



LAWYERS WITHOUT BORDERS  
**AVOCATS SANS FRONTIERES**  
ABOGADOS SIN FRONTERAS  
Canada



## Negociaciones de paz

---

Observaciones a los acuerdos parciales  
sobre víctimas en Colombia

© ASFC, 2016. Todos los derechos reservados.

Avocats sans frontières Canada

825, rue Saint-Joseph Est, bureau 230  
Québec (Québec), G1K 3C8, Canadá  
info@asfcanda.ca

Abogados sin fronteras Canadá en Colombia  
Carrera 21 No. 33-41, Oficina 201  
Barrio Teusaquillo  
Bogotá, Colombia  
info.colombia@asfcanda.ca

[www.asfcanda.ca](http://www.asfcanda.ca)

Documento de trabajo elaborado por ASFC, por Andrés Felipe Peña, Simon Crabb, Stelsie Angers y Estefanía Vargas, con la colaboración de Philippe Tremblay, Gael Petillón, Fiona Cook, Daniel Crespo y Josefina Peña.

Corrección de estilo, diseño y diagramación:  
CASA Creativa  
[casacreativa.ediciones@gmail.com](mailto:casacreativa.ediciones@gmail.com)

Este es un documento institucional, no está destinado a uso comercial ni a su venta. Se pueden hacer copias del documento para su difusión. Se permite su uso parcial o total siempre que se cite la fuente.

La presente publicación ha sido elaborada con el apoyo de la Unión Europea.  
El contenido de la misma es responsabilidad exclusiva de Abogados sin fronteras Canadá y en ningún caso debe considerarse que refleja los puntos de vista de la Unión Europea.

## ÍNDICE

<i>Abreviaturas</i>	4
<i>Prefacio</i>	6
<i>Resumen Ejecutivo</i>	8
<b>1. Introducción</b>	<b>10</b>
<b>2. Los mecanismos de justicia transicional para las víctimas del conflicto armado colombiano</b>	<b>13</b>
2.1 Medidas para las víctimas en el marco de las negociaciones con las FARC-EP	15
2.1.1 El Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición	18
i) La Jurisdicción Especial para la Paz	21
ii) Amnistías o indultos	27
iii) Criterios de selección y priorización	29
iv) Tratamiento diferencial	34
v) Modos de imputación de responsabilidad penal	37
vi) Las Penas en el Sistema Integral	41
2.2. Tratamiento en materia de delitos que configuren violencia basada en género y perspectiva de género.	48
<b>3. Conclusiones</b>	<b>50</b>



## ABREVIATURAS

Acuerdo General	Acuerdo general para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera
Comisión de la Verdad	Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición
CP	Constitución Política de Colombia
CPenal	Código Penal de Colombia
DIH	Derecho Internacional Humanitario
DIDH	Derecho Internacional de los Derechos Humanos
DPI	Derecho Penal Internacional
ELN	Ejército de Liberación Nacional
ER	Estatuto de Roma
FARC-EP	Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia –Ejército del Pueblo–
JEP	Jurisdicción Especial para la Paz
La Unidad	Unidad Especial para la Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado
Pre-acuerdo sobre víctimas	Borrador del Pre-acuerdo sobre el punto de víctimas del 15 de diciembre de 2015
Sala de reconocimiento	Sala de reconocimiento de verdad, de responsabilidad y de determinación de los hechos y conductas
SIVJRNR	Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición
TPP	Tribunal para la Paz



## PREFACIO

Desde el año 2003, Abogados sin Fronteras Canadá (ASFC) participa activamente en la promoción y protección de los derechos humanos y la lucha contra la impunidad en Colombia. ASFC apoya el trabajo de los y las abogados/as defensores/as de derechos humanos, con el objetivo de lograr el pleno respeto de los derechos de las víctimas, particularmente afectadas por el conflicto armado, ofreciendo respaldo en casos emblemáticos de graves violaciones a derechos humanos, acompañamiento internacional y sesiones de formación.

El presente informe es parte de un proyecto que implementa ASFC en asociación con Abogados sin Fronteras en Bruselas con el apoyo de la Unión Europea, cuyo objetivo es fortalecer la implementación en Colombia de los principios del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. ASFC hace mayor énfasis en el “principio de complementariedad”, según el cual se debe promover, ante todo, el uso de los mecanismos legales nacionales por parte de las víctimas, para investigar y sancionar a los máximos responsables de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra cometidos en Colombia.

En diciembre de 2014, ASFC publicó el informe “Paz con Justicia Transicional. Aportes para Colombia desde el Derecho Internacional” que analiza el escenario para un posible marco de justicia transicional resultante de las negociaciones de paz entre el gobierno colombiano y la organización guerrillera FARC-EP desde la perspectiva de las obligaciones internacionales del Estado colombiano y los derechos de las víctimas<sup>1</sup>.

Desde entonces, ASFC ha seguido con su labor de monitorear los avances de las negociaciones de paz entre las partes y resalta la importancia del preacuerdo sobre víctimas que se dio a conocer el 15 de diciembre del 2015, como un paso histórico para el reconocimiento de las víctimas del conflicto armado. Con base en este preacuerdo y otros avances relacionados, este texto pretende presentar los principales mecanismos de justicia transicional previstos en el Sistema Integral de Justicia, Verdad, Reparación y No Repetición, y hacer unas observaciones al respecto para asegurar su eventual cumplimiento con los estándares internacionales, recordando siempre que aún son acuerdos parciales y que en palabras de las partes negociadoras “nada está acordado hasta que todo esté acordado”.

Con la publicación de este informe, ASFC espera aportar a la consolidación de un eventual marco jurídico que cumpla con las obligaciones internacionales del Estado colombiano y que vele por los derechos de las víctimas, así como en su labor de monitoreo en Colombia que continuará contribuyendo de manera constructiva a los esfuerzos del Estado de garantizar los derechos de las víctimas a la justicia.



Pascal Paradis

Director General - ASFC

---

1 ASFC, Paz con Justicia Transicional. Aportes para Colombia desde el Derecho Internacional, disponible en [http://www.asfcanada.ca/uploads/publications/uploaded\\_informe-paz-con-justicia-transicional-version-lance-ment-2014-11-25-pdf-61.pdf](http://www.asfcanada.ca/uploads/publications/uploaded_informe-paz-con-justicia-transicional-version-lance-ment-2014-11-25-pdf-61.pdf)

## RESUMEN EJECUTIVO

Por décadas, el conflicto armado colombiano ha sido escenario de graves violaciones a los derechos humanos, de las cuales muchas permanecen en la impunidad. A raíz del pre-acuerdo pactado el 15 de diciembre 2015 entre el Gobierno de Colombia y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia –Ejército del Pueblo- (en adelante “FARC-EP”) en la Mesa de Conversaciones de Paz, en La Habana (Cuba), en relación con las medidas para satisfacer los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y no repetición, la comunidad internacional, las organizaciones de derechos humanos y la sociedad colombiana han iniciado un amplio debate sobre lo pactado.

La experiencia internacional señala que todo proceso de justicia transicional implica el diseño de mecanismos judiciales y extrajudiciales transitorios para asegurar la transición hacia la paz y/o la democracia. Si bien es importante reconocer que la justicia perfecta es imposible, la impunidad es una violación al derecho internacional, en tanto conlleva el incumplimiento del deber estatal de garantizar los derechos reconocidos en los tratados de derechos humanos. Para ASFC, la paz y la justicia no son valores opuestos y la lucha contra la impunidad es una condición para alcanzar la reconciliación nacional y prevenir la comisión de futuros crímenes.

De manera general, lo pactado hasta ahora en la Mesa de Conversaciones contempla mecanismos de justicia transicional para delitos graves, amnistía o indulto general para delitos políticos y conexos, y la implementación de políticas públicas en temas como desarrollo agrario, política de drogas y participación política, junto con mecanismos de construcción de confianza y otras medidas para asegurar el cumplimiento de lo acordado.

Conforme a los avances presentados, el presente informe busca describir de manera articulada los acuerdos parciales y los desarrollos legislativos y jurisprudenciales propuestos y promulgados hasta junio del 2016 en la Mesa de Conversaciones, en relación con los mecanismos de justicia transicional para las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos y/o infracciones graves al DIH, con énfasis en las medidas judiciales destinadas a ellas. Además, con el objetivo de evaluar la existencia de potenciales tensiones con el ordenamiento jurídico internacional y mostrar las principales preocupaciones y retos identificados, se realiza un análisis conforme al derecho internacional de los mecanismos punitivos incluidos en el antes mencionado Pre-Acuerdo sobre Víctimas del 15 de diciembre de 2015, el cual dispuso la creación del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y Garantías de No Repetición (en adelante “SIVJRNR” o “Sistema integral”). El análisis se realiza a través de una visión complementaria y concurrente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), del Derecho Internacional Humanitario (DIH) y del Derecho Penal Internacional (DPI).

El informe presenta las medidas adoptadas para las víctimas desde el inicio de las conversaciones, enfatizando los componentes del SIVJRNR y profundizando en la Jurisdicción Especial para la Paz. Particularmente, analiza su funcionamiento, elementos para la selección y priorización como estrategia de investigación, las amnistías e indultos para los miembros de las FARC-EP, el tratamiento diferenciado dispuesto para los agentes del Estado y miembros de la guerrilla, los modos de imputación de responsabilidad penal, el sistema de penas propuesto y, finalmente, se realizan conclusiones, entre las cuales:

- Regular la conexidad del delito político de acuerdo con la prohibición de amnistías para graves violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario.
- Prestar atención especial a la debida tipificación de conductas que reúnen los elementos de crímenes internacionales, en especial los tipos que se encuentran bajo otra calificación en el código penal colombiano.

- Definir los criterios de selección y priorización en un sentido restrictivo como una excepción, y a la vez tener un mecanismo de control efectivo para analizar la decisión de investigar o no.
- Incluir una aplicación convergente y complementaria del DIH y el DIDH, conforme al ER, para la evaluación de la responsabilidad penal.
- Asegurar una interpretación de la responsabilidad del superior de acuerdo con el derecho internacional.
- Falta aún por establecer si las penas propuestas en el marco del Sistema Integral, una vez implementadas, podrían ser compatibles con la existencia de procesos genuinos, en especial en los casos que se atribuyan penas alternativas al encarcelamiento.
- Valorar las expectativas de las víctimas para determinar el tratamiento especial de la pena y asegurar que la ejecución de la pena cumpla con los fines restauradores y reparadores principalmente propuestos.
- Determinar la Competencia de la Jurisdicción Especial para la Paz y asegurar que los componentes del Sistema Integral se encuentren interconectados a través de relaciones de condicionalidad para mantener cualquier tratamiento especial.
- Visibilizar los casos de violencia basada en género, delitos que afectan a la mayor parte de las mujeres en contextos de conflicto armado.
- Implementar políticas para la investigación y el juzgamiento de casos de violencia sexual, de acuerdo con las mejores prácticas internacionales.
- Para efectos de la aplicación del componente de justicia, cualquier evaluación de legitimidad del uso de la fuerza en un conflicto armado no internacional debe incluir los principios de distinción, proporcionalidad y precaución, y asegurar que la carga de la prueba para demostrar su legitimidad corresponda a quien realizó el ataque.
- Garantizar la mayor participación de las víctimas en el Sistema Integral y en el proceso de formación de las normas que lo desarrollan.
- Incluir un fondo para la representación y asesoría de víctimas en la Jurisdicción Especial para la Paz.
- Instituciones internacionales como la OF-CPI deben seguir monitoreando los desarrollos en materia de la JEP y su eventual implementación para asegurar la existencia de procesos genuinos para los crímenes internacionales de su competencia.



## 1. INTRODUCCIÓN

Abogados sin Fronteras Canadá (ASFC) es una organización no gubernamental de cooperación internacional, cuya misión es brindar apoyo en la defensa de los derechos humanos de grupos o de personas vulnerables para lograr el fortalecimiento del acceso a la justicia y del derecho a la representación legal. Desde el año 2003, ASFC hace presencia en Colombia y desde hace más de cinco años trabaja en la promoción de los principios del Estatuto de Roma (ER) de la Corte Penal Internacional (CPI), ofreciendo respaldo en casos emblemáticos, acompañamiento internacional y sesiones de formación en el país.

En los procesos de justicia transicional<sup>2</sup>, parte de la labor de ASFC se ha enmarcado en la participación activa y en el análisis de las medidas, legislativas o de cualquier otra índole, que impacten sobre la protección y reconocimiento de los derechos de las víctimas de los delitos más graves en los países donde hace presencia<sup>3</sup>. En desarrollo de su misión en el país, ha realizado un seguimiento a los avances alcanzados en los diálogos de paz entre el Gobierno de Colombia y las guerrillas, particularmente en lo relacionado con los mecanismos de justicia transicional destinados a las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos y/o infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario (DIH) con ocasión al conflicto armado.

Sin duda, las negociaciones de paz marcan uno de los momentos más importantes de la política colombiana, las conversaciones con las FARC-EP, sumada a la perspectiva de paz con el ELN<sup>4</sup>, se presentan como el fin oficial del conflicto colombiano y como la oportunidad para establecer una apertura democrática, resolver los conflictos sin silenciar al otro, y acordar transformaciones en búsqueda de una paz estable y duradera. Frente a las graves y sistemáticas violaciones a los derechos humanos, el castigo de los responsables se convierte en una condición necesaria para alcanzar la reconciliación nacional y prevenir la comisión de futuros crímenes.

Para el caso colombiano, la impunidad es un fenómeno que preocupa a la comunidad internacional, definir si el acuerdo cumple con los compromisos internacionales en materia de derechos humanos y de lucha contra la impunidad, se ha convertido en una prioridad para ASFC. En razón a que aún no se ha adoptado un acuerdo final, ni éste se ha incorporado al ordenamiento jurídico, las medidas pactadas hasta hoy para las víctimas representan informes de avances, por lo tanto, la definición última de la aceptabilidad de las medidas pactadas con el ordenamiento jurídico internacional dependerá de

---

2 Las Naciones Unidas han definido la justicia transicional como "(...) toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación" (Informe del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. [3 de agosto de 2004]. El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos).

3 ASFC. (2016). *Estudio de casos a luz del principio de complementariedad del Estatuto de Roma. Mecanismos de Impunidad*; ASFC. (2014). *Paz con Justicia Transicional. Aportes para Colombia desde el Derecho Internacional*; ASFC. (2013). *Análisis jurídico del Acto Legislativo 02 de 2012*; ASFC. (2015). *Amicus Curiae en apoyo a la inconstitucionalidad del Acto Legislativo 01 de 2015*, entre otros.

4 El pasado 30 de marzo de 2016, el Gobierno colombiano y el Ejército de Liberación Nacional (ELN) paralelamente pactaron instalar una mesa pública de conversaciones con el fin de suscribir un acuerdo final para la terminación del conflicto armado y para acordar transformaciones en búsqueda de la paz y la equidad. Para ello acordaron una agenda compuesta por seis (6) puntos – i) Participación de la sociedad en la construcción de la paz; ii) Democracia para la paz; iii) Transformaciones para la paz; iv) Víctimas; v) Fin del conflicto y vi) Implementación – y establecieron las reglas de funcionamiento de la mesa. Entre los puntos pactados se encuentra el tema de víctimas, acerca del cual, el acuerdo señala que "En la construcción de una paz estable y duradera, es esencial el reconocimiento a las víctimas y sus derechos, así como el tratamiento y la resolución a su situación con base en la verdad, la justicia, la reparación, los compromisos de no repetición y el no olvido. El conjunto de estos elementos fundamentan el perdón y proyectan el proceso de reconciliación". Falta por establecer la manera que los desarrollos alcanzados en las negociaciones de paz con las FARC-EP, en relación con las víctimas, se integrarán a los diálogos con el ELN (Gobierno de Colombia & ELN. [2016]. Acuerdo de diálogos para la paz de Colombia entre el Gobierno nacional y el Ejército de Liberación Nacional).

la manera en que se acuerden, concreten e implementen, no obstante, para ASFC los desarrollos representan un avance significativo en el reconocimiento de la responsabilidad de todos los actores involucrados en la comisión de graves crímenes y es un paso histórico para la efectividad de los derechos de millones de víctimas en Colombia a la verdad, la justicia, la reparación y la no-repetición.

Con millones de desplazados internos, cientos de miles de desaparecidos, asesinados y refugiados, el conflicto armado colombiano se ha caracterizado por ser uno de los más violentos del mundo. Hasta el momento, oficialmente, se estima que el conflicto armado ha dejado al menos 8 millones de víctimas, incluyendo aproximadamente 7 millones de desplazados, al menos 45 mil víctimas directas de desaparición forzada y al menos 30 mil secuestros, entre otras conductas, como la violencia sexual, el reclutamiento forzado, las ejecuciones extrajudiciales, las masacres, los homicidios selectivos y otras graves conductas<sup>5</sup>.

La ambigüedad del origen temporal del conflicto armado colombiano y la multiplicidad de actores involucrados en la comisión de graves violaciones a los derechos humanos –que incluye al menos, agentes del Estado, guerrillas y grupos paramilitares – dan cuenta de la complejidad del mismo. Algunos determinan su génesis en los conflictos agrarios de inicios del siglo XX, otros en la violencia política de los años cincuenta, los más cautelosos fijan su nacimiento con la fundación de las guerrillas en 1964<sup>6</sup>.

Como medida para acabar con el conflicto armado, el Estado de Colombia ha alcanzado varios acuerdos de paz con organizaciones armadas. Las FARC-EP y el ELN son las últimas organizaciones guerrilleras aún activas en el continente americano que poseen una capacidad militar significativa. Desde el fracaso del proceso de paz entre las FARC-EP y el Gobierno de Andrés Pastrana (1998-2002), la implementación del Plan Colombia<sup>7</sup> y el impacto de las políticas de seguridad desarrolladas bajo el Gobierno de Álvaro Uribe (2002-2010), junto con el ascenso y expansión del paramilitarismo, se reforzaron las operaciones militares contra las organizaciones guerrilleras, dando como resultado un repliegue de estos grupos y la muerte de algunos de los máximos jefes de las FARC-EP.

A partir del año 2011 las FARC-EP y el Gobierno colombiano iniciaron en secreto una fase exploratoria de acercamientos con el fin de sentar las bases para iniciar nuevas conversaciones. Mediante el *Acuerdo general para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera* (en adelante "Acuerdo General"), del 26 de agosto de 2012, se estableció una agenda de negociaciones compuesta por seis (6) puntos y se establecieron las reglas de funcionamiento de las conversaciones<sup>8</sup>. El diálogo se realiza en La Habana (Cuba), cuenta con la participación de Cuba y Noruega como países garantes, y de Venezuela y Chile como países acompañantes, además de ser ampliamente aceptado por la comunidad internacional.

---

5 Cifras de la Unidad de Víctimas. Disponible en: <http://cifras.unidadvictimas.gov.co/Home/General>.

6 Uprimny, Rodrigo & Saffon, Maria. (2007). *Uses and Abuses of Transitional Justice Discourse in Colombia*, PRIO Policy Brief, 6. Oslo: PRIO

7 El Plan Colombia es un acuerdo bilateral pactado entre los Gobiernos de Colombia y de Estados Unidos destinado a aumentar la capacidad del Estado colombiano en la lucha contra las drogas, así como de otros programas, para fortalecer las instituciones estatales (Embassy of the United States in Bogotá – Colombia. Plan Colombia. En línea en: <http://bogota.usembassy.gov/plancolombia.html>).

8 Las reglas de funcionamiento de la negociación estipulan que nada estará acordado hasta tanto todo este acuerdo, entre tanto, en la actualidad no existe un acuerdo formal entre la guerrilla de las FARC-EP y el Gobierno de Colombia, sin embargo por medio de *borradores de pre-acuerdos, comunicaciones e informes conjuntos* se ha presentado de manera pública los avances de las negociaciones. Sobre el contenido de estos acuerdos parciales es importante advertir que su interpretación es amplia y para su concreción será necesario el Acuerdo Final. (Gobierno de Colombia & FARC-EP. [26 de agosto de 2012]. Acuerdo General).

Desde su inauguración, de los puntos acordados, el proceso ha alcanzado acuerdos parciales sobre **i)** una política de desarrollo agrario integral, **ii)** la participación política, **iii)** una solución al problema de drogas ilícitas y **iv)** las víctimas, además, se han alcanzado acuerdos importantes en relación con los puntos sobre **v)** fin del conflicto y **vi)** la implementación, verificación y refrendación de un eventual acuerdo final de paz. Es relevante resaltar que se han alcanzado acuerdos parciales en tanto existen salvedades o “puntos por discutir”, así, por ejemplo, en el punto sobre desarrollo agrario, la delimitación del latifundio es un punto que falta por debatir<sup>9</sup>.

Ítem:	Dado a conocer:
Política de desarrollo agrario integral	26 de mayo de 2013
Participación política	6 de noviembre de 2013
Fin del conflicto	Parcialmente 23 de junio de 2016
Solución al problema de drogas ilícitas	16 de mayo de 2014
Víctimas	15 de diciembre de 2015
Implementación y verificación	Parcialmente 23 de junio de 2016

Agenda de Negociación Acuerdo General a junio 30 de 2016.

ASFC ha enfatizado en la necesidad de alcanzar, con la mayor brevedad, un acuerdo final de paz, toda vez que de ello depende la implementación de los importantes avances ya pactados y por considerar que ello aportaría a la construcción de la confianza en el proceso por parte de la sociedad colombiana. No obstante, es consciente que terminar un conflicto de la duración y las complejidades que caracterizan el colombiano no es tarea fácil. Conjuntamente, ha expresado su profunda preocupación por la reciente ola de asesinatos a defensores de derechos humanos y líderes sociales y, frente a la grave situación, alienta a las autoridades competentes para tomar medidas apropiadas para prevenir y evitar que se repitan este tipo de violaciones.

9 Gobierno de Colombia & FARC-EP. (6 de junio de 2014). Borrador de pre-acuerdo.



## 2. LOS MECANISMOS DE JUSTICIA TRANSICIONAL PARA LAS VÍCTIMAS DEL CONFLICTO ARMADO COLOMBIANO

La lucha contra la impunidad de graves violaciones a los derechos humanos se ha convertido en una de las funciones más importantes del DPI y, en particular, del Estatuto de Roma (ER) de la Corte Penal Internacional (CPI)<sup>10</sup>. También, conforme al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, los Estados están obligados a garantizar y respetar los derechos reconocidos, ello incluye el deber de prevenir, investigar, juzgar y, en su caso, sancionar toda grave violación. Además, conforme al DIH, la obligación de sancionar graves violaciones, en el marco de un conflicto armado no internacional, se deriva del derecho internacional consuetudinario<sup>11</sup> y constituye un principio de derecho internacional.

Las graves violaciones a los derechos humanos y al DIH son imprescriptibles, y de su comisión se deriva el derecho de la sociedad y las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y a las garantías de no repetición. Además, dichas violaciones adquieren especial relevancia para el DPI cuando constituyen crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra (conforme el ER), ya que en virtud del principio de complementariedad, la CPI podrá intervenir para asegurar que estos crímenes no queden en la impunidad, solamente en casos en que exista inactividad, falta de voluntad o incapacidad por parte del Estado para penalizar a los responsables.

De ahí que la impunidad de graves violaciones a los derechos humanos y/o infracciones graves al DIH<sup>12</sup> es una preocupación legítima de la comunidad internacional, en tanto constituye una violación al derecho internacional, en el sentido que conlleva el incumplimiento del deber estatal de garantizar los derechos reconocidos en los tratados de derechos humanos.

La lucha contra la impunidad y la justicia transicional se fundamentan en cuatro de los principios básicos que cimientan el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: a saber **i)** la obligación de los Estados de penalizar a los responsables de graves violaciones, **ii)** el derecho a conocer los abusos del pasado y la suerte de los desaparecidos, **iii)** el derecho de las víctimas a una reparación y **iv)** la obligación del Estado de garantizar la no repetición de tales atrocidades en el futuro<sup>13</sup>.

En escenarios que buscan asegurar el restablecimiento de la democracia y/o de la paz, o la transición hacia ellas, frente a un pasado de abusos a gran escala, para el cumplimiento de las obligaciones internacionales, los Estados pueden hacer uso de diferentes mecanismos judiciales o extrajudiciales, como la creación de una comisión de la verdad, programas especiales para reparación a las víctimas o la creación de una jurisdicción especial para juzgar las violaciones a los derechos humanos, entre otras medidas.

En relación con la adopción de medidas judiciales, el derecho comparado y el derecho colombiano dan cuenta de la posibilidad de adoptar instituciones excepcionales que resultan conducentes para el logro y mantenimiento de la paz y/o la democracia, sin que ello implique una abolición de los

10 Ambos, Kai. (2005). *Estudios de Derecho Penal Internacional*. Leyer.

11 Henckaerts, Jean-Marie & Doswald-Beck, Louise. (2007). *El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario*. Volumen I: Reglas, Ed. CICR, Buenos Aires. Véase también: ASFC. (2015). *Una mirada al desplazamiento forzado: Persecución penal, aparatos organizados de poder y restitución de tierra en el contexto colombiano*.

12 En los casos de violaciones a los derechos humanos, la impunidad no solo incluye la ausencia de castigo, sino que comprende al menos tres dimensiones más, las cuales se encuentran estrechamente vinculadas a la idea de ausencia de justicia. Así, en primer lugar, existe impunidad cuando la sociedad y las víctimas no alcanzan a conocer la extensión y las razones de los abusos sufridos, en segundo lugar, cuando las víctimas no son reparadas y, finalmente, cuando no se toman todas las medidas de prevención para que no se repitan tales violaciones (Tayler W. [1997]. *La problemática de la impunidad y su tratamiento en las Naciones Unidas*).

13 Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas. (2014). *Justicia transicional y derechos económicos, sociales y culturales*.

derechos de la víctimas a la verdad, a la justicia, a la reparación y las garantías de no repetición, y se orienten al cumplimiento efectivo de estos derechos en la mayor medida posible<sup>14</sup>.

La Corte Constitucional de Colombia ha señalado que en escenarios de justicia transicional, el carácter absoluto de los derechos de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos y/o infracciones al DIH entra en tensión con el fin de alcanzar la paz. Conforme a su jurisprudencia, para la resolución de dicha tensión es necesario ponderar los valores y principios en conflicto, de forma tal que se procese de la mejor manera la tensión señalada<sup>15</sup>.

En relación con el fin legítimo de alcanzar la paz, a pesar de que el derecho internacional no lo ha incorporado explícitamente como un derecho humano<sup>16</sup>, la comunidad internacional ha admitido su importancia, varios instrumentos se han referido a él, la definición de su naturaleza varía entre quienes lo consideran un **i)** propósito colectivo internacional<sup>17</sup>, **ii)** un derecho de tercera generación en cabeza de la humanidad<sup>18</sup> y un **iii)** derecho individual<sup>19</sup>. En Colombia, la Constitución Política ha definido el carácter de la paz como “un derecho y un deber” (CP, art. 22) y un fin del Estado colombiano (CP, Preámbulo).

El antecedente más próximo a la implementación de un proceso que integra mecanismos de justicia transicional en el país surgió en el año 2005 con la cuestionada desmovilización de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC). Bajo dicho modelo, se pactaron *penas alternativas*<sup>20</sup> que suspendieron la ejecución de la pena de prisión a los responsables de graves delitos, reemplazándola por una pena de máximo 8 años que se concedería por la contribución del beneficiario a la consecución de la paz nacional, la colaboración con la justicia, la búsqueda de la verdad, la reparación a las víctimas y su resocialización mediante un procedimiento especial llamado Justicia y Paz<sup>21</sup>.

---

14 Informe del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. (3 de agosto de 2004). *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*.

15 Corte Constitucional sentencia C-370 de 2006 M.P Manuel José Cepeda, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil y otros & Corte Constitucional. Sentencia C-579 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt, entre otras.

16 **Universal:** United Nations General Assembly, *Report of the open-ended intergovernmental working group on a draft UN declaration of the right to peace*, UN Doc A/HRC/27/63 at paras 22, 32, 52 (2014) & United Nations General Assembly, *Report of the open-ended intergovernmental working group on a draft UN declaration of the right to peace*, UN Doc A/HRC/27/63 at para 80 (2014). **Regional:** Luarca Declaration on the Human Right to Peace (2006), the Bilbao Declaration on the Human Right to Peace (2010) and the Barcelona Declaration on the Human Right to Peace (2010); The Santiago Declaration on the Human Right to Peace (2010); The Association of Southeast Asian Nations(ASEAN) Human Rights Declaration (Article 38). & The African Charter of Human and Peoples’ (Article 23.1). **Nacional:** Corte Constitucional C-370 de 2006 M.P Manuel José Cepeda, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil y otros; Sentencia T-008 de 1992, M.P Fabio Morón Díaz, Sentencia T-102 de 1993 M.P Carlos Gaviria Díaz; sentencia C-225 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero; Sentencia C-578 de 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

17 Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas; Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos; Preámbulo de la Carta constitutiva de la Organización de Estados Americanos; entre otros, citado en Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 2006 M.P Manuel José Cepeda, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil y otros.

18 Anteproyecto del Pacto Internacional que consagra los Derechos Humanos de Tercera Generación, elaborado por la Fundación Internacional de los Derechos Humanos. En Colombia, véase Corte Constitucional. Sentencia T-008 de 1992, M.P Fabio Morón Díaz.

19 Declaración de Oslo sobre el Derecho Humano a la Paz, aprobada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación la Ciencia y la Cultura, en 29ª Celebrada en París del 21 de octubre al 12 de noviembre de 1997.

20 Aquí resulta relevante aclarar que no es una pena alternativa en el sentido estricto (*alternativa a la cárcel*), sino una pena reducida de privación de libertad.

21 Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 2006 M.P Manuel José Cepeda, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil y otros.

## 2.1 Medidas para las víctimas en el marco de las negociaciones con las FARC-EP

El Acuerdo General dispuso que el resarcimiento de las víctimas fuera el centro de las negociaciones. Además, antes de abordar el tema de las víctimas (Punto 5 del Acuerdo General), el 7 de junio de 2014, las FARC-EP y el Gobierno colombiano realizaron la “Declaración de Principios”<sup>22</sup>, dicha declaración es presentada como una guía para discutir e implementar las medidas sobre víctimas con miras a la satisfacción integral de los derechos a la verdad, la justicia, la reparación y a las garantías de no repetición<sup>23</sup>.

Con el fin de contribuir y aportar a la discusión sobre víctimas, las partes acordaron crear la Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas<sup>24</sup>, la cual produjo catorce (14) informes de expertos en la materia, en los que se buscaba identificar **i)** los orígenes y múltiples causas del conflicto; **ii)** los principales factores y condiciones que han facilitado o contribuido a la persistencia del conflicto y **iii)** los efectos e impactos más notorios del conflicto sobre la población<sup>25</sup>.

También con las FARC-EP, se han pactado acciones de construcción de confianza como medidas humanitarias de búsqueda, ubicación, identificación y entrega digna de restos de personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado interno<sup>26</sup>, se han convenido acciones para descontaminar y limpiar los territorios de material de guerra<sup>27</sup>, medidas para des-escalar la guerra<sup>28</sup> y se han acordado tareas para la salida de menores de las filas de las FARC-EP, incluyendo medidas especiales para su atención<sup>29</sup>.

La Mesa de Conversaciones en La Habana ha establecido tres mecanismos de participación en el proceso: formularios, foros y consultas<sup>30</sup>. En relación con las víctimas los mecanismos fueron ampliados y se contó con varios escenarios destinados para ellas. Así, junto con la Universidad Nacional de Colombia y las Naciones Unidas, se organizaron foros regionales (Villavicencio, los días 4 y 5 de julio; Barrancabermeja, los días 10 y 11 de julio; Barranquilla, los días 17 y 18 de julio del año 2014) y un foro nacional (Cali, los días 3, 4 y 5 de agosto de 2014).

Cinco (5) grupos, compuestos cada uno por doce (12) víctimas, representantes cada una de un hecho victimizante, una región específica y un tipo de victimario<sup>31</sup>, viajaron a La Habana para dar sus

22 Gobierno de Colombia & FARC-EP. (7 de junio de 2014). Comunicado Conjunto.

23 Estos principios son **i)** el reconocimiento de las víctimas; **ii)** el reconocimiento de la responsabilidad; **iii)** la satisfacción de los derechos de las víctimas; **iv)** la participación de las víctimas; **v)** el esclarecimiento de las verdades; **vi)** la reparación de las víctimas; **vii)** las garantías de protección y seguridad; **viii)** la garantía de no repetición; **ix)** la reconciliación y **x)** un enfoque de derechos. (Gobierno de Colombia & FARC-EP. (7 de junio de 2014). Comunicado Conjunto).

24 Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas surge de un acuerdo entre el Gobierno y las FARC-EP con el objetivo de contribuir a la comprensión de la complejidad del contexto histórico del conflicto interno y para proveer insumos para las delegaciones en la discusión de los diferentes puntos del Acuerdo General (Gobierno de Colombia & FARC-EP. [5 de agosto de 2014]. Comunicado Conjunto). La Comisión está conformada por un cuerpo técnico de delegados, convocados por las dos partes buscando la pluralidad en su conformación y en las líneas de pensamiento. Se diferencia de la Comisión de Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición pactada en el SIVJRNR y no es propiamente una comisión de la verdad.

25 Gobierno de Colombia & FARC-EP. (5 de agosto de 2014). Comunicado Conjunto.

26 Gobierno de Colombia & FARC-EP. (18 de octubre de 2015). Comunicado conjunto.

27 Gobierno de Colombia & FARC-EP. (12 de julio de 2015). Comunicado conjunto.

28 Gobierno de Colombia & FARC-EP. (12 de julio de 2015). Comunicado conjunto.

29 Gobierno de Colombia & FARC-EP. (15 de mayo de 2016). Comunicado conjunto.

30 Alto Comisionado para la Paz. (2016). *Proceso de paz Acuerdo sobre las Víctimas del conflicto*.

31 Jessika Gómez Rodríguez. (2015). *Las víctimas, su incidencia en la Mesa de Negociación de la Habana*. Disponible en: <http://www.arcoiris.com.co/wp-content/uploads/2015/08/Las-v%C3%ADctimas-su-incidencia-en-la-Mesa-de-Negociaciones-de-La-Habana.pdf>

testimonios y ofrecer recomendaciones directas a la Mesa<sup>32</sup>. El 2 de junio de 2016, las partes anunciaron que el 20 y 21 de junio, la Mesa de Conversaciones sería visitada por los representantes de los pueblos y comunidades indígenas, los Roms (o gitanas), comunidades afrocolombianas, raizales, negras, palanqueras y raizales para escuchar sus recomendaciones, que servirán de insumo para la discusión sobre la implementación, verificación y refrendación del Acuerdo Final<sup>33</sup>.

Además de los acuerdos alcanzados en La Habana, el Congreso de Colombia, por iniciativa del Gobierno, ha tramitado y viene tramitando un conjunto de medidas legislativas. El Gobierno ha argumentado la necesidad de un marco jurídico que facilite la implementación de los acuerdos, mientras que las FARC -EP han afirmado que toda medida que se tome en el marco de la negociación deberá ser acordada por las partes, y que por tanto, las iniciativas legislativas adelantadas pueden ir en contra de lo definido en el Acuerdo General y ponen en riesgo el proceso de paz<sup>34</sup>.

Entre las medidas tomadas unilateralmente por el Estado, se resalta la expedición del Marco Jurídico para la Paz (Acto Legislativo 01 del 31 de julio de 2012, en adelante "MJP"), el cual introduce una reforma constitucional que permite adoptar un modelo de justicia transicional con la finalidad de otorgar un tratamiento diferenciado a miembros de grupos armados al margen de la ley y agentes del Estado para la terminación del conflicto armado y logro de la paz con garantías de no repetición, seguridad para los colombianos y garantías al máximo a los derechos de las víctimas<sup>35</sup>. A menos que el Congreso de Colombia adopte otra reforma constitucional, el marco mencionado podrá funcionar como parámetro constitucional relevante en la función de control ejercida por parte de la Corte Constitucional<sup>36</sup>, en particular, en los estudios de constitucionalidad de las normas necesarias para el desarrollo de los acuerdos, como la ley de amnistía, indulto o el plebiscito para su aprobación popular.

En el campo de la justicia penal, el MJP autoriza la creación de una serie de instituciones jurídico-penales transitorias que podrían operar en un escenario de justicia transicional. Así, permite **i)** la elaboración de criterios de selección y priorización que permitan centrar esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables de los delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática<sup>37</sup>; **ii)** la introducción de la renuncia condicionada a la persecución judicial penal y; **iii)** la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la aplicación de penas alternativas, de sanciones extrajudiciales y de modalidades especiales de cumplimiento<sup>38</sup>.

---

32 Alto Comisionado para la Paz. (2016). *Proceso de paz Acuerdo sobre las Víctimas del conflicto*.

33 Gobierno de Colombia & FARC-EP. (2 de junio de 2015). Comunicado conjunto

34 En un comunicado a la opinión pública del 12 de agosto de 2014, la guerrilla de las FARC-EP se pronunciaron sobre el Marco jurídico para la paz (Acto legislativo 01 de 2012), la Sentencia C-579 de 2013, la C-577 de 2014 y sobre el proyecto de referendo que actualmente está sujeto a control por parte de la Corte Constitucional. Señalan que estos instrumentos hacen parte de una "telaraña jurídica" que busca atrapar a insurgentes sin experiencia. Además señalan que se trata de una forma de dominación que busca disminuir la responsabilidad del Estado y atribuirle a las FARC-EP.

35 Congreso de Colombia. Acto legislativo 01 de 2012.

36 La Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución (CP. Art. 241).

37 En relación con el elemento sistemático, cabe resaltar que este no es un requisito indispensable de los crímenes de guerra. De acuerdo con la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI, caso *Fiscalía Vs. Jean-Pierre Gombo* (providencia del 15 de junio de 2009), dicho elemento no es un prerrequisito para que la Corte ejerza su competencia, sino que le sirve como una "directiva en la materia" (párr. 211). En igual sentido, en el informe publicado por ASFC en el año 2014, *Paz con Justicia Transicional*, se señaló que establecer la sistematicidad para los crímenes de guerra como requisito indispensable reduce la competencia de la CPI y podría confundir los crímenes de guerra con los de lesa humanidad que sí exigen dicho elemento. Para el informe "Tal vez la única interpretación coherente es tener en cuenta dicha calificación como un criterio de selección pero no para caracterizar dichos crímenes" (pp. 29-30). De otro lado, en la interpretación de la Corte Constitucional de Colombia "(...) los crímenes de guerra tienen un elemento de violencia sistemática, el cual no se identifica con que los crímenes sean masivos, sino con que tengan un nexo con el conflicto armado como parte de un plan organizado o político (Corte Constitucional. Sentencia C-579 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt.).

38 Congreso de Colombia. Acto legislativo 01 de 2012.

El marco constitucional mencionado fue revisado formalmente por la Corte Constitucional y, en un ejercicio ajeno al control procedimental de las reformas constitucionales, estableció un conjunto de criterios bajo los cuales se debe interpretar dicha disposición<sup>39</sup>. Dicha *interpretación autorizada* es la que podría permitir establecer la constitucionalidad de dicha reforma, de ahí que para efectos del análisis de los acuerdos, dichos criterios, junto con el MJP, también podrían ser un referente normativo que puede ser tenido en cuenta a la hora de examinar la constitucionalidad de lo pactado.

De especial trascendencia para el reconocimiento de los derechos de las víctimas fue el criterio desarrollado por parte de la Corte, según el cual el MJP debe interpretarse de forma tal que reconozca a todas las víctimas, como mínimo, las siguientes garantías: **i)** la transparencia del proceso de selección y priorización, **ii)** una investigación seria, imparcial, efectiva, cumplida en un plazo razonable y con su participación, **iii)** la existencia de un recurso para impugnar la decisión sobre la selección y priorización de su caso, **iv)** una asesoría especializada, **v)** su derecho a la verdad, el cual -en el evento de que su caso no haya sido priorizado- se deberá garantizar a través de mecanismos judiciales no penales y extrajudiciales, **vi)** su derecho a la reparación y, **vii)** su derecho a conocer dónde se encuentran los restos de sus familiares<sup>40</sup>.

El tema de víctimas fue abordado propiamente por las partes en la discusión del punto 5 (cinco) del Acuerdo General, punto sobre el cual se alcanzó un borrador de acuerdo el día 15 de diciembre de 2015. En el borrador se pactó la **i)** creación de un Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR”), y se realizó **ii)** un compromiso con la promoción, el respeto y la garantía de los derechos humanos (en adelante “Pre-Acuerdo sobre Víctimas”).

Las medidas incluidas en el SIVJRNR destinadas a las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos y/o infracciones graves al DIH incluyen instituciones usuales de justicia transicional destinadas a promover la transición hacia la paz. Entre los mecanismos utilizados cabe destacar las herramientas de carácter penal como las penas propias y alternativas, que implican la imposición de penas comparativamente más bajas en relación con el sistema penal ordinario, o la adopción de criterios de priorización y selección que permite centrar la investigación y renunciar a la acción penal en ciertos casos.

De otra parte, el 12 de mayo de 2016, el Gobierno colombiano y la guerrilla de las FARC-EP informaron que habían llegado a un acuerdo para brindar la seguridad y estabilidad jurídica, asegurar su debida incorporación al ordenamiento jurídico y dar garantías el efectivo cumplimiento de un eventual Acuerdo Final. Para ello, en el Congreso de la República, cursa un proyecto de reforma a la Constitución. La reforma declara que la naturaleza del Acuerdo Final corresponde a un acuerdo especial en los términos del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra. También, con el fin de garantizar el cumplimiento de lo acordado, lo pactado incluye el compromiso del Gobierno, una vez firmado el Acuerdo Final, a impulsar una reforma constitucional para integrar el Acuerdo de la Jurisdicción Especial para la Paz a la CP<sup>41</sup>.

---

39 Corte Constitucional. Sentencia C-579 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt.

40 *Ibíd.*

41 Gobierno de Colombia & FARC-EP. (12 de mayo de 2016). Comunicado Conjunto.

## 2.1.1 El Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición

El Sistema Integral estaría compuesto por diferentes mecanismos judiciales y extrajudiciales que buscarían satisfacer integralmente los derechos de las víctimas y ponerse en marcha de manera articulada y complementaria (párr. 4)<sup>42</sup>. Conforme a lo pactado hasta ahora, se buscaría que los diferentes componentes estén interconectados a través de relaciones de condicionalidad y de incentivos para acceder y mantener cualquier tratamiento especial de justicia (párr. 7). Incluiría un enfoque diferencial y de género, que trataría de responder a las características de la victimización en cada territorio y población, en especial a las necesidades de las mujeres, niños y niñas (párr. 5). Aunque no es preciso, el SIVJNR se aplicaría al menos a todos los que participaron de manera directa o indirecta con el conflicto armado, respecto de hechos cometidos “en el marco del mismo y durante este” (párr. 2)<sup>43</sup> que suponga “graves infracciones al DIH y graves violaciones a los derechos humanos” (párr. 2 y 9).

El SIVJNR articularía la pactada Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición<sup>44</sup>, la acordada Unidad Especial para la Búsqueda de Personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado<sup>45</sup>, y la anunciada Jurisdicción Especial para la Paz (JEP)<sup>46</sup> con posibles medidas de reparación integral para la construcción de la paz<sup>47</sup> y garantías de no repetición<sup>48</sup>.

La pactada *Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición* (en adelante “La Comisión de la Verdad”) buscaría conocer la verdad de lo ocurrido y contribuir al esclarecimiento de las graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al DIH, buscando ofrecer una explicación amplia a toda la sociedad de la complejidad del conflicto, promoviendo el reconocimiento de las víctimas, la responsabilidad de quienes participaron y buscaría fomentar la convivencia en los territorios, como una medida de no repetición<sup>49</sup>.

La Comisión de la Verdad tendría una duración de tres años, estaría conformada por once (11) comisionados y comisionadas, que podría incluir hasta tres (3) extranjeros, que serían escogidos mediante un eventual proceso de postulación y elección que garantizaría la imparcialidad e independencia. Sería un mecanismo extra-judicial que elaboraría un informe final que incluiría recomendaciones. Además, sus actividades no tendrían carácter judicial, ni podrían implicar la imputación penal de quie-

42 Véase: “El Sistema Integral parte del principio de reconocimiento de las víctimas como ciudadanos con derechos; del reconocimiento de que debe existir verdad plena sobre lo ocurrido; del principio de reconocimiento de responsabilidad por parte de todos quienes participaron de manera directa o indirecta en el conflicto y se vieron involucrados de alguna manera en graves violaciones a los derechos humanos y graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario; del principio de satisfacción de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición, sobre la premisa de no intercambiar impunidad, teniendo en cuenta además los principios básicos de la Jurisdicción Especial para la Paz, entre los que se contempla que “deberá repararse el daño causado y restaurarse cuando sea posible” (Gobierno de Colombia & FARC-EP. (15 de diciembre de 2015). Véase también: “La experiencia internacional demuestra que la efectividad de estas medidas es mayor si se aplican de manera articulada y complementaria. Por eso el Sistema pretende ser integral, para que las medidas logren un máximo de justicia y de rendición de cuentas sobre las violaciones a los derechos humanos e infracciones al DIH ocurridas a lo largo del conflicto. La integralidad del Sistema contribuye también al esclarecimiento de la verdad del conflicto y la construcción de la memoria histórica (Gobierno de Colombia & FARC-EP Borrador Conjunto, p. 4). (15 de diciembre de 2015). Borrador Conjunto, p. 4).

43 En adelante entre paréntesis fuente conforme a párrafo del Pre-Acuerdo sobre Víctimas del 15 de diciembre de 2015. pp. 21 a 45.

44 Gobierno de Colombia & FARC-EP. (4 de junio de 2015). Informe conjunto.

45 .Gobierno de Colombia & FARC-EP. (15 de diciembre de 2015). Borrador Conjunto.

46 Gobierno de Colombia & FARC-EP. (23 de septiembre de 2015). Comunicado Conjunto.

47 Gobierno de Colombia & FARC-EP. (15 de diciembre de 2015). Borrador Conjunto.

48 *Ibíd.*

49 *Ibíd.*

nes comparezcan ante ella. La información que recibiera o produjera no podría ser trasladada por esta a autoridades judiciales; ni las autoridades judiciales podrían requerírsela<sup>50</sup>.

La Comisión de la Verdad integraría un enfoque diferencial y de género que buscaría identificar las formas diferenciales en la que el conflicto afectó a las mujeres, niños, grupos étnicos y otros grupos especialmente vulnerables. Además, como medidas especiales para las víctimas, incluiría la posibilidad de que ellas participen en la postulación de los comisionados, provean información y hagan parte de los espacios destinados para escuchar a la sociedad civil. También, se señala que las víctimas podrían hacer parte del Comité de seguimiento y monitoreo a la implementación de las recomendaciones de la Comisión, que entraría en funcionamiento una vez se haya publicado el informe final<sup>51</sup>.

La *Unidad Especial para la Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado* (en adelante "La Unidad") tendría como objetivo dirigir, coordinar y contribuir a la implementación de acciones humanitarias de búsqueda e identificación de todas las personas dadas por desaparecidas en el marco del conflicto y, cuando sea posible, la localización y entrega. Conforme a lo pactado por las partes, la Unidad entregaría a los familiares un informe detallado de la información que haya logrado obtener y, cuando sea posible, haría la entrega digna de los familiares. Además, las víctimas podrían acceder a la atención psico-social; se garantizaría su participación en los procesos de búsqueda, localización y entrega digna de restos y podrían hacer recomendaciones para el diseño de la estructuración de La Unidad<sup>52</sup>.

En el marco de SIVJRN, todos los que cometieron daños como consecuencia de graves violaciones o infracciones estarían obligados a repararlos. Las medidas de reparación incluirían actos tempranos de reconocimiento de responsabilidad colectiva y buscarían fortalecer los programas de reparación de víctimas que vienen siendo implementados por el Estado colombiano. Así, se pretende fortalecer los procesos de reparación colectiva, poner en marcha planes de retorno para víctimas en el exterior y rehabilitación comunitaria, ampliar la cobertura de la atención psico-social, medidas concretas como la realización de obras y trabajos, así como la reparación material. Además, se buscaría articular los procesos colectivos de retorno y de restitución de tierra, entre otras medidas<sup>53</sup>.

Se anuncia que SIVJRN estaría contribuyendo a garantizar la no repetición de las atrocidades cometidas en el conflicto armado colombiano mediante **i)** el reconocimiento de las víctimas como ciudadanos, **ii)** el reconocimiento de lo ocurrido en el marco del conflicto y el esclarecimiento y rechazo de las graves violaciones a los derechos humanos y de las infracciones graves al DIH, **iii)** la lucha contra la impunidad y **iv)** la promoción de la convivencia sobre la base de los reconocimientos de responsabilidad. Conjuntamente, conforme a lo pactado, las garantías de no repetición serían el resultado de la implementación coordinada de los componentes del Sistema Integral y de las medidas acordadas en la discusión del punto sobre: -fin del conflicto-<sup>54</sup>.

---

50 *Ibíd.*

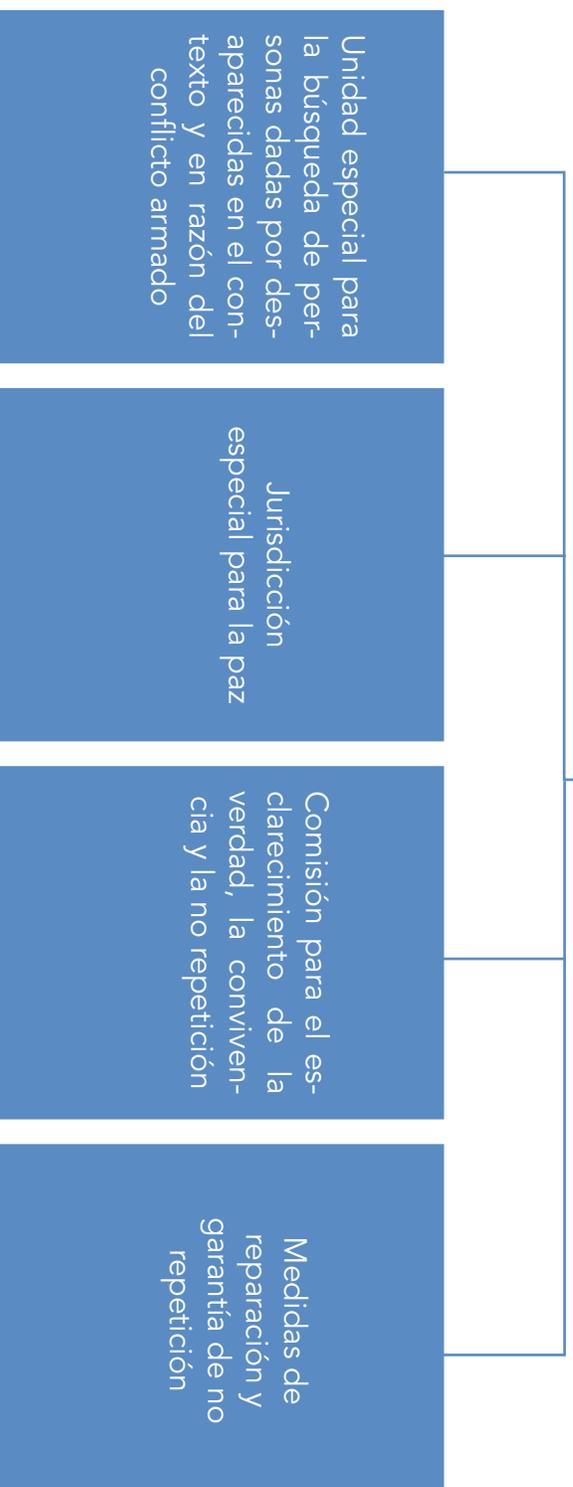
51 *Ibíd.*

52 *Ibíd.*

53 *Ibíd.*

54 *Ibíd.*

## SISTEMA INTEGRAL DE VERDAD, JUSTICIA, REPARACIÓN Y NO REPETICIÓN



## i) La Jurisdicción especial para la paz (JEP)

La JEP sería el componente judicial del Sistema Integral, aunque la competencia de la jurisdicción aún no está definida con claridad, al menos podría conocer conductas cometidas “con ocasión, por causa y en relación directa o indirecta con el conflicto armado” (párr.32 y 33), en “especial respecto de conductas consideradas “graves infracciones al DIH o graves violaciones a los derechos humanos” (párr.9). También, se buscaría que para acceder al tratamiento especial de justicia dispuesto por el Sistema Integral<sup>55</sup>, fuera necesario aportar la verdad plena<sup>56</sup>, reparar a las víctimas y garantizar la no repetición (párr.13).

Aunque la competencia personal de la JEP no se encuentra totalmente determinada, al menos podrían ser llamados a comparecer los guerrilleros que suscriban un acuerdo final de paz, los agentes del Estado que hubieren cometido delitos “relacionados con el conflicto y con ocasión de éste” (párr. 32) y terceros civiles por conductas de financiación o colaboración con grupos paramilitares, respecto de aquellas personas que tuvieron “(...) una participación determinante o habitual en los comisión de crímenes (...)” de eventual competencia de la jurisdicción (párr. 32).

Además, la JEP podría aplicar amnistía e indulto a personas investigadas o condenadas por el delito de rebelión u otros relacionados con el conflicto, aunque no pertenezcan a organizaciones armadas en rebelión (párr. 32). También la JEP, podría revisar o anular sentencias, sanciones e investigaciones disciplinarias o administrativas por conductas “relacionadas directa o indirectamente con el conflicto armado” (párr. 33). Igual función podría cumplir respecto de personas sometidas a sanción penal por ejercer la protesta pacífica, la defensa de los derechos humanos o el liderazgo de grupos de la sociedad (párr. 35). La JEP también podría definir el tratamiento que se le dará a las sentencias previamente impuestas por la justicia ordinaria respecto a las personas privadas de la libertad, procesadas o condenadas, por pertenecer o colaborar con las FARC-EP, incluida la extinción de responsabilidad por entenderse cumplida la sanción (párr. 50 b conforme al punto 3.3 del Acuerdo General) y a petición del condenado, podría revisar las sentencias proferidas por la justicia por inexistencia de hecho o por error manifiesto en su calificación jurídica, por conductas cometidas “con ocasión del conflicto armado y en relación con este” (párr. 57 b).

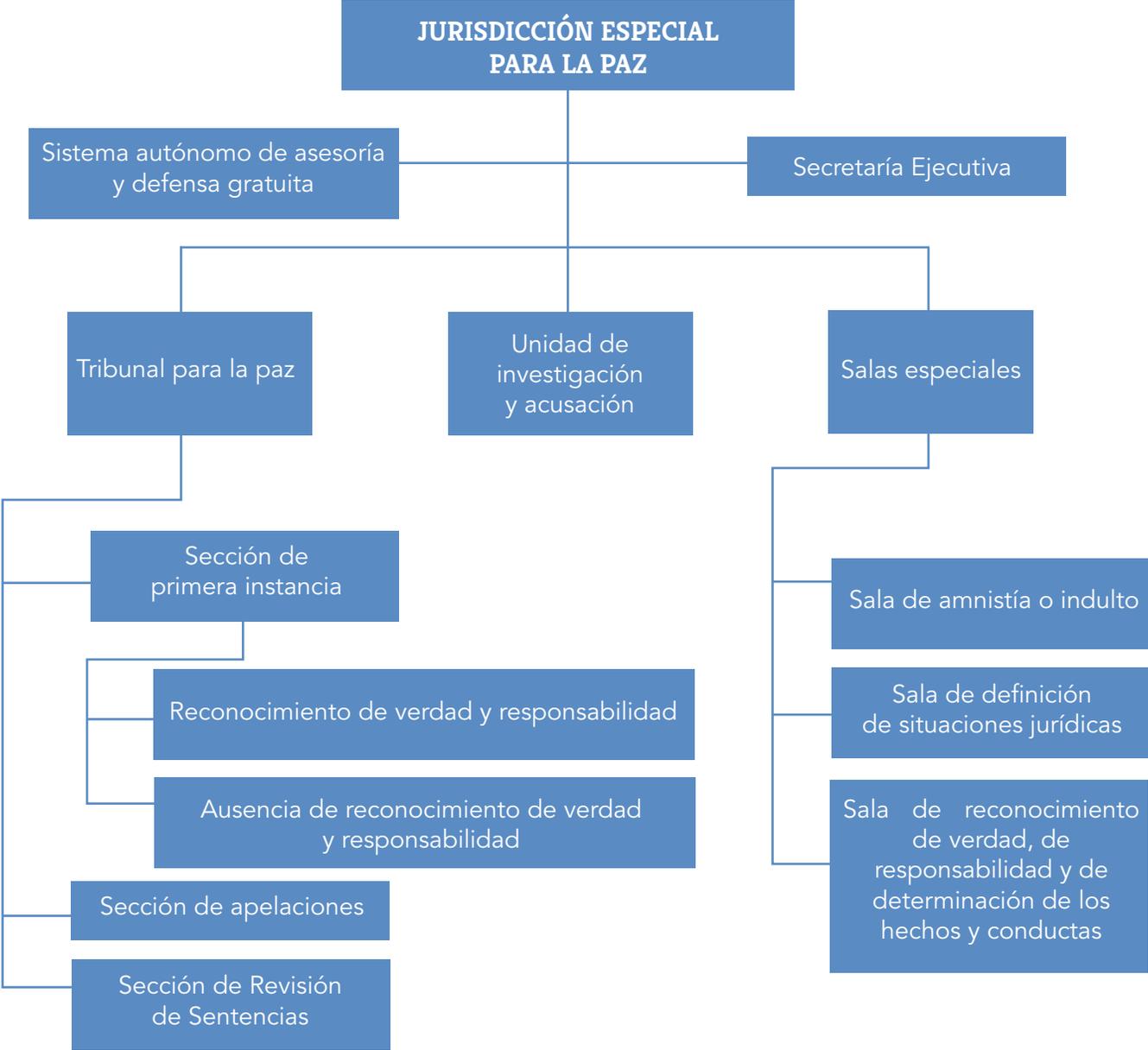
La JEP estaría integrada por **i)** el Tribunal para la Paz (en adelante “TPP”); **ii)** la Sala de reconocimiento de verdad, de responsabilidad y de determinación de los hechos y conductas (en adelante “Sala de Reconocimiento”); **iii)** la Sala de amnistía o indulto; **iv)** la Sala de definición de situaciones jurídicas, además contaría con **v)** la Unidad de Investigación y Acusación (párr. 46). Dicha jurisdicción aplicaría dos procedimientos: **a)** el procedimiento en caso de reconocimiento de verdad y responsabilidad; y **b)** el procedimiento en caso de ausencia de reconocimiento de verdad y responsabilidad (párr. 45).

Ante la JEP, se podrá ejercer el derecho de defensa de manera individual o por medio de la organización a la cual hayan pertenecido (párr. 46). El Estado ofrecería un sistema autónomo de asesoría y defensa gratuita en casos en los que no se tengan recursos, a petición del interesado se podría acudir a los sistemas de defensa judicial existentes previamente en el país (párr. 46). También, se respetarían todas las garantías del debido proceso (párr. 14). Conjuntamente, el Estado de Colombia debería garantizar la autonomía administrativa y la suficiencia y autonomía presupuestal del sistema, para tal efecto, se crearía una secretaría ejecutiva encargada de tal función (párr. 16).

55 Se entiende por tratamiento especial las sanciones propias y alternativas previstas en el número 60 (párr.13). (Gobierno de Colombia & FARC-EP. [15 de diciembre de 2015]. Borrador Conjunto).

56 Aportar plena verdad significa relatar, cuando se disponga de elementos para ello, de manera exhaustiva y detallada las conductas cometidas y la circunstancias de su comisión, así como las informaciones necesarias y suficientes para atribuir responsabilidad, para así garantizar la satisfacción de los derechos de las víctimas a la reparación y no repetición. (párr.13). (Gobierno de Colombia & FARC-EP. [15 de diciembre de 2015]. Borrador Conjunto).

Si bien la Jurisdicción estaría compuesta mayormente por magistrados colombianos, podría contar con hasta seis jueces extranjeros (párr. 65 y 66). Respecto a su elección, se señala que los jueces deberán generar confianza en la sociedad colombiana y que en los criterios de elección debería considerarse la equidad de género y el respeto por la diversidad étnica y cultural. Los Magistrados de las salas y secciones del Tribunal para la Paz, tendrían que adoptar un reglamento de funcionamiento de la JEP, el cual definiría las causales de impedimento y recusación de los magistrados (párr. 46).



a. El Tribunal para la Paz<sup>57</sup> sería un órgano judicial autónomo y preferente que podría investigar, juzgar y, en su caso, sancionar graves delitos. Aunque su competencia no está definida con claridad, conforme a lo pactado, podría conocer la conducta de quienes participaron “directa o indirectamente en el conflicto armado” (párr. 32) y “en especial” (párr. 9) de quienes se vieron involucrados en la comisión de graves violaciones a los derechos humanos y/o graves infracciones al DIH (interpretación conjunta, párr. 9 y 32). Aunque la competencia material parece no estar definida, el Comunicado Conjunto número 60, por medio del cual se anunció la creación de la JEP, parece limitar la competencia del Tribunal a delitos *particularmente más graves y representativos*<sup>58</sup>, pero sin definir de forma expresa lo que se entiende por los términos “más graves” y “representativos”. También faltaría por determinar la competencia temporal del Tribunal y si éste podría conocer de delitos cometidos por fuera del territorio nacional.

Como fue precisado anteriormente, según lo pactado en el Pre-acuerdo sobre Víctimas, el Tribunal para la Paz conocería solamente los delitos cometidos por los agentes del Estado “relacionados con el conflicto armado y con ocasión de éste” (párr. 32). Respecto a terceros civiles, el TPP sería competente para conocer sobre las conductas de financiación o colaboración con los grupos paramilitares, pero solamente cuando sea una “participación determinante o habitual” en la comisión de los crímenes de su competencia (párr. 32).

Se ha advertido que la inclusión de la “participación determinante o habitual” para evaluar la responsabilidad de terceros civiles en conductas de financiación o colaboración con los grupos paramilitares podría limitar la competencia de la JEP hacia los empresarios o políticos vinculados de manera discontinua o intermitente en actos que culminaron en muertes o desapariciones, o en casos en cuya participación no fue determinante; de acuerdo con la crítica estas situaciones quedarían por fuera del Sistema Integral impidiendo que las personas implicadas pueden contribuir a la verdad plena<sup>59</sup>.

De otra parte, el Pre-acuerdo sobre Víctimas advierte que la jurisdicción no modificaría el fuero presidencial<sup>60</sup> y en caso de recibir información que comprometa la responsabilidad de un jefe de Estado, esta debería trasladar la investigación a la Cámara de Representantes (autoridad competente para la investigación y juzgamiento) en el momento que considere adecuado y después de haber realizado las verificaciones pertinentes (párr. 32). El ex Fiscal General de la Nación, en el caso del presidente, aclaró que el fuero se mantendría a excepción de hechos cometidos antes o después del cargo, por hechos como el favorecimiento por acción u omisión al paramilitarismo<sup>61</sup>.

El Tribunal para la Paz estaría conformado por la **i)** la Sección de primera instancia para casos de reconocimiento de verdad y responsabilidad; **ii)** la Sección de primera instancia para casos de ausencia de reconocimiento de verdad y responsabilidad; **iii)** Sección de revisión de sentencias, y la **iv)** Sección de apelaciones<sup>62</sup> (párr. 52).

57 El TPP podrá estar integrado por magistrados nacionales e internacionales, conformado por 20 magistrados colombianos y 4 extranjeros, para acceder al cargo se exigirán los mismos requisitos que para ser magistrado de los altos tribunales colombianos. Cada Sala estará integrada por 6 magistrados (Conformación [65, 66, 68]). (Gobierno de Colombia & FARC-EP. [15 de diciembre de 2015]. Borrador Conjunto).

58 Gobierno de Colombia & FARC-EP. (23 de septiembre de 2015). Comunicado Conjunto.

59 Vice Fiscal General Jorge Fernando Perdomo en línea (<http://www.eltiempo.com/politica/justicia/entrevista-con-el-vicefiscal-generaljorge-fernandoperdomo/16483255>; Equipo Jurídico Pueblos. (2016). *Ambiguo y decepcionante acuerdo-Itinerario para la impunidad de crímenes de Estado*. p. 7.

60 Para el juzgamiento de las actuaciones del presidente existe un fuero especial que obliga que toda investigación sobre su conducta se adelante ante Congreso de este país en la Comisión de Acusaciones de la Cámara, cuando se trata de causas penales el juicio lo adelantará la Corte Suprema de Justicia y en otras causas relacionadas con el ejercicio de sus funciones lo hará el Senado.

61 Foro ACORE. (6 de octubre de 2015). Jurisdicción Especial Para La Paz.

62 Una vez concluido, la función del Tribunal se establecerá una Sección cuya función será garantizar la estabilidad y efi-

-La Sección de primera instancia para casos de reconocimiento de verdad y responsabilidad tendría la función de evaluar las conductas reconocidas, los responsables de las mismas y las sanciones a partir de la *resolución de conclusiones* proferida por la Sala de Reconocimiento. Así, la Sección verificaría que la resolución corresponde con las descripciones jurídicas que no podrán ser objeto de amnistía e indulto (párr. 53 a). En caso en que encuentra la correspondencia, debería imponer sanciones alternativas a la cárcel, atendiendo a la propuesta de sanción contenida en la resolución (párr. 53b). En caso en que no encuentre correspondencia, la Sección comunicaría la decisión para que la persona que realizó el reconocimiento sea oída, además se escucharía a la Sala de Reconocimiento, una vez agotada la etapa anterior, la Sección proferiría una sentencia (párr. 53 a).

La Sección tendría que fijar las condiciones y modalidades de ejecución de la pena, conforme al listado de sanciones, y atendiendo a la propuesta de sanción contenida en la resolución de conclusiones (párr. 53c), también tendría que supervisar y verificar el cumplimiento efectivo de la sentencia (párr. 53 d).

- La Sección de primera instancia para casos de ausencia de reconocimiento de verdad y responsabilidad tendría la función de someter a juicio y, en su caso, absolver o condenar (párr. 54 a) e imponer sanciones en casos de ausencia de reconocimiento de verdad o responsabilidad o reconocimiento tardío (párr. 54 b). En caso en que exista reconocimiento de verdad y responsabilidad, antes de la sentencia de primera instancia, se podría imponer sanciones reducidas de encarcelamiento (párr. 54 c).

Para el desarrollo de su función, la Sección tendría competencia para conocer acusaciones presentadas por la Unidad de Investigación y Acusación, y podría adoptar medidas de aseguramiento y cautelares a petición de la misma (párr. 54 e y f). Además, al dictar la sentencia podría determinar que la conducta cumple con los requisitos para ser amnistiada o indultada, supuesto en el cual debería remitirla a la Sala de Amnistía o Indulto, o en caso que la definición jurídica deba ser diferente a una absolución o una condena, lo remitiría a la Sala de Definición (párr. 54 g). También, podría establecer obligaciones simbólicas o reparadoras al Estado y a organizaciones, junto con medidas de no repetición (párr. 54 d).

-La Sección de Revisión de Sentencias; a solicitud de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, las condenas impuestas por la justicia podrían ser remitidas a esta Sección para que ésta decida la sanción correspondiente de conformidad con Lista de Sanciones, y determine si hubo cumplimiento efectivo de la misma, sin agravar la sanción previamente impuesta. También, a petición del condenado, podría revisar las sentencias dictadas por inexistencia del hecho o por error manifiesto en la calificación jurídica, por conductas cometidas con ocasión del conflicto y en relación con este, o con la protesta social (párr. 58 b). Además, a solicitud de cualquier Sala, cuando existan dudas, determinará si las conductas relativas a la financiación han sido conexas a la rebelión (párr. 58 c).

Asimismo, la Sección podría pronunciarse sobre las solicitudes de la Sala de Reconocimiento que pidan comparecer a alguna persona y decidir el órgano al cual deban comparecer (párr. 58 e). Excepcionalmente podría revisar las resoluciones o sentencias impuestas por la justicia especial (párr. 58 d). También tendría la función de dirimir conflictos entre los órganos de la jurisdicción especial, previamente el Director de la Unidad o los presidentes de las Salas se hayan reunido para buscar una solución consensuada (párr. 58 f). Finalmente, debería decidir sobre cualquier decisión de otra autoridad que eventualmente pretenda dejar sin efecto cualquier medida adoptada por el sistema (párr. 58 g).

-La Sección de apelaciones sería el órgano encargado de resolver los recursos en segunda instancia de las decisiones tomadas por la justicia especial (párr. 52). Además, en caso en que las senten-

---

cia de las Resoluciones y Sentencias adoptadas, así como de cumplimiento (párr. 52). Se advierte que si se presentan causas posteriores a la función del Tribunal de competencia de éste, se constituirá nuevamente el mecanismo mencionado; en caso de encontrar merito se constituirá nuevamente la Unidad de Investigación y Acusación, las Salas y Secciones que sean necesarias (Véase núm 53 párr 7) (Gobierno de Colombia & FARC-EP. [15 de diciembre de 2015]. Borrador Conjunto).

cias de algunas de las secciones vulneren los derechos fundamentales de las víctimas, se podría solicitar protección mediante *un recurso* ante esta sala, la cual deberá decidir en un término de 10 (diez) días (párr. 52).

**b. La Sala de reconocimiento de verdad, de responsabilidad y de determinación de los hechos y conductas** tendría como función recibir informes<sup>63</sup> de la Fiscalía<sup>64</sup>, la justicia penal militar, la Comisión de Acusaciones de la Cámara de Representantes, la Procuraduría, la Controlaría, y *cualquier jurisdicción* que opere en el país<sup>65</sup>, sobre todas las investigaciones en curso relativas a las conductas cometidas con ocasión al conflicto armado, incluso las que ya hayan llegado a juicio o concluidas (párr. 48.b). La Sala también podría recibir informes de organizaciones de víctimas y de derechos humanos, y de fuentes judiciales o administrativas sobre conductas cometidas con ocasión al conflicto (párr. 48.c).

Cuando una persona hubiera sido comprometida en un informe o en una declaración de reconocimiento, la Sala notificaría a la persona para que voluntariamente dé su versión de los hechos (párr. 48.e). Una vez agotada la etapa anterior, la Sala contrastaría, y en caso de apreciar que existen *bases suficientes* para entender que la conducta existió, que la persona participó y que la conducta corresponde a tipos penales no amnistiables, debería ponerlos a disposición del presunto responsable para que éste tome la decisión de comparecer o no comparecer a efectuar el *reconocimiento de verdad y responsabilidad*<sup>66</sup>, o comparecer a defenderse de la imputación formulada (párr. 48.h). En caso de que el reconocimiento fuera incompleto, la Sala podría requerir de nuevo, bajo la advertencia, que en caso de no aportar la verdad plena, el caso sería remitido a la Unidad de Investigación y acusación (párr. 48.q).

Se advierte que la Fiscalía General de la Nación, como cualquier otro órgano investigador, continuaría adelantando las investigaciones hasta tanto la Sala de Reconocimiento anuncie públicamente que en tres (3) meses presentaría ante el Tribunal para la Paz su resolución de conclusiones, momento en el cual el órgano acusador de que se trate debería remitir la investigación. Una vez adoptada la resolución mencionada, la Sala indicaría sobre cuáles conductas ya hubo reconocimiento de responsabilidad con el fin de que cese la investigación de la misma (párr. 48j).

También, el Pre-acuerdo sobre Víctimas contempla la función de la Sala de decidir si los hechos y las conductas atribuidas son de competencia de la justicia especial por haber sido cometidos en “relación directa o indirecta con el conflicto armado o con ocasión de éste” (párr. 48a.). Además, debería remitir a la *Sala de Amnistías o Indultos* el listado de personas beneficiadas por estas figuras con base en un listado elaborado por las FARC-EP, cotejado previamente (párr. 48.l). Igualmente, tendría que remitir a la *Sala de Definición de Situaciones Jurídicas* un listado con las personas o conductas que no serán objeto de amnistía o indulto, ni serían incluidas en la *resolución de conclusiones* y, una segunda lista, con las personas que no habría que exigirles responsabilidad penal (párr. 48 p).

---

63 Los informes deberán agrupar los hechos por presuntos autores o condenados y agruparán las conductas semejantes en una misma categoría sin calificarla jurídicamente. La Sala podrá ordenar que estén organizados por los hechos más representativos (párr. 48 b y d) (Gobierno de Colombia & FARC-EP. [15 de diciembre de 2015]. Borrador Conjunto).

64 En sus informes incorporará las compulsas de copias remitidas por la Jurisdicción de Justicia y Paz (procedimiento #32) (Gobierno de Colombia & FARC-EP. [15 de diciembre de 2015]. Borrador Conjunto).

65 También, tanto la JPM, como la jurisdicción ordinaria y los órganos administrativos que puedan decretar sanciones, deberán remitir un informe de las sentencias *pertinentes* acompañados de las respectivas sentencias y resoluciones. [48 b]) (Gobierno de Colombia & FARC-EP. [15 de diciembre de 2015]. Borrador Conjunto).

66 El reconocimiento de la verdad y la responsabilidad podrá hacerse de manera individual o colectiva, de forma oral o mediante escrito, en un plazo de un año (prorrogable por periodos sucesivos de tres meses solamente en el caso señalado 47) ante Sala de reconocimiento de verdad, de responsabilidad y de determinación de los hechos y conductas. La Sala podrá acordar que el reconocimiento se efectúe en audiencia pública en presencia de las organizaciones de víctimas. (párr. 47). Cabe resaltar que el reconocimiento colectivo tiene unas reglas especiales que se establecen en el núm. 47 y 48 r. Véase también caso especial 48 j párr. 2 y 58 t (Gobierno de Colombia & FARC-EP. [15 de diciembre de 2015]. Borrador Conjunto).

c. La Sala de amnistía o indulto aplicaría los tratamientos jurídicos especiales en caso de delitos amnistiables o indultables, teniendo en cuenta las recomendaciones de la Sala de reconocimiento (párr. 49). Previamente, de oficio o a petición de parte, la Sala podría otorgar estos beneficios en casos de personas condenadas o investigadas. En el caso que la petición verse sobre delitos no amnistiables o indultables, se remitirá el caso a la Sala de Reconocimiento (párr. 49).

d. La Sala de definición de situaciones jurídicas tendría la función de definir la situación de quienes no sean objeto de amnistías o indultos, ni hayan sido enviados al Tribunal (párr. 50a), además tomaría otras resoluciones jurídicas necesarias para definir la situación jurídica de las personas que hagan parte de la JEP (párr. 50d). También, a petición de parte, podría definir la situación jurídica de personas, que sin pertenecer a una organización rebelde, tengan una investigación en curso por conductas de competencia de la justicia especial (párr. 50 f). En dicho evento decidiría si remitirlo a la Sala de amnistía o indulto, a la Sala de reconocimiento, o si es procedente renunciar al ejercicio de la acción penal o disciplinaria, o aplicar otro mecanismo jurídico (párr. 50 f).

Especialmente podría aplicar mecanismos de cesación de procedimientos con miras a la extinción de la responsabilidad, cuando se trate de contextos relacionados con el ejercicio del derecho a la protesta o disturbios internos. Para ellos, las autoridades estatales, las organizaciones sociales, sindicales, de derechos humanos y procesos que hacen parte de la Cumbre Agraria, Étnica y Popular allegarán la información a la Sala cuando se trate de los siguientes delitos: asonada, obstrucción de vías públicas, lanzamiento de sustancias peligrosas, violencia contra servidor público, perturbación del servicio de transporte público, daños en bien ajeno, lesiones personales y demás delitos ocasionados en el marco de la Ley de Seguridad Ciudadana (párr. 64).

Además, la Sala podría definir el tratamiento que se le daría a las sentencias previamente impuestas por la justicia ordinaria respecto a las personas privadas de la libertad, procesadas o condenadas, por pertenecer o colaborar con las FARC-EP, incluida la extinción de responsabilidad por entenderse cumplida la sanción (párr. 50 b conforme al Acuerdo General), determinaría los posibles mecanismos procesales de selección y priorización para quienes no reconozcan la verdad y la responsabilidad (párr. 50 c), y efectuaría la calificación de la relación de la conducta con el conflicto armado (párr. 50 d).

e. La Unidad de investigación y acusación<sup>67</sup> tendría la función de investigar y acusar ante el Tribunal para la Paz a las personas cuyos casos hayan sido remitidos por la Sala de Reconocimiento, la Sala de Definición o la sección de Revisión del Tribunal (párr. 51 a). También, podría decidir las medidas de protección aplicables a víctimas, testigos y demás intervinientes (párr. 51 b). Para casos de ausencia de reconocimiento de verdad y responsabilidad, podría solicitar a la Sección de Primera instancia del Tribunal medidas de *aseguramiento* y *cautelares* (párr. 51 c). Finalmente, cuando considere que no es necesario investigar o acusar, podría remitir el caso a la Sala de Definición o a la Sala de Amnistías (párr. 51 e).

---

67 Conformación (67 y 68). (Gobierno de Colombia & FARC-EP. [15 de diciembre de 2015]. Borrador Conjunto).

## ii) Amnistías o indultos

Para el otorgamiento de las amnistías se aplicaría el art. 6.5 del *Protocolo II de los Convenios de Ginebra* (párr. 37); conforme a lo anterior, se amnistiarían e indultarían los delitos políticos y conexos cometidos en desarrollo de la rebelión por las personas que formen parte de dichos grupos, así como aquellas personas que hayan sido acusadas o condenadas por delitos políticos o conexos mediante providencias proferidas por la justicia ordinaria (párr. 23). La amnistía para los rebeldes sólo estaría condicionada a la finalización de la rebelión y al cumplimiento de lo establecido en el Acuerdo Final (párr. 10) (incluyendo la dejación de las armas y la reincorporación a la vida civil). Lo pactado hace énfasis en que el otorgamiento de la misma no exime del deber de contribuir de manera individual o colectiva al esclarecimiento de la verdad (párr. 27).

Una ley definiría claramente cuáles delitos serán amnistiables o indultables y aquellos que no lo serían (párr. 26); además, en dicha norma se precisarían los criterios de conexidad<sup>68</sup> (párr. 38). Al momento de delimitar cuáles son los delitos conexos, se aplicaría el *principio de favorabilidad* para el destinatario cuando no exista prohibición en el derecho internacional (párr. 26). Entre los delitos conexos se incluiría, *por ejemplo*, la rebelión<sup>69</sup> y la asonada<sup>70</sup>, así como el porte ilegal de armas, las muertes en combate compatibles con el DIH y el concierto para delinquir con fines de rebelión (párr. 38). En relación con los investigados y sancionados por delitos de rebelión o conexos se aplicarían los mismos criterios, sin que estén obligados a reconocerse como rebeldes (párr. 38).

Se precisaría el ámbito y alcance de las conductas que no podrían ser objeto de amnistía e indulto conforme a lo previsto en el ER, el DIH y el DIDH (párr. 40). Entre las conductas excluidas se encontrarían los delitos de lesa humanidad, el genocidio, los graves crímenes de guerra, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además de reclutamiento de menores conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma (párr. 40). Tampoco serán objeto de estas medidas los crímenes definidos en el ER (párr. 25) ni los delitos comunes que carecen de relación con la rebelión, conforme a lo que sea establecido por la ley de amnistía (párr. 41).

Respecto a la inclusión de los “graves crímenes de guerra” como una clasificación de los crímenes de guerra, como una de aquellas conductas que no podrán ser objeto de amnistía e indulto, es relevante advertir que estos no son equiparables a las graves infracciones o graves violaciones al DIH. Si bien, todas representan una violación al derecho internacional, los crímenes de guerra adquieren una connotación especial en el ámbito del derecho penal internacional, característica que las otras violaciones no tienen. Además, a pesar que esta diferencia no es tan clara, no es posible derivar la existencia de graves crímenes de guerra, pues todos los crímenes de guerra por su naturaleza son graves y de su

---

68 La conexidad comprenderá dos criterios: uno de tipo excluyente y otro incluyente. Respecto del primero, se excluirán los crímenes internacionales, tal como establece el derecho internacional conforme al ER. En el caso en que no sea definido con exactitud los criterios de conexidad en la ley de amnistías se advierte que será tomada en cuenta la doctrina adoptada por la Sala de Amnistía y la Sección de Revisión. Respecto al segundo criterio se incluirán como conexos i) aquellos delitos relacionados específicamente con el desarrollo de la rebelión, cometidos con ocasión del conflicto armado, como la aprehensión de combatientes efectuada en operaciones militares; ii) los delitos en los cuales el sujeto pasivo de la conducta es el Estado y su régimen constitucional vigente y iii) las conductas dirigidas a facilitar, apoyar, financiar u ocultar el desarrollo de la rebelión (párr. 39) (Gobierno de Colombia & FARC-EP. [15 de diciembre de 2015]. Borrador Conjunto).

69 Ley 599 de 2002. Art. 467. Rebelión. Los que mediante el empleo de las armas pretendan derrocar al Gobierno Nacional, o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente, incurrirán en prisión de seis (6) a nueve (9) años y multa de cien (100) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

70 Ley 599 de 2002. Art. 469. Asonada. Los que en forma tumultuaria exigieren violentamente de la autoridad la ejecución u omisión de algún acto propio de sus funciones, incurrirán en prisión de uno (1) a dos (2) años.

existencia se deriva la prohibición de conceder amnistías o indultos<sup>71</sup>.

La posibilidad de aplicar amnistías para los militares fue aclarada por el Presidente de Colombia, quien afirmó que “[p]ara todos los miembros de nuestras Fuerzas Armadas que no hayan cometido crímenes graves, o sea crímenes de guerra y de lesa humanidad, se les aplica la *renuncia al ejercicio de la acción penal*, que en la práctica equivale a una amnistía”<sup>72</sup>.

Hoy en día existe un amplio consenso de la comunidad internacional sobre la ilegitimidad de las amnistías generales y sin condiciones. ASFC considera positivo que las personas que cometan graves violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario no puedan beneficiarse de una amnistía general o sin condiciones<sup>73</sup>. Por ello, es importante que los ámbitos de conexidad del delito político no permitan obviar o diluir esta prohibición, pues la inclusión de graves conductas entre los delitos conexos, para efectos de concesión de amnistías o indultos, es una violación al derecho internacional.

Para efectos de la atribución de amnistías e indultos, así como para definición de las conductas conexas al delito político, resulta importante anotar los retos que genera el hecho que en el Código Penal colombiano no se encuentren tipificados como delitos bajo el *nomen iuris* de ejecuciones extrajudiciales y violencia sexual en el conflicto armado, pese a que el tratamiento de estos delitos en procesos de justicia transicional sea de mayor interés<sup>74</sup>.

---

71 ASFC. (2015). *Una mirada al desplazamiento forzado: Persecución penal, aparatos organizados de poder y restitución de tierra en el contexto colombiano*.

72 Militares no tendrán amnistía, pero sí renuncia a la acción penal. *El Tiempo*. En línea en: <http://www.eltiempo.com/politica/proceso-de-paz/proceso-de-paz-militares-no-tendran-amnistia-pero-si-renuncia-a-la-accion-penal/16512216>

73 ASFC. (2014). *Paz con justicia transicional. Aportes para Colombia desde el Derecho Internacional*. capítulo 7.

74 ASFC. (2014). *Paz con justicia transicional. Aportes para Colombia desde el Derecho Internacional*. capítulo 2. Véase también: con respecto a la ley 1719 de 2014 se aplica en especial a la violencia sexual asociada al conflicto armado interno (art. 1º) y crea nuevos tipos penales sobre todo del Título II de la parte especial sobre delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, como son acceso carnal abusivo en persona protegida menor de catorce años, actos sexuales con persona protegida menor de catorce años, prostitución forzada en persona protegida, esclavitud sexual en persona protegida, trata de personas en persona protegida con fines de explotación sexual, esterilización forzada en persona protegida, embarazo forzado en persona protegida, desnudez forzada en persona protegida, aborto forzado en persona protegida.

### iii) Criterios de selección y priorización

La priorización y selección de casos que deben ser investigados por la justicia es una tendencia que viene siendo aplicada desde hace varios años, tanto por la justicia internacional como por algunas justicias nacionales<sup>75</sup>. La imposibilidad real de que todos los delitos sean resueltos por la justicia, ha llevado a que se establezcan criterios como los de gravedad y representatividad, entre otros, para impulsar una política de gestión de casos donde se seleccionan y priorizan algunos de ellos. La priorización permite establecer un orden en la investigación, mientras la selección autoriza renunciar a la persecución penal en ciertos casos<sup>76</sup>. Colombia tiene experiencia en materia de selección y priorización en la justicia ordinaria y justicia transicional, y sería importante aprender de ella<sup>77</sup>.

El Pre-acuerdo de Víctimas otorgaría *formalmente* a la Sala de definición de situaciones jurídicas la función de determinar los posibles mecanismos procesales de selección y priorización (solamente) para quienes no reconozcan la verdad y la responsabilidad (párr. 50 c). Además, se puede inferir de lo pactado que se introducen criterios de selección, los cuales se podrían evidenciar con las siguientes declaraciones:

a) El borrador conjunto sobre víctimas declara que las consecuencias de las graves violaciones son más graves cuando la víctima pertenece a un grupo vulnerable que requiera de una especial protección, como las comunidades étnicas, los más pobres, las personas con discapacidad, los desplazados, entre otros sujetos vulnerables (párr. 7). Además, el Pre-acuerdo sobre Víctimas establece que en su funcionamiento el componente de justicia dará énfasis en las necesidades de las mujeres, niños y niñas, los cuales sufren de manera desproporcionada y diferenciada los efectos de las violaciones (párr. 8).

b) Al ejercer sus funciones, la Sala de reconocimiento de verdad, de responsabilidad y de determinación de los hechos y conductas, la Sala de definición de situaciones jurídicas y la Unidad de investigación y acusación, tendrían en cuenta la necesidad de evitar que las conductas más graves y representativas queden impunes (párr. 50 g), (párr. 51 d), (párr. 48 s).

c) La Sala de reconocimiento tendría como función recibir informes de autoridades nacionales y la organización de todas las investigaciones en curso, relativas a las conductas cometidas con ocasión al conflicto armado. Para la presentación de los informes se debería agrupar los hechos por presuntos autores o condenados y agrupar las conductas semejantes en una misma categoría sin calificarla jurídicamente, la Sala podría ordenar que estén organizados por los hechos más representativos (párr. 48 a, b, c y d). Además, esta Sala tendría que proferir una resolución de conclusiones, la cual debería centrarse en los casos más graves y en las conductas más representativas (párr. 48 o).

En todo caso, el Pre-acuerdo reconoce que las víctimas deberían ser oídas en los supuestos de selección y priorización (párr. 20), sin plantear los respectivos mecanismos de participación.

---

75 Véase para los casos de Bosnia Herzegovina, Tribunales Penales Internacionales de la antigua Yugoslavia y Ruanda y de la Corte Penal Internacional. Véase también: Morten Bergsmo y María Paula Saffon. (2011). *Enfrentando una fila de atrocidades pasadas: ¿Cómo seleccionar y priorizar casos de crímenes internacionales centrales?*, en Kai Ambos (coordinador), Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales, un estudio comparado. GÍZ: Bogotá. pp. 23 a 112.

76 ASFC. (2014). *Paz con Justicia Transicional. Aportes para Colombia desde el Derecho Internacional*. Cap. 2. Véase también: Morten Bergsmo y María Paula Saffon. (2011). *Enfrentando una fila de atrocidades pasadas: ¿Cómo seleccionar y priorizar casos de crímenes internacionales centrales?*, en Kai Ambos (coordinador), Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales, un estudio comparado. GIZ: Bogotá. pp. 23 a 112.

77 Forer A & López, C. (2011). *Selección y priorización de casos como estrategia de investigación y persecución en la justicia transicional en Colombia*. En Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales Kai Ambos (Coordinador). pp 243-249. Página 529, <http://www.scielo.org.co/pdf/rfdcp/v42n117/v42n117a08.pdf>.

A continuación, partiendo del deber general del Estado de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar toda grave violación e infracción grave y que los criterios de selección y priorización solo deberían aplicarse en los casos de ausencia de reconocimiento de verdad y responsabilidad, y de forma excepcional y restrictiva, ASFC proporciona criterios que deberían ser tenidos en cuenta para su elaboración.

### **Criterios sobre víctimas**

Las categorías de víctimas cuyos dramas derivan del accionar de actores armados y se encuentran en un alto estado de vulnerabilidad –como campesinos, indígenas, comunidades afrodescendientes, menores de edad, mujeres, desplazados, periodistas, sindicalistas, defensores de derechos humanos y líderes sociales – podrían ver los crímenes perpetrados en su contra priorizados por la JEP. Otro criterio que puede ser tenido en cuenta es el número de víctimas generado por los actos criminales, sin que ello excluya la posibilidad que una conducta que haya perjudicado a una víctima pueda evidenciar la existencia de un plan y su sistematicidad.

Ante un universo tan grande de víctimas, es importante ser realista con respecto a la capacidad investigativa del sistema y reconocer la relevancia de otros criterios de selección y priorización, como los mencionados más adelante<sup>78</sup>. En el transcurso de sus actividades en Colombia, ASFC ha constatado el impacto desproporcionado de las violaciones en los grupos vulnerables y valora positivo que en el nuevo sistema se considere que las consecuencias de las graves violaciones son *más graves* cuando la víctima pertenece a un grupo vulnerable.

### **Criterios sobre victimarios: los máximos responsables**

Sin duda, una consideración importante en relación con la competencia de la JEP es la posibilidad de centrar las investigaciones en aquellos más responsables por los crímenes más graves y representativos, una restricción que parece no estar incluida en el borrador de Pre-Acuerdo sobre Víctimas, pero que podría ser introducida dentro de los mecanismos procesales de selección y priorización.

En relación a la posibilidad de imputar los delitos solo a máximos responsables, la Corte Constitucional señaló que el Estado colombiano no estaría renunciando a sus obligaciones al usar esta figura en razón a que **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 macro-estructuras de criminalidad y revelar patrones de violaciones masivas de derechos humanos, asegurando en últimas la no repetición<sup>79</sup>.

Para ASFC, las investigaciones deberían centrarse en las personas con mayor responsabilidad<sup>80</sup>. Se ha afirmado que un máximo responsable:

“puede ser tanto el jefe de un grupo, como también quien haya tenido un rol esencial en la co-

78 Por ejemplo, en Colombia existen más de 6 millones de víctimas registradas de desplazamiento forzado. Las cifras muestran los grandes retos a la hora de priorizar un grupo vulnerable como lo es la población desplazada.

79 Corte Constitucional. Sentencia C-579 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt.

80 Esto refleja la política actual de la OF-CPI, la práctica de otros tribunales nacionales e internacionales, y la reciente experiencia en Colombia. Véase para los casos de Bosnia y Herzegovina. Véase también las experiencias de los Tribunales Penales Internacionales para la antigua Yugoslavia y para Ruanda y de la CPI. Además, Morten Bergsmo y María Paula Saffon. (2011). *Enfrentando una fila de atrocidades pasadas: ¿Cómo seleccionar y priorizar casos de crímenes internacionales centrales?*, en Kai Ambos (coordinador), Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales, un estudio comparado, GÍZ, Bogotá, pp. 23 a 112. Véase también: Cabe recordar que los fines perseguidos por CPI, como jurisdicción complementaria, son diferentes a las obligaciones generales del Estado colombiano de investigar, juzgar y en su caso sancionar las graves violaciones a los derechos humanos cometidas en su territorio. Véase también: ASFC. (2016). *Estudio de casos a luz del principio de complementariedad del Estatuto de Roma. Mecanismo de impunidad en la Justicia colombiana.*

misión de los crímenes de acuerdo al papel que la persona pudiese jugar dentro de la organización. De hecho, el parámetro del máximo responsable es un criterio ascendente que permite incluir no solamente a quien haya tenido una intervención decisiva en el delito, sino también a otras personas en virtud de criterios como el de la responsabilidad del superior “Commandresponsibility” o el dominio de aparato organizado de poder “Organisationsherrschaft”<sup>81</sup>.

Así, centrar las investigaciones en los máximos responsables puede ayudar a distinguir entre aquellos que organizan, dirigen y diseñan las operaciones, y aquellos que ejecutan los planes y perpetran los crímenes en estructuras complejas, responsables de la comisión de graves violaciones de manera masiva<sup>82</sup>. En la mayoría de los casos, los máximos responsables deberían ser los que hayan creado y dirigido las estructuras responsables por estas violaciones. También será relevante mirar más allá de la existencia de las estructuras y asegurar que la persona hubiera actuado con dolo o un grado de intención criminal suficiente<sup>83</sup>. Podrá serlo no solamente quien fungía como líder del grupo o sus facciones, sino también aquellos que se encuentren comprometidos en la comisión de crímenes internacionales o delitos graves<sup>84</sup>. Dada la amplitud, se tendría que asegurar la utilidad práctica del término “máximo responsable” para evitar que sea confuso o excesivamente amplio como para no delimitar suficientemente el número de personas que se podrían investigar en el marco del nuevo sistema<sup>85</sup>.

Además, concentrar los esfuerzos en esta categoría de victimarios puede ser más eficiente en situaciones donde existen numerosas personas involucradas<sup>86</sup>. También, esta formulación puede contribuir a asegurar que las mismas estructuras se desmantelen y se contribuya a la no repetición de los hechos<sup>87</sup>. Dada la complejidad del conflicto en Colombia, habrá mayores responsabilidades también por parte de quienes financiaron o colaboraron con el paramilitarismo, aunque no estén directamente involucrados en su comisión específica<sup>88</sup>. Acorde al Pre-acuerdo de Víctimas, estas personas también deberían figurar entre los máximos responsables y, en caso contrario, deben ser una prioridad para la justicia ordinaria.

Para ASFC, los criterios establecidos para evaluar las responsabilidades de los máximos responsables, al menos debe incluir la posición en la estructura jerárquica implicada en la comisión del acto delictivo, el rol en las decisiones estratégicas, el grado de conocimiento de los actos de los inferiores y el grado de participación directa en los actos, entre otros. Este enfoque no debería limitarse necesariamente a la responsabilidad de la fuerza pública y los integrantes de las FARC-EP, sino considerar a otros responsables, como quienes financiaron o colaboraron con el paramilitarismo.

---

81 Corte Constitucional. Sentencia C-579 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt

82 ASFC. (2015). *Una mirada al desplazamiento forzado: Persecución penal, aparatos organizados de poder y restitución de tierra en el contexto colombiano*.

83 ICTJ. (2012). *Propuesta de criterios de selección y priorización para la ley de Justicia y Paz en Colombia*

84 Gonzales, D. (2015). *Serie de documentos de trabajo N. 42, Documento preliminar sobre la ruta jurídica en relación con la desmovilización de las FARC*. Universidad Externado de Colombia: Bogotá. Disponible en: <http://icrp.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/2015/10/DOC-DE-TRABAJO-42.pdf>

85 Gustavo Emilio Cote Barco y Diego Fernando Tarapués Sandino. (2013). *El Marco Jurídico para la Paz y el análisis estricto de sustitución de la Constitución realizada en la sentencia C-579 de 2013*, en Kai Ambos (Coord), *Justicia de transición y Constitución, análisis de la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional*. pp. 256 y 257.

86 *Ibíd.*

87 ASFC. (2015). *Una mirada al desplazamiento forzado: Persecución penal, aparatos organizados de poder y restitución de tierra en el contexto colombiano*.

88 ICTJ. (2012). *Propuesta de criterios de selección y priorización para la ley de Justicia y Paz en Colombia*

## **Criterios objetivos: gravedad y representatividad**

Será importante elaborar criterios claros sobre el significado y el alcance de los términos *gravedad* y *representatividad*, tal como aparece en lo acordado. Algunas experiencias, tanto internacionales como nacionales, podrían ayudar a iluminar el sentido de estos términos. La Corte Constitucional indicó, en el análisis del MJP, que los factores indicativos de gravedad y representatividad pueden incluir *“el lugar, el tiempo, la forma de comisión, los sujetos pasivos o grupos sociales afectados, los sujetos activos, la escala de comisión o la evidencia disponible”*<sup>89</sup>.

Según la Fiscalía General de la Nación, la gravedad incluye tanto el grado de afectación a los derechos fundamentales como a la seguridad pública o el medio ambiente; también se encuentra la modalidad de la ejecución, el contexto, el impacto en la comunidad y la existencia de patrones delictivos. Además, junto con la gravedad, la representatividad para la FGN es un criterio objetivo y, dado el papel limitado del derecho penal en escenarios de justicia transicional para investigar todas las graves violaciones, la representatividad busca ilustrar en el orden simbólico los rituales y escenarios de horror, en aras de evitar su repetición y encontrar la verdad<sup>90</sup>.

De otra parte, en el ámbito internacional, la razón de ser de la CPI es perseguir a aquellos más altos responsables de delitos más graves cometidos de manera masiva que no han sido el objeto de investigaciones genuinas por parte de sus autoridades nacionales competentes, es decir, a los responsables de delitos internacionales que comparten características similares a los delitos de la competencia de la JEP. Según la Fiscalía de la CPI (en adelante “OF-CPI”), un análisis de gravedad depende de consideraciones cuantitativas y cualitativas<sup>91</sup> y podría incluir la escala, naturaleza, modo de comisión y su impacto<sup>92</sup>.

Para ASFC, en el caso colombiano, ante un universo tan grande de graves violaciones de derechos humanos, de las cuales muchas se podrían considerar representativas y con carácter simbólico, será muy importante definir una política que dé claridad sobre el significado y alcance de estos términos, dado su eventual impacto en las posibilidades de que un caso sea seleccionado y/o priorizado.

---

89 Corte Constitucional. Sentencia C-579 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt

90 FGN. Directiva 001

91 Política actual de OF-CPI, párrafo 61

92 La escala o magnitud de los delitos -el número de víctimas, el daño físico o psicológico causado a las víctimas y la expansión geográfica y temporal del crimen; la naturaleza de los crímenes - violencia sexual o de género, en contra de niños, persecución, imposición de condiciones con el fin de destruir a un grupo; el modo de comisión - los medios empleados para la comisión del delito (el grado de participación y la intención del responsable, si el delito forma parte de un plan o política, y si su comisión se debe a un abuso de poder oficial) y los elementos particulares de crueldad (vulnerabilidad de las víctimas, discriminación, violencia; y el impacto - En las víctimas y el aumento en su estado de vulnerabilidad, el terror generado, el daño social, económico y ambiental en la comunidad. Ver Política actual de OF-CPI, párrafo 62-65. Además, si bien la CPI implementa una estrategia de selección y priorización distinta a la que podrían adelantar las jurisdiccionales nacionales, en su jurisprudencia ha hecho referencia al criterio de gravedad. En el caso de la situación de Comoras, la OF-CPI se pronunció en contra de iniciar una investigación. En su decisión consideró que la incursión por parte de las fuerzas de seguridad israelíes en una flotilla humanitaria que se dirigía hacia la Franja de Gaza, en la que diez personas resultaron muertas y aproximadamente cincuenta resultaron heridas, no revestía la gravedad suficiente para ser admisible ante la CPI. Así, por ejemplo, en relación con la escala, la Fiscalía de la CPI reconoce que si bien existen bases razonables para considerar la existencia de crímenes de guerra, el número total de víctimas del incidente alcanzó proporciones relativamente limitadas en comparación, por lo general, a otros casos. No obstante, la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI, emitió una decisión para pedir a la Fiscalía reconsiderar su decisión de no iniciar una investigación en la situación de Comoras, puesto que consideró que la Fiscalía había aplicado de manera incorrecta los factores de gravedad. Por ejemplo, en el análisis de la escala, consideró que de los hechos ocurridos se podía inferir una gravedad suficiente (Regulations of the Office of the Prosecutor ICC-BD/05-01-09).

## Categorías de delito

La Corte Constitucional ha señalado que el modelo de justicia transicional debe, por lo menos, priorizar la investigación y sanción de los delitos de **i)** ejecuciones extrajudiciales, **ii)** tortura, **iii)** desapariciones forzadas, **iv)** violencia sexual perpetrada contra la mujer, **v)** desplazamiento forzado y **vi)** reclutamiento ilegal de menores, cuando sean calificados como delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática.

Los seis delitos señalados están contemplados como crímenes de lesa humanidad y de guerra por el Estatuto de Roma. Sobre dicha inclusión cabe resaltar que, un reto identificado por ASFC es la falta de coherencia en la interpretación y la sustentación de los elementos constitutivos de crímenes de lesa humanidad ante las instancias nacionales

De otra parte, se podría hacer una *valoración* de otras conductas distintas a estos delitos, que ameriten una priorización, como por ejemplo las privaciones graves de la libertad o la toma de rehenes. En ese sentido, los delitos señalados no son taxativos y deberían ser entendidos como un punto de partida<sup>93</sup>. Sin embargo, en razón a que en el Código Penal colombiano no se encuentran tipificados delitos bajo el *nomen iuris* de ejecuciones extrajudiciales y violencia sexual<sup>94</sup> en el conflicto armado, delitos cuyo tratamiento en procesos de justicia transicional es de mayor interés, resulta importante clarificar sobre cómo catalogar estas conductas y cómo realizar su debida tipificación. Así, por ejemplo, podría decirse que no existe en la jurisdicción ordinaria un criterio institucional para calificar los hechos conocidos como “falsos positivos”. ASFC ha constatado que la calificación de la conducta depende del funcionario y varía entre el homicidio simple (CPenal, art. 103), homicidio agravado (CPenal, art. 103 y 104) y homicidio en persona protegida en razón o en ocasión del conflicto armado (CPenal, art. 135)<sup>95</sup>.

Igualmente, para asegurar el debido proceso, será importante garantizar el respeto al principio de legalidad, en casos en los que se utilice la subsunción o el principio de legalidad extendida, de no encontrarse debidamente tipificado el tipo penal correspondiente en el momento de los hechos<sup>96</sup>.

También, debido a que habría que demostrar que los delitos fueron cometidos con ocasión, por causa y en relación directa o indirecta con el conflicto armado (párr. 9, 32 y 33), en especial respecto de conductas consideradas graves infracciones al DIH o graves violaciones a los derechos humanos (párr. 9 y 32) para ser competencia de la JEP, ASFC considera que para delitos como desplazamiento forzado<sup>97</sup> o ejecuciones extrajudiciales denominadas como falsos positivos<sup>98</sup>, entre otros, esta relación puede ser polémica y difícil de establecer judicialmente. Por lo tanto, será importante que las directrices sobre el nexo con el conflicto tengan en cuenta las particularidades y especificidades de los delitos de eventual competencia, según el caso, y sean lo suficientemente debatidas, contando con la participación de las víctimas.

---

93 ASFC. (2014). *Paz con Justicia Transicional. Aportes para Colombia desde el Derecho Internacional*.

94 La ley 1719 de 2014 se aplica en especial a la violencia sexual asociada al conflicto armado interno (art. 1º) y crea nuevos tipos penales sobre todo del Título II de la parte especial sobre delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, como son acceso carnal abusivo en persona protegida menor de catorce años, actos sexuales con persona protegida menor de catorce años, prostitución forzada en persona protegida, esclavitud sexual en persona protegida, trata de personas en persona protegida con fines de explotación sexual, esterilización forzada en persona protegida, embarazo forzado en persona protegida, desnudez forzada en persona protegida, aborto forzado en persona protegida.

95 ASFC. (2016). *Estudio de casos a luz del principio de complementariedad del Estatuto de Roma. Mecanismos de Impunidad en la Justicia colombiana*.

96 ASFC y HUMANAS. (2015). *Aportes de las sentencias de Justicia y Paz a los derechos de las mujeres*.

97 ASFC. (2015). *Una mirada al desplazamiento forzado: Persecución penal, aparatos organizados de poder y restitución de tierra en el contexto colombiano*.

98 ASFC. (2016). *Estudio de casos a la luz del principio de complementariedad del Estatuto de Roma. Mecanismo de impunidad en la justicia colombiana*.

#### iv) Tratamiento diferencial

El sistema de justicia especial tendría como marco jurídico de referencia, principalmente, el DIDH y el DIH (párr. 19). Las secciones del TPP, las salas y la Unidad de Investigación y Acusación, al adoptar sus decisiones, harían una calificación jurídica propia del sistema, que podría ser diferente a las realizadas por las autoridades judiciales, disciplinarias o administrativas (párr. 19). En el caso que agentes del Estado hubieran cometido delitos relacionados con el conflicto armado y con ocasión de este, la aplicación del componente de justicia se haría de forma diferenciada, otorgando un tratamiento equilibrado, simultáneo y simétrico (párr. 32) basado en el DIH (párr. 44).

Dicho tratamiento diferenciado para agentes del Estado valoraría lo establecido en las reglas operacionales de la fuerza pública en relación con el DIH. Respecto a la evaluación penal de la responsabilidad de las FARC-EP se tendría en cuenta como marco jurídico el DIH, DIDH y DPI, además “tendrá en cuenta la relevancia de las decisiones tomadas por la anterior organización que sean pertinentes para analizar las responsabilidades” (párr. 59).

La fórmula destinada para agentes del Estado podría ser interpretada de manera que la intención de las partes es aplicar de forma exclusiva las normas del DIH como marco jurídico para investigar, juzgar y sancionar los graves crímenes. De acuerdo con la reciente evolución del derecho internacional y la interpretación de los tribunales y organismos internacionales, el DIDH también se aplica durante los conflictos armados tanto internacionales como internos<sup>99</sup>. Al respecto, reconociendo que una aplicación exclusiva del DIH para el procesamiento penal de miembros de la fuerza pública puede constituir un mecanismo de impunidad, ASFC ha expresado su preocupación de la siguiente manera:

“(…) una aplicación de este tipo no contemplaría la posibilidad de la existencia de lagunas jurídicas, las cuales podrían ser complementadas con las disposiciones del DIDH o el derecho penal internacional a favor de la sociedad y las víctimas. También, una interpretación de este tipo desconocería que el DIH podría regular situaciones de manera menos favorable que lo regulado por otros ordenamientos jurídicos internacionales, poniendo a las víctimas en una situación desfavorable”<sup>100</sup>.

Además, la Corte Constitucional colombiana, reconociendo la obligación internacional del Estado de respetar, proteger y garantizar los derechos fundamentales consignados en los tratados internacionales<sup>101</sup>, determinó que una interpretación que permitiría sustraer del imperio de los derechos humanos las actuaciones judiciales contra miembros de la fuerza pública, con ocasión al conflicto, violaba la Constitución de este país, por tanto concluyó que en estos casos la interpretación “no puede excluir la aplicación convergente y complementaria del derecho internacional de los derechos humanos”<sup>102</sup>.

---

99 OACNUDH. (2011). *Protección jurídica internacional de los derechos humanos durante los conflictos armados*, Nueva York y Ginebra. p.6 & CIJ, opinión consultiva sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares, A/51/218, 19 de junio de 1996 & Corte IDH. Caso Bamaca Velásquez. Sentencia de fondo del 25 de noviembre de 2000, párr. 2017.

100 ASFC. (2015). *Amicus Curiae presentado a la Corte Constitucional en el marco de la demanda de inconstitucionalidad del Acto 01 de 2015 sobre la reforma al Fuero Penal Militar*. p. 16

101 “Para la Corte esta es la única interpretación compatible con el deber del Estado de garantizar y proteger el núcleo común que comparten el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos, que como lo ha subrayado su jurisprudencia (C-574 de 1992 y C-225 de 1995) son ‘normatividades complementarias’”. (Corte Constitucional. Sentencia C-084 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

102 Corte Constitucional. Comunicado No 7. Febrero 24 de 2016. El mismo acuerdo preliminar sobre víctimas apuntaría a la misma interpretación al señalar que “[l]a responsabilidad de los destinatarios del SIVJRN no exime al Estado de su deber de respetar y garantizar el pleno goce de los derechos humanos y de sus obligaciones, conforme al Derecho Internacional Humanitario y al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.”

También, junto con el DIDH y DIH, el otro marco jurídico de referencia de relevancia es el Estatuto de Roma, no solo porque Colombia es un Estado parte del tratado, sino porque es objeto de examen preliminar por parte de la Fiscalía de la CPI, que ha afirmado que *prima facie* las graves infracciones del DIH y las graves violaciones de DIDH cometidas por las dos partes también constituyen delitos internacionales de la competencia del ER<sup>103</sup>. Por lo tanto, la evaluación de la responsabilidad penal de los agentes de Estado, debe incluir una aplicación convergente y complementaria del DIH y el DIDH y conforme al ER, pues solo de esta forma se podrá “(...) adoptar decisiones que otorguen plena seguridad jurídica a quienes participaron de manera directa o indirecta en el conflicto armado interno, respecto a hechos cometidos en el marco del mismo y durante este que supongan graves infracciones del Derecho Internacional Humanitario y graves violaciones de los Derechos Humanos” (párr. 2), uno de los objetivos del Pre-acuerdo sobre Víctimas.

Un tema relevante que se deriva del Pre-Acuerdo de Víctimas es la posibilidad de aplicar el DIDH a la guerrilla. Al respecto, la doctrina clásica de los derechos humanos sostiene que el DIDH obliga solamente a los Estados, y sus normas no son aplicables a personas o grupos privados, a menos de que exista incitación, complicidad o tolerancia con los funcionarios del Estado<sup>104</sup>. No obstante, esta visión ha sido ampliada para algunos agentes no estatales que hayan ejercido funciones de índole gubernamental, los cuales también tendrían que respetar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos<sup>105</sup>. Sin embargo, no existe un criterio único, por lo que su aplicación en el caso de la guerrilla es un debate abierto.

Conforme al art. 21 (párr. 1) del ER de la Corte Penal Internacional, la aplicación e interpretación del derecho aplicable en los casos de su competencia debe ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. En ese sentido, se ha afirmado que los derechos humanos deben ser entendidos como un principio de interpretación que busca asegurar la coherencia y compatibilidad del sistema<sup>106</sup>.

En el marco de esta discusión, para ASFC es claro que en el caso de la evaluación de la responsabilidad penal de miembros de las FARC-EP, el DIDH puede cumplir una función interpretativa e integradora, en tanto los delitos incluidos en el Código Penal, como la tortura o la desaparición forzada, tipifican conductas consideradas como graves por el DIDH, por lo cual, en la interpretación y aplicación de estos tipos penales se podría recurrir a los derechos humanos para aclarar y fijar su contenido. Al respecto, la Corte Constitucional colombiana ha señalado que:

---

103 ASFC. (2016). *Estudio de casos a la luz del principio de complementariedad del Estatuto de Roma. Mecanismo de impunidad en la justicia colombiana*; OF-CPI. (2012). *Reporte intermedio de la OF-CPI sobre Colombia*.

104 O Donnell. (1998). *Tendencias en la aplicación del derecho internacional humanitario por los mecanismos de derechos humanos de las Naciones Unidas*. En *Revista Internacional de la Cruz Roja*. 147. pp. 523 -546.

105 Véase: Clapham, A. (2006). *Human rights obligations of non-state actors in conflict situations*. En *International Review*. 88CICR. (2003). *Derecho internacional humanitario y Derecho internacional de los derechos humanos*. Analogías y diferencias. Disponible en: [https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/dih\\_didh.pdf](https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/dih_didh.pdf)

106 Véase : *The Prosecutor v Germain Katanga and Mathieu NgudjoloChui*, ICC-01/04-01/07, Decision on an Amicus Curiae application and on the “Requête tendant à obtenir présentations des témoins DRC-D02-P-0350, DRC-D02-0236, DRC-D02-P-0228 aux autorités néerlandais aux fins d’asile (articles 68 and 93(7) of the Statute) (9 June 2011) at para 62. Véase también: KritZeegers, *International Criminal Tribunals and Human Rights Law: Adherence and Contextualization* (The Hague, Springer: 2016) at 78. Véase también: También, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia señaló que ante la ausencia de definiciones por parte del DIH, es posible recurrir a instrumentos y prácticas del campo del DIDH. No obstante, en razón a las diferencias entre los cuerpos normativos y la función de un tribunal penal, ha advertido que esta interpretación debe ser aplicada con precaución de forma tal que no desconozca las especificidades de cada campo (*The Prosecutor v DragoljubKunarac*, IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, Judgement (22 February 2001).

Las normas que forman parte del bloque de constitucionalidad cumplen diversas funciones dentro del ordenamiento jurídico colombiano; en relación con el establecimiento de límites al margen de configuración del Legislador en materia penal, el bloque de constitucionalidad cumple dos funciones distintas: una función *interpretativa* –sirve de parámetro guía en la interpretación del contenido de las cláusulas constitucionales y en la identificación de las limitaciones admisibles a los derechos fundamentales–, y una función *integradora* –provisión de parámetros específicos de constitucionalidad en ausencia de disposiciones constitucionales expresas, por remisión directa de los artículos 93, 94, 44 y 53 Superiores–. Ambas funciones han sido aplicadas por la Corte Constitucional en su jurisprudencia sobre los límites del margen de configuración del legislador en materia penal, sea para identificar un desconocimiento de la Constitución con la ayuda interpretativa de las normas incluidas en el bloque, o para aplicar directamente los parámetros establecidos por tales normas en ausencia de una cláusula constitucional específica.<sup>107</sup>

## v) Modos de imputación de la responsabilidad penal

Dada la complejidad de las masivas violaciones y los retos para identificar la multiplicidad de actores, las distintas causas y el nivel de responsabilidad en el contexto de Colombia, ASFC considera útil recurrir a los distintos modos de atribución de responsabilidad penal individual que se han desarrollado ante la CPI, y en otros contextos como el colombiano<sup>108</sup>. Entre las fórmulas más viables de cómo imputar responsabilidad penal individual en estos casos, se encuentran la autoría mediata<sup>109</sup>, coautoría mediata y la responsabilidad del comando o superior<sup>110</sup>, cuyo desarrollo pone de manifiesto la intención del Derecho Internacional de sancionar a los mandos militares, quienes no portaban las armas en el momento del hecho, pero son considerados responsables por los crímenes de sus subordinados como consecuencia de una falta de prevenirlos o reprimirlos<sup>111</sup>.

El Pre-acuerdo sobre Víctimas señala que la evaluación de la *responsabilidad de mando* de agentes del Estado no podría fundarse exclusivamente en el rango, jerarquía o el ámbito de jurisdicción (párr. 44). Además, debería tener en cuenta la calidad de garante de derechos por parte del Estado, así como la presunción de que el Estado ejerce de manera legítima el monopolio de las armas (párr. 32). Asimismo, la responsabilidad penal de miembros de las FARC-EP no se podría fundar exclusivamente en el rango o la jerarquía (párr. 59).

En lo que respecta a los delitos cometidos por los subordinados y la forma de vinculación a los mandos, se establece que debería fundarse **i)** en el control efectivo de la respectiva conducta, **ii)** en el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante y después de la realización de la respectiva conducta y **iii)** en los medios a su alcance para prevenir, y de haber ocurrido, *promover* (*adoptar* en el caso de las FARC-EP) las investigaciones procedentes (párr. 44 y 59).

Dado que el Pre-acuerdo sobre víctimas incluye el Derecho Penal Internacional como fuente para evaluar la responsabilidad penal, es importante hacer la distinción entre la responsabilidad de los *jefes militares*<sup>112</sup> y la de los *superiores civiles*<sup>113</sup>, diferencia incluida en el Estatuto de Roma. Si bien tienen

108 Véase ASFC. (2014). *Paz con Justicia Transicional. Aportes para Colombia desde el Derecho Internacional*. capítulo 8.; ASFC y HUMANAS. (2015). *Aportes de las sentencias de Justicia y Paz a los derechos de las mujeres*.

109 Cabe resaltar que la autoría mediata para atribuir responsabilidad penal ha sido usada de manera exitosa en Colombia tanto en justicia ordinaria como en justicia transicional. ASFC. (2015). *Una mirada al desplazamiento forzado: Persecución penal, aparatos organizados de poder y restitución de tierra en el contexto colombiano.*; ASFC. (2015). *Aportes de las sentencias de Justicia y Paz*.

110 La **responsabilidad de mando o de superior** es un fórmula de imputación penal que funda la responsabilidad del superior por el incumplimiento de actuar para impedir conductas penales de sus subordinados. El superior será responsable por la falta de control y supervisión de los subordinados en el caso en que cometan delitos. Este concepto crea una responsabilidad directa por la ausencia de supervisión y una responsabilidad indirecta por las conductas delictivas de otros, y ha sido reconocido en el derecho internacional consuetudinario, como se evidencia en la jurisprudencia internacional y comparativa y los esfuerzos por codificarlo, como por ejemplo en el Estatuto de Roma. (Ambos, K. [1999]. *La responsabilidad del superior en el derecho internacional*.)

111 Cassese, Gaeta P. (2003). *International Criminal Law*. Oxford University Press: Oxford. p. 205.

112 Artículo 28.1.a) Estatuto de Roma. Se requieren los siguientes elementos para la responsabilidad de los mandos militares: 1. se comete o se va a cometer un crimen de competencia de la CPI; 2. el autor era un comandante militar o una persona actuando como tal; 3. el autor tuvo mando y control efectivo, o autoridad y control efectivo; 4. los crímenes se cometieron como resultado de no ejercer debidamente el control sobre las fuerzas; 5. el autor no tomó las medidas necesarias y razonables para prevenir, reprimir o notificar a las autoridades competentes para la investigación y sanción; 6. el autor supo que los subordinados o fuerzas estaban cometiendo o a punto de cometer los crímenes, o debido a las circunstancias el autor debió haber sabido que los subordinados o fuerzas estaban cometiendo o a punto de cometer los crímenes

113 Artículo 28.1.b) Estatuto de Roma. Se requieren los siguientes elementos para la responsabilidad de los superiores civiles: 1. se comete o se va a cometer un crimen competencia de la CPI; 2. una relación superior-subordinado diferente a la responsabilidad de mando; 3. el autor tuvo autoridad y control efectivo; 4. los crímenes se cometieron como resultado de no ejercer debidamente el control sobre las fuerzas; 5. el autor no tomó las medidas necesarias y razonables para prevenir, reprimi-

varios elementos en común, la responsabilidad del jefe militar se diferencia de la responsabilidad del superior civil con respecto a **i)** el estatus de la relación superior-subordinado, **ii)** la clasificación del control sobre las fuerzas o subordinados y **iii)** el elemento subjetivo adicional que se requiere<sup>114</sup>. Para efectos del ER, tanto los mandos de la fuerza pública como los mandos de las FARC-EP podrían ser considerados como mandos militares o superiores que “actúan efectivamente como comandantes militares”<sup>115</sup>.

Respecto a lo acordado, se ha expresado preocupación por la inclusión en el Pre-acuerdo sobre Víctimas del criterio de responsabilidad que exige: “(...) el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante y después de la realización de la respectiva conducta” (párr. 59)<sup>116</sup>, en tanto podría incluir una forma limitada de la evaluación de responsabilidad penal en comparación con la dispuesta en el derecho internacional. Según el Estatuto de Roma, el elemento subjetivo exige que el autor sepa o debiera **haber sabido** que los subordinados o fuerzas estaban cometiendo o a punto de cometer los crímenes<sup>117</sup>.

Cuando el autor “supo”, se debe demostrar el conocimiento a través de evidencia directa o circunstancial<sup>118</sup>. Tales indicios pueden incluir el número de los actos ilegales, su alcance, su carácter generalizado, su duración temporal, el tipo y número de subordinados involucrados, los medios de comunicación, el *modus operandi* de los hechos similares, el alcance y la naturaleza del cargo del mando y su responsabilidad en la estructura jerárquica, y la ubicación geográfica del mando en el momento con relación a los hechos<sup>119</sup>. El conocimiento también se puede demostrar si *a priori* un mando forma parte de una estructura organizada con mecanismos establecidos para el reporte y seguimiento<sup>120</sup>.

Por otro lado, “debiera haber sabido” requiere una obligación por parte del superior de tomar las medidas necesarias para asegurar el conocimiento sobre la conducta de sus tropas e investigar, in-

---

mir o notificar a las autoridades competentes para la investigación y sanción; 6. el autor supo que los subordinados o fuerzas estaban cometiendo o a punto de cometer los crímenes o el autor supo o de manera consciente ignoró información que claramente indicaba que las fuerzas estaban cometiendo o a punto de cometer los crímenes

114 Véase: Case Matrix Network. (2016), *Command Responsibility in International Legal Instruments*. p.21. Disponible en [https://www.casematrixnetwork.org/fileadmin/documents/reports/CMN\\_ICL\\_Guidelines\\_Command\\_Responsibility\\_En.pdf](https://www.casematrixnetwork.org/fileadmin/documents/reports/CMN_ICL_Guidelines_Command_Responsibility_En.pdf)

115 En Bemba, esta frase se refiere a todos aquellos que, a pesar de no haber sido nombrados formalmente por la ley para desempeñar una función de mando militar, la desarrollan de hecho al ejercer un control efectivo sobre un grupo de personas que actúan a través de una cadena de mando. Esto incluiría superiores de fuerzas regulares gubernamentales y superiores con autoridad y control efectivo sobre fuerzas irregulares no gubernamentales como grupos armados de oposición o unidades paramilitares, incluyendo movimientos armados de resistencia y milicias que se organizan jerárquicamente conforme a una cadena de mando. CPI, (15 de junio de 2009) Fiscalía v Jean-Pierre Bemba Gombo, Sala de Cuestiones Preliminares II, decisión sobre el artículo 67(7) (a) y (b) del Estatuto de Roma sobre los cargos del Fiscal contra Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-424, Párr. 409-410.

116 “Under international law, commanders’ knowledge includes both actual knowledge and constructive knowledge—that which they should have known or had reason to know. It is essential that both forms of knowledge are covered by the scope of command responsibility set out in the agreement and to be applied by the tribunal” (Human Right Watch. (2016). *Colombia: Prosecution of False Positive Cases under the Special Jurisdiction for Peace*. Disponible en <https://www.hrw.org/news/2016/03/28/colombia-prosecution-false-positive-cases-under-special-jurisdiction-peace>. También véase: Equipo Jurídico Pueblos. (2016). *Ambiguo y decepcionante*. Disponible en: <http://derechodelpueblo.blogspot.co.uk/2016/02/ambiguo-y-decepcionante-acuerdo.html>

117 Art 28.1.a, ER.

118 CPI, (15 de junio de 2009) Fiscalía v Jean-Pierre Bemba Gombo, Sala de Cuestiones Preliminares II, decisión sobre el artículo 67(7) (a) y (b) del Estatuto de Roma sobre los cargos del Fiscal contra Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-424, para 430, ICTY, (26 de febrero de 2001) Prosecutor v. Kordic and Cerkez, “Judgment”, Case No. IT-95-14/2-T, para. 427; ICTY, (15 de marzo de 2006) Prosecutor v Hadzihasanovic et al, “Judgment”, Case No.IT-01-47-T, para. 94.

119 CPI, (15 de junio de 2009) Fiscalía v Jean-Pierre Bemba Gombo, Sala de Cuestiones Preliminares II, decisión sobre el artículo 67(7) (a) y (b) del Estatuto de Roma sobre los cargos del Fiscal contra Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-424, para 431

120 *Ibid.*, para 431

dependientemente de la disponibilidad de la información en el momento de la comisión del hecho<sup>121</sup>. Por lo tanto, se puede atribuir responsabilidad penal en caso de existir información disponible que advierta sobre la posibilidad de la comisión de violaciones o infracciones por parte de sus subordinados<sup>122</sup>. Este requisito no exigiría actual conocimiento de tipo explícito o circunstancial por parte del mando<sup>123</sup> y podría ser interpretado como imprudencia por no actuar con la debida diligencia<sup>124</sup>. Se ha dicho que la intención aquí fue adoptar un enfoque más riguroso para mandos militares que para mandos civiles en el Estatuto de Roma<sup>125</sup>.

Otra preocupación tiene que ver con la referencia en el Pre-Acuerdo sobre Víctimas al “control efectivo de la respectiva conducta”, en lugar de referirse al control sobre los subordinados que hayan cometido la conducta<sup>126</sup>.

La CPI ha afirmado que el concepto de “control efectivo” es por lo general una manifestación de la existencia de una relación superior-subordinado en el marco de una relación jerárquica por cadena de mando<sup>127</sup>. Además, en el “control efectivo” se refiere a la capacidad de evitar o reprimir la comisión de los delitos, o, en su caso, de enviar la cuestión a las autoridades competentes<sup>128</sup>. El control efectivo es una cuestión de prueba, que depende de las circunstancias de cada caso, y para lo cual es necesario mostrar indicios de que el superior tenía el poder de prevenir, reprimir y/o someter la cuestión a las autoridades competentes para la investigación<sup>129</sup>.

Existen varios factores que pueden indicar la existencia de control efectivo, y a la vez demuestran que el “control efectivo” propiamente dicho va más allá del control sobre la conducta respectiva. Dichos elementos pueden incluir los siguientes: **i)** la posición oficial; **ii)** el poder de dictar o transmitir órdenes; **iii)** la capacidad de asegurar el cumplimiento de las órdenes dictadas; **iv)** la posición dentro de la estructura militar y las tareas desarrolladas en la misma; **v)** la capacidad de ordenar a las fuerzas o unidades bajo su mando (ya estén bajo su mando inmediato, o en niveles inferiores) que tomen parte en las hostilidades; **vi)** la capacidad para re-subordinar unidades o hacer cambios en la estructura de mando; **vii)** el poder de promover, reemplazar, remover o imponer sanciones a cualquier miembro de sus fuerzas; y **viii)** la autoridad para enviar unidades donde se desarrollan las hostilidades, y para retirarlas

---

121 *Ibíd.*, para 433

122 Vease: Jamie Allan Williamson. (2008). *Some considerations on command responsibility and criminal liability*. Disponible en: [https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/iirc-870\\_williamson.pdf](https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/iirc-870_williamson.pdf), p.5.

123 ICTR. (3 July 2002) Prosecutor v. Bagilishema, Judgement (Reasons), Case No. ICTR-95-1A-A, (Bagilishema Judgement), para. 28. “The should have known is not dissimilar to the traditional had reason to know”

124 CPI, (15 de junio de 2009) Fiscalía v Jean-Pierre Bemba Gombo, Sala de Cuestiones Preliminares II, decisión sobre el artículo 67(7) (a) y (b) del Estatuto de Roma sobre los cargos del Fiscal contra Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-424, párr. 433. “algo más que una obligación activa del superior de tomar las medidas necesarias para asegurarse que conoce la conducta de sus fuerzas e investigar, con independencia de la información disponible en el momento en el que se cometen los delitos”

125 *Ibíd.*, para 433

126 Se trata de ver sólo el eventual “control efectivo” o el “conocimiento” de la “**respectiva conducta**”, sellando convenientemente un hecho, apartándolo del resto de actos en la cadena fáctica. Se rompe así la sucesión de actuaciones articuladas y se fija sólo el foco penal en una conducta, la “respectiva conducta”, y no en el *itercriminis* o “camino del delito”, que, de asumirse, pondría en evidencia el nexo de mecanismos y prácticas institucionales” (Equipo Jurídico Pueblos. (2016). *Ambiguo y decepcionante*). Véase también: Human Right Watch. (2016). *Colombia: Prosecution of False Positive Cases under the Special Jurisdiction for Peace*.

127 CPI, (15 de junio de 2009) Fiscalía v Jean-Pierre Bemba Gombo, Sala de Cuestiones Preliminares II, decisión sobre el artículo 67(7) (a) y (b) del Estatuto de Roma sobre los cargos del Fiscal contra Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-424, para 414

128 *Ibíd.*, para 415

129 *Ibíd.*, para 416

en cualquier momento<sup>130</sup>.

De otra parte, según el Pre-Acuerdo (párr. 32), en el tratamiento de la fuerza pública “deberá tenerse en cuenta la calidad de garante de derechos por parte del Estado, así como la presunción de que el Estado ejerce de manera legítima el monopolio de las armas”. Al respecto cabe mencionar que los procesos de transición pretenden asegurar el ejercicio del monopolio de las armas de manera legítima por parte del Estado con el pleno respeto a las normas democráticas y los principios del buen Gobierno<sup>131</sup>. No obstante, y sin verse afectado el compromiso a respetar las garantías procesales individuales que incluyen la presunción de inocencia (párr. 14), cabe preguntarse por qué aplicar esta presunción de manera general a la fuerza pública en el contexto de un acuerdo sobre justicia transicional.

De acuerdo al DIH, no existe una presunción específica de legitimidad del uso de la fuerza por parte de los agentes del Estado y para ASFC esta presunción podría desconocer la realidad colombiana<sup>132</sup> y los fines perseguidos por la justicia transicional. Así, en el marco del conflicto, el DIH se aplica a todas las partes<sup>133</sup> y el hecho de ser miembro del Estado no es una defensa para la evaluación de la responsabilidad penal en este tipo de violaciones<sup>134</sup>. En un contexto de conflicto armado, los estándares del DIH establecen que para evaluar la legitimidad del uso de la fuerza, los principios de distinción, proporcionalidad y precaución son pertinentes<sup>135</sup>. Además, en general, en casos de violaciones al DIH ante los tribunales civiles, la carga de la prueba respecto al uso legítimo de la fuerza, corresponde a la parte que realizó el ataque<sup>136</sup> y el hecho que en la evaluación de la responsabilidad penal individual existe la presunción de inocencia<sup>137</sup>, esto no se convierte en un soporte jurídico para aplicar una presunción de legitimidad del monopolio de las armas.

---

130 *Ibíd.*, para 417,

131 Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces.(2005).*Shaping a Security Governance Agenda in Post-Conflict Peacebuilding*, disponible en: <http://www.dcaf.ch/Publications/Shaping-a-Security-Governance-Agenda-in-Post-Conflict-Peacebuilding>

132 Según el Informe General del Centro de Memoria Histórica, el papel de miembros de la Fuerza Pública en la victimización de civiles es condenable e inquietante, pues se presume su participación en 158 masacres y 2300 asesinatos selectivos (10% del total) (Basta ya, 2013).

133 ICRC, (noviembre de 2013), *The Use of Force in Armed Conflicts. Interplay between the Conduct of Hostilities and Law Enforcement Paradigms*, pp. 4-5, disponible en <https://www.icrc.org/eng/assets/files/publications/icrc-002-4171.pdf>. Este texto diferencia entre el paradigma de hostilidades compuesto de los principios de distinción, proporcionalidad y precaución de DIH que regula los medios del conflicto y el paradigma de *lawenforcement* basado en el DIDH aplicable a los agentes de Estado en situaciones de orden público, que exige que la fuerza letal solo se usará donde no exista otra posibilidad y no deberá exceder lo estrictamente necesario. En ambos casos, estos paradigmas se basan en principios que requieren ciertos deberes y conducta, y no en presunciones a favor de la legitimidad o no del mismo de un agente de Estado.

134 ICTY, (22 February 2001). *The Prosecutor v Dragoljub Kunarac*, “judgment” IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, párr. 470

135 Jo M. Pasqualucci. (2013). *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*. Cambridge UP.p.171.

136 Orna Ben-Naftali. (2011).*International Humanitarian Law and International Human Rights Law: Pas de Deux* (Oxford: Oxford) p.230.

137 Artículo 29.4 Cpenal.

## vi) Las Penas en el Sistema Integral

Conforme a lo pactado en el Pre-acuerdo sobre Víctimas, se busca adoptar un modelo de sanción de delitos que trascienda la función meramente retributiva, lo pactado hasta ahora incluiría como finalidad esencial de la sanción satisfacer los derechos de las víctimas y consolidar la paz. Además, las sanciones incluidas en el Sistema Integral tendrían una mayor función restaurativa y reparadora del daño causado, siempre en relación con el grado de reconocimiento de verdad y responsabilidad que se realice ante componente de justicia mediante declaraciones individuales o colectivas (párr. 60). La JEP integraría tres modalidades distintas de pena, a saber: penas propias, alternativas y ordinarias.

En primer lugar, a quienes reconozcan verdad y responsabilidad ante la Sala de reconocimiento, respecto a determinadas infracciones muy graves, habría *sanciones propias*, las cuales tendrían una duración entre cinco (5) y ocho (8) años con una función reparadora y restaurativa. Comprenderían la *restricción efectiva de la libertad* y de derechos, tales como la libertad de residencia y movimiento, que sean necesarias para su ejecución, además se estipula que las penas propias deberían garantizar la no repetición y se advierte que en ningún caso se podría imponer la pena de cárcel o prisión ni adopción de medidas de aseguramiento equivalente (párr. 60).

El Pre-acuerdo sobre Víctimas señala que la Sección de primera instancia de reconocimiento de verdad y responsabilidad determinaría la ejecución efectiva de la sanción. Las sanciones se ejecutarían, en lo que respecta a las FARC-EP, en coordinación con lo acordado sobre dejación de armas y reincorporación de los insurgentes a la vida civil (párr. 46). Además, se señala que las sanciones propias incluirían la participación/ejecución de programas especiales y fueron diseñados en cumplimiento de lo acordado en la Mesa de Conversaciones, entre otros, en los puntos sobre Reforma Rural Integral, Participación Política y Sustitución y erradicación de cultivos ilícitos, del Acuerdo General (párr. 46).

Los programas especiales que incluirán las penas propias serían:

<b>Zonas Rurales</b>	Participación/ejecución de programas de (i) reparación efectiva para los campesinos desplazados; (ii) protección de medio ambiental de las zonas de reserva; (iii) construcción y reparación de infraestructura; (iv) desarrollo rural; (v) eliminación de residuos; (vi) mejora de electrificación y conectividad en comunicaciones de las zonas agrícolas, sustitución de cultivos ilícitos; (viii) recuperación ambiental de las áreas afectadas por los cultivos ilícitos, y (ix) construcción y mejora de las infraestructuras viales necesarias para la comercialización de productos agrícolas de zonas de sustitución de cultivos ilícitos.
Participación/ejecución de programas de (i) construcción y reparación de infraestructura; (ii) desarrollo urbano; (iii) acceso a agua potable y construcción de redes y sistema de saneamiento.	<b>Zonas Urbanas</b>
<b>Limpieza y erradicación del material de guerra.</b>	Participación/ejecución de programas de limpieza y erradicación de (i) restos explosivos de guerra y municiones sin explotar y (ii) de minas antipersonal y artefactos explosivos.

Los autores de delitos que comparecieran ante la Sala de reconocimiento de verdad y responsabilidad podrían presentar un proyecto detallado, individual o colectivo, de ejecución de los trabajos, obras o actividades reparadoras y restaurativas. En dicho proyecto se indicarían obligaciones, objetivos, fases temporales, horarios y lugares de la ejecución, así como las personas que los ejecutarían, y el lugar donde residirían (párr. 46). El proyecto debería establecer un mecanismo de consulta con los representantes de las víctimas residentes en el lugar de ejecución, para recibir su opinión y constatar que no se opondrían al mismo. El mecanismo de consulta debería ser aprobado por la Sala y se ejecutaría bajo su supervisión. Las víctimas, si lo creyeran conveniente, podrían comunicar al tribunal su opinión sobre el programa propuesto. El Tribunal tendría plena autonomía para decidir sobre el proyecto. Dicho proyecto debería previamente ser aprobado por la Sala de reconocimiento de verdad y responsabilidad y debería ser formulado por la Sala en caso de que los comparecientes no lo presenten (párr. 46).

En segundo lugar, el Pre-Acuerdo sobre Víctimas también contempla *sanciones alternativas* (propiamente: penas de cárcel reducidas), las cuales serán impuestas a quienes realicen reconocimiento tardío de verdad y responsabilidad respecto a conductas muy graves ante la Sección de enjuiciamientos; previamente a la sentencia, tendría una duración entre cinco (5) y ocho (8) años de pena privativa de la libertad con función esencialmente retributiva (párr. 60). En ningún caso se aplicarían subrogados penales, beneficios adicionales o rebajas complementarias a la sanción alternativa y se requerirá que el destinatario se comprometa a contribuir con su resocialización a través de trabajo, capacitación o estudio, durante el tiempo que se encuentre privado de la libertad, y en su caso promover actividades orientadas a la no repetición (párr. 48). De otra parte, se advierte que las normas desarrollarían la forma en que se graduarían las sanciones y en cuáles casos las personas que *no hayan tenido una participación determinante* en las conductas más graves y representativas, la pena propia o alternativa, dependiendo del caso, tendría un mínimo de dos (2) años y un máximo de (5) años (párr. 60).

En tercer lugar, las *sanciones ordinarias* se impondrían cuando no exista reconocimiento de verdad y responsabilidad; cumplirían las funciones previstas en las normas penales ordinarias. La privación efectiva de libertad no sería inferior a 15 años ni superior a 20 en el caso de conductas muy graves; podrían existir 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. Cumplida la sanción impuesta, se concedería la libertad a prueba (párr. 49).

Las sanciones que integran el Sistema Integral estarían sujetas al monitoreo propio del sistema, así como a un régimen de seguridad y vigilancia que garantiza la vida y la integridad física (párr. 62). Se podrían efectuar desplazamientos para realizar actividades acordes con el cumplimiento de la sanción, en cuyos casos los desplazamientos de las personas sancionadas deberían ser compatibles con el cumplimiento de las sanciones. No obstante, el órgano que estaría encargado de verificar el cumplimiento de las sanciones podría otorgar las autorizaciones necesarias para desplazamientos que no sean compatibles con el cumplimiento de la sanción (párr. 62). Además, la Sección de primera instancia del TPP para casos de reconocimiento de verdad y responsabilidad tendría que supervisar y verificar el cumplimiento efectivo de sus sentencias con el apoyo de órganos y mecanismos de monitoreo y verificación que se establezcan, los cuales deberían presentar informes cada tres meses (párr. 53 d).

En el caso que agentes del Estado sean sancionados por la comisión de delitos, la ejecución de las sanciones sería en guarniciones de la fuerza pública y sujeta al monitoreo del Sistema Integral. Además, la configuración definitiva de las sanciones para esta categoría de personas, se decidiría antes de la firma del Acuerdo Final, respetando el modelo general que se presentó anteriormente (párr. 60).

No se podría conceder la extradición<sup>138</sup> ni se podrían tomar medidas de aseguramiento con

138 Dicha garantía de no extradición alcanza a todos los integrantes de las FARC-EP y a personas acusadas de formar parte de dicha organización, por cualquier conducta realizada con anterioridad a la firma del acuerdo final, para aquellas per-

finde de extradición respecto de hechos o conductas objeto del Sistema Integral, ocasionados u ocurridos durante el conflicto armado interno o con ocasión de éste hasta la finalización del mismo, trátense de delitos amnistiables o de delitos no amnistiables, y en especial por ningún delito político, de rebelión o conexo con los anteriores, ya hubieran sido cometidos dentro o fuera de Colombia (párr. 72).

Cabe preguntarse si las disposiciones que autorizan, en casos de reconocimiento colectivo a las organizaciones o entidades a las que pertenezcan los comparecientes, ser la entidad competente (sin perjuicio de la función que se atribuya a un mecanismo de monitoreo nacional acordado las partes) para velar por la adecuada ejecución y cumplimiento de la sanción, implican una medida desproporcionada (párr.46), en especial en casos de agentes del Estado donde se aplicaría el fuero especial carcelario. Además, puede resultar desproporcionado incluir la posibilidad de cumplir la pena atendiendo a resultados, como la culminación de una obra, en tanto podría implicar penas menores a las pactadas (párr. 46). En Colombia parece existir un consenso entre varias organizaciones de derechos humanos sobre la importancia de las negociaciones de paz, estas se han mostrado a favor de la inclusión de las víctimas como un actor fundamental en los diálogos y han aceptado la necesidad de adoptar un modelo de justicia que trascienda los límites retributivos, entre otros puntos. Uno de los puntos más difíciles de resolver se relaciona con la inclusión de penas alternativas que no impliquen el encarcelamiento (denominadas penas propias por el Sistema Integral) para los responsables de graves violaciones a los derechos humanos o graves infracciones al DIH, en casos de reconocimiento de responsabilidad y verdad.

Al respecto, en el campo del derecho internacional no existe una disposición o decisión que establezca *prima facie* la incompatibilidad de las penas alternativas con la obligación del Estado de castigar a los responsables de estas graves conductas, por lo que la inclusión de este tipo de pena no es *a priori* inaceptable, sin embargo, para determinar su compatibilidad, así como de las otras sanciones contempladas por el Sistema Integral, será forzoso un mayor análisis y hacer seguimiento a la determinación *a priori* de la pena aplicable, a la determinación ejecutiva de la pena en los casos concretos y a la ejecución de la misma para determinar si estamos frente a un proceso judicial genuino a nivel nacional compatible con la obligación del Estado de penalizar a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos o al DIH. Dicho análisis será especialmente relevante para efectos del examen preliminar de la OF-CPI sobre Colombia. En razón a que hasta ahora no se han especificado las medidas concretas de reparación y no repetición que podría ordenar el JEP, las sanciones alternativas a la cárcel en casos en que se vea comprometida la responsabilidad de agentes del Estado, las condiciones de restricción de libertad –en los casos de penas alternativas a la cárcel-, las condiciones de libertad a prueba, la manera en que se graduarán las sanciones, los mecanismos de monitoreo para la ejecución y cumplimiento de la sanción, entre otros temas relevantes, no es posible realizar un análisis completo de las sanciones propuestas.

Sobre las penas alternativas al encarcelamiento es relevante resaltar que son instrumentos de sanción penal; en escenarios ordinarios se argumenta que buscan armonizar los objetivos sancionadores de la pena con los fines resocializadores dirigidos al delincuente<sup>139</sup>. Las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad – o Reglas de Tokio –, que son normas no vinculantes ("*softlaw*"), señalan la facultad de los Estados de adoptar las medidas alternativas de acuerdo a sus necesidades sociales y políticas o a la naturaleza y gravedad del delito y personalidad del delincuente. El instrumento internacional advierte que los Estados en su aplicación se esforzarán por alcanzar un equilibrio adecuado entre los derechos de los delincuentes, los derechos de las víctimas y el interés de

---

sonas que se sometan al SIVJNRN. Únicamente respecto de conductas cometidas con anterioridad a la firma del acuerdo final, cuando exista una solicitud de extradición respecto de familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o primero de afinidad, de integrantes de las FARC-EP o de una persona acusada o señalada en una solicitud de extradición de ser integrante de dicha organización, este supuesto podrá ser sometido a la Sección de Revisión del Tribunal para la Paz para que decida si la solicitud obedece a hechos o conductas relacionados con la pertenencia, o acusación de pertenencia, a las FARC-EP del familiar del solicitado en extradición. (párr. 72)

139 Gil, R. E. (2011). *Medidas sustitutivas a la pena de privación de la libertad. Derecho y Humanidades*, p. 45.

la sociedad en la seguridad pública y la prevención del delito<sup>140</sup>.

Además, de manera general, la pena se impone con motivo de la ocurrencia de conductas que afectan gravemente bienes jurídicamente tutelados. Además de la función meramente retributiva, que busca castigar al delincuente, se argumenta que la pena cumple una función de prevención general que permite que las personas se abstengan de realizar comportamientos delictivos. También, entre otras funciones, se le atribuye una función de prevención especial que busca evitar que aquel que haya cometido un acto ilícito lo vuelva a realizar en el futuro.

La retribución y la prevención general han sido dos de las funciones más destacadas en el derecho penal internacional. La retribución tuvo un papel preponderante con la inclusión de la pena de muerte en la práctica de los tribunales de Nuremberg y Tokio. También, junto con la retribución, la prevención general ha tenido cierto recibimiento con los Tribunales penales internacionales de Ruanda y ex Yugoslavia. Sin embargo, cierta indeterminación y confusión persiste en el tema<sup>141</sup>. En el ámbito de la Corte Penal Internacional el Vice Fiscal de la OF-CPI ha señalado que la finalidad de la pena por crímenes internacionales debe "(...) satisfacer objetivos adecuados vinculados a la pena, como la condena pública de la conducta criminal, el reconocimiento del sufrimiento de las víctimas y la disuasión de conductas criminales ulteriores"<sup>142</sup>.

De otro lado, conforme al derecho nacional, el principio de proporcionalidad<sup>143</sup> ha sido usado por la Corte Constitucional colombiana para evaluar la constitucionalidad de medidas especiales de justicia adoptadas en escenarios de justicia transicional. La proporcionalidad ha sido utilizada para balancear principios en conflicto y ponderar si una medida que implique la afectación real de un derecho resulta proporcional. Así, la Corte, reconociendo la imposibilidad de materializar todos los derechos de forma simultánea en escenarios de transición, ha acudido a una visión amplia del método de ponderación, que incluye el balance entre la justicia y la paz, como valores objetivos, y los derechos de las víctimas<sup>144</sup>.

Además, ha especificado que dicho ejercicio debe necesariamente realizarse frente a reglas de derecho específicas y no de manera global, pues señala que solo mediante la "(...) apreciación concreta de cada una de ellas puede evaluarse adecuadamente la razonabilidad y aceptabilidad de las restriccio-

---

140 Las reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad. O Reglas de Tokio. (14 de diciembre de 1990). Asamblea General. Resolución: 45/1105.

141 Mark S. Drumbl. (2007). *Atrocity, Punishment and International Law*. Cambridge University.

142 Stewart, James. (13 de mayo de 2015). Presentación titulada "La justicia transicional en Colombia y el papel de la Corte Penal Internacional". Foro La Justicia Transicional en Colombia y el Papel de la Corte Penal Internacional convocado por la Universidad del Rosario.

143 Para el derecho penal, la proporcionalidad de la pena es un límite material al ejercicio de la potestad punitiva del Estado y, por ello, uno de los lineamientos que debe observar a la hora de criminalizar y castigar conductas. La proporcionalidad de la pena es relevante tanto en el momento de la determinación a priori de la pena aplicable (proporcionalidad abstracta) como en el momento de su aplicación judicial (proporcionalidad concreta). Desde una visión restringida, la proporcionalidad de la pena implica que su determinación corresponda con la gravedad de la conducta. Desde una visión amplia, mencionada correspondencia no es el único elemento para determinar la proporcionalidad; también es relevante el grado de culpabilidad y consideraciones relativas a la política penal. (Fuentes Hernán. (2008). *El principio de proporcionalidad en derecho penal. Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena*. En *Revista Ius Et Praxis*. El origen del principio de proporcionalidad se remonta al derecho público europeo y se ha extendido al Sistema Interamericano de los Derechos Humanos (SIDH) (CIDH, Opinión Consultiva 5/85) y a los países latinoamericanos. Particularmente, fue desarrollado por el Tribunal Constitucional alemán, junto con la "teoría de las fases", como un principio constitucional de protección de los derechos que limita la intervención estatal en las libertades y derechos fundamentales (Rainer José & Martínez Francisco & Zúñiga Urbina. (2012). *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del tribunal constitucional*. En *Estudios Constitucionales*. 10(1) pp. 65 - 116.). Su utilización ha sido criticada por su arbitrariedad y subjetividad, por lo que no se excluye la utilidad de otras herramientas que permitan solucionar las tensiones propias de la justicia transicional. (ORREGO Cristobal. (2015). *Principio de Proporcionalidad y Principio de doble efecto. Una Propuesta desde la filosofía del derecho*. En *Dikaion*, 24-1, 117).

144 Corte Constitucional. Sentencia C-771 de 2011. M. P Nilson Pinilla Pinilla

nes planteadas, en vista del beneficio correlativo que a partir de ello pudiera obtener la sociedad dentro del (...) contexto de la justicia transicional”<sup>145</sup>.

De este modo, la Corte en el cuestionado proceso de paz con la AUC admitió que la alternatividad penal (penas reducidas de máximo 8 años para graves delitos) no afectaba desproporcionadamente a la justicia, siempre y cuando asegurara en su integridad los derechos de las víctimas<sup>146</sup>. También, en el examen de constitucionalidad del Marco Jurídico para la Paz, la Corte estableció que las penas alternativas y los mecanismos especiales para el cumplimiento de la pena, como mecanismos ordinarios o de justicia transicional, no sustituyen la Constitución de este país y se fundamentan en la necesidad de hacer compatibles la justicia con la reconciliación y la no repetición de las conductas, mediante instrumentos con finalidades más allá de las retributivas<sup>147</sup>.

Además, en relación con la suspensión condicional de la ejecución de la pena, las sanciones extrajudiciales, las penas alternativas y las modalidades especiales de cumplimiento la Corte Constitucional estableció que son conformes a la Constitución, siempre y cuando se encuentren orientados a satisfacer los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición, con observancia de los deberes estatales de investigación y sanción de las graves violaciones de los derechos humanos y el DIH<sup>148</sup>.

Particularmente en relación con la renuncia condicionada, la Corte afirmó que esta 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. Adicionalmente, precisó que este mecanismo 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 y precisó que la renuncia se deberá revocar de no cumplirse con los requisitos contemplados por la norma. Dentro de estas condiciones se encuentran al menos, la dejación de las armas, el reconocimiento de responsabilidad, la contribución al esclarecimiento de la verdad, la reparación integral de las víctimas, la liberación de los secuestrados y la desvinculación de menores<sup>149</sup>.

De esta manera, conforme al desarrollo de la jurisprudencia colombiana, para la determinación de la conformidad de las penas adoptadas por la JEP, se buscaría determinar si las penas incluidas en el Sistema Integral son idóneas para contribuir a alcanzar la paz nacional conforme a sus fines, si son las medidas más favorables a los derechos de las víctimas entre todas las medidas que revistan la misma idoneidad, y si los beneficios derivados de su aplicación son compatibles con los derechos de las víctimas y la sociedad.

De otra parte, conforme al derecho internacional, los estándares del DIDH y del DIH exigen establecer penas adecuadas y proporcionales a los responsables de graves violaciones<sup>150</sup>. En su sentencia sobre el caso de la *Masacre de La Rochela Vs. Colombia*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “CoIDH”) resaltó que para dar cumplimiento a las obligaciones derivadas de la Convención Americana de Derechos Humanos, los Estados deberán investigar, juzgar y, en su caso, sancionar y reparar las graves violaciones a los derechos humanos, enfatizando que para alcanzar este fin se deberá observar el debido proceso y garantizar el principio de proporcionalidad de la pena, en otros principios, como el plazo razonable.

---

145 *Ibíd.*

146 Corte Constitucional sentencia C-370 de 2006 M.P. Manuel José Cepeda, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil y otros.

147 Corte Constitucional. Sentencia C-579 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt

148 *Ibíd.*

149 *Ibíd.*

150 ASFC. (2014). *Paz con Justicia Transicional. Aportes para Colombia desde el Derecho Internacional.*

“En cuanto al referido principio de proporcionalidad de la pena, la Corte estima oportuno resaltar que la respuesta que el Estado atribuye a la conducta ilícita del autor de la transgresión debe ser proporcional al bien jurídico afectado y a la culpabilidad con la que actuó el autor, por lo que se debe establecer en función de la diversa naturaleza y gravedad de los hechos. La pena debe ser el resultado de una sentencia emitida por autoridad judicial. Al momento de individualizar las sanciones se debe fundamentar los motivos por los cuales se fija la sanción correspondiente. En cuanto al principio de favorabilidad de una ley anterior debe procurarse su armonización con el principio de proporcionalidad, de manera que no se haga ilusoria la justicia penal. Todos los elementos que incidan en la efectividad de la pena deben responder a un objetivo claramente verificable y ser compatibles con la Convención.” (párr. 196).

También, en el caso *Gutiérrez-Soler v Colombia*, la CoIDH afirmó que “el Estado deberá abstenerse de recurrir a figuras como la amnistía, el indulto, la prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad, así como medidas que pretendan impedir la persecución penal o *suprimir los efectos de una sentencia condenatoria*”. Además, en el voto concurrente del juez Diego García Sayán, al cual se adhirieron cuatro jueces más, en la sentencia de la CoIDH del caso *Masacres el Mozote y lugares Aledaños vs. El Salvador*, consideró que la reducción de penas y la concesión de penas alternativas son opciones que, junto con un balance adecuado entre los derechos de las víctimas y la necesidad de acabar el conflicto, permitirían superar las tensiones propias en este tipo de escenarios.

Más allá de las anteriores consideraciones, los tribunales internacionales no se han pronunciado de manera explícita sobre cuál es el tipo de castigo compatible con la obligación internacional de penalizar los responsables de delitos graves. En general, la cárcel ha sido la pena contemplada en la práctica de los tribunales penales internacionales para este tipo de conductas<sup>151</sup> y para la determinación de la pena adecuada se ha acudido al derecho nacional<sup>152</sup>. En el ámbito de la CPI, el ER impone la reclusión a perpetuidad como pena máxima (ER, 77.1) y, además de la prisión, contempla la multa y el decomiso (ER, 77.2). También, en lo relativo a la pena, se establece que nada de lo dispuesto en el ER “(...) se entenderá en perjuicio de la aplicación por los Estados de las penas prescritas por su legislación nacional ni de las legislaciones de los Estados que no existen las penas prescritas (...)” (ER, art 80).

En ámbito de la CPI, la determinación de la pena es un factor relevante para el análisis de admisibilidad por parte de la CPI (art. 17.1c y 20.3 del ER). El Estatuto de Roma indica que las sanciones impuestas por los tribunales nacionales no surtirán el efecto de cosa juzgada cuando la pena impuesta responda a la intención de sustraer al acusado de responsabilidad penal y cuando la pena no sea impuesta de manera imparcial o independiente y sea incompatible con la intención de someter al acusado a la acción de la justicia<sup>153</sup>.

Héctor Olásolo distingue tres momentos en los cuales puede resultar importante el análisis de complementariedad en relación al proceso de determinación de la pena. Estos momentos corresponden con la determinación a priori de la pena aplicable al delito concreto, la determinación ejecutiva de la pena, y la ejecución de la pena. El primer momento corresponde cuando el legislador contempla pena en el tipo penal, el segundo cuando el juez aplica la pena<sup>154</sup> y el último cuando se ejecuta la

151 Véase Art. 24. 1 Estatuto del Tribunal Pernal Internacional para la ex-Yugoslavia y art. 23.1 Estatuto del Tribunal Pernal Internacional para la ex-Yugoslavia.

152 Véase Art. 24. 1 Estatuto del Tribunal Pernal Internacional para la ex-Yugoslavia & art. 23.1 Estatuto del Tribunal Pernal Internacional para la ex-Yugoslavia Final & Art, 19 Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona.

153 Héctor Olásolo Alonso, De Los riesgos y precauciones necesarias en la aplicación del principio de complementariedad por la Corte Penal Internacional: el estudio de la determinación nacional de las penas como objeto de análisis de admisibilidad, en Ricardo Posada Maya (coordinador), Delitos políticos, terrorismo y temas de derecho penal, Editorial UniAndes, Bogotá, 2010, pp. 201-254.

154 Para ASFC un elemento importante a la hora de determinar si las penas impuestas en el marco del Sistema Integral son conformes a una genuina voluntad de perseguir los crímenes más graves desde una perspectiva de complementariedad, es el margen de maniobra que el juez tuviera – o no – a la hora de dictar la pena.

pena<sup>155</sup>.

En el ámbito del examen preliminar, el Vice Fiscal de la OF-CPI ha aceptado la amplia discrecionalidad de los Estados para determinar las penas que se deben imponer siempre que se cumpla con el deber de acabar con la impunidad de los perpetradores de los crímenes más graves<sup>156</sup> a nivel nacional, ha afirmado que una pena que resulte manifiestamente inadecuada a la luz de la gravedad del delito y del grado de responsabilidad de la persona condenada podría viciar el aparente carácter genuino de ese proceso<sup>157</sup>. Por ejemplo, afirma que suspender la ejecución de la pena para las personas más responsables por crímenes de guerra y de lesa humanidad implicaría sustraer a las personas de que se tratase de su responsabilidad penal. Con respecto a una reducción de las penas, el Vice Fiscal de la OF-CPI afirma que la situación dependería de las circunstancias del caso, que en materia de justicia transicional podrían incluir: un reconocimiento de su responsabilidad penal, la desmovilización y el desarme, la garantía de no repetición de la conducta, la participación plena en el proceso de establecimiento de la verdad respecto de los crímenes graves, y una posible prohibición temporal de tomar parte en los asuntos públicos, entre otros. Según el Vice-Fiscal de la OF-CPI, tales consideraciones “podrían justificar una reducción de la pena que de otro modo sería proporcional a la gravedad del delito y al grado de responsabilidad del autor”<sup>158</sup>. También, enuncia que tomaría en consideración una serie de factores a fin de determinar si las penas alternativas son compatibles con el interés real de hacer comparecer a las personas condenadas ante la justicia, entre los cuales figuran la práctica habitual a nivel nacional en cuanto a la imposición de penas por crímenes de competencia de la CPI, la proporcionalidad de la pena en relación con la gravedad del crimen y el grado de responsabilidad del autor, el tipo y grado de restricciones a la libertad, la existencia de circunstancias atenuantes, y las razones que el juez que impone la sanción haya dado para imponer una sanción en particular.

Conforme al análisis realizado sobre el MJP, ASFC ha considerado que las penas para los máximos responsables de crímenes internacionales deben implicar una parte de pena privativa de libertad dada su gravedad. Sin embargo, dadas las penas propuestas en el Sistema Integral, se sigue analizando el desarrollo del proceso para evaluar si las penas propuestas podrían ser acordes con el carácter genuino de un proceso judicial a pesar de la ausencia de penas de encarcelamiento<sup>159</sup>.

ASFC considera, además, que el Sistema Integral podría recurrir a varios factores para determinar la existencia de agravantes o factores atenuantes. Un factor importante sería el abuso de autoridad o poder como posible agravante tanto para actores estatales<sup>160</sup> como actores no estatales<sup>161</sup>. Tales factores podrían analizarse según las particularidades del caso, independientemente de la categoría del actor.

---

155 Héctor Olásolo Alonso, De Los riesgos y precauciones necesarias en la aplicación del principio de complementariedad por la Corte Penal Internacional: el estudio de la determinación nacional de las penas como objeto de análisis de admisibilidad, en Ricardo Posada Maya (coordinador), *Delitos políticos, terrorismo y temas de derecho penal*, Editorial UniAndes, Bogotá, 2010, pp. 201-254.

156 Presentación titulada “La justicia transicional en Colombia y el papel de la Corte Penal Internacional”, 13 de mayo de 2015, dentro del Foro La Justicia Transicional en Colombia y el Papel de la Corte Penal Internacional convocado por la Universidad del Rosario. Discurso Vice fiscal Rosario, Mayo 2015, p. 7.

157 *Ibíd.*

158 *Ibíd.*

159 Otra posibilidad sería determinar si se debe aplicar la cláusula sobre “los intereses de justicia” dispuesta en el Artículo 53 del ER. Véase: ASFC. (2014). *Paz con Justicia Transicional Aportes desde el Derecho Internacional*.

160 *Prosecutor v Charles Ghankay Taylor*, (30 May 2012) Sentencing Judgement, SCSL-03-01-T, párr. 43.

161 *The Prosecutor v Germain Katanga*, (23 May 2014), Decision on Sentence pursuant to article 76 of the Statute, ICC-01/04-01/07, párr.75

## 2.2. Tratamiento en materia de delitos que configuren Violencia basada en Género y perspectiva de género.

El SIVJRNR tendría un enfoque diferencial y de género que pretendería responder a las características particulares de la victimización en cada territorio y cada población, y en especial a las necesidades de las mujeres, y de los niños y las niñas. Ello se ve reflejado en la inclusión de dicha perspectiva como eje transversal y criterio orientador en el ejercicio de las funciones de la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, Convivencia y No Repetición (La Comisión de la Verdad) que debería contribuir al esclarecimiento de lo ocurrido durante el conflicto armado con el propósito de promover un entendimiento compartido de aspectos que no habían sido precisados, tales como el impacto diferencial del conflicto en los niños, niñas y adolescentes y la violencia basada en género, entre otros aspectos. Además, entre sus funciones, la Comisión debería promover espacios en los que se haga reconocimiento de responsabilidad con el propósito de dignificar a las víctimas y, a través de ello, consolidar y promover la equidad de género; también buscaría identificar las formas específicas en que el conflicto reprodujo mecanismos históricos de discriminación y estereotipos de género.

Lo negociado hasta ahora se orienta a que la Comisión cree un grupo de trabajo de género encargado específicamente de asesorarle en asuntos de carácter técnico, de investigación, preparación de audiencias de género y demás actividades relacionadas, así como de la revisión de metodologías para que todos los instrumentos de la Comisión tengan un enfoque de género y de la coordinación con organizaciones de mujeres y LGBTI. Así mismo, el componente de género se vería reflejado en el fortalecimiento de los Planes Nacionales de reparación colectiva<sup>162</sup> dirigidos a los grupos, pueblos u organizaciones locales afectados por la violación de derechos colectivos e individuales; en dichos planes se buscaría que el enfoque de género fuera tenido en cuenta con el fin de reconocer las especiales características de su victimización, recuperación de su identidad y su potencial organizativo, y reconstrucción de sus capacidades para incidir en el desarrollo de políticas locales y nacionales. Dicha medida también aplicaría en el caso de la implementación de las estrategias que hacen parte del Plan de rehabilitación psico-social para la convivencia y la no repetición (párr. 53).

Otro aspecto en el que se evidenciaría la inclusión de la perspectiva de género es en la composición del Tribunal para la Paz, el cual – como también la Unidad de investigación y acusación – debería estar integrado por magistrados seleccionados, así como las salas conformadas bajo criterios de equidad de género. La Unidad de investigación y acusación es de suma importancia en materia de garantía del derecho de acceso a la justicia para las mujeres sobrevivientes de violencia sexual perpetrada en el contexto del conflicto armado ya que, según lo dispuesto en el Pre-Acuerdo sobre Víctimas, la Unidad contaría con un equipo de investigación especial para casos de violencia sexual. Adicionalmente, se manifiesta que para los hechos de violencia sexual se atenderían las disposiciones especiales sobre práctica de pruebas en la materia incluidas en el ER; lo que podría asegurar la observancia de estándares internacionales como, por ejemplo, la no inferencia del consentimiento de la víctima de ninguna palabra o conducta de la mujer víctima sobre la valoración del ataque que ha sufrido, cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre<sup>163</sup>.

Mencionado ejemplo es uno de los temas más neurálgicos en las discusiones sobre derechos de las mujeres en estos escenarios, en tanto se evidencia la presencia de prejuicios y estereotipos de género que han sido parte de la argumentación de un sin número de jueces y funcionarios públicos a la

162 Véase: Unidad para las Víctimas. (2016). ¿Qué es la reparación colectiva?. Disponible en <http://www.unidadvictimas.gov.co/es/%C2%BFqu%C3%A9-es-la-reparaci%C3%B3n-colectiva/203>

163 Sin embargo, no ha habido pronunciamiento preciso sobre qué disposiciones en específico serán tenidas en cuenta o si son todas ellas aplicables, a título de ejemplo, no se ha definido aún si se facilitará la participación de las víctimas de actos de violencia sexual en todas las etapas del procedimiento tal como lo estipula el Estatuto de Roma.

hora atender y decidir casos de violencia sexual<sup>164</sup>, argumentos que no se compadecen con lo dispuesto en instrumentos internacionales suscritos y ratificados por Colombia en la materia, dentro de ellos el Estatuto de Roma y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres.

Una manera de asegurar una mayor garantía de los derechos de las mujeres podría ser el determinar la dinámica en la que serán abordados los casos de manera específica, así como la manera en la que funcionará el equipo de investigación especial de la Unidad, mencionado anteriormente. También se podría establecer si las penas atribuibles a los responsables de actos constitutivos de violencia sexual y otras formas de violencia basada en género serán distintas en cuanto a su duración y tipo, a aquellas establecidas en lo acordado. Es importante resaltar que en su punto 40, el Pre-Acuerdo de Víctimas establece que el acceso carnal violento y los actos de violencia sexual no serían objeto de amnistías, indultos ni de beneficios equivalentes conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma. Conforme al Pre-acuerdo, estas conductas serían registradas en la ley de amnistías como no amnistiables; cabe resaltar, que se establece que las leyes que desarrollen lo acordado precisarán el ámbito y alcance de estas conductas en concordancia con lo previsto en el ER, en el DIDH y en el DIH. Para ASFC lo antes referido constituye un avance en materia de reconocimiento de los derechos de las mujeres sobrevivientes de dichos actos, de acceso a la justicia y de observancia de los estándares internacionales pertinentes.

En lo que concierne a las medidas de recuperación emocional a nivel individual de las víctimas del conflicto, se establece el compromiso por parte del Gobierno de ampliar la cobertura pública y despliegue territorial, y mejorar la calidad de la atención psicosocial para la recuperación emocional de las víctimas de acuerdo al daño específico que hayan padecido, entre ellas las afectaciones particulares de las víctimas de violencia sexual. Para ello, se multiplicarán los centros locales de atención a las víctimas y se impulsarán estrategias móviles para llegar a los lugares más apartados.

Dentro de lo pactado, el tema de la participación de las víctimas se considera fundamental en la discusión sobre la satisfacción de los derechos de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos e infracciones al DIH con ocasión del conflicto, lo anterior, dado que son ellas quienes han vivido la experiencia y pueden de primera mano proponer medidas de reparación que respondan a sus contextos específicos, sin embargo, no es claro cómo se implementaría este tema de manera diferencial en lo que concierne a la participación de las mujeres en general y en específico aquellas sobrevivientes de violencia basada en género, violencia sexual; hasta ahora no se han establecido mecanismos para tal efecto que permita a las mujeres ejercer de manera efectiva este derecho en el marco de la justicia transicional.

De igual manera, se hace necesario aprovechar esta oportunidad para visibilizar los casos de violencia basada en género, que afectan a la mayor parte de las mujeres en contextos de conflicto armado, con el fin de evitar experiencias similares a las ocurridas en contextos como el proceso de Justicia y Paz, en donde, en mayoría no fueron judicializados ni visibilizados los actos violentos ejercidos contra las mujeres, dentro de ellos los actos constitutivos de violencia sexual<sup>165</sup>.

Adicionalmente, es importante propender para que dichos actos no se vuelvan a repetir; no solo como una medida para el restablecimiento de los derechos de las mujeres afectadas sino como una medida de prevención que limite la reproducción de contextos de violencia, dado que existe un vacío en materia de reconocimiento de la comisión de dichos delitos por parte de sus autores, requiriendo igualmente medidas específicas de investigación y atención de manera diferencial y específica<sup>166</sup>.

164 Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera-subsección B. Exp. N° 25000-23-26-000-2000-00163-01(21781). C.P: Danilo Rojas Betancourth. 05/04/2013

165 ASFC y HUMANAS. (2015). *Aportes de las sentencias de Justicia y Paz a los derechos de las mujeres – Estudio de caso*

166 *Ibid.*

### 3. CONCLUSIONES

ASFC reconoce este paso histórico en el reconocimiento de los derechos de las víctimas y celebra los esfuerzos de las partes de diseñar el acuerdo en conformidad con el derecho internacional.

ASFC hace las siguientes recomendaciones, tanto para el proceso con las FARC-EP como el acuerdo eventual con el ELN:

- Regular la conexidad del delito político de acuerdo con la prohibición de amnistías para graves violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario.
- Prestar atención especial a la debida tipificación de conductas que reúnen los elementos de crímenes internacionales, en especial los tipos que se encuentran bajo otra calificación en el código penal colombiano.
- Definir los criterios de selección y priorización en un sentido restrictivo como una excepción y a la vez tener un mecanismo de control efectivo para analizar la decisión de investigar o no.
- Incluir una aplicación convergente y complementaria del DIH y el DIDH, conforme al ER, para la evaluación de la responsabilidad penal.
- Asegurar una interpretación de la responsabilidad del superior de acuerdo con el derecho internacional.
- Establecer si las penas propuestas en el marco del Sistema Integral, una vez implementadas, podrían ser compatibles con la existencia de procesos genuinos, en especial en los casos que se atribuyan penas alternativas al encarcelamiento.
- Valorar las expectativas de las víctimas para determinar el tratamiento especial de la pena y asegurar que la ejecución de la pena cumpla con los fines restauradores y reparadores principalmente propuestos.
- Determinar la Competencia de la Jurisdicción Especial para la Paz y asegurar que los componentes del Sistema Integral se encuentren interconectados a través de relaciones de condicionalidad para mantener cualquier tratamiento especial.
- Visibilizar los casos de violencia basada en género, delitos que afectan a la mayor parte de las mujeres en contextos de conflicto armado.
- Implementar políticas para la investigación y el juzgamiento de casos de violencia sexual, de acuerdo con las mejores prácticas internacionales.
- Para efectos de la aplicación del componente de justicia, cualquier evaluación de legitimidad del uso de la fuerza en un conflicto armado no internacional debe incluir los principios de distinción, proporcionalidad y precaución y asegurar que la carga de la prueba para demostrar su legitimidad corresponda a quien realizó el ataque.
- Garantizar la mayor participación de las víctimas en el Sistema Integral y en el proceso de formación de las normas que lo desarrollan.
- Incluir un fondo para la representación y asesoría de víctimas en la Jurisdicción Especial para la Paz.



- Instituciones internacionales como la OF-CPI deben seguir monitoreando los desarrollos en materia de la JEP y su eventual implementación para asegurar la existencia de procesos genuinos para los crímenes internacionales de su competencia.



**ASF**  
**Canada**

