

mecanismos institucionales de apertura democrática son cruciales para superar el periodo dictatorial.

Cada experiencia ha implementado distintas formas de participación en política de excombatientes. En Suráfrica e Irlanda del Norte, por ejemplo, se establecieron indultos y amnistías para presos políticos. Con el auge de los mecanismos de justicia transicional, estas garantías políticas se enfrentan al desafío de permitir la apertura democrática y reincorporación política de excombatientes y, al mismo tiempo, responder por los crímenes del pasado. La pregunta normativa que surge es, entonces, si existe algún estándar internacional que prohíba a los Estados otorgar beneficios políticos a excombatientes. Mientras que es claro que el derecho internacional restringe la discrecionalidad de los Estados para conceder indultos o amnistías por graves violaciones de derechos humanos, no ocurre lo mismo frente a la posibilidad de participación en política de excombatientes. En efecto, no hay estándares internacionales que, en abstracto, prohíban a los Estados otorgar beneficios políticos en procesos transicionales a quienes hayan cometido graves violaciones a los derechos humanos. En particular, ninguna de las obligaciones en materia de justicia, reparación, verdad o garantía de no repetición es totalmente incompatible con la concesión de derechos políticos para quienes hayan cometido graves violaciones de derechos humanos o graves infracciones al derecho internacional humanitario.

Es más, resulta entendible que este tipo de prohibiciones no exista pues, más que incompatibles de forma absoluta con los deberes nucleares de justicia transicional, la participación política de excombatientes es, en buena parte, una condición necesaria, aunque no suficiente, para alcanzar una paz estable.

Con todo, esos beneficios políticos a excombatientes no pueden derivar en impunidad para éstos ni desconocimiento de los derechos de las víctimas. Por ejemplo, si se otorgaran garantías políticas a excombatientes sin que les sea exigible un proceso de rendición de cuentas y de responsabilidad política y jurídica, la obligación de satisfacer a las víctimas sería desconocida. Que se confieran perdones jurídicos y políticos totales a quienes cometieron graves violaciones a los derechos humanos y, en cambio, se les otorguen amplias garantías políticas como la opción de ser congresista de la República, podría afrentar gravemente la dignidad de las víctimas y, por ende, sería una violación del núcleo de la obligación internacional de investigar y juzgar graves violaciones de derechos humanos. Más aún, beneficios políticos en blanco, sin ningún tipo de responsabilidad moral, jurídica y política, pondrían en riesgo la no repetición de los derechos. Este sería el caso, por ejemplo, de permitir a quien cometió una grave violación de derechos humanos, sin que responda de ninguna forma por ello, que se convierta en Ministro de Defensa, cuando esa posición busca evitar que esas graves violaciones se repitan en el futuro.

El derecho internacional no prohíbe entonces que los Estados otorguen beneficios políticos a excombatientes responsables de graves violaciones de derechos humanos. Pero el derecho internacional tampoco permite que esas garantías políticas se



traduzcan en falta de responsabilidad jurídica por esas violaciones y en desconocimiento de los derechos de las víctimas. Es por eso que es plausible afirmar que los Estados tienen un margen de maniobra para adoptar arreglos de participación política que no impidan ni anulen la rendición de cuentas por parte de los excombatientes beneficiados con esas garantías políticas.

En el caso colombiano, durante el proceso de paz con las FARC-EP se discutieron distintos arreglos institucionales que habilitaran la participación en política y el cumplimiento de los deberes frente a las víctimas. Tras los resultados del plebiscito del 2 de octubre, las voces institucionalizadas del NO pidieron que se modificara el arreglo institucional acordado de participación política, de manera que excombatientes responsables de crímenes internacionales quedaran excluidos de las garantías políticas y aquellos excombatientes habilitados pudieran ejercer esos beneficios políticos luego de cumplir la totalidad de las sanciones penales que se les impusiera.

En una posición intermedia, desde Dejusticia y otros centros académicos y de la sociedad civil, propusimos que “los derechos de participación política de los excombatientes de las FARC-EP que sean condenados por delitos no amniables vayan siendo recuperados progresivamente, en la medida en que se verifique el cumplimiento efectivo de las sanciones correspondientes”<sup>8</sup>. De esta forma, no excluíamos la posibilidad de que excombatientes responsables de delitos no amniables pudieran participar en política, pero considerábamos que dichos beneficios políticos no podían eliminar la seriedad del cumplimiento de los deberes frente a las víctimas.

Finalmente, luego de la renegociación, las partes acordaron el diseño de reincorporación política que desarrolla los Actos Legislativos 1 y 3 de 2017 que hoy estudia la Corte Constitucional.

Ahora bien, los arreglos institucionales que permitan la reincorporación política de excombatientes pueden entrar en tensión con los deberes frente a las víctimas. Sin embargo, creemos que esas tensiones se pueden resolver si se establecen determinadas condiciones al ejercicio de los beneficios políticos, lo cual permite coordinar los fines de centralidad de los derechos de las víctimas en la transición y cumplir de buena fe los pactos de paz.

Los Actos Legislativos 1 y 3 de 2017 adoptaron un diseño de reincorporación política que habilita la participación de excombatientes responsables de delitos no amniables, lo cual no sustituye en ninguna medida ningún pilar de la Constitución. De todas formas, esas garantías políticas no se pueden traducir en falta de

---

<sup>8</sup> Ver Comunicado a la opinión pública y a la Mesa de Conversaciones de la Habana, firmado el 6 de noviembre de 2016, disponible en [https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi\\_name\\_recurso\\_873.pdf](https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_873.pdf)

responsabilidad política y jurídica. Ello no ocurre en este caso, pues los excombatientes responsables de delitos no amnistiados deben acudir a la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) cuando ésta los llame, aunque hayan recibido beneficios políticos, como lo precisa el AL 1/2017.

Sin embargo, ninguna norma hasta el momento ha precisado cómo se hará compatible la participación en política de excombatientes guerrilleros, el cumplimiento de sanciones penales impuestas por la JEP y los deberes de verdad, reparación y no repetición. Es por eso que el Congreso debería precisar las circunstancias y condiciones de cumplimiento de deberes de justicia transicional que los excombatientes que participen en política deben cumplir durante el ejercicio del respectivo cargo público. Si no se regula dicha simultaneidad entre beneficios políticos y sanciones penales, el Estado colombiano podría estar incumpliendo el deber de investigar y juzgar graves violaciones de derechos humanos.

A modo de ejemplo, un criterio que se podría establecer es exigir que los excombatientes, que ocupen curules en el Congreso de la República y sean declarados responsables de delitos no amnistiados por la JEP, deban cumplir las sanciones impuestas en los horarios no laborales del Congreso, como los días festivos o los periodos de vacaciones. Eso implicaría, por supuesto, que el tiempo de la sanción sería mayor al inicialmente fijado porque su cumplimiento sería escalonado. Así, una sanción de 5 años se cumpliría en un periodo más extenso porque se descontaría el tiempo que el respectivo responsable ejerce sus funciones en el Congreso de la República. En todo caso, la seriedad del cumplimiento depende, por supuesto, del efectivo monitoreo por la JEP.

### ***Responsabilidad de mando***

El artículo 61 del PLE 08-16/2017 consagra unas condiciones para que se configure la responsabilidad de mandos guerrilleros por los actos de sus subordinados. Por su parte, el artículo 62 remite a la regulación que estableció el AL 1/2017 respecto a mandos de Fuerza Pública. Sin embargo, esta regulación es disímil entre mandos guerrilleros y mandos de Fuerza Pública, lo cual no tiene justificación constitucional alguna. Además, esa diferenciación injustificada desconoce que el AFP, en ese punto, se basa en el carácter inescindible de la JEP, por lo que el tratamiento a miembros de la Fuerza Pública que sean responsables de conductas punibles por causa, con ocasión o en relación con el conflicto armado deben recibir un tratamiento simétrico en algunos aspectos, diferenciados en otros, pero siempre equitativo, equilibrado y simultáneo frente al resto de personas que deban acudir a la JEP.

La siguiente tabla resalta las diferencias en la regulación de la responsabilidad de mandos de Fuerza Pública y la propuesta respecto a mandos guerrilleros:

<b>Artículo 24 AL 1/2017 – mandos de Fuerza Pública</b>	<b>Artículo 61 PLE 08-16/2017 – mandos guerrilleros</b>
<p>Para la determinación de la responsabilidad del mando, la Jurisdicción Especial para la Paz aplicará, en el caso de los miembros de la Fuerza Pública, 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.</p> <p>La determinación de la responsabilidad del mando no podrá fundarse exclusivamente en el rango, la jerarquía o el ámbito de jurisdicción. La responsabilidad de los miembros de la Fuerza Pública por los actos de sus subordinados deberá fundarse en el control efectivo de la respectiva conducta, en el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante, 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, <i>siempre y cuando las condiciones fácticas lo permitan</i>, y de haber ocurrido, promover las investigaciones procedentes.</p> <p><i>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:</i></p> <ol style="list-style-type: none"> <li><i>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;</i></li> <li><i>b. Que el superior tenga la capacidad legal y material de emitir órdenes, de modificarlas o de hacerlas cumplir;</i></li> <li><i>c. Que el superior tenga la capacidad</i></li> </ol>	<p>La responsabilidad de los mandos de las FARC-EP por los actos de sus subordinados deberá fundarse en el control efectivo de la respectiva conducta, en el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante y después de la realización de la respectiva conducta, así como en los medios a su alcance para prevenirla, y de haber ocurrido adoptar las decisiones correspondientes. La responsabilidad del mando no podrá fundarse exclusivamente en el rango o la jerarquía.</p> <p>Se entiende por control efectivo de la respectiva conducta, la posibilidad real que el superior tenía de haber ejercido un control apropiado sobre sus subalternos, en relación con la ejecución de la conducta delictiva, tal y como se establece en el derecho internacional.</p>

*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.*

Puntualmente, la regulación de la responsabilidad del mando de Fuerza Pública y la propuesta frente a mandos guerrilleros distan en cuanto a dos de los tres requisitos centrales de esta figura<sup>9</sup>: el mando y control efectivo, y el conocimiento.

Respecto al primero, el inciso tercero del artículo 24 del AL 1/2017 admite una interpretación posible según la cual éste exige un estándar probatorio excesivamente alto para que se demuestre que un mando de la Fuerza Pública es responsable por las atrocidades que cometan sus subordinados. En efecto, el AL 1/2017 requiere la prueba de cuatro condiciones formales y materiales que hayan ocurrido de forma simultánea para comprobar el “mando y control efectivo” del mando de Fuerza Pública frente a sus subordinados. En el caso de los mandos guerrilleros, el artículo 61 del PLE 08-16/2017 no requiere la concurrencia de tales condiciones formales y materiales de forma concurrente, lo cual no tiene justificación en el derecho internacional. Éste no fija diferencias en el requisito de mando y control efectivo que se exige a mandos regulares (como la Fuerza Pública) y a mandos irregulares (como la guerrilla). Muestra de ello son los conocidos casos Mucić decidido por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia<sup>10</sup> y Bemba fallado por la Corte Penal

---

<sup>9</sup> Para una explicación de la responsabilidad de mando como figura del DIH y del Derecho Penal Internacional, ver: Uprimny, Rodrigo. “Responsabilidad del mando y JEP: un debate complejo y polarizado”, en *La Silla Vacía*, 27 de febrero de 2017. Disponible en: <http://lasillavacia.com/blogs/responsabilidad-del-mando-y-jep-un-debate-complejo-y-polarizado-59906>

<sup>10</sup> Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. Prosecutor V. Zejnir 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)

Internacional<sup>11</sup>. El primero juzgó un mando regular y el segundo un mando irregular. En ninguno de esos casos los tribunales exigieron que el mando y control efectivo se probara que había elementos formales (como la designación formal del superior como mando de los subordinados que cometieron crímenes) y materiales (como la capacidad real de emitir órdenes a los subordinados que cometieron atrocidades) de mando simultáneamente<sup>12</sup>.

En esos momentos, la Corte Constitucional está revisando esa reforma constitucional y tiene la oportunidad de precisar el alcance interpretativo del AL 1/2017 y excluir aquellas interpretaciones que llevarían a concluir que la regulación del mando de Fuerza Pública no respeta el núcleo de la obligación internacional del Estado colombiano de investigar y sancionar graves violaciones de derechos humanos. Con todo, el Congreso podría invocar el bloque de constitucionalidad y, en especial, las normas de derecho humanitario tanto consuetudinarias como convencionales (en especial, el artículo 86-2 del Protocolo I a los Convenios de Ginebra), para señalar que es necesario armonizar el AL 1 de 2017 con esas normas del bloque de constitucionalidad y adoptar la regulación del mando que mejor proteja los valores humanitarios, que están en el núcleo de nuestra Constitución.

En relación con el segundo, tanto el artículo 24 del AL 1/2017 como el artículo 61 del PLE 08-16/2017 tienen una redacción un tanto ambigua frente al conocimiento del superior sobre los atrocidades que cometieron o estaban a punto de cometer sus subordinados. Según esa imprecisión del AL 1/2017 que el PLE reproduce, los mandos de Fuerza Pública y guerrilleros solamente serían responsables por los crímenes de sus subalternos si aquellos tenían un conocimiento cierto y efectivo de los hechos. Esa interpretación posible es contraria al estándar fijado por el Derecho Internacional Consuetudinario que incluye también el conocimiento inferido, es decir, que el superior tuviera razones para saber o conocer las acciones de sus subordinados<sup>13</sup>.

Para excluir esta última interpretación, el artículo 61 del PLE 08-16/2017 podría precisar el requisito del conocimiento así:

La responsabilidad de los mandos de las FARC-EP por los actos de sus subordinados deberá fundarse en el control efectivo de la respectiva conducta, en el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante y después de la realización de la respectiva conducta, así como en los medios a su alcance para prevenirla, y de haber ocurrido adoptar las decisiones

---

<sup>11</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>12</sup> Para una explicación más detallada de esos casos, ver: Uprimny Yepes, Rodrigo y Güiza Gómez, Diana Isabel. Reflexiones sobre la reforma constitucional que crea la Jurisdicción Especial para la Paz y regula el tratamiento especial a Fuerza Pública. Disponible en: [https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi\\_name\\_recurso\\_909.pdf](https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_909.pdf)

<sup>13</sup> *Ibidem*.

correspondientes. 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. La responsabilidad del mando no podrá fundarse exclusivamente en el rango o la jerarquía.

Para el caso de la responsabilidad de superiores de Fuerza Pública, el Congreso puede indicar el alcance de ese requisito y aclarar que el mismo incluye este conocimiento inferido, puesto que dicha regulación es compatible con el tenor literal del AL 1 de 2017 y además corresponde a lo establecido por el derecho internacional humanitario, que hace parte del bloque de constitucionalidad.

## **BIBLIOGRAFÍA**

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>

Hartzell, C., & Hoddie, M. (2003). Institutionalizing Peace: Power Sharing and Post-Civil War Conflict Managment. *American Journal of Political Science*, 47(2), 318-332.  
House of Lords. (2009). *Select Committee on the Constitution 15th Report of Session 2008–09 Fast-track Legislation: Constitutional Implications and Safeguards* (Vol. I). Authority of the House of Lords.

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

Intervención del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – Dejusticia en el proceso de constitucionalidad de la Ley 1820 de 2016 “por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones”. Disponible en: [https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/03/fi\\_name\\_recurso.681.pdf](https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/03/fi_name_recurso.681.pdf)

Intervención del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad- Dejusticia en el proceso de constitucionalidad del Acto Legislativo 02 de 2017, “por medio del cual se adiciona un artículo transitorio a la constitución con el propósito de dar estabilidad y seguridad jurídica al acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”. Disponible en: <https://www.dejusticia.org/reforma-que-le-da-estabilidad-y-seguridad-juridica-al-acuerdo-de-paz-es-constitucional-2/>

Intervención de Rodrigo Uprimny Yepes y Diana Isabel Güiza Gómez ante la Corte Constitucional, en el proceso que revisa Acto Legislativo 03 del 23 de mayo de 2017, “Por medio del cual se regula parcialmente el componente de reincorporación política



del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”.

Linz, J. (1978). *The Breakdown of Democratic Regimes: Crisis, Breakdown & Reequilibration*. Baltimore: Johns Hopkins 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/>

O'Donnell, G., Schmitter, P., & Whitehead, L. (Eds.). (1986). *Transitions from Authoritarian Rule: Latin America*. Baltimore: Johns Hopkins University Press.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. Prosecutor V. Zejnir 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).

Uprimny, Rodrigo. “Responsabilidad del mando y JEP: un debate complejo y polarizado”, en *La Silla Vacía*, 27 de febrero de 2017. Disponible en: <http://lasillavacia.com/blogs/responsabilidad-del-mando-y-jep-un-debate-complejo-y-polarizado-59906>

Uprimny Yepes, Rodrigo y Güiza Gómez, Diana Isabel. Reflexiones sobre la reforma constitucional que crea la Jurisdicción Especial para la Paz y regula el tratamiento especial a Fuerza Pública. Disponible en: [https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi\\_name\\_recurso\\_909.pdf](https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_909.pdf)

Varol, O. (2014). Temporary Constitutions. *California Law Review*, 102(2), 409-464.

Walter, B. F. (2002). *Committing to peace: The successful settlement of civil wars*. Princeton and Oxford: Princeton University Press.