

Bogotá D.C., 5 de junio de 2018

Honorable Magistrado

**ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO**

Corte Constitucional

E.S.D.

**Referencia:** Intervención del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – Dejusticia – en el proceso de control de constitucionalidad RPZ-010 – Proyecto de Ley Estatutaria 008/17 Senado - 016/17 Cámara, Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz.

**César Rodríguez Garavito, Rodrigo Uprimny Yepes, Nelson Camilo Sánchez León, Irina Jurieles Acosta, Nina Chaparro González, Diana Isabel Güiza Gómez, Hobeth Martínez Carrillo, Alejandro Jiménez Ospina, Juan Sebastián Hernández Moreno y Vanessa Daza Castillo**, identificados como aparece al pie de nuestras firmas, mayores de edad y vecinos de Bogotá, actuando en calidad de director e investigadores del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad –Dejusticia–, respectivamente, identificados como aparece al pie de nuestras firmas, en virtud del artículo 13 del Decreto 2591 de 1991, en respuesta al Oficio No. 954 y estando dentro del término legal correspondiente, presentamos la siguiente intervención en el proceso de control automático de constitucionalidad del Proyecto de Ley Estatutaria 008/17 Senado - 016/17 Cámara, “Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz” (en adelante PLE 008-016/17).

Dejusticia es un centro de investigación socio-jurídica dedicado a la promoción de los derechos humanos en Colombia y el Sur Global, a la garantía del interés público y al fortalecimiento del Estado de derecho. A lo largo de 13 años hemos realizado acciones de investigación, litigio e incidencia en distintos temas, incluyendo asuntos relacionados con la justicia transicional y la construcción de paz. El objeto de esta intervención es presentar un análisis sobre la constitucionalidad de varios artículos del PLE 008-016/17. Con el fin de presentar de manera

más clara nuestros argumentos, la intervención se divide en cuatro partes sustanciales, precedidas de un resumen en el cual mostramos de forma sintética los principales puntos que queremos defender.

<b>1</b>	<b>RESUMEN DE LA INTERVENCIÓN</b> .....	<b>4</b>
<b>2</b>	<b>INCONSTITUCIONALIDAD DEL PARÁGRAFO 2º DEL ARTÍCULO 19 RELATIVO A LA PROHIBICIÓN A LA JEP DE APLICAR EL PRINCIPIO DE SELECCIÓN RESPECTO DE DELITOS NO AMNISTIABLES</b> .....	<b>9</b>
2.1	INCONSTITUCIONALIDAD DEL PARÁGRAFO 2º DEL ARTÍCULO 19 DEL PLE 008-16/2017 .....	9
2.1.1	<i>Sobre la prohibición de renuncia a la persecución penal para delitos no amnistiables en razón de la selección de casos realizada por la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas y la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad</i> .....	11
2.1.2	<i>El efecto del parágrafo 2º del artículo 19 del PLE 008-16/2017, de conformidad con el parágrafo del artículo 23 de la Ley 1820 de 2016, consiste en que torna inútil el mecanismo transicional de la selección</i> .....	12
2.1.3	<i>La selección como vehículo para el cumplimiento de la obligación de investigar, juzgar y sancionar graves violaciones a derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario en contextos de transición</i> .....	15
2.1.4	<i>La selección y su relación con la renuncia a la persecución penal en el marco de la Jurisdicción Especial para la Paz</i> .....	18
2.1.5	<i>Conclusión: el parágrafo 2º del artículo 19 del PLE 008-16/2017 es inconstitucional por obstaculizar el cumplimiento de la obligación estatal de investigar, juzgar, sancionar y reparar las graves violaciones a derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario en contextos de transición</i> .....	20
2.2	ALTERNATIVA A LA INCONSTITUCIONALIDAD: CONDICIONALIDAD DEL PARÁGRAFO 2º DEL ARTÍCULO 19 DEL PLE 008-16/2017 .....	21
<b>3</b>	<b>ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 31 DEL PLE 008-016/17 RELATIVO A LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA DE EXCOMBATIENTES</b> .....	<b>23</b>
3.1	PARTICIPACIÓN EN POLÍTICA DE EXCOMBATIENTES: UNA MEDIDA PARA DESINCENTIVAR EL CONFLICTO Y CONTRIBUIR A LA SOSTENIBILIDAD DE LA PAZ .....	23
3.2	EL DERECHO INTERNACIONAL NO PROHÍBE EL OTORGAMIENTO DE BENEFICIOS POLÍTICOS A EXCOMBATIENTES.....	25
3.3	LA JUSTIFICACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS ACTOS LEGISLATIVOS 1 Y 3 DE 2017 .....	26
3.4	LAS REGLAS DEL ARTÍCULO 31 PLE 008-016/17 .....	27
<b>4</b>	<b>INCONSTITUCIONALIDAD DEL LITERAL B (PARCIAL) DEL ARTÍCULO 79 DEL PLE 008-16/2017 RELATIVO A LA PROHIBICIÓN DE ACCEDER A LAS COMPULSAS DE COPIAS REALIZADAS EN EL MARCO DEL PROCEDIMIENTO PENAL ESPECIAL DE JUSTICIA Y PAZ EN CONTRA DE TERCEROS CIVILES Y AGENTES ESTATALES NO COMBATIENTES</b> .....	<b>29</b>
4.1	CONTENIDO Y EFECTO DE LA NORMA: SOBRE LA PROHIBICIÓN DE ENTREGAR INFORMACIÓN DE COMPULSAS DE COPIAS RELACIONADAS CON TERCEROS CIVILES Y AGENTES DE ESTADO NO INTEGRANTES DE LA FUERZA PÚBLICA.....	31

4.1.1	<i>Consideración sobre lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-674 de 2017 acerca de la competencia de la JEP para conocer de casos relacionados con terceros civiles y agentes del Estado no integrantes de la fuerza pública.....</i>	33
4.2	EL INCISO SEGUNDO (PARCIAL) DEL LITERAL B DEL ARTÍCULO 79 DEL PLE 008-16/2017 ES INCONSTITUCIONAL POR OBSTACULIZAR EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN ESTATAL DE INVESTIGAR, JUZGAR, SANCIONAR Y REPARAR LAS GRAVES VIOLACIONES A DERECHOS HUMANOS Y AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO .....	35
4.3	EL INCISO SEGUNDO (PARCIAL) DEL LITERAL B DEL ARTÍCULO 79 DEL PLE 008-16/2017 ES INCONSTITUCIONAL POR VIOLAR EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA VERDAD DE LAS VÍCTIMAS DEL CONFLICTO ARMADO INTERNO COLOMBIANO .....	37
4.4	EL INCISO SEGUNDO (PARCIAL) DEL LITERAL B DEL ARTÍCULO 79 DEL PLE 008-16/2017 ES INCONSTITUCIONAL POR IMPEDIR EL ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DE LOS TERCEROS CIVILES Y AGENTES ESTATALES NO COMBATIENTES QUE PUDIERAN TENER INTERÉS EN PARTICIPAR EN LA JEP 40	
<b>5</b>	<b>ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS PARÁGRAFOS ÚNICOS DE LOS ARTÍCULOS 100 Y 104 DEL PLE 008-016/17, QUE CONSAGRAN UNOS REQUISITOS PARA LA POSESIÓN DE MAGISTRADOS DE LAS SALAS Y EL TRIBUNAL PARA LA PAZ DE LA JEP 44</b>	
5.1	LOS REQUISITOS-INHABILIDADES DEBEN SER CREADOS EN FORMA GENERAL Y PREVIA A LA ELECCIÓN .....	44
5.2	LOS REQUISITOS-INHABILIDADES DEBEN SER RAZONABLES Y PROPORCIONADAS .....	46
<b>6</b>	<b>INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 146 DEL PLE 008-016/17, QUE DISPONE LA APLICACIÓN DE LAS PENAS DE LA LEY 599 DE 2000 Y LA PROHIBICIÓN DE SUBROGADOS PENALES A QUIENES COMETIERON DELITOS DE VIOLENCIA SEXUAL CONTRA NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN EL MARCO DEL CONFLICTO ARMADO 50</b>	
6.1	VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONEXIDAD POR TRATARSE DE UNA NORMA QUE DESCONOCE EL ACUERDO FINAL PARA LA CUAL EL LEGISLADOR NO TIENE COMPETENCIA DENTRO DEL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO ESPECIAL PARA LA PAZ .....	51
6.2	VIOLACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA, PARTICULARMENTE EL ARTÍCULO 13 TRANSITORIO DEL ARTÍCULO 1 DEL AL 1/17, QUE ES UN PARÁMETRO CONSTITUCIONAL QUE LIMITA LA POTESTAD LEGISLATIVA EN MATERIA PENAL .....	53
6.3	VIOLACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE CUMPLIR LO PACTADO EN EL ACUERDO FINAL QUE DIO CIERRE AL CONFLICTO ARMADO ENTRE EL GOBIERNO Y EL GRUPO GUERRILLERO LAS FARC, CONTENIDA EN EL AL 2/17 .....	56
6.4	VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS.....	61
<b>7</b>	<b>ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD DEL GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN DE LA JEP DE CONFORMIDAD CON EL PLE 008-016/17 .....</b>	<b>67</b>
7.1	APLICABILIDAD DE LOS PRINCIPIOS DE LA GESTIÓN PÚBLICA AL ÓRGANO DE GOBIERNO DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL DE PAZ.....	67
7.2	FUNCIONES DE GOBIERNO Y DE ADMINISTRACIÓN EN LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ.	68
7.3	NATURALEZA DE LAS FUNCIONES DE LA SECRETARÍA EJECUTIVA DE LA JEP .....	70

## 1 RESUMEN DE LA INTERVENCIÓN

El PLE 008-016/17 es una norma trascendental para la construcción de una paz estable y duradera y para el cumplimiento de buena fe con los compromisos asumidos por el Estado colombiano en el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera (en adelante Acuerdo Final). Consideramos que este proyecto de ley se ajusta de manera global a la Constitución Política. Sin embargo, consideramos que algunas de sus normas pueden ser problemáticas o merecen ser precisadas. En esta intervención nos concentraremos en tales puntos.

En la segunda parte de esta intervención argumentaremos que el parágrafo 2° del artículo 19 del PLE 008-016/17 debe ser declarado inexecutable. Por un lado, dicho parágrafo contraría el deber de investigar, juzgar y sancionar a los máximos responsables de las graves violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario, por al menos tres razones. Primero, puesto que el efecto práctico de la norma, al ser leída conjuntamente con la remisión que realiza al artículo 23 de la Ley 1820 de 2016, es impedir que el principio de *selección* opere respecto de los delitos para los cuales fue introducido en nuestro ordenamiento normativo; esto es, prohíbe a la JEP renunciar al ejercicio de la acción penal cuando se trata de delitos como genocidio, crímenes de guerra, ejecuciones extrajudiciales, con lo cual absolutiza el deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar, poniendo en riesgo los derechos de las víctimas y el logro de los objetivos de los procesos transicionales. Segundo, la *selección* es una herramienta creada a partir del reconocimiento de los obstáculos empíricos y normativos con que se enfrenta la exigencia absoluta de investigar, juzgar y sancionar todos los casos de graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario en un contexto transicional, por lo que se convierte en un mecanismo para proteger de forma realista el núcleo esencial de esa obligación, esto es, que el Estado se concentre en los máximos responsables de los casos más graves mediante el desarrollo judicial de macroprocesos dirigidos a dar cuenta de las estructuras macrocriminales y de las dinámicas del conflicto armado. Así, impedir la selección puede llevar a afectar el núcleo esencial del deber de investigar, juzgar y sancionar. Tercero, la prohibición de conceder indulto o amnistía por las conductas enumeradas en el artículo 23 de la Ley 1820 de 2016 es absolutamente válida y respetuosa de los estándares internacionales y el marco constitucional colombiano, que solo autoriza conceder estos beneficios penales en casos de delitos políticos. Sin embargo, es totalmente distinta a la posibilidad de renunciar a la acción penal, que es la medida correlativa al mecanismo de selección al operar en los casos no seleccionados. Así las cosas, está prohibido otorgar amnistías por los delitos graves, pero esto no excluye la posibilidad de que el Estado renuncie al ejercicio de la acción penal respecto de las

mismas conductas no amnistiadas al no encontrar mérito para seleccionarlás y concentrar su atención en ellas.

En la tercera parte presentaremos un análisis de constitucionalidad del artículo 31 del PLE 008-016/17. Este artículo establece las reglas específicas de la simultaneidad entre la participación política de excombatientes y el cumplimiento de sanciones ante la JEP. De acuerdo con estas reglas, la participación en política será incompatible, de pleno derecho, con el cumplimiento de sanciones alternativas y ordinarias impuestas por el Tribunal Especial para la Paz. Además, serán suspendidas las inhabilidades que surjan de penas accesorias en providencias judiciales y aquellas constitucionales y legales que provengan de condenas penas y sanciones disciplinarias. Tal suspensión está condicionada al cumplimiento progresivo y de buena fe de las condiciones para acceder a beneficios en el SIVJRNR. Asimismo, la JEP deberá evaluar empíricamente la compatibilidad entre el cumplimiento de sanciones y la participación en política, considerando “la intención genuina de que la persona condenada responda ante la justicia”, la relación proporcional entre la sanción y la gravedad del crimen, el grado de responsabilidad y el tipo y grado de restricción de la libertad. Por último, los excombatientes deberán presentar, al momento de inscribir su candidatura, la certificación de pertenencia de las FARC-EP, expedida por el Alto Comisionado para la Paz, y la constancia compromiso de sometimiento al SIVJRNR, dado por el Secretario Ejecutivo de la JEP; y, al momento de posesionarse en cargos de elección popular, la certificación de que el respectivo candidato ha iniciado su trámite ante el Sistema, que deberá ser otorgada por la Presidencia de la jurisdicción.

Así, consideramos que esta norma debe ser declarada exequible, ya que desarrolla tanto los propósitos de la paz como los derechos a la verdad, justicia, reparación y no repetición de las víctimas del conflicto armado interno; y la expresión “alternativas”, contenida en el primer numeral del artículo 31, debe ser declarada inexecutable, pues resulta violatoria del Acuerdo Final y del AL 1/17, tal y como fue interpretado por la Corte Constitucional. Así, en este apartado exponemos la importancia de adoptar medidas de inclusión política de excombatientes para asegurar la sostenibilidad de procesos de paz; la justificación constitucional de la participación política de excombatientes; y las reglas específicas del PLE 008-016/17, en este ámbito.

En la cuarta parte, argumentaremos que el inciso segundo (parcial) del literal *b* del artículo 79 del PLE 008-016/17 de la JEP debe ser declarado inexecutable, porque contraviene el deber de investigar, juzgar y sancionar a los máximos responsables de las graves violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario, por las siguientes razones. En primera medida, puesto que este deber, ponderado en el contexto de una transición política de un conflicto largo y grave como el colombiano, implica que el Estado no tiene que comprometerse a investigar, juzgar, sancionar y reparar a las víctimas de todas y cada una de las conductas ocurridas en el conflicto, que es la dimensión absoluta de dicho deber cuya realización es imposible en contextos transicionales, pero sí deja incólume la obligación del Estado colombiano

de investigar con la *debida diligencia* la ocurrencia de las conductas y, especialmente, reconstruir los contextos macrocriminales que las hicieron posibles. Para lograr esto, el Estado necesita recolectar, analizar y evaluar la mayor cantidad de información posible, lo que no implica vulnerar los principios al juez natural y a la legalidad, puesto que el análisis de la información no busca establecer las responsabilidades de sujetos sobre los cuales la JEP en principio no tiene competencia, sino arrojar luz sobre los contextos macrocriminales que permitieron graves violaciones a los derechos humanos. De modo que impedir a la JEP el acceso a información sobre terceros y agentes del Estado no combatientes, mediante la prohibición a la Fiscalía de enviar a la JEP la información relativa a este tipo de actores que se haya producido dentro de procesos de justicia y paz y que no hayan manifestado previamente la voluntad de someterse a esta jurisdicción, impide a la JEP reconstruir adecuadamente el contexto político, social, histórico, económico y cultural en que ocurrieron las graves violaciones a los derechos humanos, así como develar el *modus operandi* de las estructuras criminales que las cometieron.

Además, dicha limitación va en desmedro de la dimensión colectiva del derecho a la verdad, esto es, aquella que compromete a la sociedad en su conjunto con el derecho a conocer lo ocurrido en el conflicto, las razones y circunstancias que posibilitaron las graves y masivas violaciones a los derechos humanos, con miras a evitar que tales hechos vuelvan a ocurrir. La construcción colectiva de la memoria del conflicto se vería pues restringida si se impide que la JEP acceda a información clave para dar cuenta de lo ocurrido, pues podría derivar en la construcción parcial de contextos o en la reconstrucción fragmentada de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron las conductas. Finalmente, la limitación señalada también restringe el derecho de los terceros y agentes estatales no combatientes a acceder en condiciones de igualdad a la administración de justicia, el cual no solo implica un acceso físico a instalaciones judiciales, sino también una dimensión material entendida como la posibilidad de poner en marcha el aparato judicial y que una autoridad competente resuelva su caso. En la situación analizada, este derecho se restringiría a terceros y agentes estatales no combatientes, porque las investigaciones iniciadas por compulsión de copias podrían tardar mucho más que la vigencia máxima prevista para la JEP, lo que significa que se podría dar el caso de que un tercero sea investigado, juzgado y sancionado por la justicia ordinaria, sin posibilidad de acceder a los beneficios condicionados de la JEP, después de que haya cesado la vigencia de la jurisdicción especial. La norma acusada de inconstitucional restringe, entonces, la oportunidad de que los terceros y agentes estatales no combatientes se postulen voluntariamente a la JEP tras calcular los resultados negativos que no hacerlo podría acarrearles en el futuro.

En la quinta parte de esta intervención, presentaremos un análisis de constitucionalidad de los párrafos únicos de los artículos 100 y 104 del PLE 008-016/17, que consagran unos requisitos para la posesión de magistrados de las Salas y el Tribunal para la Paz de la JEP. Dichos requisitos, que son adicionales a los indicados en la Constitución Política y en la Ley 270 de 1996, son requisitos-inhabilidades, en términos de la Corte Constitucional, pues les imposibilita

a los magistrados electos a ejercer la función judicial para la cual fueron designados, debido a una eventual oposición entre sus intereses derivados de su ejercicio profesional anterior en la defensa de los derechos humanos y aquellos relacionados con la función judicial. Dichos requisitos son inconstitucionales porque, primero, violan los principios del debido proceso, buena fe y confianza legítima, pues fueron introducidos luego de la escogencia de los magistrados de la JEP, lo cual está proscrito por el ordenamiento jurídico colombiano. Asimismo, dichos requisitos-inhabilidades son irrazonables y desproporcionados, por cuanto son inadecuados e innecesarios para preservar la independencia de los magistrados de la JEP, al tiempo que reproduce la estigmatización contra los defensores de los derechos humanos.

En la sexta parte de esta intervención expondremos las razones por las que consideramos que el artículo 146 del PLE 008-016/17, que consagró la imposición de penas de la Ley 599 de 2000 y la imposibilidad de aplicar subrogados penales para quienes cometieron delitos de violencia sexual contra niños, niñas y adolescentes en el marco del conflicto armado, es *inconstitucional*. En primer lugar, dicha disposición viola el principio de conexidad que se deriva del artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2016 (en adelante AL 1/16), en virtud del cual el Congreso no tiene la facultad, dentro del marco del procedimiento legislativo especial para la paz, para adoptar medidas que no guarden relación o desconozcan el Acuerdo Final. El numeral 60 y el acápite denominado “listado de sanciones” del Acuerdo Final establece que la JEP podrá aplicar “*en todos los casos*” penas propias, alternativas u ordinarias y que la JEP podrá aplicar subrogados penales bajo el cumplimiento de ciertas condiciones. De manera tal que el legislador, al expedir una norma que prevé la imposición de sanciones distintas a las propias, alternativas y ordinarias, y que prohíbe la aplicación de subrogados penales para delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes, desconoce el Acuerdo Final y, por ende, viola en principio de conexidad. En segundo lugar, el artículo 146 del PLE 008-016/17 viola de manera directa la Constitución Política, particularmente el artículo 13 transitorio del artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2017 (en adelante AL 1/17), que regula las sanciones que pueden imponerse dentro del marco de la JEP de conformidad con el Acuerdo Final. Este artículo constituye un parámetro constitucional que el legislador no puede transgredir en el desarrollo de la política criminal. En la medida en que el artículo 146 desconoce el artículo 13 transitorio referido, aquella norma excede el margen de apreciación del legislador en materia penal y viola directamente la Constitución. En tercer lugar, argumentaremos que el artículo 146 del PLE 008-016/17 es una modificación sustancial en materia de penas del Acuerdo Final que desconoce el arreglo de justicia transicional que permitió terminar el conflicto armado entre el Gobierno colombiano y las FARC-EP y, en consecuencia, vulnera el Acto Legislativo 02 de 2017 (en adelante AL 2/17), según el cual las instituciones y autoridades del Estado tienen la obligación de cumplir de buena fe con lo establecido en el Acuerdo Final. En cuarto lugar, argumentaremos que el artículo 146 del PLE 008-016/17 viola el principio de proporcionalidad, pues da un tratamiento punitivo desigual a los delitos de violencia sexual contra niños, niñas y adolescentes, cometidos dentro del marco del conflicto armado, con

respecto a otros delitos de similar gravedad dentro del mismo contexto, por lo que el legislador está incurriendo en un exceso punitivo contrario a la Constitución Política.

Finalmente, en la séptima parte de esta intervención analizaremos la constitucionalidad del modelo de gobierno y administración de la JEP definido en el PLE 008-016/17. En primera instancia, consideramos que el modelo de gobierno y administración de la JEP expuesto en el PLE 008-016/17 es constitucional, en términos generales, porque se ajusta a los lineamientos previstos en el AL 1/17 y se circunscribe a las competencias establecidas en el procedimiento legislativo especial. Además, respeta –en términos generales– los principios constitucionales de separación de poderes, economía y eficiencia administrativa. Sin perjuicio de lo anterior, solicitamos a la Corte Constitucional condicionar la interpretación constitucional del primer inciso del artículo 112 del PLE, en el entendido de que el órgano de gobierno de la JEP – independientemente de si se trata del creado provisionalmente por el PLE o el que diseñe la misma JEP- debe observar los principios constitucionales de economía, eficiencia administrativa y armonía entre las instituciones del Estado consagrados en los artículos 113 y 209 de la Constitución Política.

En segunda medida, consideramos que algunas funciones asignadas al órgano de gobierno de la JEP en los artículos 112 y 123 del PLE no corresponden a las que debe desarrollar el nivel de gobierno. Es coherente con los principios constitucionales de eficiencia administrativa y colaboración armónica que las funciones de gobierno pertenezcan a las cabezas de las organizaciones, que establecen los lineamientos que guían el accionar de la institución y fijan su norte; mientras que las labores de administración –que suponen la materialización técnica de los lineamientos dados por el órgano de gobierno- correspondan a quienes tienen a su cargo el desarrollo de estas tareas y son especialistas en esas labores. En este sentido, solicitamos a la Corte advertir que el órgano de gobierno no diseña medidas ni herramientas propias del nivel técnico de administración, sino que orienta, guía y aprueba; y que el diseño técnico de estas medidas le corresponde al órgano encargado de la gestión. Finalmente, mostraremos que el AL 1/17 y el PLE 008-016/17 determinan que la Secretaría Ejecutiva de la JEP tiene una naturaleza mixta. En efecto, esta (i) ejerce funciones de administración de toda la jurisdicción; (ii) desarrolla algunas funciones de apoyo a los procesos judiciales, y (iii) administra el Sistema Autónomo de Asesoría y Defensa; y (iv) tiene a su cargo la garantía de la participación de las víctimas. La diversidad de funciones y sus distintas naturalezas e implicaciones hacen necesario que el artículo 113 del PLE, en el que se afirma que la Secretaría Ejecutiva actúa bajo la orientación del órgano del gobierno de la JEP o de su Presidente, se interprete en el sentido de que dicha orientación se refiere a las funciones de administración. Una interpretación contraria podría vulnerar los derechos a la defensa, al debido proceso y las garantías de imparcialidad de los jueces.



## **2 INCONSTITUCIONALIDAD DEL PARÁGRAFO 2º DEL ARTÍCULO 19 RELATIVO A LA PROHIBICIÓN A LA JEP DE APLICAR EL PRINCIPIO DE SELECCIÓN RESPECTO DE DELITOS NO AMNISTIABLES**

El párrafo 2º del artículo 19 del PLE 008-16/2017, al ser leído junto con el artículo 23 de la Ley 1820/2016, norma a la que se remite, es inconstitucional puesto que: (i) vulnera el núcleo esencial del deber de investigar, juzgar y sancionar en contextos transicionales ya que la norma tiene el efecto directo de impedir al Estado, en cabeza de la JEP, que concentre su acción en los máximos responsables de las conductas más graves y representativas de las cometidas en el conflicto armado, es decir, prohíbe que la selección y renuncia a la acción penal operen en los casos que justificaron su introducción a nuestro ordenamiento jurídico; (ii) puede significar un retorno al imperativo absoluto del deber de investigar, juzgar y sancionar, así como a sus problemas empíricos y normativos: no se pueden procesar todos los responsables de todos los delitos cometidos dentro del conflicto, y tampoco es posible lograr niveles plenos de satisfacción del derecho a la paz al mismo tiempo que del derecho a la justicia; y (iii) la prohibición de otorgar indultos, amnistías o tratamientos penales especiales por los graves delitos enumerados en el artículo 23 de la Ley 1820/2016 no excluye la posibilidad de renunciar al ejercicio de la acción penal respecto de esas conductas pues se trata de dos figuras distintas y ambas con soporte constitucional.

No obstante, como alternativa y en virtud del principio de conservación del derecho, sostenemos que es factible solucionar la antinomia legal implícita en el artículo 19 del PLE 008-16/2017 de modo que sea posible conservar íntegramente la norma en el ordenamiento jurídico. Esta norma admite una interpretación razonable que armoniza los contenidos del párrafo 2º con el resto del artículo 19 de modo que sea posible para la JEP concentrar el ejercicio de su acción penal. Dicha interpretación alude a que en ningún caso la JEP podría renunciar al ejercicio de la acción penal, frente a delitos no amnistiados, sin que antes aplique rigurosamente los requisitos y criterios definidos por el resto del artículo 19 del PLE 008-16/2017.

### **2.1 Inconstitucionalidad del párrafo 2º del artículo 19 del PLE 008-16/2017**

La obligación *prima facie* de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario se relativiza en contextos de anormalidad que generarían espacios de impunidad fáctica si se mantuvieran las condiciones típicas de ejercicio del poder de investigación y la acción penal. A propósito de esto, en su intervención dentro de uno de los procesos relacionados con el Acto Legislativo 01 de 2012 (Marco Jurídico para la Paz)<sup>1</sup>, Dejusticia adujo cómo la experiencia de los tribunales internacionales *ad hoc* demuestra

---

<sup>1</sup> Radicado interno Corte Constitucional: D0009499. Disponible en: <[https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi\\_name\\_recurso\\_557.pdf](https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_557.pdf)> (citado el 7 de febrero de 2018).

las dificultades que derivan de este tipo de contexto<sup>2</sup>, algo que ya ocurrió en nuestro país con la implementación de la Ley de Justicia y Paz<sup>3</sup>. En la misma intervención, Dejusticia puso de presente el conflicto normativo inherente a las negociaciones para la terminación de conflictos armados: la tensión entre los derechos a la paz y a la justicia, pues una exigencia elevada de justicia (p.e. que todos los delitos sean investigados, juzgados y sancionados) puede anular la voluntad de las partes negociadoras por alcanzar la paz y ello tendría el efecto de perpetuar la guerra.

Es claro que ante masivas violaciones de derechos es fácticamente imposible perseguir penalmente a todos y cada uno de los responsables y por todas y cada una de las atrocidades cometidas por la guerra. De ahí que el derecho internacional admita un margen de maniobra de los Estados para escoger estrategias de persecución penal ajustadas al contexto de la transición. Eso fue avalado precisamente por la Corte Constitucional, en la sentencia del artículo 66. Una de esas estrategias de persecución es la selección<sup>4</sup>.

Es por esto que se ha venido reconociendo y validando la posibilidad de establecer un orden de *prioridad* para que el Estado centre su atención primero en aquellas conductas que requieran una investigación, juzgamiento y sanción más oportuna o inmediata. Pero también se ha permitido que el Estado pueda *seleccionar* algunos casos para que concentre el ejercicio de su acción punitiva sobre los máximos responsables de las violaciones más graves y representativas de aquellas cometidas durante el conflicto armado que se quiere superar y, a su vez, pueda renunciar a ejercer la acción penal respecto de los otros casos no seleccionados.

Así lo ha reconocido la Corte IDH en casos como El Mozote<sup>5</sup> y Vereda La Esperanza<sup>6</sup>, y la Corte Constitucional al legitimar el mecanismo de la selección como un instrumento inherente a la justicia transicional.<sup>7</sup> En el fondo, se reconoce que es más apropiado que el Estado de forma expresa enuncie algunos criterios de selección de los casos más graves y representativos, y

---

<sup>2</sup> Para 1997 y con USD\$ 400 millones utilizados, sólo fue posible terminar 15 juicios MEDINA, Diego. Estándares internacionales para la investigación y acusación de delitos complejos en el marco de la justicia transicional: su aplicación al caso colombiano. *16 International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 2010, p. 45-80.

<sup>3</sup> COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS. Actualización del informe de seguimiento a recomendación 9, 14 y 16 del Comité de Derechos Humanos de la ONU, 2012.

<sup>4</sup> UPRIMNY, Rodrigo. Intervención en audiencia pública ante la Corte Constitucional. Disponible en: <[https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi\\_name\\_recurso\\_556.pdf](https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_556.pdf)> (citado el 7 de febrero de 2018).

<sup>5</sup> Véase Corte IDH. Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C No. 252.

<sup>6</sup> Véase Corte IDH. Caso Vereda La Esperanza Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 341.

<sup>7</sup> Véase Corte Constitucional. Sentencia C-579 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Corte IDH. Caso Vereda La Esperanza Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 341.

concentre su acción punitiva en los máximos responsables de crímenes internacionales y graves violaciones a derechos humanos al tiempo que renuncia al ejercicio de la acción penal respecto de otras conductas y actores, y no que lo haga de forma velada. Esto último atentaría contra el núcleo esencial del deber de investigar, juzgar y sancionar, dado que es posible que incluso, al no seleccionar, algunos de los máximos responsables de los casos más graves queden sin ser investigados y sancionados.

En este orden de ideas, el mecanismo de la selección es una forma de hacer viable y respetar el núcleo esencial del deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar. Es por esto que resultaría contrario a la Constitución una norma que, como la analizada en este apartado, tenga el efecto práctico de impedir al Estado utilizar la *selección* para concentrar su actividad en los máximos responsables de las conductas más graves y representativas de las cometidas dentro del conflicto armado, y renunciar al ejercicio de la acción penal respecto de los casos no seleccionados. En lo que resta de esta sección se desarrollarán los argumentos para sostener por qué consideramos que el parágrafo 2° del artículo 19 del PLE 008-16/2017 resulta contrario a la Constitución.

*2.1.1 Sobre la prohibición de renuncia a la persecución penal para delitos no amniables en razón de la selección de casos realizada por la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas y la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad*

El artículo 19 del PLE 008-16/2017 estableció que las Salas de Definición de Situaciones Jurídicas y de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad de la JEP aplicarían criterios para concentrar el ejercicio de la acción penal en quienes tuvieron participación determinante en los hechos más graves y representativos, y que respecto de aquellas personas y casos que no fueran seleccionados podrían renunciar al ejercicio de la acción penal siempre y cuando cumplieran con algunas condiciones: que contribuyeran a hacer efectivas las medidas del Sistema Integral, especialmente la consecución de la verdad; que hubieran cumplido todas las condiciones impuestas por las Salas de la JEP; y que suscribieran un acta de compromiso (Parágrafo 1°). Para ello, la norma definió y caracterizó cinco criterios (1. Gravedad de los hechos; 2. Representatividad; 3. Características diferenciales de las víctimas; 4. Características de los responsables; y 5. Disponibilidad probatoria), al tiempo que estableció que si los casos se devolvían a la competencia de la justicia ordinaria la persona involucrada no podría acceder a los beneficios previstos en la ley (Parágrafo 3°). En el parágrafo 2°, sin embargo, se planteó que “En ningún caso podrá renunciarse al ejercicio de la acción penal cuando se trate de delitos no amniables, según lo establecido en el parágrafo del artículo 23 de la Ley 1820 del 30 de diciembre de 2016.” (Subrayado fuera del texto original)

Sostenemos en esta intervención que el apartado subrayado, es decir el parágrafo segundo del artículo 19 del PLE 008-16/2017, viola la Constitución Política de Colombia por obstaculizar el

cumplimiento del deber estatal de investigar, juzgar, sancionar y reparar las graves violaciones a derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario en contextos de transición, por lo que debe ser declarado inexecutable por la Corte Constitucional. Antes de iniciar la explicación del cargo es necesario precisar el efecto de la norma, pues de este depende en gran medida el sentido del cargo de inconstitucionalidad endilgado.

*2.1.2 El efecto del párrafo 2º del artículo 19 del PLE 008-16/2017, de conformidad con el párrafo del artículo 23 de la Ley 1820 de 2016, consiste en que torna inútil el mecanismo transicional de la selección*

El artículo 19 del PLE 008-016/17 tiene por objetivo establecer los criterios de selección que deben ser utilizados para concentrar la acción penal en “(...) quienes tuvieron participación determinante en los hechos más graves y representativos” del conflicto armado. Dichos criterios se englobaron en cinco categorías, a saber: (i) gravedad de los hechos; (ii) representatividad; (iii) características diferenciales de las víctimas; (iv) características de los responsables y, (v) disponibilidad probatoria.

En principio esto no genera ningún problema de constitucionalidad. Ciertamente, desde la revisión de constitucionalidad de la reforma constitucional conocida como “Marco Jurídico para la Paz”, la Corte Constitucional avaló el uso de criterios de selección y priorización en contextos de negociaciones que conduzcan a finalizar un conflicto armado, de modo que a través de esos mecanismos se racionalice el uso de la acción penal y esto facilite la consecución de la paz.<sup>8</sup> En dicha sentencia, la Corte realizó una integración normativa para analizar en su totalidad y no solo los apartes demandados como inconstitucionales, el inciso cuarto del artículo 1º del Acto Legislativo 1 de 2012, según el cual:

Tanto los criterios de priorización como los de selección son inherentes a los instrumentos de justicia transicional (...) en el marco de la justicia transicional, el Congreso de la República, por iniciativa del Gobierno Nacional, podrá mediante ley estatutaria determinar criterios de selección que permitan centrar los esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables de todos los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio, o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática; (...) y autorizar la renuncia condicionada a la persecución judicial penal de todos los casos no seleccionados. La ley estatutaria tendrá en cuenta la gravedad y representatividad de los casos para determinar los criterios de selección. (Subrayas fuera del original).<sup>9</sup>

<sup>8</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-579 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>9</sup> Este artículo fue modificado por el artículo 3º del Acto Legislativo 1 de 2017, pero su contenido sigue siendo, en esencia, el mismo. Lo más relevante, quizá, es que continúa considerando la selección como un instrumento inherente a la justicia transicional. El tenor literal de la norma es como sigue: “Tanto los criterios de priorización como los de selección son inherentes a los instrumentos de justicia transicional. El Fiscal General de la Nación determinará criterios de priorización para el ejercicio de la acción penal, salvo en los asuntos que sean de

La Corte encontró que dicho artículo no sustituía el pilar esencial de la Constitución según el cual en el Estado Social y Democrático de Derecho existe el compromiso de “respetar, proteger y garantizar los derechos de la sociedad y de las víctimas”<sup>10</sup>, a partir del que deriva la obligación de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario. Esto es así porque, tras realizar un ejercicio de ponderación, encontró legítimo crear mecanismos como los de priorización y selección para garantizar una paz estable y duradera, así como centrar los esfuerzos en la investigación de los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de forma sistemática. Así, los mecanismos de selección estarían dirigidos hacia los máximos responsables de los hechos más graves y representativos, definidos aquellos como las

(...) personas que tengan un rol esencial en la organización criminal para la comisión de cada delito, es decir que hayan: (i) dirigido la realización del delito dando la orden de la comisión de las conductas punibles; (ii) quienes hayan tenido el control de la comisión del delito y; (iii) quienes lo hayan financiado.<sup>11</sup>

Para la Corte, esa concentración de la acción penal en los máximos responsables no sustituye un pilar esencial de la Constitución, porque ello no implica la falta de investigación de todos “(...) los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra, sino que respecto de estos solamente se va a sancionar a los máximos responsables.”<sup>12</sup> En este sentido, aquellos delitos necesariamente se imputarían a uno o varios máximos responsables y con ello no quedarían en la impunidad, lo que es coherente con la necesidad de develar las estructuras macrocriminales que permitieron la ocurrencia de las violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, más que intentar en vano investigar, juzgar y sancionar cada conducta de forma singular. En efecto, la estrategia de investigación consistiría en construir “(...) macroprocesos que responden a una serie de elementos comunes determinados por factores relacionados con la gravedad y la representatividad como el lugar, el tiempo, la forma de comisión, los sujetos

---

competencia de la Jurisdicción Especial para la Paz. Sin perjuicio del deber general del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, en el marco de la justicia transicional, el Congreso de la República, por iniciativa del Gobierno nacional, podrá mediante ley estatutaria determinar criterios de selección que permitan centrar los esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables de todos los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio, o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática; establecer los casos, requisitos y condiciones en los que procedería la suspensión de la ejecución de la pena; establecer los casos en los que proceda la aplicación de sanciones extrajudiciales, de penas alternativas, o de modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena; y autorizar la renuncia condicionada a la persecución judicial penal de todos los casos no seleccionados, siempre sin alterar lo establecido en el Acuerdo de creación de la JEP y en sus normas de desarrollo. La ley estatutaria tendrá en cuenta la gravedad y representatividad de los casos para determinar los criterios de selección.”

<sup>10</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-579 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>11</sup> *Ibíd.*

<sup>12</sup> *Ibíd.*

pasivos o grupos sociales afectados, los sujetos activos, la escala de comisión o la evidencia disponible (...).”<sup>13</sup>

Conforme con esa postura que reconoce y acepta que la selección se enfoque solo en los máximos responsables, la Corte encontró que serían tres los casos en que sería posible aplicar la figura de *la renuncia condicionada a la persecución penal*: (i) cuando la persona participó en la comisión de delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de forma sistemática, *pero no es el máximo responsable*; (ii) personas que no hayan cometido delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra de forma sistemática; y (iii) personas que hayan cometido crímenes de guerras pero no de forma sistemática, esto es, según la sentencia, sin un nexo con el conflicto armado.<sup>14</sup>

Por consiguiente, la Corte Constitucional, al declarar exequible el inciso cuarto del artículo 1° del Acto legislativo 01 de 2012, legitimó considerar que la selección y priorización son mecanismos inherentes a la justicia transicional y que dichas figuras permitan concentrar los esfuerzos del Estado en la investigación, juzgamiento y sanción de los máximos responsables de haber cometido delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra en forma sistemática. Expresamente también validó que la figura de la renuncia condicionada a la acción penal se pudiera aplicar, por poner un solo ejemplo, respecto de personas que sin ser máximos responsables hubieran cometido delitos de lesa humanidad. Solo así tiene sentido entender que el mecanismo de selección es inherente a la justicia transicional, pues se parte del reconocimiento de que es imposible, fáctica y normativamente hablando, en contextos de masivas violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, satisfacer de forma absoluta el deber de investigar, juzgar y sancionar a todos los responsables de conductas perpetradas durante el conflicto armado.

Es por esta razón que el problema de constitucionalidad aparece cuando se revisa el contenido del párrafo segundo del artículo 19 del PLE. De acuerdo con este, el mecanismo utilizado para la selección de casos, esto es, *la renuncia al ejercicio de la acción penal*, no es aplicable cuando se trate de “(...) delitos no amniables, según lo establecido en el párrafo del artículo 23 de la Ley 1820 del 30 de diciembre de 2016”. Según la norma citada, esos delitos corresponden a:

- Delitos de lesa humanidad
- Genocidio
- Crímenes de guerra<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> *Ibíd.*

<sup>14</sup> *Ibíd.*

<sup>15</sup> La calificación de los crímenes de guerra no amniables como “graves” fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-007 de 2018, de la cual aún no se conoce el texto completo si no solo el comunicado de prensa No. 8 del 1° de marzo de 2018.

- Toma de rehenes u otra privación grave de la libertad
- Tortura
- Ejecuciones extrajudiciales
- Desaparición forzada
- Acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual
- Sustracción de menores
- Desplazamiento forzado
- Reclutamiento de menores<sup>16</sup>

Como hemos señalado, la selección es un mecanismo que busca que el Estado concentre sus esfuerzos en investigar, juzgar y sancionar a los *máximos responsables* de graves violaciones a Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, por lo que, de forma correlativa, le permite renunciar al ejercicio de la acción penal en aquellos casos donde no existan tales *máximos responsables*, así estos hayan incurrido en graves crímenes.

En este sentido, el párrafo 2º del artículo 19 del PLE, leído juntamente con el artículo 23 de la Ley 1820 de 2016, impide que el Estado concentre su atención en los máximos responsables al prohibirle expresamente, y en todos los casos, renunciar al ejercicio de la acción penal cuando se hayan cometido delitos como los enumerados en el artículo 23 de la Ley 1820 de 2016. Como mostramos con fundamento en la citada jurisprudencia de la Corte Constitucional, esto significaría que la selección, como mecanismo inherente de justicia transicional, en realidad no podría operar respecto de aquellas conductas para las que precisamente debería funcionar.

La norma criticada tendría el efecto contradictorio de tornar completamente inútil la figura de la selección que estaba llamada a regular. Con ello, se absolutiza el deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar, lo que pone en riesgo los derechos de las víctimas y el logro de los objetivos manifiestos de los procesos transicionales. Esto ocurre porque impone al Estado una carga que, se ha visto tanto en procesos transicionales internacionales como nacionales, no puede cumplir por razones normativas y empíricas que son las que precisamente llevaron a matizar o flexibilizar la obligación de investigar, juzgar y sancionar.

### *2.1.3 La selección como vehículo para el cumplimiento de la obligación de investigar, juzgar y sancionar graves violaciones a derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario en contextos de transición*

La justicia transicional es una práctica que se ha venido desarrollando internacionalmente para permitir a las sociedades lidiar con pasados atroces que han significado la vulneración masiva y sistemática de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario. El conjunto de

---

<sup>16</sup> Ley 1820 de 2016, art. 23.

herramientas que la conforman se ha perfilado para atender las características de los diferentes contextos, de modo que se logre un adecuado balance entre los imperativos éticos y políticos de transformar las sociedades donde se aplica y, al tiempo, respetar los derechos de las víctimas a la justicia, verdad, reparación y garantías de no repetición. Como concepto y práctica, la justicia transicional se desarrolla con cada experiencia en un nuevo contexto, al tiempo adapta sus herramientas o crea nuevos instrumentos.

La *selección y priorización*<sup>17</sup> pueden ser vistos entre esos desarrollos, pues las nociones integran una sensibilidad al contexto particular en que ocurren los procesos transicionales. En principio, es objetable justificar que un Estado, en condiciones ordinarias, postule criterios que le permitan centrar el ejercicio de la acción penal solo en los máximos responsables de las conductas cometidas en un contexto de masivas violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario. Sin embargo, como sostenemos en la primera sección (I), aun reconociendo la concepción amplia de la obligación de investigar, juzgar y sancionar, “según la cual el deber recae sobre todas las graves violaciones de los derechos humanos, incluso si no constituyen crímenes internacionales (...)”<sup>18</sup>, esta se debe matizar en contextos de transición negociada de la guerra a la paz. En estos contextos, resulta

(...) imposible juzgar todos los casos pues los sistemas judiciales salen debilitados y son demasiados los crímenes y los responsables. Y entonces, o uno hace la priorización y selectividad en forma explícita, o esta se da en forma encubierta. Y a nivel normativo [porque] es necesario reconocer que las tensiones entre justicia y paz subsisten, y que las ponderaciones son entonces necesarias, por lo cual es posible que sea indispensable reducir el imperativo de castigo en beneficio de otros valores como la paz o la transición democrática. Y eso obliga a la selectividad (sin que baste la priorización) pues la paz exige brindar unos mínimos de seguridad jurídica a una gran masa de combatientes.<sup>19</sup>

Así las cosas, la *selección* es una herramienta que se origina a partir del reconocimiento de las dificultades normativas y fácticas que entrañan los procesos transicionales. El deber de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario se matiza y la selección se convierte en un vehículo necesario para

---

<sup>17</sup> En esta sección no se hará mucha referencia al mecanismo de la priorización, pero resulta relevante mencionar que recientemente la Corte Interamericana de Derechos Humanos encontró que dicho mecanismo en Colombia - implementado para el proceso de Justicia y Paz mediante la Directiva 01 del 4 de octubre de 2012 de la Fiscalía General de la Nación - coherente con las recomendaciones formuladas al país por múltiples organismos internacionales para hacer frente a los numerosos casos de violaciones a los derechos humanos ocurridos en el conflicto armado. Ver, CrIDH. Caso Vereda La Esperanza Vs. Colombia. Sentencia del 31 de agosto de 2017. Párra. 228.

<sup>18</sup> UPRIMNY YEPES, Rodrigo, SÁNCHEZ DUQUE, Luz María y SÁNCHEZ LEÓN, Nelson Camilo. *Op. Cit.*, p. 31.

<sup>19</sup> *Ibíd.*, p. 181.



que el Estado se trace metas realistas respecto de la investigación, juzgamiento y sanción de quienes participaron en el conflicto y se confieran unos mínimos de seguridad jurídica a todos los combatientes.

La selección permite que el aparato judicial se concentre en los máximos responsables y en la reconstrucción de los contextos sociales, económicos, políticos e históricos que fueron el sustento de la ocurrencia de las graves violaciones de derechos humanos cometidas sistemáticamente. Esto se articula mediante macroprocesos judiciales que dan cuenta del contexto y *modus operandi* de las estructuras macrocriminales y sus máximos responsables, lo que puede arrojar mucha más luz sobre el conflicto armado y servir más como garantía de los derechos de las víctimas, que tratar de investigar, juzgar y sancionar a todos aquellos que participaron en el conflicto. En este sentido, la Corte Constitucional sostuvo que con:

(...) imputar los delitos solo a sus máximos responsables (...) el Estado no renuncia a sus obligaciones por las siguientes razones: (i) la concentración de la responsabilidad en los máximos responsables no implica que se dejen de investigar todos los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática, sino que permite que sean imputados solo a quienes cumplieron un rol esencial en su comisión; y (ii) se contribuye eficazmente a desvertebrar macroestructuras de criminalidad y revelar patrones de violaciones masivas de derechos humanos, asegurando en últimas la no repetición.<sup>20</sup>

Además, si esto opera en un marco holístico de justicia transicional, es posible que se promuevan de mejor forma los derechos de las víctimas a través de la complementariedad del funcionamiento articulado de los varios mecanismos -judiciales y extrajudiciales- de la justicia transicional<sup>21</sup>. Que la instancia o componente judicial de la justicia transicional se enfoque solo en los máximos responsables de los casos más graves, libera al Estado de la carga de investigar, juzgar y sancionar a todos los combatientes por todas las conductas cometidas durante el conflicto, pero no de promover las garantías de los derechos de las víctimas a través de los otros mecanismos previstos en el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y Garantías de no Repetición.

Siendo así, la selección dentro de los procesos judiciales apunta directamente a la preservación del núcleo esencial del deber de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones cometidas de forma sistemática en contextos de transición de la guerra o de un conflicto armado a la paz. Así lo reconoció la Corte Constitucional al afirmar “(...) que en virtud de los instrumentos de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario, y los pronunciamientos de sus

---

<sup>20</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-579 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>21</sup> UPRIMNY YEPES, Rodrigo, SÁNCHEZ DUQUE, Luz María y SÁNCHEZ LEÓN, Nelson Camilo. *Op. Cit.*, p. 206.

intérpretes, es legítimo que se dé una aplicación especial a las reglas de juzgamiento, siempre y cuando se asegure que, como mínimo, se enjuiciarán aquellos delitos [de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática].”<sup>22</sup>

Mediante el uso de la figura de la selección el Estado respeta el núcleo esencial de su deber de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos cometidas sistemáticamente, al tiempo que (i) satisface de mejor forma el derecho a la verdad individual y colectiva a través de la reconstrucción de los contextos macrocriminales y de macroprocesos que pueden ofrecer más información sobre las lógicas del conflicto; (ii) la información sobre las dinámicas del conflicto permite conocer mejor su funcionamiento interno y ello a su vez puede contribuir a conocer el pasado; por esa vía, es posible lograr mejores garantías de no repetición; (iii) dejar a los combatientes y casos no seleccionados por fuera del componente judicial del sistema asegura la situación jurídica de aquellos, pero les vuelca sobre los otros mecanismos transicionales extrajudiciales más centrados en la reconstrucción de una verdad histórica del conflicto, en la reparación a las víctimas y en la reconciliación de la sociedad.

#### *2.1.4 La selección y su relación con la renuncia a la persecución penal en el marco de la Jurisdicción Especial para la Paz*

Ahora bien, a la selección le es inherente la exclusión de casos que no deberían o podrían ser tratados por el componente judicial del sistema de justicia transicional. Frente a estos, y de acuerdo con el inciso primero del artículo 19 del PLE 008-16/2017, “se podrá renunciar al ejercicio de la acción penal”. Esto también lo reconocía la Corte Constitucional desde que se pronunció sobre el Acto Legislativo que introdujo el Marco Jurídico para la Paz, al afirmar que se trataba de una figura limitada

(...) por cuanto no aplica para los máximos responsables de los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática, conforme con los estándares internacionales. (...) la renuncia se revocará de no cumplirse con los requisitos contemplados por la norma. (...) [y q] que la renuncia condicionada a la persecución penal se justifica al ponderar la obligación de investigar, juzgar y en su caso sancionar, con el deber de prevenir futuras violaciones a los derechos humanos en la búsqueda de una paz estable y duradera.

Sin embargo, existe una diferencia entre lo validado constitucionalmente por la Corte y lo regulado en el PLE 008-16/2017 analizado: mientras la primera reconoce y legitima que la renuncia al ejercicio de la acción penal opere para los casos que no impliquen a los máximos responsables de los casos de graves violaciones a los derechos humanos cometidas

---

<sup>22</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-579 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

sistemáticamente, el segundo lo prohíbe al ordenar, en el párrafo 2º del artículo 19, que “[e]n ningún caso podrá renunciarse al ejercicio de la acción penal cuando se trate de delitos no amnistiables, según lo establecido en el párrafo del artículo 23 de la Ley 1820 del 30 de diciembre de 2016.”

Dicha prohibición parece incluso perder de vista que la renuncia al ejercicio de la acción penal es una figura enteramente distinta a la amnistía o indulto. Aludir a los delitos previstos en el párrafo del artículo 23 de la ley 1820 de 2016 sugiere que se confunde la prohibición expresa de conceder indultos o amnistías por delitos que no sean políticos, con la prohibición de renunciar a la acción penal en los casos de los máximos responsables de violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario.

La prohibición de conceder amnistías e indultos por algunos delitos concretos que aluden a graves violaciones a los derechos humanos y a delitos comunes que no tienen una relación directa con el conflicto armado o que fueron cometidos para satisfacer un interés personal y mezquino, se fundamenta, entre otras razones, en que la Constitución Política permite conceder amnistías e indultos solo por delitos políticos como la rebelión, la sedición y conexos.<sup>23</sup> Por el contrario, la prohibición de aplicar el mecanismo de la selección de una manera que excluya a los máximos responsables de los casos más graves de violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario se basa en que proceder de ese modo conllevaría el total quebrantamiento del núcleo esencial del deber matizado -en contextos de transición- del Estado de investigar, juzgar y sancionar a los máximos responsables de dichas conductas. La selección opera entonces solo para aquellos casos en que no se trata de los máximos responsables, cuando la persona implicada no cometió delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra de forma sistemática o incluso cuando cometió un crimen de guerra pero no de forma sistemática, esto es, sin un nexo con el conflicto armado.<sup>24</sup>

Esto significa que no es posible otorgar amnistía por los crímenes más graves -pues no son delitos políticos-, pero que ello no excluye la posibilidad de que el Estado renuncie a ejercer la acción penal porque no los seleccione al no tratarse, por ejemplo, de un máximo responsable. Este sería el caso de un guerrillero raso que haya participado como coautor de un delito de toma de rehén, por ejemplo, y que por tal delito no puede recibir amnistía o indulto, pero que al no ser un máximo responsable sí podría ser beneficiado con la renuncia de la acción penal tras aplicar el mecanismo de la selección. En resumen, la prohibición de amnistía e indulto no excluye automáticamente la renuncia al ejercicio de la acción penal, pues se trata de dos situaciones distintas.

---

<sup>23</sup> Ver, Arts. 150.17 y 201.2, Constitución Política de Colombia.

<sup>24</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-579 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Sin embargo, tal como está regulada la selección en el PLE, esta jurisdicción estaría imposibilitada para renunciar al ejercicio de la acción penal respecto de todos los delitos por los cuales no se puede conceder amnistía, sin importar si fueron cometidos por quienes no eran los máximos responsables o incluso sin que respondan a macroprocesos que indaguen sistemática y estructuralmente por las dinámicas del conflicto. Se trataría de una selección que no permite seleccionar o concentrarse en nada y, por esa vía, se llegaría a un resultado contrario al buscado con el mecanismo, esto es, se saturaría la JEP, pues es altamente probable que se incremente el número de casos totales que tendría que conocer, con las consecuencias negativas que significa tanto para la garantía de los derechos de las víctimas como para los fines a largo plazo de los procesos transicionales.

El diseño actual del principio de selección solo permitiría a la JEP aplicar la renuncia al ejercicio de la acción penal en casos en que incluso procedería la amnistía o el indulto, lo que haría la figura innecesaria y redundante. La renuncia a la persecución penal solo tiene sentido, en un contexto transicional, si es la expresión de un proceso en que se concentre la acción del Estado en los máximos responsables de los delitos más graves y representativos. De ahí que esta figura, correlativa a la selección, solo tenga sentido si se aplica incluso a casos de graves violaciones.

*2.1.5 Conclusión: el párrafo 2º del artículo 19 del PLE 008-16/2017 es inconstitucional por obstaculizar el cumplimiento de la obligación estatal de investigar, juzgar, sancionar y reparar las graves violaciones a derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario en contextos de transición*

Si se atiende al origen, justificación y características del mecanismo de la selección, y la renuncia a la persecución penal que le es correlativa, es imposible no ver que es contradictoria la manera como quedó regulada en el artículo 19 del PLE 008-16/2017, especialmente por la prohibición del párrafo 2º. Esto afecta directamente el núcleo de deber del Estado de investigar, juzgar, sancionar y reparar las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario.

Así, la norma atacada, al impedirle a la JEP renunciar al ejercicio de la acción penal respecto de los crímenes por los cuales no es posible conceder amnistía o indulto, contraviene la esencia de la selección, que consiste justamente en permitir al Estado que se concentre solo en investigar, juzgar y sancionar a los máximos responsables. El efecto inevitable es que el Estado, a través de su aparato judicial transicional, tendrá que investigar, juzgar y sancionar todas las conductas y a todos los responsables de casos graves, y esto nos devuelve justamente al punto de partida que hizo evidente la necesidad de seleccionar casos.

En este sentido, Colombia también cuenta con un ejemplo claro en los casos adelantados ante la Jurisdicción de Justicia y Paz de la cual, a diez años de su implementación, tenía unos precarios

resultados: 47 sentencias en las que se condenó a 195 postulados que equivalen al 8.2% de los postulados aspirantes a los beneficios de la Ley 975/2005, mientras que los resultados en relación con los derechos de las víctimas son aún más precarios: “(...) el 39% de víctimas registradas (211.013) están relacionadas en las investigaciones que actualmente cuentan con imputación, lo que conlleva a que para el 61% restante, a la fecha, resulte nulo el derecho a la obtención de verdad y reparación judicial.” Todo lo cual se debió, entre otras razones, a la débil respuesta institucional del Estado frente al reto que implicaba el procesamiento de los desmovilizados y a la incapacidad de adaptar oportunamente el aparato judicial a los requerimientos propios de la justicia transicional.<sup>25</sup>

Con la norma demandada se corre entonces el riesgo de que la JEP se sature de casos por investigar, juzgar y sancionar en un periodo relativamente corto -máximo 20 años- y con recursos limitados. Podrá ocurrir entonces lo que ha sucedido en otros contextos e incluso en el proceso de Justicia y Paz: opera una selección *de facto*, con las consecuencias negativas que esto conlleva tanto para el deber de investigar, juzgar y sancionar, como para los derechos de las víctimas a la verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición. Por estas razones es que consideramos que el parágrafo 2° del artículo 19 del PLE 008-16/2017 es contrario a la Constitución y solicitamos a la Corte Constitucional que declare su inexecutableidad.

## **2.2 Alternativa a la inconstitucionalidad: condicionalidad del parágrafo 2° del artículo 19 del PLE 008-16/2017**

El parágrafo 2° del artículo 19 del PLE 008-16/2017 puede ser declarado executable condicionalmente siempre y cuando la antinomia interna de la norma se resuelva en el entendido de que las Salas de la JEP no pueden renunciar al ejercicio de la acción penal en los casos de delitos no amnistiables sin aplicar rigurosamente los criterios de selección previstos en el mismo artículo 19. Esta es una interpretación razonable que le devuelve el sentido práctico a la norma y que es coherente con la consagración constitucional de la selección como inherente a los mecanismos de justicia transicional.

En virtud de aplicar el principio de conservación del derecho, según el “cual las cortes constitucionales deben no sólo maximizar la fuerza de los contenidos normativos de la Carta Política, sino también evitar el desmantelamiento del orden jurídico”<sup>26</sup>, sería razonable buscar alguna alternativa que conduzca a la preservación de la norma analizada y así evitar su

---

<sup>25</sup> Ver Contraloría General de la República. Comunicado de Prensa No. 49, del 22 de abril de 2017. Tras 10 años de la Ley de Justicia y Paz y \$11 billones invertidos: tan solo se han condenado 195 postulados en 47 sentencias. Consultado el 15 de mayo de 2018, disponible en < [https://www.contraloria.gov.co/contraloria/sala-de-prensa/boletines-de-prensa/-/asset\\_publisher/J14Sa8JTmjbW/content/tras-10-anos-de-la-ley-de-justicia-y-paz-y-11-billones-invertidos-tan-solo-se-han-condenado-195-postulados-en-47-sentencias/pop\\_up?\\_101\\_INSTANCE\\_J14Sa8JTmjbW\\_viewMode=print](https://www.contraloria.gov.co/contraloria/sala-de-prensa/boletines-de-prensa/-/asset_publisher/J14Sa8JTmjbW/content/tras-10-anos-de-la-ley-de-justicia-y-paz-y-11-billones-invertidos-tan-solo-se-han-condenado-195-postulados-en-47-sentencias/pop_up?_101_INSTANCE_J14Sa8JTmjbW_viewMode=print)

<sup>26</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-540 de 2012, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

inexequibilidad. Para ello, es necesario reconocer que, como quedó implícitamente sugerido en la primera parte de esta sección al aludir al efecto práctico de la norma de anular el principio de selección (3.1.2.), el artículo 19 del PLE 008-16/2017 contiene una antinomia interna cuya solución permitiría, a través de una interpretación armónica y sistemática, declarar una constitucionalidad condicionada de la norma.

La antinomia legal consiste en que el artículo 19 del PLE 008-16/2017 faculta a las Salas de Definición de Situaciones Jurídicas y de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad de la JEP para que, tras aplicar ciertos criterios (gravedad y representatividad de los hechos, características de las víctimas, características de los responsables y disponibilidad probatoria), seleccionen casos de modo que concentren “el ejercicio de la acción penal en quienes tuvieron participación determinante en los hechos más graves y representativos” y renuncien condicionalmente al ejercicio de la acción penal respecto de “las personas y hechos que no sean objeto de selección”. Sin embargo, la interpretación literal del párrafo 2º de la misma norma llevaría a que las Salas de la JEP no puedan renunciar al ejercicio de la acción penal pues excluye la selección y renuncia respecto de delitos en los que no se aceptan la amnistía o el indulto. En otras palabras, el párrafo 2º prohíbe lo que el resto del artículo 19 autoriza, situación por la que la norma en su conjunto perdería sentido, se anularía por efecto de la antinomia.

La Corte Constitucional estaría llamada entonces a realizar una interpretación que ofrezca una salida razonable a la antinomia sobre la base de preservar el derecho creado por el órgano legislativo. Una propuesta de interpretación consiste en que el artículo 19 del PLE 008-16/2017, en relación con los delitos no amniables enunciados en el artículo 23 de la Ley 1820/2016, prohíbe a las Salas de la JEP renunciar al ejercicio de la acción penal sin antes aplicar los requisitos y criterios establecidos por dicho artículo 19; así, proceder de otro modo, sin apego estricto a los criterios del artículo 19, implicaría un ejercicio arbitrario del mecanismo de selección. Es decir, para que la JEP pueda renunciar al ejercicio de la acción penal en casos de delitos no amniables, debe observar rigurosamente los criterios introducidos como parámetro regulatorio del ejercicio de la selección en tanto mecanismo de justicia transicional.

Dicha interpretación del párrafo 2º del artículo 19, que encontramos razonable, permite que la norma en su conjunto recobre pleno sentido al armonizar dos contenidos normativos que parecían excluyentes e irreconciliables. También es una interpretación que resulta coherente con la consagración constitucional de la selección como inherente a los mecanismos de justicia transicional y, por esa vía, se adecua mejor al espíritu de la Constitución que pretender lograr máximos niveles de respeto al deber de investigar, juzgar y sancionar sin hacer inviable las demandas de paz de la sociedad.

Por consiguiente, adoptar una interpretación como la propuesta en este apartado permitiría concluir que no es necesario declarar la inexequibilidad del párrafo 2º del artículo 19 del PLE 008-16/2017. La alternativa que proponemos consiste en que la Corte Constitucional declare la

norma **CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE** en el entendido de que cualquier renuncia al ejercicio de la acción penal respecto de delitos no amnistiados exige el cumplimiento riguroso de los requisitos y criterios de selección previstos en el citado artículo 19.

### **3 ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 31 DEL PLE 008-016/17 RELATIVO A LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA DE EXCOMBATIENTES**

El artículo 31 del PLE 008-016/17 establece las reglas específicas de la simultaneidad entre la participación política de excombatientes y el cumplimiento de sanciones ante la JEP. De acuerdo con estas reglas, la participación en política será incompatible, de pleno derecho, con el cumplimiento de sanciones alternativas y ordinarias impuestas por el Tribunal Especial para la Paz. Además, serán suspendidas las inhabilidades que surjan de penas accesorias en providencias judiciales y aquellas constitucionales y legales que provengan de condenas penas y sanciones disciplinarias. Tal suspensión está condicionada al cumplimiento progresivo y de buena fe de las condiciones para acceder a beneficios en el SIVJRNR. Asimismo, la JEP deberá evaluar empíricamente la compatibilidad entre el cumplimiento de sanciones y la participación en política, considerando “la intención genuina de que la persona condenada responda ante la justicia”, la relación proporcional entre la sanción y la gravedad del crimen, el grado de responsabilidad y el tipo y grado de restricción de la libertad. Por último, los excombatientes deberán presentar, al momento de inscribir su candidatura, la certificación de pertenencia de las FARC-EP, expedida por el Alto Comisionado para la Paz, y la constancia compromiso de sometimiento al SIVJRNR, dado por el Secretario Ejecutivo de la JEP; y, al momento de posesionarse en cargos de elección popular, la certificación de que el respectivo candidato ha iniciado su trámite ante el Sistema, que deberá ser otorgada por la Presidencia de la jurisdicción.

Como pasamos a sustentar, consideramos que esta norma debe ser declarada **EXEQUIBLE**, ya que desarrolla tanto los propósitos de la paz como los derechos a la verdad, justicia, reparación y no repetición de las víctimas del conflicto armado interno; y la expresión “alternativas”, contenida en el primer numeral del artículo 31, debe ser declarada **INEXEQUIBLE**, pues resulta violatoria del Acuerdo Final y del AL 1/17, tal y como fue interpretado por la Corte Constitucional. En seguida, exponemos la importancia de adoptar medidas de inclusión política de excombatientes para asegurar la sostenibilidad de procesos de paz; la justificación constitucional de la participación política de excombatientes; y las reglas específicas del PLE 008-016/17, en este ámbito.

#### **3.1 Participación en política de excombatientes: una medida para desincentivar el conflicto y contribuir a la sostenibilidad de la paz**

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 y Hoddie 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<sup>27</sup>. 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 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<sup>28</sup>. Más aún, Hartzell y 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<sup>29</sup>. 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 Juan Linz<sup>30</sup> y Guillermo O'Donnell<sup>31</sup>, la literatura especializada ha resaltado que mecanismos institucionales de apertura democrática son cruciales para superar el periodo dictatorial.

Ahora bien, 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. Como

---

<sup>27</sup> Caroline Hartzell and Matthew Hoddie, "Institutionalizing Peace: Power Sharing and Post-Civil War Conflict Management," *American Journal of Political Science* 47, no. 2 (April 2003): 318–32.

<sup>28</sup> B.F. Walter, *Committing to Peace: The Successful Settlement of Civil Wars* (Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2002).

<sup>29</sup> Caroline Hartzell and Matthew Hoddie, "Institutionalizing Peace: Power Sharing and Post-Civil War Conflict Management," *American Journal of Political Science* 47, no. 2 (April 2003): 321.

<sup>30</sup> Juan Linz, *The Breakdown of Democratic Regimes: Crisis, Breakdown & Reequilibration* (Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1978).

<sup>31</sup> Guillermo O'donnell, P. Schmitter, And L. Whitehead, (eds.) *Transitions from Authoritarian Rule: Latin America*. (Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1986).



sostenemos en el siguiente aparte, si bien no existen estándares internacionales que prohíban beneficios políticos a excombatientes, los arreglos de reincorporación política, en todo caso, no pueden desconocer el núcleo esencial de la obligación internacional de investigar y sancionar graves violaciones a los derechos humanos.

### **3.2 El derecho internacional no prohíbe el otorgamiento de beneficios políticos a excombatientes<sup>32</sup>.**

Como indicamos en el apartado anterior, los estudios académicos en la materia coinciden en que los mecanismos de participación política de excombatientes son relevantes para agilizar la negociación de la transición y favorecer la sostenibilidad de la paz. 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

---

<sup>32</sup> Este aparte se basa en la intervención que, desde Dejusticia, presentamos en el proceso que estudió la constitucionalidad del artículo 66 (parcial) y 67 del Acto Legislativo 1 de 2012. Disponible aquí: [https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi\\_name\\_recurso\\_568.pdf](https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_568.pdf)

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.

### **3.3 La justificación constitucional de los Actos Legislativos 1 y 3 de 2017**

El Acuerdo Final de Paz persigue enriquecer el debate y la deliberación política en el país, para lo que adopta, por una parte, medidas de ampliación democrática, fortalecimiento del pluralismo y garantías de participación e inclusión política, especialmente a favor de la oposición; y, de otra parte, la reincorporación política de las FARC-EP. Este último aspecto es incorporado al ordenamiento constitucional, a través de los Actos Legislativos 1 y 3 de 2017. El primero, en su artículo 20 transitorio (incluido en el artículo 1 de la reforma), reproduce la cláusula del Acuerdo Final, según la cual la imposición de condenas por la JEP no inhabilitará para la participación en política. Esa norma agrega que las condenas de la justicia ordinaria o disciplinaria quedarán suspendidas hasta que sean revisadas por la JEP. Los excombatientes que hayan sido condenados por jueces ordinarios no están entonces inhabilitados para ejercer sus derechos políticos, incluida la elegibilidad a cargos y corporaciones públicas. Además, el artículo 4 de esa reforma constitucional deroga el artículo 67 transitorio, que prohibía expresamente la participación política a quienes fueran condenados por “crímenes de lesa humanidad y genocidio cometidos de manera sistemática”.

Por su parte, el numeral 5 del artículo 1 del Acto Legislativo 3 de 2017 señala que excombatientes de las FARC “deberá[n], en el momento de la inscripción de las candidaturas, expresar formalmente su voluntad de acogerse a los mecanismos y medidas establecidas en el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR) contemplados en el Acto Legislativo N° 01 de 2017”.

De acuerdo con la fe de erratas del comunicado 55 de la Corte Constitucional, el artículo 20 transitorio del AL 1/2017 fue declarado exequible, salvo los supuestos de participación política

de excombatientes que reciban sanciones ordinarias, por parte de la JEP, debido a que no asumieron ni verdad ni responsabilidad. Por tanto, las disposiciones del PLE objeto de estudio, en estos aspectos, tienen sustento constitucional.

### **3.4 Las reglas del artículo 31 PLE 008-016/17**

La mayoría de las reglas que consagra el artículo 31 del PLE 008-016/17 reproducen los parámetros indicados por la Corte Constitucional, en la fe de erratas del comunicado 55, que publica la decisión adoptada frente al AL 1/2017. En efecto, la Corte condicionó la suspensión de las inhabilidades para participar en política a que las personas beneficiadas cumplan progresivamente y de buena fe con las condiciones del SIVJNR. Asimismo, la Corte dispuso que los excombatientes podrán inscribirse como candidatos si presentan la certificación de pertenencia a las FARC-EP, expedida por el Alto Comisionado para la Paz, y la constancia de compromiso de someterse al SIVJNR, proferida por el Secretario Ejecutivo de la JEP. Igualmente, la Corte precisó que la JEP será quien determine la compatibilidad fáctica de participar en política y cumplir las sanciones, teniendo en cuenta “la intención genuina de que la persona condenada responda ante la justicia”, la relación proporcional entre la sanción y la gravedad del crimen, el grado de responsabilidad y el tipo y grado de restricción de la libertad.

El artículo 31 agrega una regla relativa a la posesión de cargos de elección popular, según la cual los respectivos candidatos deberán presentar certificación de inicio de trámites ante el Sistema, que deberá ser otorgada por la Presidencia de la jurisdicción.

En nuestro concepto, estas reglas se ajustan a los preceptos constitucionales, ya que persiguen que la participación en política de excombatientes no signifique un desconocimiento de sus deberes frente a las víctimas. A esa conclusión llegó la Corte Constitucional, cuando revisó el AL 1/2017, como lo evidencia el comunicado de prensa que publicita esa decisión.

Ahora bien, el artículo 31 establece que hay incompatibilidad, de pleno derecho, entre la participación política y el cumplimiento de sanciones alternativas y ordinarias. Esto significa que quien esté sujeto a esas sanciones queda automáticamente excluido de postularse a cargos de elección popular y demás formas de participar activamente en política. Este asunto no fue resuelto en el Acuerdo Final ni en los Actos Legislativos 1 y 3 de 2017. Es decir, el legislador reguló este vacío con dicha regla que introdujo en el PLE 008-016/17. Como sostenemos en el análisis del artículo 146, el ámbito de configuración legislativo en el procedimiento especial para la paz es más amplio respecto de aquellas materias que no son desarrollados con detalle en el Acuerdo Final. En principio, frente a un tema ordinario, el legislador tendría la facultad de agregar esta regla en participación política puesto que la ley puede definir inhabilidades e incompatibilidades derivadas de delitos. Sin embargo, como pasamos a sustentar, el artículo 20

transitorio del artículo 1 del AL 1/2017 no prohíbe la participación en política de quienes reciban sanciones alternativas, según la interpretación que de esa norma realizó la Corte Constitucional, sino que delega a la JEP un análisis casuístico de la compatibilidad de cumplimiento de dicha sanción con el ejercicio de la política. Surge entonces la pregunta si el legislador podía excluir los casos de sanciones alternativas de la participación política, de acuerdo con los contenidos del AL 1/2017.

En el comunicado de prensa 55 de 2017 de la sentencia C-674 de 2017, la Corte Constitucional solamente excluyó de la participación política a los excombatientes a quienes se les impongan sanciones ordinarias, esto es, privación de la libertad entre 15 y 20 años por falta de reconocimiento de responsabilidad y aporte de verdad ante la JEP. Para la Corte, la participación política de excombatientes en esos escenarios viola el deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar los crímenes más graves y los principios de condicionalidad y finalidad, dado que quienes reciben sanciones ordinarias no contribuyen a la consecución de los objetivos del SIVJRN. En efecto, esos sancionados son rendidos en juicio adversarial, porque no reconocen responsabilidad ni aportaron verdad en ninguna etapa del proceso penal iniciado en su contra. Ante la renuncia de colaborar con el SIVJRN, tales excombatientes no pueden recibir ningún beneficio político.

Sin embargo, la Corte Constitucional no excluyó totalmente la participación política de excombatientes que reciban sanciones alternativas, sino que delegó a la JEP la facultad de decidir, en cada caso, si el cumplimiento de las sanciones es compatible con el ejercicio de la política. En ese punto, la Corte sostuvo que

[P]ara asegurar el cumplimiento de las obligaciones del Estado y los derechos de las víctimas, en la providencia mediante la cual se impongan las sanciones o con posterioridad, si la JEP lo estima del caso, atendiendo a la gravedad del delito y a las circunstancias procesales, se podrán adoptar las medidas que hagan compatible el cumplimiento de tales funciones de las sanciones, en particular la restricción efectiva de la libertad, con las actividades económicas, sociales y políticas propias del proceso de reincorporación a la vida civil.

Así pues, el artículo 20 transitorio del AL 1/2017 no prohíbe la participación política de quienes reciban sanciones alternativas, sino que faculta a la JEP para que determine en qué casos puede cumplirse con los dos supuestos simultáneamente. Por tanto, la exclusión de participación en los casos de sanciones alternativas contradice el contenido del artículo 20 transitorio que faculta a la JEP decidir esa compatibilidad empíricamente.

Es más, no hay incompatibilidad absoluta entre la privación de la libertad en establecimiento carcelario, que es parte de la sanción alternativa, y el ejercicio simultáneo de la participación

política Pueden existir cargos en donde esa incompatibilidad exista, como sería el supuesto fáctico del alcalde de un municipio, quien, por sus funciones, no puede estar privado de la libertad. No sucede lo mismo con otros escenarios como los concejales municipales, por ejemplo. La persona podría asistir a las sesiones del Concejo y retornar luego a su privación de la libertad, con lo cual no hay de facto una incompatibilidad radical entre esta participación política y el cumplimiento de esa pena. Podría incluso pensarse que, para efectos de asegurar el pleno cumplimiento de los tiempos de la sanción, estos no son contabilizados como pena. La JEP podría entonces armonizar en el caso de sanciones alternativas ambos aspectos que son esenciales para la consolidación de la paz, como son la participación política y el cumplimiento de la pena.

Por estas razones, la regla legal que establece la incompatibilidad de pleno derecho entre la sanción alternativa y la participación política resulta violatoria del Acuerdo Final y del Acto Legislativo 1 de 2017, tal y como fue interpretado por la Corte Constitucional, cuando dijo que corresponderá a la JEP en concreto determinar los casos en que frente a sanciones propias y alternativas exista o no incompatibilidad entre la sanción, por lo cual solicitamos a la Corte que declare **INEXEQUIBLE** “alternativas” contenida en el numeral primero del artículo 31 del PLE 008-016/2017.

#### **4 INCONSTITUCIONALIDAD DEL LITERAL B (PARCIAL) DEL ARTÍCULO 79 DEL PLE 008-16/2017 RELATIVO A LA PROHIBICIÓN DE ACCEDER A LAS COMPULSAS DE COPIAS REALIZADAS EN EL MARCO DEL PROCEDIMIENTO PENAL ESPECIAL DE JUSTICIA Y PAZ EN CONTRA DE TERCEROS CIVILES Y AGENTES ESTATALES NO COMBATIENTES**

El segundo inciso (parcial) del literal b del artículo 79 del PLE 008-16/2017 es contrario a la constitución política porque: i) vulnera el núcleo esencial del deber ponderado de investigar, juzgar y sancionar, pues este no implica que el Estado deba investigar todas y cada una de las violaciones a los DDHH y al DIH cometidas dentro del conflicto armado, pero sí que el Estado investigue con la *debida diligencia* las conductas y, especialmente, los contextos macrocriminales en que tuvieron lugar. Impedir que la JEP acceda a información sobre los terceros y agentes del Estado no combatientes, significa que no podrá ejercer la debida diligencia el deber de investigar, juzgar y sancionar le impone; ii) la exclusión de la información relevante sobre terceros y agentes del Estado no combatientes podría llevar a la construcción de relatos fragmentados y parciales sobre el conflicto, con lo que se afectaría la faceta colectiva del derecho a la verdad y la construcción de memoria histórica del conflicto; y iii) la dimensión material del derecho de los terceros y agentes estatales no combatientes a acceder en condiciones de igualdad a la administración de justicia podría verse afectado porque la norma analizada restringe la oportunidad en que aquellos pueden postularse voluntariamente a la JEP tras calcular los resultados negativos que no hacerlo podría acarrearles en el futuro.

La Corte Constitucional ha hecho eco de la forma en que la Corte Interamericana entiende la obligación de investigar con debida diligencia en el marco de graves violaciones a derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario, tanto como derivada de la obligación general de garantía como de los derechos a las garantías judiciales<sup>33</sup> y la protección judicial<sup>34</sup>, que en Colombia se ha denominado “tutela judicial efectiva”<sup>35</sup>; así como de la relación intrínseca de esta con el derecho a la verdad en sus dos dimensiones<sup>36</sup>.

En la sentencia C-579 de 2013, la Corte Constitucional expuso que “el compromiso del Estado Social y Democrático de Derecho de respetar, proteger y garantizar los derechos de la sociedad y de las víctimas”<sup>37</sup> es un pilar fundamental de la Constitución Política de Colombia. además, la Corte afirmó que, de allí y de la obligación general de garantía que el derecho internacional de los derechos humanos le impone a los Estados, se deriva de forma directa otro mandato: el de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario.

Dicha obligación también ha sido derivada, por la misma Corte, del derecho que tienen las víctimas a la justicia, en el entendido que este “(...) confiere al Estado una serie de obligaciones: la de investigar las violaciones, perseguir a sus autores y, si su culpabilidad es establecida, de asegurar su sanción”<sup>38</sup>. Así las cosas, el Estado colombiano tiene el deber de investigar, juzgar y sancionar todas las graves violaciones a los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario que ocurran bajo su jurisdicción, “(...) lo cual implica actuar con la debida diligencia para esclarecer los hechos e individualizar a los responsables a través de juicios penales, e imponer a quienes resulten condenados las penas más graves y asegurar su cumplimiento efectivo”<sup>39</sup>.

Por otro lado, la Corte Constitucional ha señalado que las posibilidades de renunciar a la persecución penal de personas incurso en crímenes internacionales y graves violaciones a derechos humanos tenía como fundamento la necesidad de desentrañar y desarticular las estructuras macrocriminales que permitieron su comisión, así como responsabilizar a los máximos responsables por aquellas<sup>40</sup>. Por esta razón, **la construcción de contextos completos y que abarquen toda la gama de actores que participaron en la comisión de graves**

---

<sup>33</sup> CADH, art. 8.

<sup>34</sup> CADH, art. 25.

<sup>35</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-279 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>36</sup> *Ibíd.*

<sup>37</sup> *Ibíd.*

<sup>38</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 2006. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>39</sup> UPRIMNY YEPES, Rodrigo, SÁNCHEZ DUQUE, Luz María y SÁNCHEZ LEÓN, Nelson Camilo. Justicia para la paz. Crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2014, p. 63.

<sup>40</sup> Véase Corte Constitucional. Sentencia C-579 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

**violaciones hace parte del núcleo esencial de la obligación de investigar con debida diligencia**, incluso en el marco de contextos de anormalidad como una transición negociada de un conflicto armado interno especialmente largo y grave a la paz.

Estas características del deber de investigar, juzgar y sancionar conforme a una diligencia debida determinan el tipo de acción que debe desplegar el Estado para respetar sus obligaciones frente a los derechos de las víctimas. Es por esto que permanece intacto dentro de su deber el mandato de develar los patrones de macrocriminalidad en los que se encuentran inmersas las violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario, así como la construcción de contextos para aportar a la verdad. De ahí que, como se mostrará en las secciones siguientes, resulta claro que el inciso segundo (parcial) del literal *b* del artículo 79 del PLE bajo examen es inexecutable, pues impide que el Estado acceda a información valiosa para reconstruir los contextos de macrocriminalidad en que ocurrieron en algunos de los más graves casos de violaciones a derechos humanos, bajo el pretexto de proteger los principios de juez natural y de legalidad que, de ninguna manera, se verían restringidos.

#### **4.1 Contenido y efecto de la norma: sobre la prohibición de entregar información de compulsas de copias relacionadas con terceros civiles y agentes de Estado no integrantes de la Fuerza Pública**

El segundo inciso del literal *b* del artículo 79 del PLE 008-16/2017 establece:

Junto a los informes presentados por la Fiscalía General de la Nación, esta institución incorporará las compulsas de copias que le hayan sido remitidas por la jurisdicción de Justicia y Paz creada por la Ley 975 de 2005, para que por la JEP se determine si las conductas relacionadas son de su competencia conforme a lo establecido en los artículos 62 y 63 de esta Ley, con excepción de aquellas relacionadas con conductas cometidas por terceros o agentes del Estado no integrantes de la fuerza pública, que no hayan manifestado previa, expresa y voluntariamente su intención de someterse a la JEP.

El apartado subrayado del segundo inciso del literal *b* del artículo 79 del PLE 008-16/2017 tiene como efecto que, cuando la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad de la JEP realice la recolección de la información en la que se basará para cumplir sus funciones<sup>41</sup>, no podrá tener acceso a las compulsas de copias realizadas en el marco del procedimiento penal especial de Justicia y Paz en contra de terceros civiles y agentes estatales no combatientes. Ello por cuanto el Congreso, con la norma atacada, prohibió de forma expresa a la Fiscalía General de la Nación entregar todas aquellas compulsas relacionadas con personas que tengan estas

---

<sup>41</sup> Entre ellas, determinar la competencia de las demás salas de la jurisdicción y emitir resoluciones de conclusiones y un listado de personas a quienes no se les exigirán responsabilidades penales y no pueden ser objeto de amnistía, indulto u otro tratamiento similar.

calidades y no hayan manifestado de forma previa, expresa y voluntaria su intención de someterse a la JEP. Esta disposición está respaldada por la decisión de la Corte Constitucional sobre el AL 1/2017, en la cual prohibió que la JEP pudiera llamar a comparecer a los terceros y agentes del Estado no combatientes.

Es decir, la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad recibirá las versiones de todas aquellas personas que se sometan a la JEP y, adicionalmente, debe recibir informes presentados por todas las entidades públicas colombianas que tengan entre sus funciones investigar delitos, contravenciones, faltas disciplinarias, entre otras, relacionadas con el conflicto armado interno colombiano; así como por organizaciones de víctimas y de defensa de derechos humanos colombianas. Entre esas entidades públicas está la Fiscalía General de la Nación, que debe rendir un informe contentivo de

(...) todas las investigaciones por conductas ocurridas hasta el 1 de diciembre de 2016 de competencia de la JEP en los términos de los artículos 62 y 63 de esta ley, relativas a las conductas cometidas con ocasión del conflicto armado y las estrechamente relacionadas con el proceso de dejación de armas (...)<sup>42</sup>.

La información contenida allí debe ser contrastada con las demás pruebas disponibles y la versión de los hechos que pudieran haber dado las personas involucradas ante la Sala, de manera que si se aprecia que

(...) la persona mencionada participó y que la conducta corresponde a tipos penales no amniables, [la Sala] deberá ponerlos a disposición de los presuntos responsables para que por ellos se tome la decisión de comparecer o no (...) a efectuar el aporte de verdad y reconocimiento o no de responsabilidad o comparecer a defenderse de las imputaciones formuladas<sup>43</sup>.

El apartado señalado limita el acceso de la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad de la JEP a la información derivada de las compulsas de copias que se han llevado a cabo al interior del procedimiento penal especial de Justicia y Paz en contra de terceros civiles y agentes estatales no combatientes y que reposan en la Fiscalía General de la Nación, entidad encargada de llevar a cabo las investigaciones derivadas de allí.

Estas compulsas provienen de los ejercicios de versión libre rendidos por los postulados, las investigaciones que los funcionarios de la Fiscalía llevaron a cabo para verificar la veracidad de lo afirmado por estos y las conclusiones alcanzadas por la judicatura al conocer de las

---

<sup>42</sup> PLE 008-16/2017 de la JEP , art. 79.b.

<sup>43</sup> PLE 008-16/2017 de la JEP , art. 79.h.



acusaciones formuladas. Allí resultaron mencionados agentes estatales no combatientes (como congresistas, gobernadores, alcaldes, concejales, entre otros) y terceros civiles (como empresarios, comerciantes, candidatos a elecciones populares, entre otros), sobre los cuales los funcionarios de Justicia y Paz no tenían competencia, por lo que se hacía obligatorio, dado el conocimiento que adquirieron sobre la presunta comisión de delitos por parte aquellos, remitir dicha información a quienes sí tuvieran la competencia para investigarlos, a esto se le denomina compulsas de copias.

El ejercicio de las compulsas de copias no se limita únicamente a la remisión de la información recabada en Justicia y Paz. A partir de allí la Fiscalía General de la Nación debe iniciar una investigación formal para verificar si los hechos narrados por los postulados o conocidos por los fiscales de Justicia y Paz y la judicatura sí ocurrieron y quiénes fueron los responsables de los mismos. Dentro de estas investigaciones se encuentra información relevante, por ejemplo, para la contextualización de los delitos cometidos por agentes estatales combatientes, como la Fuerza Pública, que sí son competencia de la JEP, o incluso para los cometidos por miembros desmovilizados de las FARC-EP.

Si la norma en comento es declarada exequible, la Sala de Verdad y Responsabilidad de la JEP no tendrá acceso a esta información. A continuación, se explicará por qué esto contraría la Constitución Política de Colombia, no sin antes llevar a cabo una consideración previa relativa a lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-674 de 2017<sup>44</sup>, mediante la cual se resolvió el estudio de constitucionalidad del Acto Legislativo 1/2017 que creó el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y Garantías de no Repetición (SIVJRGNR), y determinar el contenido del inciso segundo del literal *b* del artículo 79 del PLE 008-16/2017.

#### *4.1.1 Consideración sobre lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-674 de 2017 acerca de la competencia de la JEP para conocer de casos relacionados con terceros civiles y agentes del Estado no integrantes de la fuerza pública*

Los incisos 2 y 3 del artículo transitorio 16 del artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2017, que trata sobre la competencia de la JEP en relación con terceros, establecían lo siguiente:

Lo anterior, sin perjuicio de las competencias de la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad y de la Sección de Revisión del Tribunal para la Paz, respecto de la comparecencia de aquellos terceros que hubieran tenido una participación activa o determinante en la comisión de los siguientes delitos: (...). Se entiende por participación

---

<sup>44</sup> Al momento de redactar esta intervención no se conoce aún el contenido de la sentencia, sino solo el Comunicado de Prensa No. 55 del 14 de noviembre de 2017 mediante el cual se dio a conocer el sentido del fallo y los principales argumentos. Con esta aclaración, en lo sucesivo seguiremos citando la Sentencia.

determinante para estos efectos aquella acción eficaz y decisiva en la realización de los delitos enunciados.

En el ejercicio de esas competencias, las mencionadas Sala y Sección no podrán fundamentar su solicitud y decisión exclusivamente en los informes recibidos por la JEP, sino que deberán corroborarlos a través de otros medios de prueba.

Al momento de redactar esta intervención aún no se cuenta con la sentencia C-674 de 2017<sup>45</sup> sino solamente con el Comunicado de Prensa No. 55 del 14 de noviembre de 2017, lo que sin dudas limita mucho los análisis que puedan formularse. La Corte Constitucional informó en ese comunicado de prensa que declaraba la inexecutable de las disposiciones atacadas, por cuanto “(...) el acceso forzoso de los no combatientes en el conflicto armado a la Jurisdicción Especial para la Paz y al tratamiento especial correspondiente, anula la garantía del juez natural y el principio de legalidad”<sup>46</sup>. Los argumentos expuestos por el tribunal fueron dos, como se desprende del apartado citado.

En primer lugar, el comunicado parece indicar que se violaba la garantía de juez natural por cuanto el Acto Legislativo radicaba en un órgano jurisdiccional autónomo la competencia para juzgar delitos cometidos con anterioridad a su creación y que no puede garantizar que se respeten las garantías de independencia interna y externa y de imparcialidad frente a los no combatientes. En segundo lugar, la Corte expuso que se transgredía el principio de legalidad, en el entendido de que el régimen punitivo que cobijaría a los terceros civiles y agentes del Estado no integrantes de la fuerza pública que acceden a la JEP no aparecería determinado en el mismo Acto Legislativo y en algunos aspectos es distinto y desventajoso frente al previsto para los combatientes<sup>47</sup>.

Los motivos por los que la Corte Constitucional declaró inexecutable la competencia obligatoria de la JEP para llamar a terceros civiles y agentes estatales no combatientes se relacionan directamente con la facultad de la JEP de someterlos a un juicio y a las garantías que un proceso judicial debería respetar. Es decir, la razón de la decisión sólo se refería a la imposibilidad de acusarlos, juzgarlos y condenarlos al interior del proceso penal especial que se llevará a cabo al interior de la JEP.

En ese entendido, la decisión de la Corte no impide que la JEP reciba información relativa a la presunta participación de terceros civiles y agentes estatales no combatientes en el ejercicio de

---

<sup>45</sup> Corte Constitucional. Comunicado de prensa No. 55, del 14 de noviembre de 2017, en donde se anuncia el sentido de la Sentencia C-674 de 2017. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

<sup>46</sup> *Ibíd.*

<sup>47</sup> *Ibíd.*

las facultades y funciones que le asigna la Constitución<sup>48</sup>. Esto no constituye una violación ni a la garantía del juez natural ni al principio de legalidad. Como sostenemos más adelante, más bien constituye una garantía del derecho de los terceros a decidir si quieren ingresar o no a la JEP y, por lo tanto, de su derecho fundamental al acceso a la justicia.

Así las cosas, de lo que conocemos del pronunciamiento de la Corte Constitucional en la sentencia C-674 de 2017 no se desprende una obligación del Congreso de la República de prohibir el acceso de la JEP a la información sobre terceros civiles y agentes estatales no combatientes derivada de las compulsas de copias realizadas por la judicatura de Justicia y Paz. Ciertamente, el principio del juez natural busca evitar que una persona pueda ser juzgada por un tribunal creado a propósito y por un órgano distinto al competente para ello, mientras que el principio de legalidad impide que alguien sea investigado, juzgado y sancionado por una conducta no contenida en la ley penal vigente al momento de su ocurrencia. Ninguno de estos dos principios, como se observa, impide que un órgano judicial transicional acceda a la información que sea necesaria para reconstruir el contexto de ocurrencia de las conductas frente a las que sí tiene competencia.

Ahora, esto no implica que estuviese prohibido hacerlo, pues son razones diferentes las que sustentan la inconstitucionalidad del segundo inciso del literal *b* del artículo 79 del PLE 008-16/2017 de la JEP, que explicamos a continuación.

#### **4.2 El inciso segundo (parcial) del literal b del artículo 79 del PLE 008-16/2017 es inconstitucional por obstaculizar el cumplimiento de la obligación estatal de investigar, juzgar, sancionar y reparar las graves violaciones a derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario**

Impedir que la JEP tenga acceso a la información derivada de las compulsas de copias relacionadas con terceros civiles y agentes estatales no combatientes que no hayan declarado previamente que se someten al SIVJRNR limita las posibilidades de construir contextos completos y develar patrones de macrocriminalidad al nivel de máximos responsables. El ejercicio realizado en Justicia y Paz de recibir versiones libres por parte de los postulados (la mayoría paramilitares, pero también guerrilleros desmovilizados de las FARC-EP y ELN) aporta a la reconstrucción de buena parte del conflicto armado interno colombiano. Allí, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 1592 de 2012, se llevaron a cabo actuaciones tendientes a identificar las redes de financiación y apoyo a grupos armados organizados al margen de la ley. Sin conocer la

---

<sup>48</sup> Si esta hubiera sido la intención de la Corte, habría decidido de forma similar a como lo hizo en relación con el párrafo 1 del artículo transitorio 5, sobre el fuero presidencial, en donde plantea que tan pronto en la JEP “obre información que comprometa a una persona que haya ejercido la Presidencia de la República”, debe remitirla de forma “automática al órgano competente”. Ver, comunicado de prensa No. 55, del 14 de noviembre de 2017, en donde se anuncia el sentido de la Sentencia C-674 de 2017. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

forma en que se promovió la creación de dichos grupos y se fortalecieron en el territorio es imposible construir un contexto adecuado o develar el patrón de macrocriminalidad completo.

La Corte Constitucional ha sido clara en determinar las recomendaciones que deben seguirse para la construcción correcta de patrones de macrocriminalidad, así:

(i) tomar en consideración los factores geográficos, históricos, políticos, sociales, económicos y culturales que permitieron el surgimiento y la expansión de una organización criminal (contexto); (ii) reconstruir la estructura del grupo delictivo y su *modus operandi*; (iii) cruzar diversas variables; (iv) seleccionar adecuadamente las muestras estadísticas; (v) emplear enfoques multidisciplinarios; (vi) verificar y contrastar las fuentes primarias (judiciales) y secundarias (no judiciales); (vii) adelantar análisis cuantitativos y cualitativos; (viii) emplear productos de análisis criminal (georreferenciación, minería de datos, análisis de redes, etcétera), entre otras<sup>49</sup>.

La prohibición de entrega de información derivada de ejercicios judiciales institucionales previos, que se materializa en material probatorio legalmente recogido y procesado, obstaculiza el cumplimiento de la obligación de investigar al no permitir “tomar en consideración los factores geográficos, históricos, políticos, sociales, económicos y culturales que permitieron el surgimiento y la expansión de una organización criminal (contexto)”, así como la reconstrucción del *modus operandi* del grupo<sup>50</sup>. Impedir que se entregue a la JEP información relacionada con la participación de terceros civiles, como empresarios, comerciantes, candidatos a cargos de elección popular, entre otros, y agentes estatales no combatientes, entre ellos alcaldes, gobernadores, concejales, inspectores de policía, secretarios de despacho y demás, significa que la naciente jurisdicción transicional no podrá reconstruir adecuadamente los contextos macrocriminales ni entender completamente la forma como operaban los actores del conflicto.

¿Cómo es posible construir un contexto que ignore la participación de aquellos que ostentan el poder económico y social en un territorio determinado? No sólo es indeseable, sino imposible. La práctica reiterada de los jueces colombianos tiende a dar relevancia a este asunto. Por ejemplo, las sentencias proferidas por los tribunales superiores de distrito judicial dentro del procedimiento penal especial de Justicia y Paz, por lo menos a partir de 2012, incluyen reconstrucciones de contextos y patrones de macrocriminalidad en los que la génesis de los grupos y sus relaciones con actores económicos asentados en las zonas son fundamentales para entender, entre otros, las formas de violencia elegida por los grupos, los objetivos de las acciones criminales, la manera en que se financiaban y sostenían el esfuerzo bélico, las retaguardias estratégicas, etcétera. Al respecto se puede ver la decisión de la Sala de Justicia y Paz del

---

<sup>49</sup> Corte Constitucional. Comunicado de prensa No. 55, del 14 de noviembre de 2017, en donde se anuncia el sentido de la Sentencia C-694 de 2015. M.P. Alberto Rojas Ríos.

<sup>50</sup> *Ibíd.*

Tribunal Superior de Medellín en la macrosentencia referida al bloque Mineros de las AUC<sup>51</sup> o la de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá en la macrosentencia sobre los bloques Centauros y Héroes del Llano y del Guaviare<sup>52</sup>. Lo mismo ha ocurrido, en el contexto de la justicia ordinaria, con fallos proferidos en respuesta al fenómeno de la parapolítica, como es el caso de la sentencia que condena a José María Imbeth Bermúdez, Jorge Luis Feris Chadid y Jesús María López Gómez<sup>53</sup>.

Esta práctica no sólo responde a una decisión sobre la forma en que se deben adjudicar casos relacionados con el conflicto armado, o a la aplicación de una técnica concreta de argumentación jurídico-penal, sino que es la respuesta a las obligaciones internacionales del Estado colombiano en materia de investigación, sanción y juzgamiento de graves violaciones a derechos humanos. Sin la reconstrucción adecuada del contexto hubiese sido imposible determinar la ocurrencia de violencia sexual sistemática ejercida por el bloque Mineros de las AUC<sup>54</sup> o la violencia electoral ejercida por las FARC-EP en Guainía a favor de Pedro Nelson Pardo Rodríguez<sup>55</sup>.

Así las cosas, que el Congreso de la República imponga trabas a la correcta recolección de información relacionada con el conflicto armado interno colombiano, especialmente con sus formas de financiación y apoyos políticos y sociales recibidos por grupos armados organizados al margen de la ley, impide el cumplimiento del mínimo de obligación de investigar graves violaciones a derechos humanos en el contexto de una transición negociada hacia la paz y vulnera el derecho a la verdad que tienen las víctimas de estas violaciones. Por lo tanto, el inciso segundo (parcial) del literal *b* del artículo 79 del PLE 008-16/2017 debe ser declarado inexecutable.

#### **4.3 El inciso segundo (parcial) del literal b del artículo 79 del PLE 008-16/2017 es inconstitucional por violar el derecho fundamental a la verdad de las víctimas del conflicto armado interno colombiano**

Como ya explicamos anteriormente, la obligación de investigar graves violaciones a derechos humanos está inescindiblemente vinculada al derecho fundamental a la verdad que tienen las víctimas. Teniendo esto en mente, en el presente apartado, explicamos por qué la prohibición plasmada en el inciso segundo (parcial) del literal *b* del artículo 79 del PLE viola el derecho de

---

<sup>51</sup> Véase Tribunal Superior de Medellín. Sala de Justicia y Paz. Bloque Mineros. José Higinio Arroyo Ojeda y otros. 28 de abril de 2016, p. 28-200.

<sup>52</sup> Véase Tribunal Superior de Bogotá. Sala de Justicia y Paz. Bloque Centauros y Héroes del Llano y del Guaviare. Manuel de Jesús Pirabán y otros. 25 de julio de 2016, p. 58-292.

<sup>53</sup> Véase Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado 35227.

<sup>54</sup> Véase Tribunal Superior de Medellín. Sala de Justicia y Paz. Bloque Mineros. José Higinio Arroyo Ojeda y otros. 28 de abril de 2016, p. 567.

<sup>55</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado 27198.

las víctimas a la verdad y, por extensión, la Constitución Política de Colombia, por lo que debe ser declarada inexecutable por la Corte Constitucional.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) ha identificado el contenido del derecho a la verdad, basado en el artículo 8, 13 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de manera que hace hincapié en sus dos dimensiones: en primera lugar, la de las víctimas y sus familiares, que tienen el derecho a conocer los hechos que dieron lugar a las graves violaciones, así como a conocer el paradero de los desaparecidos, y, en segundo lugar, la dimensión colectiva de la cual es titular la sociedad en su conjunto.<sup>56</sup>

De acuerdo con este entendimiento del derecho a la verdad, que ha sido validado por la Corte Constitucional colombiana<sup>57</sup>, las dos dimensiones de ese derecho constituyen prerrogativas fundamentales que deben ser respetadas y garantizadas por el Estado. En el presente apartado se explicará la vulneración a la dimensión colectiva, en el entendido que anteriormente fue agotado el debate sobre la individual, por su conexión con la obligación de investigar, juzgar y sancionar.

Sobre la dimensión colectiva del derecho a la verdad, la Corte Constitucional ha explicado que constituye una garantía de la sociedad de

(...) conocer la realidad de lo sucedido, su propia historia, la posibilidad de elaborar un relato colectivo a través de la divulgación pública de los resultados de las investigaciones, e implica la obligación de contar con una “memoria pública” sobre los resultados de estas investigaciones sobre graves violaciones de derechos humanos<sup>58</sup>.

Esta obligación adquiere una especial importancia en procesos de transición negociados en los que se hacen concesiones en materia de justicia, con el fin de alcanzar un mayor nivel de verdad, tanto individual como colectiva. Así, en un proceso como el derivado del Acuerdo de Paz, el Estado tiene el deber de propender por la construcción de verdad, histórica y judicial, más amplia posible; para lo cual debe acudir a todas las herramientas disponibles, que en este caso se materializan, especialmente, en las instituciones que conforman el SIVJRNR.

La JEP es el componente de justicia del SIVJRNR, mientras que la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad (en adelante CEV) corresponde al derecho a la verdad. No obstante, de conformidad con lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2017, el componente de

---

<sup>56</sup> Véase, *inter alia*, Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 243; Caso Contreras y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C No. 232, párr. 173; Caso Gomes Lund y otros (Gururilha do Araguaia) Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 2019, párr. 201. CIDH. Derecho a la verdad en las Américas. OEA/Ser.L/V/II.152. 13 de agosto de 2014, para. 70-71.

<sup>57</sup> Véase Corte Constitucional. Sentencia C-180 de 2014. M.P. Alberto Rojas Ríos.

<sup>58</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-715 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

justicia también apunta a la rendición de cuentas, a contribuir al esclarecimiento de la verdad del conflicto y a la construcción de la memoria histórica.<sup>59</sup>

En ese entendido, no es dable relevar a la JEP de su deber de aportar a la construcción de verdad colectiva a partir del ejercicio de la justicia penal de transición. Dado que tendrá acceso privilegiado a la información necesaria para la construcción de contextos relacionados con la comisión de graves violaciones a derechos humanos en el marco del conflicto, la JEP tiene una oportunidad inmejorable de revelar las circunstancias de tiempo, modo y lugar, en clave contextual, de las mayores atrocidades cometidas en el país en los últimos 60 años.

Así, impedirle el acceso a la información derivada del proceso de Justicia y Paz, relacionada con la presunta participación de terceros civiles y actores estatales no combatientes que no hayan aceptado de manera previa, expresa y escrita su decisión de someterse a su jurisdicción, obstaculiza el cumplimiento de dicho deber. Esto es especialmente importante si se tiene en cuenta la forma como ha sido entendida la construcción de contextos en el marco de procesos penales derivados de procesos de transición. Por ejemplo, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha manifestado, respecto al proceso de Justicia y Paz, que

(...) el contexto corresponde a una herramienta que facilita el derecho a la verdad, del cual son titulares tanto la víctima como la sociedad, pues apunta a que se determine de manera precisa cómo tuvieron ocurrencia los hechos en general, sus autores, sus motivos, las prácticas utilizadas, los métodos de financiación, las colaboraciones internacionales, estatales o particulares recibidas, a fin que salga a la luz pública ese acontecer soterrado que debe exponerse a la comunidad para que implementen los correctivos necesarios en orden a impedir la reiteración de tales sucesos, así como establecer dónde se encuentran los secuestrados y los forzosamente desaparecidos, amén de integrar de la manera más fidedigna posible la memoria histórica<sup>60</sup>.

Eliminar u obstaculizar la posibilidad de construir los contextos con atención a la posible participación de terceros civiles o agentes estatales no combatientes pone trabas a la materialización del derecho colectivo a la verdad, podría generar construcciones deficientes de contextos y, en el peor de los casos, llevar a la JEP a relatar de forma parcial y fragmentada las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos.

Los ojos de la sociedad colombiana están puestos en esta jurisdicción; el debate público sobre la justicia transicional y la negociación con las FARC-EP ha estado centrado en la forma en que se desarrollará el componente de justicia del SIVJRN y, en ese entendido, es posible inferir que el

---

<sup>59</sup> Acto Legislativo 01 de 2017, art. trans. 1.

<sup>60</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado 45463.

impacto de las decisiones tomadas allí será especialmente importante. Propiciar construcciones fragmentadas de verdad judicial llevaría a afectar las posibilidades para la sociedad colombiana de conocer el panorama completo y, en palabras de la Corte Constitucional, “(...) elaborar un relato colectivo a través de la divulgación pública de los resultados de las investigaciones”<sup>61</sup>.

De acuerdo con lo anterior, se solicita a la Corte Constitucional que declare inexecutable el inciso segundo (parcial) del literal b del artículo 79 del PLE 008-16/2017, por violar el derecho a conocer la verdad de lo sucedido en el marco del conflicto armado interno colombiano en su dimensión colectiva.

#### **4.4 El inciso segundo (parcial) del literal b del artículo 79 del PLE 008-16/2017 es inconstitucional por impedir el acceso a la administración de justicia de los terceros civiles y agentes estatales no combatientes que pudieran tener interés en participar en la JEP**

Las violaciones a derechos que se desencadenan a partir de la prohibición de entregar información a la JEP relacionada con las compulsas de copias realizadas dentro del proceso de Justicia y Paz en contra de terceros civiles y agentes estatales no combatientes no se limitan a las víctimas y la sociedad, sino que se extiende a los propios terceros civiles y agentes estatales no combatientes. Dada la naturaleza transitoria de la jurisdicción, impedir que se obtenga información sobre los procesos iniciados a través de compulsas obstaculiza el ejercicio adecuado del derecho al acceso a la administración de justicia de estas personas. Para entender por qué ocurre esto, en primer lugar, explicaremos el carácter transitorio de la JEP, luego se presentaremos el escenario fáctico de posible vulneración del derecho al acceso a la administración de justicia y, finalmente, se concretaremos las razones por las que consideramos que esta norma es inconstitucional.

De conformidad con el artículo 5 del Acto Legislativo 01 de 2017, la JEP administrará justicia de manera transitoria. Luego, en el artículo 15 de la misma normatividad, se determina de forma clara qué significa esto al establecer que el plazo para la presentación de acusaciones será de diez años a partir de la entrada efectiva en funcionamiento de la totalidad de la jurisdicción. Con un plazo adicional de cinco años para concluir la actividad jurisdiccional de las salas y secciones, que podrá ser prorrogado a través de una ley.

En su sentencia sobre el Acto Legislativo 01 de 2017, la Corte Constitucional se pronunció sobre estas normas y determinó que la prórroga sólo se podrá llevar a cabo a través de una ley

---

<sup>61</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-715 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.



estatutaria y sólo por una vez, de manera que la vigencia total de la JEP no puede superar los veinte años<sup>62</sup>.

Es decir, a diferencia de los órganos de administración de justicia ordinarios, la JEP, por definición, tiende a desaparecer del organigrama institucional colombiano. Esto como respuesta a la naturaleza de los ejercicios de justicia penal en el marco de transiciones de un conflicto armado a la paz. Si lo que se espera es conseguir un cierre total del conflicto, que garantice al tiempo los derechos de víctimas y victimarios, es necesario dar seguridad jurídica a las decisiones e impedir la reapertura de casos y causas luego de largos períodos de tiempo.

Así las cosas, la información consignada en los procesos penales derivados de compulsas de copias realizadas por Justicia y Paz reposa actualmente en la Fiscalía General de la Nación, a cargo de fiscales de justicia ordinaria. En ese contexto, el marco normativo del procedimiento penal ordinario no los obliga a revelar la existencia de una investigación penal sino hasta la realización de la imputación, que es el “(...) acto a través del cual la Fiscalía General de la Nación comunica a una persona su calidad de imputado”<sup>63</sup>. Esto se hace cuando “(...) de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga”<sup>64</sup>. Sólo allí la Fiscalía tiene una obligación concreta y exigible de comunicar a una persona su involucramiento en una noticia criminal.

Además, el procedimiento penal no establece el término que debe pasar entre la recepción de la noticia criminal y la imputación, de manera que el plazo máximo es el general de prescripción extintiva de la acción penal. Para delitos ordinarios es la pena máxima establecida, siempre que no sea inferior de cinco ni exceda los veinte años; para desaparición forzada, tortura y desplazamiento forzado son treinta años<sup>65</sup>, y para crímenes internacionales no hay término, ya que son imprescriptibles<sup>66</sup>. Todos estos, contados a partir de la comisión de la conducta o de su cesación, para delitos de ejecución permanente a partir de la cesación de los actos<sup>67</sup>.

En ese entendido, pueden pasar los veinte años que tendrá de duración la JEP sin que terceros civiles y agentes estatales no combatientes conozcan de la existencia de una compulsas de copias en su contra expedida por Justicia y Paz. Posterior a eso no podrán en ningún caso tomar la decisión de someterse a la JEP por sustracción de materia, pues esta ya no existirá. Esto genera

---

<sup>62</sup> Corte Constitucional. Comunicado de prensa No. 55, del 14 de noviembre de 2017, en donde se anuncia el sentido de la Sentencia C-674 de 2017. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

<sup>63</sup> Ley 906 de 2004, art. 286.

<sup>64</sup> Ley 906 de 2004, art. 287.

<sup>65</sup> Ley 599 de 2000, art. 83.

<sup>66</sup> Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, art. 1. Véase, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 30380, sentencia de 22 de septiembre de 2010.

<sup>67</sup> Ley 599 de 2000, art. 84.

un problema de constitucionalidad, pues genera una vulneración del derecho a acceder a la justicia en condiciones de igualdad con las demás personas.

El modelo de justicia penal transicional consagrado en el Acto Legislativo 01 de 2017 se basa en un esquema de beneficios por colaboración. Es decir, se otorga un tratamiento penal especial a aquellas personas que se comprometan a cumplir tres obligaciones generales: (i) garantizar verdad plena; (ii) colaborar con la reparación de las víctimas; y (iii) garantizar no repetición. Sólo si se cumplen las tres la persona tiene derecho a recibir una sanción diferente y sustancialmente inferior a la que recibiría en la justicia ordinaria por los delitos que cometió.

En el caso de los terceros civiles y los agentes estatales no combatientes, desde la sentencia C-674 de 2017, no pueden ser conminados a comparecer ante la JEP por su posible responsabilidad en un delito cometido en el marco del conflicto armado y solamente pueden ser juzgados por la misma si comparecen voluntariamente y renuncian a su fuero ordinario. En ese orden de ideas, la decisión de comparecer se basa en una operación de costo-beneficio por parte de la persona, quien debe elegir entre ser juzgado bajo las normas ordinarias o bajo las normas transicionales, con todo lo que esto implica.

Pero dado que la JEP tiene una duración máxima de veinte años, si una persona no conoce de la existencia de una compulsión de copias en su contra y pasa este tiempo, al momento de tener conocimiento sobre la misma no podrá decidir si se acoge al esquema de beneficios por colaboración de la JEP o se mantiene en la justicia ordinaria. Esto implica recortar no sólo sus posibilidades de recibir beneficios penales y penas más benignas, sino de participar en un proceso de reconciliación nacional a través del ejercicio jurisdiccional transicional.

Esto es especialmente grave en el caso de las personas relacionadas en la comisión de crímenes internacionales por parte de las salas de Justicia y Paz, pues estos delitos son imprescriptibles y, por lo tanto, pueden pasar más de veinte años sin ser llamados a indagatoria y, en consecuencia, sin conocer su involucramiento en un proceso penal de competencia de la JEP. Por ejemplo, el asesinato de Luis Carlos Galán ocurrió el 18 de agosto de 1989, Miguel Maza Márquez fue condenado el 27 de enero de 2015 por su participación en los hechos, aun cuando habían pasado más de veinte años de su ocurrencia, por cuanto fue calificado como crimen de lesa humanidad<sup>68</sup>. Este es el típico caso de una investigación larga y difícil, en donde la Fiscalía General de la Nación se toma el tiempo suficiente para construir una teoría del caso robusta a través del uso de la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales.

---

<sup>68</sup> Véase, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 44312, sentencia de 27 de enero de 2015.

Esto implica entonces una obstaculización clara del acceso a la administración de justicia tanto de terceros civiles como agentes estatales no combatientes. Al respecto la Corte Constitucional ha expuesto:

La garantía de acceder a la administración de justicia, no está restringida a la facultad de acudir físicamente ante la Rama Judicial, sino que es necesario comprenderla desde un punto de vista material, entendida como la posibilidad que tiene toda persona de poner en marcha el aparato judicial y de que la autoridad competente resuelva el asunto que le ha sido planteado, respetando el debido proceso y de manera oportuna<sup>69</sup>.

Para el escenario aquí planteado el énfasis se debe hacer en la oportunidad. A través de la medida consagrada en el segundo inciso del literal *b* del artículo 79 del PLE 008-16/2017, el Estado restringe la forma en que los ciudadanos accederían a la JEP en calidad de posibles responsables de delitos de su competencia. Si una persona no conoce su involucramiento en una compulsión de copias de Justicia y Paz, ¿cómo puede tomar una decisión consciente y oportuna sobre su sometimiento a la JEP?

Frente a esto se podría afirmar que quien ha participado en un delito tiene conocimiento de su responsabilidad y no necesita que se le comunique la existencia de una compulsión de copias para saber que puede comparecer ante la JEP. No obstante, es importante tener en cuenta que en el sistema de justicia penal creado en el Acuerdo de Paz no solamente se llevan a cabo procesos penales para quienes acepten responsabilidad, sino también respecto a quienes no lo hagan, pero quieren participar en la reconstrucción de la verdad, la realización del derecho a la justicia y la garantía de la no repetición. Esto es especialmente claro si se revisa que existen penas diferenciadas para quienes reconozcan responsabilidad y quienes no, o la posibilidad de solicitar la revisión de decisiones judiciales en firme.

Así, una persona involucrada infundadamente en una compulsión de copias de Justicia y Paz por su participación en crímenes internacionales, respecto de la cual la Fiscalía General de la Nación no realice imputación sino hasta después de veinte años, no tendrá la posibilidad de defenderse en la JEP y solicitar la aplicación de los beneficios penales consagrados en ella en caso de ser vencida.

Por las anteriores razones, solicitamos a la Corte Constitucional que declare **INEXEQUIBLE** el inciso segundo (parcial) del literal *b* del artículo 79 del PLE-, ya que vulnera el núcleo esencial del deber ponderado de investigar, juzgar y sancionar, pues impedir que la JEP acceda a información sobre los terceros y agentes del Estado no combatientes, significa que no podrá ejercer la debida diligencia para cumplir con su obligación. Además, porque la exclusión de la información relevante sobre terceros y agentes del Estado no combatientes podría llevar a la

---

<sup>69</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-279 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

construcción de relatos fragmentados y parciales sobre el conflicto, con lo que se afectaría la faceta colectiva del derecho a la verdad y la construcción de memoria histórica del conflicto. Finalmente, porque la norma acusada podría violar el derecho a acceder a la administración de justicia de los terceros civiles y agentes estatales no combatientes involucrados en compulsas de copias derivadas del proceso de Justicia y Paz.

## **5 ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS PARÁGRAFOS ÚNICOS DE LOS ARTÍCULOS 100 Y 104 DEL PLE 008-016/17, QUE CONSAGRAN UNOS REQUISITOS PARA LA POSESIÓN DE MAGISTRADOS DE LAS SALAS Y EL TRIBUNAL PARA LA PAZ DE LA JEP**

Los parágrafos únicos de los artículos 100 y 104 del PLE 008-016/2017 consagran unos requisitos para la posesión de magistrados de las Salas y el Tribunal para la Paz de la JEP, que son adicionales a los indicados en la Constitución Política y en la Ley 270 de 1996. De acuerdo con estos, no se podrán posesionar los magistrados electos que, dentro de los 5 años anteriores a la fecha de posesión, hayan (i) sido representantes en procesos judiciales o administrativos relacionados con hechos del conflicto armado interno, o hayan sido parte de organizaciones que hubieran ejercido esa representación; (ii) gestionado o representado intereses particulares en procesos contra el Estado por violaciones a los derechos humanos, al DIH y DPI, o hayan sido parte de organizaciones que hubieran realizado esas actividades; y (iii) hayan adelantado acciones ante “Sistemas o Tribunales Internacionales de Derechos Humanos o litigado contra el Estado Colombiano ante dichas instancias”.

Estos son requisitos-inhabilidades, en términos de la Corte Constitucional, pues les imposibilita a los magistrados electos a ejercer la función judicial para la cual fueron designados, debido a una eventual oposición entre sus intereses derivados de su ejercicio profesional anterior y aquellos relacionados con el ejercicio de esas labores. En nuestro criterio, esas disposiciones normativas son inconstitucionales y, por tanto, deben ser declaradas INEXEQUIBLES, por al menos dos razones. Por una parte, esos requisitos violan los principios del debido proceso, buena fe y confianza legítima, pues fueron introducidos luego de la escogencia de los magistrados de la JEP, lo cual está proscrito por el ordenamiento jurídico colombiano. Por otra parte, dichos requisitos-inhabilidades son irrazonables y desproporcionados, por cuanto son inadecuados e innecesarios para preservar la independencia de los magistrados de la JEP, al tiempo que reproduce la estigmatización contra los defensores de los derechos humanos. En seguida, presentamos los argumentos que sustentan nuestro concepto.

### **5.1 Los requisitos-inhabilidades deben ser creados en forma general y previa a la elección**

La jurisprudencia constitucional ha reiterado que los requisitos para acceder a cargos públicos deben ser creados de forma general y previa a la elección y posesión de los postulantes seleccionados<sup>70</sup>. Lo contrario vulnera los principios constitucionales del debido proceso, buena fe y confianza legítima. De ahí deriva la prohibición de incluir requisitos adicionales al momento de tomar posesión, cuando los ciudadanos ya han cumplido con las exigencias inicialmente establecidas en la provisión de cargos públicos.

Esta exigencia ha sido desarrollada, en particular, para los concursos públicos de provisión de cargos en la Rama Judicial. En la sentencia T-313 de 2006, la Corte Constitucional estudió la acción de tutela interpuesta por una persona, que alegó la violación a sus derechos fundamentales al acceso a funciones y cargos públicos, al trabajo y a la buena fe, pues un funcionario judicial no le permitió posesionarse a un cargo de carrera judicial al que se había postulado y resultó electa. La renuencia a la posesión de la aspirante seleccionada se basó en la falta de experiencia específica en el cargo. Dicho requisito no fue exigido en el momento de postulación de los aspirantes, sino que surgió justo antes de la posesión de la persona escogida. En esa ocasión, la Corte tuteló los derechos alegados por la accionante, ya que encontró que la Constitución y la jurisprudencia constitucional proscriben que, luego de la convocatoria y selección de aspirantes, se introduzcan requisitos para acceder a cargos públicos. En particular, la Corte resaltó que “[u]na vez superadas las etapas del concurso, no resulta procedente introducir en el proceso de selección factores de evaluación distintos, y en consecuencia que no es posible para el nominador exigir requisitos adicionales para efectos de tomar posesión del cargo”. El cambio de las reglas de los concursos de carrera está prohibido, dado que los ciudadanos que se encuentran en la lista de elegibles para empleos de carrera “no cuentan con una mera expectativa” sino con un derecho adquirido, que debe ser respetado. De lo contrario, el Estado viola los principios al debido proceso y el derecho al acceso a cargos públicos.

Además, la Corte señaló que la introducción de requisitos antes de la posesión de cargos públicos desconoce los principios de buena fe y confianza legítima. Al momento de postulación a concursos de méritos, los ciudadanos depositan su confianza en el Estado, quien se compromete a evaluar a los postulados de acuerdo con unos requisitos previamente fijados. Si el Estado cambia esas reglas de juego al momento de toma de posesión, éste violaría la buena fe y confianza legítima de los ciudadanos.

Estas reglas jurisprudenciales son aplicables a las disposiciones normativas que hoy la Corte Constitucional revisa. Los señalados requisitos-inhabilidades que impiden a los magistrados de la JEP tomar posesión de su cargo fueron introducidos luego de la selección de aquellos. En efecto, el Comité de Escogencia anunció, el 26 de septiembre de 2017<sup>71</sup>, quiénes fueron los aspirantes al

---

<sup>70</sup> Corte Constitucional. T-313 de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy; SU-339 de 2011, M.P. Humberto Sierra Porto  
<sup>71</sup>Ver

[http://www.comitedeescogencia.com/resource/1506728694000/CE\\_comunicados\\_3/Anexo\\_entrega\\_UBPD\\_JEP.pdf](http://www.comitedeescogencia.com/resource/1506728694000/CE_comunicados_3/Anexo_entrega_UBPD_JEP.pdf)

proceso de selección que fueron escogidos como magistrados. Dos meses después, el 28 de noviembre del mismo año, el Senado de la República aprobó, en último debate, los parágrafos únicos de los artículos 100 y 104 del PLE 008-016/17, que adicionan unos requisitos que no fueron exigidos al momento de postulación de los candidatos ni fueron evaluados por el Comité de Escogencia. Es así como el Congreso de la República infringió la prohibición de incluir requisitos adicionales al momento de tomar posesión de cargos públicos. En esa forma, los referidos parágrafos violan los principios del debido proceso, buena fe y confianza legítima, por lo que deben ser declarados inexequibles.

## **5.2 Los requisitos-inhabilidades deben ser razonables y proporcionadas**

Según la jurisprudencia constitucional, el legislador tiene un amplio margen de configuración normativa para crear y modificar inhabilidades. Sin embargo, esa libertad legislativa tiene que respetar los límites de la Constitución Política, por lo que las regulaciones sobre inhabilidades no pueden ser irrazonables ni desproporcionadas<sup>72</sup>. En la medida en que las inhabilidades suponen restricciones a derechos fundamentales como a la igualdad, al trabajo y a la libertad de escoger profesión u oficio, el legislador no puede limitar injustificada ni excesivamente esos derechos<sup>73</sup>. En la revisión de la constitucionalidad de inhabilidades por su eventual vulneración de derechos fundamentales procede entonces el juicio de proporcionalidad<sup>74</sup>.

Los requisitos-inhabilidades que hoy estudia la Corte restringen los derechos al trabajo y a la libertad de escoger profesión u oficio, pues imposibilitan la posesión de magistrados a sus cargos en la JEP e, incluso, la eventual destitución de quienes ya se posesionaron, si estos ejercieron labores jurídicas de defensa de los derechos humanos ante tribunales nacionales y/o internacionales. En nuestro concepto, dichos requisitos-inhabilidades no superan el test de proporcionalidad XX.

**Finalidad de la norma estudiada.** Los parágrafos únicos de los artículos 100 y 104 parten de la base de que los magistrados que, dentro de los 5 años anteriores, hubiesen ejercido representación administrativa o judicial en la defensa de los derechos humanos, no podrían administrar justicia en la JEP, de manera independiente. Ello por cuanto la JEP es una jurisdicción especializada en darle un cierre jurídico al conflicto armado interno y, por ende, su competencia se concentra en asuntos relacionados con violaciones de los derechos humanos. Así pues, los abogados defensores de derechos humanos aparentemente tendrían unos intereses

---

<sup>72</sup> Corte Constitucional. Sentencias C-617 de 1997 M. P. José Gregorio Hernández Galindo; C-1412 de 2000 M. P. Martha Victoria Sáchica Méndez; C-200 de 2001 M. P. Eduardo Montealegre Lynnet; C-952 de 2001 M. P. Álvaro Tafur Galvis; C-1212 de 2001 M. P. Jaime Araújo Rentería; C-373 de 2002 M. P. Jaime Córdoba Triviño; C-064 de 2003 M. P. Jaime Araújo Rentería; C-625 de 2003 M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; C-015 de 2004 M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; C-1172 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-987 de 2006 M.P. Nilson Pinilla; C-788 de 2009 M.P. Jorge Iván Palacio.

<sup>73</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-1212 de 2001 M.P. Jaime Araujo Rentería.

<sup>74</sup>Ver, por ejemplo: Corte Constitucional. Sentencia C-076 de 2006 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

preconstituidos que les impediría ser imparciales e independientes en el juzgamiento de conductas de graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al DIH, que conozca la JEP.

La independencia de la administración judicial es un fin constitucional, como lo expresa el artículo 228 de la Constitución Política. La Corte Constitucional ha entendido la independencia judicial como (i) expresión del principio de separación de poderes, (ii) garantía de imparcialidad de los operadores de justicia e (iii) instrumento para la realización de los derechos fundamentales<sup>75</sup>. Respecto a la segunda dimensión, la Corte ha sostenido que la independencia judicial exige a los operadores judiciales que sus decisiones se basen únicamente en la aplicación de la ley y esté desprovista de intereses preconstituidos que afecten a las partes en disputa.

Ahora bien, ¿dichas inhabilidades son idóneas, necesarias y proporcionadas frente a la afectación al derecho a escoger profesión u oficio? En nuestro concepto, los requisitos-inhabilidades no superan el test de proporcionalidad, como pasamos a estudiarlo.

**Idoneidad de la medida.** Los requisitos-inhabilidad impuestos a los magistrados seleccionados de la JEP no permiten alcanzar el fin pretendido. La restricción excesiva a abogados defensores de derechos humanos para acceder a la función judicial en la JEP no garantiza que los magistrados de esa jurisdicción administren justicia de forma independiente. De hecho, un magistrado puede tener intereses en un caso concreto por múltiples razones desligadas de su ejercicio como abogado en la defensa de los derechos humanos. Si la justificación de este tipo de inhabilidades es el potencial conflicto de intereses de un magistrado en la resolución de los casos que conozca en ejercicio de sus funciones judiciales, por su ejercicio profesional previo, el legislador tendría que impedirle a cualquier profesional del derecho acceder a la función judicial en la JEP, lo cual es irracional.

En efecto, el acceso a la magistratura en el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia no está negado para aquellos abogados que tengan experiencia profesional en áreas del derecho propias de las materias que conocen esas altas cortes. Por ejemplo, no constituye requisito-inhabilidad para ser Consejero de Estado haberse desempeñado como abogado en derecho administrativo antes de la postulación al cargo judicial. Es más, las normas constitucionales y legales en la materia privilegian que la experticia profesional y académica en los asuntos que deberán conocer en la función judicial a la que aspiran. Muestra de ello es el inciso 4 del artículo 232 de la Constitución Política, que fue reformado por el artículo 12 del Acto Legislativo 2 de 2015. Esta disposición constitucional señala como uno de los requisitos para ejercer la magistratura en el Consejo de Estado y la Corte Suprema Justicia la experiencia en cátedra universitaria “en disciplinas jurídicas relacionadas con el área de la magistratura a ejercer”.

---

<sup>75</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-285 de 2016.

En el mismo sentido, no tiene justificación alguna que los abogados defensores de derechos humanos no puedan ingresar a la magistratura de la JEP por haber ejercido representación judicial en temáticas relacionadas con aquellas de competencia de esa jurisdicción. Por el contrario, es deseable que los magistrados de la JEP sean expertos en asuntos de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional, pues esa experiencia y conocimiento especializado les otorga mayores destrezas para administrar justicia en la jurisdicción.

Para asegurar la independencia de los operadores judiciales, existen mecanismos como los impedimentos y recusaciones, que separan a los jueces del juzgamiento de casos respecto de los cuales tengan intereses preconstituidos. A los magistrados de la JEP le son aplicables las reglas de impedimentos y recusaciones consagradas en la Ley 906 de 2004. Por tanto, si un magistrado de esa jurisdicción participó, como abogado, en un caso concreto, debe declarar su conflicto de intereses y no podrá decidirlo para preservar la independencia judicial. Como argumentamos en seguida, esas medidas son menos lesivas de los derechos fundamentales al trabajo y a la libertad de escoger profesión u oficio.

**Necesidad de la medida.** Los requisitos-inhabilidades objeto de estudio tampoco cumplen con el requisito de necesidad. Este nivel del análisis exige considerar si la medida adoptada es la menos gravosa de los derechos fundamentales en cuestión. En este caso, los requisitos-inhabilidades escogidos son los que afectan, en mayor medida, los derechos fundamentales al trabajo y a la escogencia de profesión u oficio, pues impiden a los magistrados elegidos posesionarse de su cargo o ameritan que sean destituidos del mismo si ya tomaron posesión. Los impedimentos y recusaciones son unos mecanismos que sí consiguen el fin perseguido y son menos gravoso en la afectación de derechos fundamentales, por lo que el legislador debió optar por esa solución para preservar la independencia de la JEP.

Hasta el momento, la Corte Constitucional posee suficientes elementos de juicio para declarar inexecutable los señalados párrafos. Con todo, si llegara a concluirse que los requisitos-inhabilidades son adecuados y necesarios, pasamos a evidenciar que estos son desproporcionados, porque reproducen la estigmatización que los defensores de derechos humanos han sufrido por décadas, en el país.

**Proporcionalidad en estricto sentido.** Los párrafos únicos de los artículos 100 y 104 no solo son inadecuados e innecesarios, sino que también son desproporcionados en estricto sentido, dado que se basan en la estigmatización de los defensores de derechos humanos.

La Corte Constitucional ha subrayado que las organizaciones defensoras de derechos humanos juegan un rol fundamental en la construcción y mantenimiento de estados democráticos, gracias a que reportan y denuncian, “ante escenarios y organismos nacionales e internacionales, las



violaciones individuales o colectivas de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario<sup>76</sup>. Es más, la Corte ha enfatizado que los defensores de derechos humanos se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad<sup>77</sup>, por el riesgo del tipo de actividades que realizan. De ahí que la Corte los ha declarado sujetos de especial protección<sup>78</sup>.

En la misma línea, la Corte IDH ha señalado reiteradamente que

[E]n una sociedad democrática, el cumplimiento del deber de los Estados de crear las condiciones necesarias para el efectivo respeto y garantía de los derechos humanos de todas las personas bajo su jurisdicción, está intrínsecamente ligado a la protección y al reconocimiento de la importancia del papel que cumplen los defensores de derechos humano<sup>79</sup>.

Adicionalmente, distintos instrumentos de derecho internacional resaltan los derechos de los defensores de derechos humanos y los deberes de los Estados frente a la protección del ejercicio de esta labor, que es indispensable para el fortalecimiento del Estado de Derecho. Así, la Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos<sup>80</sup> enuncia, entre otros, los siguientes derechos: (i) el derecho a denunciar las acciones y omisiones que violen los derechos humanos; (ii) el derecho a presentar, sin obstáculo alguno, denuncias ante organismos internacionales; (iii) el derecho a “ofrecer y prestar asistencia letrada profesional u otro asesoramiento y asistencia pertinentes para defender los derechos humanos y las libertades fundamentales”.

Además, esa declaración es enfática en el deber estatal de proteger a “toda persona, individual o colectivamente, frente a toda violencia, amenaza, represalia, discriminación, negativa de hecho o de derecho, presión o cualquier otra acción arbitraria resultantes del ejercicio legítimo de los derechos” estipulados en ese instrumento internacional. Esta disposición, en particular, proscribía que los estados les impidan a los abogados defensores de derechos humanos, por ejemplo, cumplir funciones judiciales debido a las actividades que ejercieron en ese rol. Este deber estatal

---

<sup>76</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-1191 de 2004.

<sup>77</sup> Corte Constitucional. Sentencias T-719 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda y T-500 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>78</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-1191 de 2004.

<sup>79</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Servellón García y otros, supra nota 11, párr. 108; Caso Ximenes Lopes, supra nota 11, párr. 85; Caso de la Masacre de Pueblo Bello, sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C N° 140, párr. 113; Caso de la Masacre de Mapiripán. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C N° 134, párr. 111; Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A N° 18, párr. 140; Caso Nogueira de Carvalho y otro vs. Brasil. Sentencia de 28 de noviembre de 2006 (Excepciones Preliminares y Fondo), párr. 74.

<sup>80</sup> Esa declaración fue aprobada por la Asamblea General de la Naciones Unidas, a través de la Resolución 53/144 de 9 de diciembre de 1998. Este instrumento ha sido usado por la Corte Constitucional para estudiar asuntos relacionados con los derechos de los defensores en distintas ocasiones, como en la sentencia T-1191 de 2004.

es incumplido por los párrafos señalados y, por eso, los requisitos-inhabilidades que crean resultan desproporcionados.

Igualmente, en las resoluciones 1998/2 de 20 de agosto de 1998 y 1999/3 de 20 de agosto de 1999, la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos precisó que, a pesar de los compromisos y deberes internacionales, muchos estados han auspiciado y permitido que los defensores de derechos humanos sean objeto de amenaza, hostigamiento e inseguridad.

Respecto a los requisitos-inhabilidades de este caso, el 20 de diciembre de 2017, en un comunicado público, la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos expresó que su preocupación porque

[M]iembros del Congreso de la República descalificaron a los y las defensoras que fueron escogidos como magistrados de la Jurisdicción Especial para la Paz, JEP, impidiéndoles posesionarse de sus cargos por el hecho de haber representado víctimas en el pasado, lo que muestra el irrespeto a su labor y profundo desconocimiento de lo que significan las reglas del Estado de Derecho<sup>81</sup>.

Como lo manifiesta la oficina de la ONU en Colombia, no hay sustento constitucional para prohibirles a los magistrados escogidos a que se posesionen por haber desempeñado labores de defensa de los derechos humanos, ya sea individualmente o por medio de organizaciones de la sociedad civil. Por el contrario, la norma objeto de análisis reproduce la estigmatización que, por décadas, los defensores han enfrentado. En efecto, la norma envía el mensaje simbólico de rechazo a los defensores de derechos humanos para ejercer funciones judiciales y, de esa forma, refuerza la discriminación que estos abogados han sufrido.

Por estas razones, le solicitamos a la Corte Constitucional que declare **INEXEQUIBLES** los párrafos de los artículos 100 y 104 del PLE 008-016/17

## **6 INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 146 DEL PLE 008-016/17, QUE DISPONE LA APLICACIÓN DE LAS PENAS DE LA LEY 599 DE 2000 Y LA PROHIBICIÓN DE SUBROGADOS PENALES A QUIENES COMETIERON DELITOS DE VIOLENCIA SEXUAL CONTRA NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN EL MARCO DEL CONFLICTO ARMADO**

El artículo 146 del PLE 008-016/17 crea una excepción a la aplicación del régimen sancionatorio dispuesto en la JEP, el cual consiste en que las personas que hayan cometido conductas delictivas

---

<sup>81</sup> Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. “ONU Derechos Humanos expresa preocupación por homicidios, estigmatización y hostigamiento a defensores y defensoras de derechos humanos”. 20 de diciembre de 2017. Disponible en: <http://nacionesunidas.org.co/blog/2017/12/20/onu-derechos-humanos-expresa-preocupacion-por-homicidios-estigmatizacion-y-hostigamientos-a-defensores-y-defensoras-de-derechos-humanos-en-colombia/>

que configuren violencia sexual contra niñas, niños y adolescentes que sean conocidas por la JEP, serán sancionadas, primero, de acuerdo con las penas contempladas en el código penal Ley 599 de 2000; y, segundo, dichas personas no podrán recibir ninguna clase de beneficios o subrogados penales, judiciales y/o administrativos, incluyendo los beneficios contemplados dentro de la jurisdicción ordinaria y dentro de la JEP. En este apartado, demostraremos que dicho artículo es inconstitucional, porque (i) viola el principio de conexidad que se deriva del artículo 1 del AL 1 de 2016; (ii) viola el artículo 13 transitorio del artículo 1 del AL 1/17, por lo que desconoce límites constitucionales a la libertad de configuración del legislador en materia penal; (iii) vulnera el AL 2/17, normas constitucionales de las que se deriva el carácter de cierre de la justicia transicional y el cumplimiento de buena fe del Acuerdo Final; y (iv) viola el principio de proporcionalidad de las penas.

### **6.1 Violación del principio de conexidad por tratarse de una norma que desconoce el Acuerdo Final para la cual el legislador no tiene competencia dentro del procedimiento legislativo especial para la paz**

El procedimiento legislativo especial para la paz tuvo el propósito de agilizar y garantizar la implementación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera (Acuerdo Final) y ofrecer garantías de cumplimiento y fin del conflicto, el cual procedió de manera excepcional y transitoria (Art. 1, AL 1/2016). De ahí que la jurisprudencia de la Corte Constitucional haya sostenido que resulta imperativo evaluar la conexidad entre las normas proferidas en el marco de este procedimiento y el Acuerdo Final<sup>82</sup>. Consideramos que, en el caso del artículo 146 de la Ley estatutaria, se presenta un desarrollo normativo que contraviene el Acuerdo Final, por las razones que se pasan a exponer.

Si bien el legislador tiene capacidad deliberativa y decisoria del Congreso en el marco del desarrollo del Acuerdo Final, su actividad se limita por el principio de conexidad cuando actúa por medio del procedimiento especial adoptado en el AL 1 de 2016<sup>83</sup>. En la sentencia C-632 de 2017, la Corte advierte que el Congreso tiene una amplia facultad de configuración legislativa para implementar el Acuerdo, la cual, en todo caso, no le permite la adopción de medidas que no guarden relación con el Acuerdo Final o que le desconozcan. Así, cuando el legislador use dicho trámite especial para legislar de manera contraria o para negar el Acuerdo, dicha actuación se produce por fuera de sus competencias, de acuerdo con el literal a del artículo 1 del AL 1 de 2016, el cual se dirige a señalar este límite no solo para reformas constitucionales sino también para proyectos de ley y, por lo tanto, el uso del mecanismo legislativo excepcional resultaría inválido<sup>84</sup>. De acuerdo con dicha disposición normativa:

---

<sup>82</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-632 de 2017. MP. Antonio José Lizarazo.

<sup>83</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-632 de 2017. MP. Antonio José Lizarazo.

<sup>84</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-408 de 2017. MP. Gloria Estella Ortiz

a) Los proyectos de ley y de acto legislativo tramitados mediante el Procedimiento Legislativo Especial para la Paz serán de iniciativa exclusiva del Gobierno nacional, y su contenido tendrá por objeto facilitar y asegurar la implementación y desarrollo normativo del Acuerdo Final para la terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y duradera<sup>85</sup>

Adicionalmente, la Corte Constitucional ha hecho referencia al mayor o menor rigor en la aplicación del principio de conexidad, señalando que dicho rigor depende de la especificidad de los contenidos del Acuerdo Final. Frente a los temas que el Acuerdo Final desarrolla con mayor detalle, la Corte ha entendido que se reduce la potestad normativa del Congreso. Por el contrario, aquellos temas en donde la especificidad es menor, el margen de apreciación del legislador será mayor<sup>86</sup>.

En el presente caso, el legislador tiene un menor margen de apreciación, dado que las sanciones a imponer a quienes comparezcan ante la JEP tienen un alto nivel de detalle en el Acuerdo Final. En efecto, los artículos 60, 61 y 62 y el “listado de sanciones”<sup>87</sup> del sub-punto 5.1.2 del Acuerdo Final crean un sistema particular de sanciones que la JEP podrá imponer en todos los casos. Dicho esquema de sanciones está además consagrado en el artículo 13 transitorio del artículo 1 del AL 1/17. Este esquema se basa en el grado de reconocimiento de responsabilidad y de verdad, y el momento procesal en que ello ocurra. A medida que aumenta la contribución del responsable, en las etapas tempranas del proceso penal, disminuye el elemento retributivo y se incrementa el componente restaurativo, de la siguiente manera:

1. El castigo puramente retributivo, que corresponde a cárcel hasta por 20 años, se impone a quienes no acepten su responsabilidad y sean vencidos en juicio contradictorio; la pena retributiva es alta, pues no hay ningún aporte restaurador del victimario. Estas son las **sanciones ordinarias**.
2. Un nivel retributivo medio, con cárcel de 5 a 8 años, es previsto para quienes reconozcan verdad y responsabilidad, pero tardíamente; aquí hay un elemento restaurativo, que es el aporte de verdad, pero se mantiene la pena retributiva de cárcel, dado que el aporte fue tardío. Son las llamadas **sanciones alternativas**.
3. El componente retributivo se reduce mientras que se incrementa la dimensión restauradora para quienes, a tiempo, reconozcan verdad y responsabilidad. La sanción es una restricción efectiva de la libertad de 5 a 8 años, para la realización de labores restauradoras. Incluso en este tercer caso, hay sanción y subsiste un elemento aflictivo o retributivo, pues la restricción efectiva de la libertad es una forma de castigo. Sin embargo, hay un incremento considerable de la dimensión restaurativa. Los perpetradores que tempranamente reconozcan responsabilidad y verdad tendrán entonces la sanción

---

<sup>85</sup> AL 1/16. Artículo 1, literal a.

<sup>86</sup> Ibidem.

<sup>87</sup> Acuerdo Final p. 171-175

retributiva más leve (restricción efectiva a la libertad), pero la dimensión restauradora más fuerte, ya que deben cumplir en esos años tareas de reparación a las víctimas y de reconstrucción del tejido social, como podría ser el desminado. Este es el escenario de las **sanciones propias**.

Como podemos apreciar, el Acuerdo Final creó un sistema específico de sanciones para los casos que conozca la JEP, el cual es disímil del establecido en el Código Penal para los casos resueltos por la jurisdicción ordinaria. Dicha especificidad le impone, entonces, al legislador un margen de apreciación menor, al momento de analizar el cumplimiento o no del principio de conexidad.

Ahora bien, para la aplicación del principio de conexidad, es imperativo que exista un vínculo claro entre las normas proferidas en el marco del procedimiento y el Acuerdo final. La potestad configurativa del legislador en el procedimiento especial para la paz no permite la adopción de medidas que no guarden conexión o desconozcan el Acuerdo. En el caso en concreto, el legislador carece de competencia para exceptuar la aplicación del régimen de sanciones de la JEP a quienes sean responsables de delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes en el contexto del conflicto armado interno, como lo establece en el artículo 146 del PLE 008-016/17, pues este asunto no guarda conexidad con el sistema de sanciones creado en el Acuerdo Final, que tiene rango constitucional al ser incluido en la Constitución Política, a través del artículo 13 transitorio del artículo 1 del AL 1/17.

Así entonces, el 146 del PLE 008-16/2017 debe ser declarado **INEXEQUIBLE**, porque el legislador excedió la competencia otorgada por el AL 1/16 para la implementación normativa del Acuerdo Final. Pasamos a sustentar dos razones adicionales en las que se basa nuestro concepto de inconstitucionalidad de este artículo.

## **6.2 Violación directa de la Constitución Política, particularmente el artículo 13 transitorio del artículo 1 del AL 1/17, que es un parámetro constitucional que limita la potestad legislativa en materia penal**

En esta sección, mostraremos que el artículo 146 del PLE 008-016/2017 viola directamente la Constitución Política porque dispone la imposición de sanciones para delitos sexuales, cometidos contra niños, niñas y adolescentes por fuera del marco determinado por el artículo 13 transitorio del artículo 1 del AL 1/17, que regula las sanciones que pueden imponerse en dicha jurisdicción. En esa medida, mediante la expedición del artículo bajo examen, el legislador transgredió disposiciones constitucionales que constituyen un límite a su libertad de configuración normativa en materia penal.

El Congreso de la República, en virtud de los artículos 114 y 150 de la Constitución Política, dispone de la potestad genérica de desarrollar los mandatos constitucionales a través de la

expedición de leyes, lo que incluye la facultad de diseñar la política criminal del Estado<sup>88</sup>. Con base en dicha atribución, es al legislador a quien le compete la determinación de los bienes jurídicos que merecen tutela penal, la naturaleza y el monto de las sanciones, así como el procedimiento a través del cual se imponen y ejecutan tales sanciones<sup>89</sup>. Para el ejercicio de tales funciones, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que, en la medida en que la Constitución Política no define la política criminal, el legislador cuenta con un amplio margen de apreciación y una libertad de configuración para definir los contenidos concretos del derecho penal<sup>90</sup>.

Ahora bien, en el ejercicio de la libertad de configuración del legislador en materia penal, este no puede desbordar la Constitución y está subordinado a ella por ser la norma de normas (art. 4, Constitución Política)<sup>91</sup>. La Corte ha sostenido reiteradamente que “dicha libertad de configuración del legislador encuentra ciertos límites indiscutibles en la Constitución, la cual no le permite actuar arbitrariamente, sino de conformidad con los parámetros que ella misma establece”<sup>92</sup>. En efecto, el diseño de la política criminal compete al legislador, “en lo no regulado por el constituyente”<sup>93</sup>. Así, la amplia potestad del legislador para definir las conductas punibles, las sanciones correspondientes y el procedimiento para imponerlas no puede, en ninguna circunstancia, resultar en una ley que desconozca la Constitución Política.

Frente al caso concreto, el AL 1/17 adicionó a la Constitución Política el artículo 13 transitorio, que dispone:

**Sanciones.** Las sanciones que imponga la JEP tendrán como finalidad esencial satisfacer los derechos de las víctimas y consolidar la paz. Deberán tener la mayor función restaurativa y reparadora del daño causado, siempre en relación con el grado de reconocimiento de verdad y responsabilidad. Las sanciones podrán ser propias, alternativas u ordinarias y en todos los casos se impondrán en los términos previstos en los numerales 60, 61, 62 y en el listado de sanciones del sub-punto 5.1 .2 del Acuerdo Final (subrayado fuera del texto).

---

<sup>88</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-1404 de 2000. M.P. Carlos Gaviria Díaz y Álvaro Tafur Galvis; Sentencia C-646-01. M. P. Manuel José Cepeda Espinoza; Sentencia C-420 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño; Sentencia C-365 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; Sentencia C-203 de 2016. M.P. Alberto Rojas Ríos; Sentencia C-108 de 2017, M.P.

<sup>89</sup> Corte Constitucional, Sentencias C-1404 de 2000, MM. PP. Álvaro Tafur Galvis y Carlos Gaviria Díaz; Sentencia C-1080 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis; Sentencia C-468 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza; Sentencia C-853 de 2009 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; Sentencia C-108 de 2017, M.P.

<sup>90</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-238 de 2005. M.P. Jaime Araújo Rentería; Sentencia C-226 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis; Sentencia C-365 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub;

<sup>91</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-226 de 2002. M.P. Álvaro Tafur Galvis; Sentencia C-108 de 2017, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>92</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-1404 de 2000. M.P. Carlos Gaviria Díaz y Álvaro Tafur Galvis.

<sup>93</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-746 de 1998. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

La norma constitucional claramente establece que, en los procesos adelantados ante la JEP, solo se podrá imponer sanciones propias, alternativas y ordinarias, como lo fija los numerales 60<sup>94</sup>, 61<sup>95</sup>, 62<sup>96</sup> y el listado de sanciones del sub-punto 5.1.2 del Acuerdo Final. Esto deberá hacerse

---

<sup>94</sup> “[...] Las sanciones propias de la JEP, que se impondrán a quienes reconozcan verdad y responsabilidad ante la Sala de Reconocimiento, respecto a determinadas infracciones muy graves, tendrán un mínimo de duración de cumplimiento de las funciones reparadoras y restauradoras de la sanción de cinco años y un máximo de ocho años. El periodo máximo de cumplimiento de sanciones propias, por la totalidad de las sanciones impuestas, incluidos los concursos de delitos, será de ocho años. Comprenderán restricciones efectivas de libertades y derechos, tales como la libertad de residencia y movimiento, que sean necesarias para su ejecución, y además deberán garantizar la no repetición. Restricción efectiva significa que haya mecanismos idóneos de monitoreo y supervisión para garantizar el cumplimiento de buena fe de las restricciones ordenadas por el Tribunal, de tal modo que esté en condición de supervisar oportunamente el cumplimiento, y certificar si se cumplió. La JEP determinará las condiciones de restricción efectiva de libertad que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de la sanción, condiciones que en ningún caso se entenderán como cárcel o prisión ni adopción de medidas de aseguramiento equivalentes. [...] En el caso de reconocimiento de verdad y responsabilidad ante la Sala, las restricciones de los anteriores derechos y libertades serán menores que en el caso de reconocimiento de verdad y responsabilidad ante el Tribunal o que en el caso de no reconocimiento. Las sanciones alternativas para infracciones muy graves que se impondrán a quienes reconozcan verdad y responsabilidad ante la Sección de enjuiciamiento, antes de Sentencia, tendrán una función esencialmente retributiva de pena privativa de la libertad de 5 a 8 años. El periodo máximo de cumplimiento de sanciones alternativas, por la totalidad de las sanciones impuestas, incluidos los concursos de delitos, será de 8 años. Para los anteriores supuestos, las normas de desarrollo determinarán de qué manera se graduarán las sanciones y en cuáles casos corresponden sanciones inferiores a los 5 años a quienes no hayan tenido una participación determinante en las conductas más graves y representativas, aun interviniendo en ellas. En este caso el mínimo de sanción será de dos años y el máximo de 5 años, por la totalidad de las sanciones impuestas, incluidos los concursos de delitos. Las sanciones ordinarias que se impondrán cuando no exista reconocimiento de verdad y responsabilidad, cumplirán las funciones previstas en las normas penales, sin perjuicio de que se obtengan redenciones en la privación de libertad, siempre y cuando el condenado se comprometa a contribuir con su resocialización a través del trabajo, capacitación o estudio durante el tiempo que permanezca privado de libertad. En todo caso la privación efectiva de libertad no será inferior a 15 años ni superior a 20 en el caso de conductas muy graves. El periodo máximo de cumplimiento de sanciones ordinarias, por la totalidad de las sanciones impuestas, incluidos los concursos de delitos, será de 20 años. Las denominadas sanciones alternativas y ordinarias, sí incluirán privaciones efectivas de la libertad como cárcel o prisión y/o cualquier medida de aseguramiento. [...]”. Ver Acuerdo Final de Paz. En: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf>

<sup>95</sup> “Las resoluciones y sentencias impuestas conforme a las normas especiales del componente de justicia del Sistema Integral, enunciarán de manera precisa el contenido de la sanción, lugar de ejecución de la sanción, así como las condiciones y efectos de las sanciones por los delitos no amnistiables”. Ver Acuerdo Final de Paz. En: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf>

<sup>96</sup> “El mecanismo internacional que apoye al Tribunal para la Paz en las tareas de verificación del cumplimiento de las sanciones previsto en el numeral 53 d), será un componente específico de la Misión Política de verificación de las Naciones Unidas que entrará en funcionamiento una vez concluidas las funciones de la Misión de Naciones Unidas encargada de verificar el cese al fuego bilateral y definitivo, en coordinación con la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia. Los lugares donde serán ejecutadas las sanciones también estarán sujetos al monitoreo propio del Sistema, así como a un régimen de seguridad y vigilancia que garantice la vida e integridad física de los sancionados. Los desplazamientos para realizar actividades acordes con el cumplimiento de la sanción serán monitoreados por el anterior mecanismo, el cual también otorgará las autorizaciones para los desplazamientos que no estén relacionados con el cumplimiento de la sanción cuando dichos desplazamientos no estén expresamente autorizados en la sentencia, sin perjuicio de las competencias de la Sección de Primera Instancia del Tribunal para la Paz”. Ver Acuerdo Final de Paz. En: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf>

“en todos los casos”. Es decir, la Constitución Política no prevé excepciones para que otro tipo de sanciones puedan ser aplicadas a determinados casos o para que las sanciones mencionadas puedan ser aplicadas en términos distintos a aquellos fijados en el Acuerdo Final. De tal manera, dicho artículo limita las posibles sanciones y los términos en que las mismas pueden aplicarse, en la JEP. En este orden de ideas, esta norma se convierte en un parámetro constitucional que limita la potestad de configuración del legislador y que debe ser respetado por este a la hora de expedir las leyes necesarias para desarrollar estas disposiciones constitucionales.

De lo anterior se desprende que el artículo 146 del PLE 008-016/17 viola la Constitución Política, en la medida en que contempla la imposición de sanciones no previstas a pesar del mandato expreso del artículo 13 transitorio del artículo 1 del AL 01/2017, según el cual, *en todos los casos*, las sanciones se *aplicarán en los términos previstos en los numerales 60, 61, 62 y en el listado de sanciones del sub-punto 5.1 .2 del Acuerdo Final*. Así, en lugar de las sanciones propias, ordinarias y alternativas que establece este artículo transitorio constitucional para toda clase de delitos sin excepción, el artículo 146 dispone que para el caso delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes aplicarán las penas previstas para los delitos sexuales en la Ley 599 de 2000. En ese orden de ideas, el artículo 146 del PLE 008-016/17 vulnera directamente la Constitución Política y constituye una transgresión a los límites que establece el texto constitucional a la libertad de configuración del legislador en materia penal.

### **6.3 Violación de la obligación de cumplir lo pactado en el Acuerdo Final que dio cierre al conflicto armado entre el gobierno y el grupo guerrillero las FARC, contenida en el AL 2/17**

El artículo 146 no solo debe ser declarado inexecutable por desconocimiento de los límites de la potestad legislativa, sino además por razones sustantivas. Esta norma desconoce el arreglo de justicia transicional que permitió terminar el conflicto armado entre el Gobierno colombiano y las FARC y, en consecuencia, vulnera el AL 2/17, según el cual las instituciones y autoridades del Estado tienen la obligación de cumplir de buena fe con lo establecido en el Acuerdo Final.

Los procesos de justicia transicional pretenden hacer transformaciones profundas en las sociedades para hacerle frente a las graves violaciones de derechos humanos cometidas en el pasado. No obstante, cuando los procesos transicionales son la consecuencia de negociaciones políticas entre un gobierno y un grupo armado, lograr tales transformaciones implica resolver una compleja dicotomía entre los valores de justicia y paz<sup>97</sup>. Esta dicotomía proviene de la necesidad de conciliar los intereses de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos,

---

<sup>97</sup> BERNAL PULIDO, Carlos. La aporía de la justicia transicional y el dilema del Marco Jurídico para la Paz. En: BERNAL PULIDO, Carlos, *et al.* Justicia transicional: Retos teóricos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; 2016. P. 27-96.



por un lado, y de los grupos armados, por el otro. Del lado de las víctimas, el derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario les conceden unas garantías y derechos que deben ser respetados por los Estados. Esta protección se concreta en los derechos a conocer la verdad de los hechos ocurridos, a obtener una reparación por concepto de ello y a la judicialización y responsabilización de los culpables de tales crímenes. Mientras que, por otro lado, para que los responsables de crímenes atroces acepten dejar atrás las armas y se reintegren a la vida civil, es necesario que encuentren incentivos para hacerlo, tales como el perdón y olvido de sus actos<sup>98</sup>. Lo anterior implicaría una renuncia a la judicialización y castigo de los mismos y, por ende, una contradicción con los derechos de las víctimas. Es así como los intereses de justicia y paz se contraponen y es dentro de una negociación política para terminar el conflicto que dichos intereses deben conciliarse para lograr una transición.

Como lo ha reconocido la Corte Constitucional<sup>99</sup>, el tránsito exitoso hacia la paz depende, en gran medida, de lograr un balance entre las demandas de justicia y paz que se contraponen en la negociación para la terminación de un conflicto. Requiere, entonces, de un arreglo entre las partes que responda al marco jurídico internacional de protección a las víctimas de graves violaciones de derechos humanos, pero que también logre ponerles fin a las hostilidades y prevenir la vuelta a la violencia. Para esto último, existen diversos mecanismos de justicia transicional que, articulados según las circunstancias de cada caso concreto y las relaciones de poder existentes en cada sociedad, pueden lograr el cometido de balancear entre los valores de justicia y paz.

Ahora bien, no existen fórmulas de justicia transicional que permitan cumplir de forma íntegra con los valores en cuestión, particularmente, si se entiende que en un proceso de negociación las partes deben estar dispuestas a ceder en algunas de sus demandas para lograr un acuerdo. En ese sentido, toda fórmula de justicia transicional implica el sacrificio de algo de justicia y algo de paz<sup>100</sup>. Para la Corte Constitucional, lograr una adecuada proporción entre justicia y la obtención y preservación de la paz en el marco de una transición es una condición indispensable para la convivencia social y la subsistencia de un Estado de derecho. En esa medida, las circunstancias de cada caso concreto determinarán, *“si se debe renunciar a la justicia, a cuánto de justicia y bajo qué condiciones para conservar la paz”*<sup>101</sup>.

Una consecuencia directa de lo anterior tiene que ver con la posibilidad de que los Estados puedan aplicar el derecho penal de forma especial en contextos de transición, para así ajustar el

---

<sup>98</sup> UPRIMNY, Op. Cit. p.13.

<sup>99</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-771 de 2011. M.P. Nilson Pinilla Pinilla; Sentencia C-579 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; Sentencia C-577 de 2014. M.P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez.

<sup>100</sup> UPRIMNY, Op. Cit. p. 21.

<sup>101</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-771 de 2011. M.P. Nilson Pinilla Pinilla; Sentencia C-579 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

valor de la justicia a las demandas de paz. La Corte Constitucional ha precisado que la justicia transicional, *“no es una forma especial de justicia, sino una justicia adaptada a sociedades que se transforman a sí mismas después de un período de violación generalizada de los derechos humanos”*<sup>102</sup>. Esta aplicación de la justicia en el marco de una transición puede implicar un tratamiento punitivo diferente al ordinario, sea mediante la imposición de penas comparativamente más bajas, la adopción de medidas que hagan posible la libertad condicional de los combatientes o la reducción de las penas impuestas, o la aplicación de amnistías e indultos. Todo ello se justifica en las serias limitaciones políticas, jurídicas y materiales que presenta el derecho penal ordinario para hacer frente a violaciones masivas de derechos humanos y restablecer los derechos mínimos de las víctimas a la verdad, a la reparación integral y a que se diseñen medidas destinadas a evitar su repetición, que es precisamente el enfoque y objeto esencial de la justicia transicional<sup>103</sup>.

Frente al caso concreto, el proceso de paz entre el Gobierno colombiano y las FARC-EP es precisamente una negociación política que busca la transición de un conflicto armado de más de 50 años hacia la paz, a partir de un balance entre justicia y paz que se adecuara al contexto social y político colombiano. Durante aproximadamente 5 años, los equipos negociadores de ambos actores, con la participación de varias delegaciones de víctimas del conflicto armado<sup>104</sup>, diseñaron el modelo de justicia transicional que permitiría superar el conflicto, proteger los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia, a la reparación y no repetición, y reintegrar a los combatientes de las FARC a la vida civil. Todo lo anterior teniendo como marco la Constitución Política, los principios del derecho internacional, del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario (convenios y protocolos), el Estatuto de Roma y la jurisprudencia interamericana e internacional relativos a la terminación de conflictos<sup>105</sup>.

Dentro de ese modelo, las partes acordaron cuál sería el tratamiento punitivo adecuado a aplicar a los autores de graves violaciones de derechos humanos para satisfacer los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación. Según el Acuerdo Final, la JEP debe investigar y sancionar las más graves violaciones de derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario. Dentro del marco de la JEP, las sanciones a imponerse a los autores de tales delitos dependen del nivel de verdad que estos otorguen y del momento procesal en que aquella sea revelada, que según ello pueden ser propias, alternativas y ordinarias, como explicamos anteriormente.

---

<sup>102</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-579 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>103</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-579 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>104</sup> FUNDACIÓN PAZ Y RECONCILIACIÓN. “Participación de las Víctimas en el Proceso de Paz”. 16 de junio de 2016. En: <http://www.pares.com.co/paz-y-posconflicto/participacion-de-las-victimas-en-el-proceso-de-paz/>

<sup>105</sup> Acuerdo Final, pág. 2.

El Acuerdo Final, y particularmente el acuerdo sobre las sanciones a imponer por parte de la JEP, hace parte esencial del arreglo de justicia transicional que permitió al Gobierno colombiano y las FARC-EP para dar cierre al conflicto armado y transitar hacia la paz. Se trata de un pacto que alcanzó consenso de dos partes de un conflicto de más de cinco décadas para abandonar las armas y empezar a construir un país en paz. En particular, el acuerdo sobre las sanciones a imponer dentro de la JEP es parte de la fórmula de justicia que encontraron las partes y demás grupos de la sociedad civil que intervinieron durante el proceso, para resolver las tensiones entre justicia y paz que se presentaron a lo largo del proceso de paz. Por ende, mantener de forma integral estos acuerdos es el presupuesto para dar cierre al conflicto armado y asegurar una paz estable y duradera.

La obligación de cumplir lo pactado en el Acuerdo Final firmado el 24 de noviembre de 2016 que dio cierre al conflicto armado entre el Gobierno colombiano y las FARC-EP se encuentra estipulada en el artículo 1 del AL 2/17. En la sentencia C-630 de 2017, la Corte Constitucional declaró exequible el AL 2/17<sup>106</sup>, por lo que su constitucionalidad hoy es clara. El AL 2/17 señala, expresamente que “las instituciones y autoridades del Estado tienen la obligación de cumplir de buena fe con lo establecido en el acuerdo final. En consecuencia, las actuaciones de todos los órganos y autoridades del Estado, los desarrollos normativos del Acuerdo final y su interpretación y aplicación deberán guardar coherencia e integralidad con lo acordado, preservando los contenidos, los compromisos, el espíritu y los principios del Acuerdo Final”.

En el presente caso, el artículo 146 del PLE 008-016/17 reabre una discusión en materia de penas ya acordada en el Acuerdo Final incumpliendo así la obligación constitucional del Acto Legislativo 02 de que todas las instituciones y autoridades cumplan con lo pactado. Es decir, el Acuerdo Final señala expresamente que las sanciones en el marco de la JEP serán aquellas determinadas en los numerales 60, 61, 62 y el listado de sanciones del sub-punto 5.1.2. Asimismo, el artículo 13 transitorio del artículo 1 del AL 1/17 reitera que las sanciones a imponer por la JEP serán aquellas establecidas en esos apartes del Acuerdo Final. No obstante, tal como lo hemos señalado varias veces en este documento, el artículo 146 del PLE 008-016/17 contempla que, en los casos de violencia sexual para niños, niñas y adolescentes, será aplicable el régimen ordinario de la Ley 599 -y no las normas referidas del Acuerdo Final y el AL 1/17-, introduciendo así una excepción al acuerdo alcanzado entre las partes en el Acuerdo Final.

Introducir esta excepción podría llevar a que, rompiendo lo pactado en materia de penas en el Acuerdo Final, un gran número de guerrilleros y guerrilleras de distintos mandos fueran judicializados por la Ley 599 y no por la JEP. Así por ejemplo, la aplicación de este artículo implicaría que delitos sexuales como el aborto forzado fuera juzgados bajo el régimen ordinario

---

<sup>106</sup> Corte Constitucional. Comunicado No. 51 de 11 de octubre de 2017. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/No.%2051%20comunicado%2011%20de%20octubre%20de%202017.pdf>

de penas que según varios estudios fue una práctica generalizada en las FARC. Varios medios de comunicación como *Semana*<sup>107</sup>, *El Espectador*<sup>108</sup> y *WRadio*<sup>109</sup> reportan que, la Fiscalía General de la Nación, en un informe realizado en el 2016, reveló que aunque no hacía parte de los documentos rectores de las FARC, la orden de practicar abortos forzados se impartió a todos los frentes del grupo guerrillero. Además, quienes no accedían a realizarse el legrado podían enfrentar un consejo de guerra y ser sancionadas. En esa misma línea, el Centro Nacional de Memoria Histórica ha mostrado en varios informes que el aborto forzado era una política dentro de las FARC. En el informe titulado “¡Basta Ya! Colombia: Memorias de guerra y dignidad”, el Centro indicó que esta organización, “obliga a las niñas y jóvenes que integran sus filas a usar métodos anticonceptivos y, en caso de embarazo, el aborto forzado es común”<sup>110</sup>. Luego, en el informe “La guerra inscrita en el cuerpo”, se muestra que el aborto forzado era una forma de violencia sexual, “reconocida por los grupos armados como parte del disciplinamiento necesario para cuerpos disponibles en la guerra”<sup>111</sup>.

En ese orden de ideas, la evidencia relacionada sugiere que existía una práctica generalizada de aborto forzado dentro de las FARC-EP y que era considerada como una medida de disciplinamiento necesaria para mantener a los y las combatientes disponibles para la guerra. De aplicarse el artículo 146 del PLE 008-016/17, un número significativo de miembros de las FARC serían sancionados con penas privativas de la libertad entre 4 y 10 años (Art. 124 Ley 599 de 2000) y se perderían todos los acuerdos llegados en materia de penas previstos en el procedimiento establecido en el Acuerdo Final. Así, la norma bajo estudio rompe con un acuerdo fundamental para haber logrado el fin del conflicto armado con las FARC-EP, que es precisamente la fórmula de balance entre los valores de justicia y paz, en la que a cambio de la desmovilización, la verdad y la reparación, los combatientes tendrían acceso a un tratamiento punitivo más benigno que el ordinario. Por el contrario, el artículo 146 del PLE 008-016/17 otorga total preponderancia a la justicia ordinaria sobre la paz y, de esa manera, pone en riesgo el cumplimiento del Acuerdo Final y desconoce su carácter de cierre del conflicto armado.

Lo anterior no quiere decir que estemos en desacuerdo con la pérdida de beneficios o subrogados penales en el marco de la JEP a aquellos excombatientes que incumplan con sus obligaciones en

---

<sup>107</sup> Revista *Semana*. “Los Comandantes me obligaban a estar con ellos a la fuerza”. 25 de julio de 2016. En <https://www.semana.com/nacion/articulo/violencia-sexual-en-las-farc-fiscalia-presenta-informe/483340>

<sup>108</sup> *El Espectador*. “Fiscalía denuncia que aborto forzado fue política de las FARC”. 11 de diciembre de 2016. En <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/fiscalia-denuncia-aborto-forzado-fue-politica-de-farc-articulo-604919>

<sup>109</sup> *WRadio*. “Fiscalía Investiga 150 abortos forzados a guerrilleras de las FARC”. 11 de diciembre de 2015. En <http://www.wradio.com.co/noticias/actualidad/fiscalia-investiga-150-abortos-forzados-a-guerrilleras-de-las-farc/20151211/nota/3018046.aspx>

<sup>110</sup> CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. ¡Basta ya! Colombia: memorias de guerra y dignidad. Bogotá: Imprenta Nacional, 2013. P.8.

<sup>111</sup> CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. La guerra inscrita en el cuerpo. Informe nacional de violencia sexual en el conflicto armado. Bogotá: CNMH, 2017. P.172.

materia de verdad, justicia y reparación. Eso será objeto de análisis por parte de la JEP, en cada caso particular. Como lo prevé el AL 2/17, las partes tienen la obligación de respetar de buena fe lo pactado en el Acuerdo Final, en aras de la construcción de una paz estable y duradera. Esto significa que tanto los excombatientes tienen la obligación de cumplir con sus compromisos -por ejemplo en reparar a las víctimas y contar toda la verdad de los hechos referidos al conflicto armado-, como las instituciones del Estado tienen la obligación de cumplir a cabalidad cada uno de los puntos convenidos en este largo proceso de negociación con las FARC-EP, lo que aplica también al Congreso de la República al momento de regular las sanciones a imponer en la JEP.

Así las cosas, la excepción contemplada en el artículo 146 objeto de estudio reabre una discusión sobre cómo tratar punitivamente los crímenes cometidos con ocasión del conflicto armado con las FARC-EP, lo cual ya había sido resuelto en el marco del proceso de paz y cuyo acuerdo es un pilar fundamental del Acuerdo Final que permitió terminar un conflicto armado. Como ya hemos señalado, ni el Acuerdo Final ni el artículo 13 transitorio del artículo 1 del AL 1/17 prevén excepciones a la aplicación de sanciones propias, alternativas y ordinarias en la JEP para ningún tipo de conductas cometidas con ocasión del conflicto armado. Por lo tanto, la expedición de este artículo, que busca exceptuar la aplicación de las sanciones particulares de la JEP para delitos sexuales cometidos contra niños, niñas y adolescentes, constituye un desarrollo normativo del Acuerdo Final que no guarda coherencia e integralidad con lo acordado ni preserva los contenidos, los compromisos, el espíritu ni los principios del mismo, contrario a lo dispuesto en el AL 2/17.

En conclusión, el artículo 146 de la ley estatutaria es una modificación sustancial en materia de penas del Acuerdo Final que desconoce el arreglo de justicia transicional que permitió terminar el conflicto armado entre el Gobierno colombiano y las FARC y, en consecuencia, vulnera el AL 2/17 según el cual las instituciones y autoridades del Estado tienen la obligación de cumplir de buena fe con lo establecido en el Acuerdo Final. Es decir, las actuaciones de todos los órganos y autoridades del Estado, los desarrollos normativos del Acuerdo Final y su interpretación y aplicación deberán guardar coherencia e integralidad con lo acordado, preservando los contenidos, los compromisos, el espíritu y los principios del Acuerdo Final. Por las razones esbozadas en este apartado, consideramos que el 146 del PLE 008-16/2017 debe ser declarado **INEXEQUIBLE**.

#### **6.4 Violación del principio de proporcionalidad de las penas.**

Como ya hemos señalado, el Congreso de la República goza de una amplia competencia al momento de definir la política criminal, no obstante, existen límites constitucionales al poder punitivo. Uno de estos límites es el principio de proporcionalidad de las penas, el cual está relacionado con la facultad del legislador de definir las sanciones de los tipos penales en cuanto a

su clase y su cuantía. En este apartado sostendremos que el artículo 146 de la PLE 008-16/2017, desconoció dicho principio al pretender dar un trato punitivo distinto a los delitos que constituyen violencia sexual contra niños, niñas y adolescentes frente a otros delitos que, dentro del contexto particular del conflicto armado, constituyen delitos de gravedad similar, lo que desconoce el principio de igualdad.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el Congreso de la República es el competente para diseñar la política criminal, dentro de la que se encuentra la definición de las conductas que deben ser tipificadas, las sanciones que deben imponerles a cada una, así como el procedimiento para imponer dichas sanciones<sup>112</sup>. Particularmente frente a la potestad de imponer sanciones, al legislador le corresponde determinar un rango punitivo para cada delito, estableciendo un mínimo y un máximo de sanción, de acuerdo a la ponderación que este haga del daño social que genera la lesión del bien jurídico que decidió proteger mediante la creación del tipo penal<sup>113</sup>. En este ejercicio de la libertad de configuración normativa, el legislador goza de un alto margen de discrecionalidad.

No obstante, dicho margen de discrecionalidad no es absoluto, pues debe respetar algunos límites impuestos por la propia Constitución. Uno de estos límites está en el principio de proporcionalidad. Este principio, que ha sido entendido como una “prohibición de exceso”, encuentra sustento en los artículos 1° (Estado social de derecho, principio de dignidad humana), 2° (principio de efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución), 5° (reconocimiento de los derechos inalienables de la persona), 6° (responsabilidad por extralimitación de las funciones públicas), 11 (prohibición de la pena de muerte), 12 (prohibición de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes), 13 (principio de igualdad) y 214 (proporcionalidad de las medidas excepcionales) de la Constitución Política.

En sentido constitucional, la proporcionalidad es un principio busca asegurar que el poder público actúe dentro del marco del Estado de derecho, sin excederse en el ejercicio de sus funciones<sup>114</sup>. El cambio político de un Estado liberal de derecho, fundado en la soberanía nacional y en el principio de legalidad, a un Estado Social de derecho cuyos fines esenciales son, entre otros, el servicio a la comunidad, la garantía de efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales y la protección de los derechos y libertades, presupone la utilización medida, justa y ponderada de la coerción estatal, de manera que esta se enmarque dentro de los derechos y libertades constitucionales de las personas<sup>115</sup>. De allí que, *“sólo el uso proporcionado del poder punitivo del Estado, esto es acorde con el marco de derechos y libertades*

---

<sup>112</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-468 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; Sentencia C-247 de 2004; Sentencia C-034 de 2005.

<sup>113</sup> Sentencia C-285 de 1997. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

<sup>114</sup> Sentencia C-916 de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>115</sup> Sentencia C-070 de 1996. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

*constitucionales, garantiza la vigencia de un orden social justo, fundado en la dignidad y la solidaridad humanas*”<sup>116</sup>.

En materia penal, el principio de proporcionalidad se manifiesta en la restricción a la facultad del legislador de fijar cualquier pena con independencia de la gravedad del hecho punible y su incidencia sobre los bienes jurídicos tutelados<sup>117</sup>. En consecuencia, la proporcionalidad se traduce en una exigencia de que haya una adecuación entre la gravedad de la conducta delictiva y la sanción penal que le corresponda. Así, la proporcionalidad traza los límites de la pena y la medida concreta de la misma<sup>118</sup>. En virtud de lo anterior, al momento de la determinación de las penas, el principio de proporcionalidad de la pena prescribe al legislador unos imperativos mínimos al fijar los marcos punitivos atendiendo a: (i) la importancia del bien jurídico tutelado; (ii) la gravedad de la amenaza o ataque a ese bien jurídico; (iii) el ámbito diferenciado (dolo o culpa) de responsabilidad subjetiva del infractor; (iv) la actitud procesal del imputado<sup>119</sup>.

Una consecuencia que se deriva de la proporcionalidad en la dosimetría penal es que el tratamiento procesal y punitivo previsto para los delitos de mayor entidad y gravedad será más severo que el dado a los hechos punibles de menor gravedad<sup>120</sup>. En ese sentido, asignar a unos mismos hechos sanciones diferentes implica que el legislador considera que las conductas o no son igualmente lesivas o no merecen el mismo reproche. Al respecto la Corte Constitucional ha considerado que, *“la benignidad del trato comporta una consideración sobre la menor lesividad del hecho, menor trascendencia del bien jurídico protegido o menor reprochabilidad del acto”*<sup>121</sup>. Así pues, en aras de conservar la proporcionalidad de las penas y evitar incurrir en excesos punitivos, el legislador debe propender por otorgar un tratamiento punitivo similar a delitos de un nivel similar de lesividad, mientras que frente a delitos desiguales en su grado de lesividad, deberá asignar sanciones desiguales en gravedad.

No obstante lo anterior, un tratamiento legislativo diferente no implica *per se* una violación del principio de proporcionalidad, siempre y cuando dicha diferenciación sea objetiva y razonable<sup>122</sup>. La Corte ha reiterado que el legislador goza de discrecionalidad para establecer penas diversas a distintos hechos punibles, pero siempre y cuando *“se fundamenten en criterios de razonabilidad*

---

<sup>116</sup> Sentencia C-070 de 1996. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Sentencia C-1404 de 2000. M.P. Carlos Gaviria Díaz y Álvaro Tafur Galvis; Sentencia C-226 de 2002. M.P. Álvaro Tafur Galvis; Sentencia C-238 de 2005. M.P. Jaime Araújo Rentería; Sentencia C-181 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

<sup>117</sup> Sentencia C-070 de 1996. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>118</sup> Sentencia C-647 de 2001. M.P. Alfredo Beltrán Sierra; Sentencia C-916 de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>119</sup> Sentencia C- 108 de 2017. M.P.

<sup>120</sup> Sentencia C-840 de 2000. M.P. Carlos Gaviria Díaz; Sentencia C-1090 de 2003. M.P.

<sup>121</sup> Sentencia C-285 de 1997. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

<sup>122</sup> Sentencia C-1116/03. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

*y proporcionalidad que atiendan una valoración objetiva de elementos tales como, la mayor o menor gravedad de la conducta ilícita, la mayor o menor repercusión que la afectación del bien jurídico lesionado tenga en el interés general y en el orden social, así como el grado de culpabilidad, entre otros*<sup>123</sup>.

La Corte Constitucional ha evaluado la proporcionalidad de las penas establecidas para diversos tipos penales, y bajo dicho análisis ha examinado si el tratamiento punitivo acordado a diversas conductas obedece a razones relativas a su mayor o menor gravedad. Así por ejemplo, en la Sentencia C-1112 de 2000 la Corte declaró inexecutable una norma que impedía a los autores de contravenciones acumular rebajas de penas, en razón de la confesión del hecho, que excedieran la mitad de la pena impuesta. La Corte, al encontrar que dicha limitación no existía para los autores de delitos, encontró que la norma vulneraba el principio de proporcionalidad, en tanto no había justificación jurídica, política o criminológica que sustentara dicha diferencia de trato, particularmente cuando los autores de delitos, que cometen actos más graves que lesionan bienes jurídicos fundamentales, recibirían un tratamiento más benigno.

Por otra parte, en la Sentencia C-829 de 2014, la Corte declaró la exequibilidad de los artículos 108 y 128 de la Ley 599 de 2000, que consagraban circunstancias de atenuación punitiva en los delitos de homicidio y abandono de menores cuando se tratara de madres que dieran muerte o abandonaran a los hijos cuya concepción fuese producto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas. En esa oportunidad, la Corte estudió esta diferencia de trato punitivo entre los tipos penales básicos y las circunstancias de atenuación y halló que, en tanto las autoras de tales delitos también son víctimas de ilícitos contra su libertad, integridad y dignidad, las normas de atenuación punitiva consagraban supuestos de hecho diferentes a aquellos de los tipos penales básicos. Así, tratándose de situaciones desiguales resultaba procedente otorgarles un trato desigual. En palabras de la Corte: “[...] no se puede admitir la aplicación de consecuencias jurídicas iguales a circunstancias fácticas diferentes”<sup>124</sup>.

En relación con el caso concreto, el artículo 146 del PLE 008-16/2017 asigna una pena diferente a los delitos sexuales cometidos contra niños, niñas y adolescentes, con respecto a otros delitos de igual gravedad también cometidos en el marco del conflicto armado. A continuación explicamos por qué este trato diferenciado vulnera el principio de proporcionalidad de las penas.

Bajo el Acuerdo Final, existe una categoría de delitos que, por constituir las más graves infracciones al los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario, recibirán un tratamiento punitivo específico dentro del marco de la JEP. Esta categoría incluye los delitos de

---

<sup>123</sup> Sentencia C-1404 de 2000. M.P. Carlos Gaviria Díaz y Álvaro Tafur Galvis; Sentencia C-840 de 2000. M.p. Carlos Gaviria Díaz; Sentencia C-317 de 2002. M.P. Clara Inés Vargas Hernández; Sentencia C-226 de 2002. M.P. Álvaro Tafur Galvis; Sentencia C-328 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; Sentencia C-181 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

<sup>124</sup> *Ibíd.*



lesa humanidad, el genocidio, los graves crímenes de guerra, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado y el reclutamiento de menores<sup>125</sup>.

Frente a estos delitos no es posible aplicar amnistías ni indultos, de conformidad con la obligación del Estado colombiano bajo el Derecho Internacional Humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos de investigar, juzgar y sancionar las más graves violaciones de derechos humanos. Por lo tanto, se deberán aplicar las sanciones que prevé la JEP, que como ya explicamos, pueden ser propias, alternativas u ordinarias. Estas sanciones, además, se aplicarán de acuerdo a criterios como el nivel de verdad que otorgue la persona y el momento procesal en que ella se otorgue. Así por ejemplo, como explicamos anteriormente, para quienes reconozcan verdad y responsabilidad ante la sala de reconocimiento serán aplicables las sanciones propias, que tendrán una función predominantemente reparadora y restaurativa del daño y podrán oscilar entre 5 y 8 años. Para quienes reconozcan verdad y responsabilidad ante la Sección de Primera Instancia, antes de proferir sentencia, aplicarán las sanciones alternativas, que consisten esencialmente en pena privativa de la libertad entre cinco y ocho años. Finalmente, para quienes no reconozcan verdad y responsabilidad y sean condenados por el Tribunal para la Paz, aplicarán las sanciones ordinarias, que comprenden la restricción efectiva de la libertad que en los casos más graves no será inferior a quince años ni superior a veinte años.

La violencia sexual cometida contra niños, niñas y adolescentes se encuentra dentro de esta categoría de delitos que constituyen las más graves infracciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario. Se trata de un conjunto de conductas cuyo nivel de reproche social, especialmente dentro del contexto de un conflicto armado, revisten un nivel similar de gravedad. En efecto, el Acuerdo Final no establece una jerarquía entre estos delitos sino que les da un tratamiento punitivo en bloque: no admite la aplicación de amnistías e indultos sobre ninguno de ellos y la aplicación de sanciones depende principalmente del nivel de verdad otorgada y no de la naturaleza misma de la conducta. De ello se desprende que la violencia sexual contra niños, niñas y adolescentes es, dentro del contexto de la guerra, un delito de un nivel de gravedad similar a la tortura, las ejecuciones extrajudiciales o la desaparición forzada.

Esto último nos permite considerar que el hecho de que mediante el artículo 146 del PLE 008-16/2017 se pretenda dar un trato punitivo diferente a los delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes que a otros delitos que revisten similar gravedad en el contexto del conflicto armado, constituye una vulneración del principio de proporcionalidad. El artículo 146 bajo estudio pretende que, por ejemplo, una persona condenada por aborto forzado cometido contra una menor de edad, sea procesada con penas otorgadas por el código penal y sin derecho a ningún beneficio o subrogado penal. En contraste, una persona condenada por cometer, por

---

<sup>125</sup> Acuerdo Final, numeral 40, p. 151.

ejemplo, una masacre en contra de diez niños en el marco del conflicto armado, sería juzgada dentro de las reglas de la JEP con los beneficios y subrogados penales que eso implica.

En este caso estamos frente a dos delitos de un nivel similar de gravedad dentro de un contexto de conflicto armado, donde dichas violaciones a los derechos humanos fueron masivas y sistemáticas, pero que sin embargo reciben un trato diferenciado. De lo anterior surgen las preguntas de ¿cuál es la razón por la que dos delitos graves cometidos contra menores de edad en el marco del conflicto armado –como son el aborto forzado, las masacres y los asesinatos– tendrían penas distintas? ¿Si el delito de violencia sexual en el marco del conflicto armado se encuentra en la categoría de las más graves infracciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, y por ende fuera de toda posibilidad de amnistías e indulto, por qué debería ser tratado de forma diferenciada con respecto a otros delitos como el homicidio, la masacre, la tortura o la desaparición?

Las gacetas del congreso, en donde se debatió el proyecto de Ley Estatutaria objeto de estudio, no explican las razones de este trato diferenciado con base la mayor o menor gravedad de la conducta ilícita o la mayor o menor repercusión que la afectación del bien jurídico lesionado tenga en el interés general y en el orden social, que son los criterios requeridos por el principio de proporcionalidad. Así las cosas, aunque es posible que la cuantificación de las penas varíe frente a la comisión de hechos de igual gravedad, si no existen argumentos que expliquen esta diferenciación, con base en los criterios mencionados, se estaría vulnerando el principio de proporcionalidad de las penas.

Adicionalmente, la aplicación del artículo 146 del PLE 008-16/2017 impide que exista el mismo aporte de verdad que ofrece el sistema de sanciones de la JEP. El Acuerdo Final señala que, en aras de garantizar el derecho a la verdad de las víctimas del conflicto armado, existirán mecanismos judiciales y extra judiciales que contribuyan al esclarecimiento de la verdad. Específicamente, el Acuerdo Final señala que para acceder al tratamiento especial previsto en el componente de Justicia es necesario aportar verdad plena, reparar a las víctimas y garantizar la no repetición, so pena de perder los beneficios plasmados en el acuerdo de paz. Aportar verdad plena significa “relatar, cuando se disponga de los elementos para ello, de manera exhaustiva y detallada las conductas cometidas y las circunstancias de su comisión, así como las informaciones necesarias y suficientes para atribuir responsabilidades, para así garantizar la satisfacción de los derechos de las víctimas a la reparación y a la no repetición.”<sup>126</sup>

En la medida en que las sanciones previstas en la Ley 599 de 2000 no se gradúan según el nivel de verdad que ofrezca la persona y, por ende, no existen estímulos para que la verdad sobre lo sucedido sea revelada y con ello hacer efectivos los derechos de las víctimas, este derecho de las víctimas se perdería. En otras palabras, el quiebre del sistema de penas de la JEP con la

---

<sup>126</sup> Acuerdo Final, numeral 12, p. 146.

exclusión de los delitos de violencia sexual a NNA implicaría, además de una violación al principio de proporcionalidad de las penas, la pérdida de las víctimas de su derecho a la verdad garantizado por el sistema integral de verdad, justicia, Reparación y No Repetición.

En síntesis, consideramos que otorgar un trato punitivo disímil a dos conductas que comportan un nivel similar de gravedad dentro del marco de un conflicto armado es una decisión desproporcionada del legislador, que desconoce el principio de igualdad y que de suyo implican una transgresión a los límites de la libertad de configuración punitiva que le asiste al legislador, y el derecho a la verdad de las víctimas. En virtud de lo anterior consideramos que el artículo 146 del PLE 008-16/2017 es una medida inconstitucional que debe ser declarada **INEXEQUIBLE**.

## **7 ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD DEL GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN DE LA JEP DE CONFORMIDAD CON EL PLE 008-016/17**

En esta sección expondremos las razones por las que consideramos que el diseño del modelo de gobierno y de administración de la JEP establecido en el título VI del PLE-JEP se ajusta a la Constitución Política y al Acto Legislativo 01 de 2017 en términos generales. Sin embargo, consideramos que es necesario que la Corte Constitucional condicione la interpretación del primer inciso del artículo 112, algunos de los numerales del mismo artículo (numerales 2, 3, 7, y 8) y del segundo inciso del artículo 113 del PLE-JEP, pues estas disposiciones tienen ciertos sentidos que estarían en contra de principios o derechos constitucionales.

En concreto, las interpretaciones de estas disposiciones que consideramos inconstitucionales son: i) la aparente falta de aplicación de los principios constitucionales de economía, celeridad y eficiencia al Órgano de Gobierno provisional creado en el inciso primero del artículo 112 del PLE-JEP, ii) la asignación de macrofunciones al Órgano de Gobierno de la JEP en los numerales 2, 3, 7 y 8 del artículo 112 del PLE-JEP, en los cuales se incluyen simultáneamente dimensiones de gobierno y de administración sin diferenciar las de dirección corresponden al órgano ejecutivo (Secretaría Ejecutiva), lo que contraría los principios de eficiencia administrativa, economía en los asuntos públicos, transparencia y correcta colaboración armónica entre las instituciones del Estado; y iii) el alcance de la subordinación de la Secretaría Ejecutiva al Órgano de Gobierno establecida en el artículo 113 del PLE-JEP, puesto que si bien es constitucional que esté subordinada en sus funciones de carácter administrativo, no lo es respecto de sus funciones asociadas a la garantía de derechos de defensa de los procesados y a la participación de víctimas, pues esto vulneraría el principio de imparcialidad.

### **7.1 Aplicabilidad de los principios de la gestión pública al órgano de gobierno de la Jurisdicción Especial de Paz.**

En términos generales, defendemos que el diseño del modelo de gobierno y administración de la JEP establecido en el título VI del PLE 008-016/17 se ajusta a la Constitución Política. El

modelo reconoce y desarrolla los principios constitucionales que rigen la administración de justicia y la organización y gestión de los asuntos públicos (artículo 206 y 267 de la Constitución Política). Esto se evidencia en los artículos 79-t, 84-g (eficiencia, eficacia y celeridad en la gestión), en el párrafo del artículo 14 (garantía de participación de las víctimas) y en el artículo 117 (derecho a la defensa) del PLE 008-016/17.

Con todo, consideramos necesario que la Corte precise que, en coherencia con lo establecido en el numeral 13 del comunicado de prensa No. 55 de 2017 de la sentencia C-674 de 2017, el artículo 112 del PLE que reglamenta el órgano de gobierno de la jurisdicción debe ser interpretado “de conformidad con los principios que orientan la función pública y, en particular, aquellos que se desprenden de los artículos 6 y 209 de la Constitución”.

El mencionado artículo establece que “[e]n tanto los magistrados de la JEP no definan una instancia de gobierno conforme a lo previsto en el párrafo 2 del artículo transitorio 5 creado por el Acto Legislativo 01 de 2017, la JEP tendrá un Órgano de Gobierno cuyo objeto será el establecimiento de los objetivos, planificación, orientación de la acción y fijación de la estrategia general de la Jurisdicción”.

El artículo crea un órgano de gobierno provisional mientras los magistrados de la JEP definen su propia instancia de gobierno. El hecho de que dicho órgano provisional no esté expresamente llamado a garantizar que sus decisiones respondan a los principios de economía, celeridad y eficiencia puede llevar a una interpretación equivocada, según la cual los principios y reglas establecidas en el artículo transitorio 5° del artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2017 y demás principios constitucionales aplicarían únicamente al órgano de gobierno que definan los magistrados de la JEP. Esta interpretación contraviene los principios constitucionales que deben seguir la administración de justicia y la organización y la gestión de los asuntos públicos.

En consecuencia, solicitamos a la Corte Constitucional que declare que el artículo 112 del PLE-JEP es **EXEQUIBLE** en el entendido de que el órgano de gobierno creado por el legislador, al igual que el que puedan diseñar los magistrados de la JEP, tiene la obligación respetar y garantizar los principios constitucionales de eficacia, eficiencia y economía en la gestión de los recursos.

## **7.2 Funciones de gobierno y de administración en la Jurisdicción Especial para la Paz.**

El título VI del PLE diseña un modelo de gobierno y administración compuesto por un órgano de gobierno “cuyo objeto será el establecimiento de los objetivos, planificación, orientación de la acción y fijación de la estrategia general de la Jurisdicción” (artículo 112 PLE); y por una

Secretaría Ejecutiva encargada de distintas funciones administrativas que deben ser ejercidas bajo la orientación del órgano de gobierno.

Este modelo se ajusta a la Constitución y desarrolla los principios de eficiencia administrativa y técnica que deben regir las actuaciones y decisiones del Estado, según el artículo 209 de la Constitución, en la medida en que fomenta la especialización entre las labores de gobierno y de administración. Mientras el órgano de gobierno se encarga de establecer el direccionamiento estratégico y regulatorio de la jurisdicción, el órgano de administración se encarga de materializar los principios, lineamientos y estrategias emitidos por el órgano de gobierno. Este modelo también garantiza el principio de actuación armónica entre las instituciones del Estado (artículo 113 de la Constitución Política) al generar relaciones de coordinación entre el gobierno y la administración de la JEP.

Sin embargo, en evidente contradicción con el diseño general planteado en el primer inciso del artículo 112, este mismo artículo impone en cabeza del órgano de gobierno el ejercicio de algunas funciones que no corresponden, o no corresponden en su totalidad, al nivel de gobierno de la JEP. En efecto, las funciones consagradas en los numerales 2 (“definir y adoptar la planta de personal de la JEP”), 3 (“determinar la estructura orgánica de la JEP”), 7 (“desarrollar y adoptar el procedimiento para la contratación y demás aspectos de funcionamiento en los aspectos no previstos por el legislador”) y 8 (“determinar las, (sic) nomenclatura, requisitos, funciones y competencias de los empleos que conforman la planta de personal de la JEP”) son macrofunciones que tienen dos niveles de decisión y ejecución. Por un lado, estas funciones requieren decisiones que establezcan los criterios y lineamientos generales, asunto que le correspondería al nivel de gobierno de la JEP; y, por otro lado, también requieren un desarrollo técnico que materialice, a partir de la información y el conocimiento especializado en gestión de las organizaciones, la forma más eficiente de desarrollar y ejecutar los lineamientos definidos con los recursos disponibles. Esta dimensión le correspondería por la experticia técnica, al órgano de administración, es decir, a la Secretaría Ejecutiva.

En este sentido, consideramos necesario que la Corte advierta que algunas de las funciones asignadas al órgano de gobierno en el artículo 112 del PLE –los numerales 2, 3, 7 y 8- deben interpretarse en el entendido de que se refieren a la orientación, guía y aprobación más que a su diseño y ejecución, pues estas últimas son tareas de la instancia encargada de la administración.

Como ya mencionamos, el órgano de gobierno de la JEP tiene como objeto la definición de los objetivos, la planificación, la orientación de la acción y la fijación de la estrategia general de la JEP; y, para materializar técnicamente estos lineamientos, el Acto Legislativo 01 de 2017 (artículo transitorio 7° del Artículo 1°) estableció que el nivel técnico y operativo de la gestión de la JEP le corresponde a la Secretaría Ejecutiva.

Así, para que el diseño institucional creado por el PLE de administración de justicia de la JEP sea un desarrollo real de los principios de eficiencia administrativa, economía en los asuntos públicos, transparencia y correcta colaboración armónica entre las instituciones del Estado, es necesario que la Corte Constitucional condicione la interpretación de los numerales 2º, 3º, 7º y 8º del artículo 112 del PLE a la luz de los objetivos generales del modelo de gestión propuesto. Pedimos, en consecuencia, que se declare la constitucionalidad condicionada de estos numerales, advirtiendo que sólo serán exequibles en la medida en que se entienda que las expresiones “definir” (numeral 2), “determinar” (numeral 3), “desarrollar” (numeral 7) y “determinar” (numeral 8) contenidas en estos numerales deben ser interpretadas en función de la relación que existe entre el órgano de gobierno –como guía y encargado de la aprobación final- y la Secretaría Ejecutiva como órgano encargado de la administración –operador técnico que debe diseñar y proponer-.

### **7.3 Naturaleza de las funciones de la Secretaría Ejecutiva de la JEP**

La Secretaría Ejecutiva de la JEP, según el diseño del AL 1/17, tiene una naturaleza mixta. Por un lado, es la encargada de las dimensiones técnica y operativa de la administración de la jurisdicción (artículo transitorio 7 del artículo 1º del AL 1/17); por otro lado, presta algunas funciones de apoyo a los procesos que lleva la JEP (recibir informes y actas, hacer informes, remitir informes a las Salas, entre otros) y tiene funciones esenciales que permiten garantizar los derechos de las víctimas y de los procesados en la JEP (administrar el sistema autónomo de asesoría y defensa y garantizar la participación de las víctimas en los procesos).

Esta triple naturaleza de las funciones de la Secretaría Ejecutiva (SE) se evidencia en el listado de funciones que le asigna el artículo 114 del PLE. En este listado, las funciones 1 a 12 tienen que ver con el apoyo a los procesos que lleva la JEP; las funciones consagradas en los numerales 13 y 15 al 32 tienen que ver con las labores de gestión técnica y operativa; y las funciones establecidas en el numeral 14 y en el artículo 117 tienen que ver con las garantías de los derechos de las víctimas y los procesados.

Ahora bien, el inciso segundo del artículo 113 del PLE establece que

“La Secretaría Ejecutiva se encargará de la administración y ejecución de los recursos **bajo la orientación de la presidencia o de la instancia de gobierno de la JEP**, estará enfocada en la organización de los mismos para el logro de los objetivos establecidos para la JEP y en la ejecución centralizada de procesos de adquisición de bienes y servicios, gestión del talento humano, logística, gestión tecnológica, gestión financiera, entre otros.” (Negrillas por fuera del texto original)

Esta subordinación de la Secretaría Ejecutiva a la orientación del órgano de gobierno de la JEP es constitucional respecto de las funciones asociadas a las dimensiones técnica y operativa de la administración de la jurisdicción -como señalamos en el apartado anterior-, pero no lo es respecto de las funciones asociadas a la garantía de los derechos de defensa y participación de víctimas en los procesos. Una subordinación en ese sentido sería contraria a la Constitución, porque vulneraría el principio de imparcialidad al tener influencia los magistrados en la administración del esquema de defensa y de participación de víctimas en los procesos; y vulneraría el derecho fundamental a la defensa y los derechos a la participación de las víctimas. Frente a las funciones de apoyo a los procesos, la definición de la relación entre la SE y los órganos de la JEP es un asunto propio a definir en el modelo de organización interna de la jurisdicción.

En consecuencia, pedimos a la Corte declarar la constitucionalidad condicionada del inciso segundo del artículo 113 del PLE, en el entendido de que la subordinación de la Secretaría Ejecutiva al órgano de gobierno de la JEP se refiere al ejercicio de las funciones relativas a la administración y ejecución derivadas del nivel técnico y operativo asignado a la SE y no a aquellas en las que la Secretaría tiene a su cargo la garantía y administración de mecanismos que aseguren una correcta participación de los procesados y las víctimas en los procesos que adelante la JEP.

## 8 PETICIONES

De forma respetuosa solicitamos a la Corte Constitucional, con base en los fundamentos arriba expuestos,

1. Declarar **INEXEQUIBLE** el artículo 146 del PLE 008-016/17 que dispone la imposición de sanciones de la Ley 599 de 2000 y prohíbe la aplicación de subrogados penales a quienes cometieron delitos de violencia sexual contra niños, niñas y adolescentes dentro del marco del conflicto armado.
2. Declarar **INEXEQUIBLE** el el parágrafo 2º del artículo 19 del PLE 008-016/17, sobre el principio de selección en la administración de justicia de la JEP.
3. Declarar **INEXEQUIBLE** el inciso segundo (parcial) del literal *b* del artículo 79 del PLE 008-016/17, relativo a la prohibición de la Sala de Verdad y Reconocimiento de Responsabilidad de la JEP de acceder a las compulsas de copias realizadas en el marco del procedimiento penal especial de Justicia y Paz en contra de terceros civiles y agentes estatales no combatientes.

4. Declarar **INEXEQUIBLES** los párrafos únicos de los artículos 100 y 104 del PLE 008-016/17, que consagran unos requisitos para la posesión de magistrados de las Salas y el Tribunal para la Paz de la JEP, que son adicionales a los indicados en la Constitución Política y en la Ley 270 de 1996.
5. Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 31 del PLE 008-016/17, que establece las reglas específicas de la simultaneidad entre la participación política de excombatientes y el cumplimiento de sanciones ante la JEP, con excepción de la expresión “alternativas” del inciso primero, que solicitamos declarar **INEXEQUIBLE**.
6. Declarar **CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE** el artículo 112 del PLE 008-016/17 bajo el entendido de que el órgano de gobierno creado por el legislador, al igual que el que puedan diseñar los magistrados de la JEP, tiene la obligación respetar y garantizar los principios constitucionales de eficacia, eficiencia y economía en la gestión de los recursos.
7. Declarar **CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE** de los numerales 2º, 3º, 7º y 8º del artículo 112 del PLE 008-016/17, advirtiendo que sólo serán exequibles en la medida en que se entienda que las expresiones “definir” (numeral 2), “determinar” (numeral 3), “desarrollar” (numeral 7) y “determinar” (numeral 8) contenidas en estos numerales deben ser interpretadas en función de la relación que existe entre el órgano de gobierno – como guía y encargado de la aprobación final- y la SE como órgano encargado de la administración –operador técnico que debe diseñar y proponer-.
8. Declarar **CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE** el inciso segundo del artículo 113 del PLE, en el entendido de que la subordinación de la Secretaría Ejecutiva al órgano de gobierno de la JEP se refiere al ejercicio de las funciones relativas a la administración y ejecución derivadas del nivel técnico y operativo asignado a la SE y no a aquellas en las que la Secretaría tiene a su cargo la garantía y administración de mecanismos que aseguren una correcta participación de los procesados y las víctimas en los procesos que adelante la JEP.

Respetuosamente,



César Rodríguez Garavito

CC. 79.555.322

Rodrigo Uprimny Yepes

CC. 79.146.539

Irina Junieles Acosta

CC. 45.483.429

Nelson Camilo Sánchez León

CC. 11.203.155

Diana Isabel Güiza Gómez

CC.1.110.497.770

Nina Chaparro González

CC. 1.010.168.351

Alejandro Jiménez Ospina

CC. 1.037.620.354

Hobeth Martínez Carrillo

CC.1.106.772.618

Vanessa Daza Castillo

CC. 1.120.747.318

Juan Sebastián Hernández Moreno

CC. 1.019.060.384