

COMENTARIOS SOBRE EL PROYECTO DE LEY ESTATUTARIA DE ADMINISTRACIÓN DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ (JEP)

Bogotá, 27 de octubre de 2017

Las organizaciones abajo firmantes dirigimos este comunicado a la opinión pública, al Congreso de la República, al Gobierno nacional y a la Comisión de Seguimiento, Impulso y Verificación a la Implementación del Acuerdo Final (CSIVI), con el fin de presentar nuestro análisis de la conveniencia política y la justificación constitucional del Proyecto de Ley Estatutaria N° 08 de 2017 Senado / 16 de 2017 Cámara de Representantes “estatutaria de la administración de justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz” (PLE 08-16/2017).

Somos un grupo plural de organizaciones de la sociedad civil, de académicos y de centros de investigación adscritos a universidades, que apoyamos el proceso de paz entre el gobierno colombiano y las FARC-EP cuyos miembros están en proceso de reincorporación a la vida civil.

Consideramos que el PLE 08-16/2017 tiene especial relevancia legal y es trascendental para la terminación del conflicto y la consolidación de la paz. En efecto, el proyecto fija las reglas sustantivas, procesales y orgánicas de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), que fue constitucionalizada en el Acto Legislativo 01 de 2017. En particular, el PLE adiciona una serie de normas que le permiten a la JEP operar garantizando el debido proceso a quienes sean sometidos a su jurisdicción, así como el derecho a la justicia de las víctimas de graves violaciones.

Asimismo, el PLE 08-16/2017 es trascendental políticamente para la sostenibilidad del proceso de terminación del conflicto y construcción de paz. El sistema judicial especializado de la JEP es necesario para dar un cierre jurídico y definitivo al conflicto armado. La JEP es una novedad en el ámbito de transiciones, tanto en la historia colombiana como en el mundo.

Precisamente por la importancia normativa y política del PLE 08-16/2017, le sugerimos ***al Congreso de la República que tenga en cuenta los siguientes criterios orientadores en su discusión y aprobación: aclaración, simplificación y adecuación normativa.***

Aclaración normativa. Algunos apartes del Acuerdo Final generan ambigüedades e imprecisiones que no fueron resueltas por el AL 1/2017 y el PLE avanza en aclararlas.

Sin embargo, ciertas disposiciones del PLE 08-16/2017 aún son ambiguas y, en su deliberación, el Congreso de la República debería aclararlas. El artículo 76 del PLE, por ejemplo, dispone que los magistrados que hacen parte de la JEP tienen la facultad de elaborar las normas de procedimiento de la jurisdicción, las cuales “deberán ser presentadas por el Gobierno nacional al Congreso de la República”. No obstante, la disposición no precisa si dichas normas procesales deben ser aprobadas por el Congreso mediante una ley. A nuestro juicio, esa disposición debería precisar que el Congreso debe aprobar las normas de procedimiento de la JEP, a través de ley.

Simplificación normativa. A lo largo del PLE 08-16/2017 se repiten contenidos del Acuerdo Final, el AL 1/2017 y la Ley 1820 de 2016 (o ley de amnistía, indulto y tratamientos penales especiales). Entendemos que, debido a su particular fuerza normativa, la reproducción de apartes del Acuerdo Final en las normas de implementación permitiría avanzar en su adaptación normativa, lo cual es justificado. Pero esa reproducción debería ser cuidadosa de manera que no modifique sus contenidos ni los de otras normas que se reproducen en este proyecto, lo que luego podría derivar en conflictos interpretativos en las instancias judiciales.

Adecuación normativa. El PLE 08-16/2017 debe guardar coherencia y desarrollar tanto los contenidos del Acuerdo Final como de la Constitución Política y las obligaciones internacionales del Estado colombiano. La actividad legislativa en la implementación normativa del Acuerdo Final no debe debilitar entonces los derechos de las víctimas. Por el contrario, debe dotar de seguridad jurídica a dichas normas y darle seriedad al sistema de justicia que se impartirá frente a todos los que deban responder ante el mismo, sin distinción injustificada entre esos presuntos responsables.

Las siguientes son nuestras observaciones al PLE 08-16/2017, que presentamos con el fin de contribuir a asegurar que el proyecto resulte lo más ajustado posible al Acuerdo Final, la Constitución Política y los estándares internacionales; y, por lo tanto, la más amplia seguridad jurídica:

I. CONDICIONALIDAD Y GRADUALIDAD DE LAS CONSECUENCIAS DE INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES FRENTE A DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS

Resaltamos que el PLE 08-16/2017 ha avanzado en aclarar el principio de gradualidad al determinar que los incumplimientos “pueden llegar hasta la pérdida del tratamiento especial de justicia”. Sin embargo, consideramos que el artículo 20 del PLE debería precisar los siguientes aspectos sobre condicionalidad, incumplimientos a los deberes del SIVJRNR y gradualidad:

1. La actual redacción solamente contempla que hay que cumplir con condiciones de verdad, reparación y no repetición para acceder a los beneficios jurídicos en la JEP, pero no lo indica como requisito para conservarlos. Por eso, dicha norma debería ***expresamente consagrar la condicionalidad como requisito tanto para acceder a los beneficios jurídicos como para conservarlos***. La condicionalidad es uno de los principios rectores del SIVJRNR, que fue pactado en el Acuerdo Final, y un fundamento de la garantía de los derechos de las víctimas. Este principio tiene fundamento en el artículo 66 transitorio de la Constitución y en el artículo transitorio 1 del AL 01/ 2017.
2. El PLE no debería definir las circunstancias que constituyen incumplimientos graves, pues ***deberían ser los magistrados de la JEP quienes, en su sana crítica y con base en los criterios de gradualidad que se fijen en las normas de procedimiento, decidan cuándo existe incumplimiento*** en cada caso y cuáles son las consecuencias jurídicas respectivas.
3. Dichas normas de procedimiento podrían establecer, por ejemplo, ***que la comisión de una violación grave a los derechos humanos, aunque no reiterada, es un incumplimiento a las condiciones del SIVJRNR***.

II. SANCIONES

1. El artículo 127 del PLE 08-16/2017 establece, en sintonía con el Acuerdo Final y el AL 1/2017, que ***las sanciones de la JEP tienen como finalidad esencial satisfacer los derechos de las víctimas y consolidar la paz, por lo que deben tener la mayor función restaurativa y reparadora del daño causado***. De todas formas, el Acuerdo Final y el AL 1/2017 contemplan que las sanciones tienen también un componente retributivo. Esto es especialmente importante cuando se trata de las ***sanciones propias de la JEP***, en las cuales este componente se traduce en las restricciones efectivas de libertades y derechos que, hasta el momento, no han tenido mayor aclaración normativa.

Para asegurar el cumplimiento del núcleo del deber nacional e internacional del Estado colombiano de sancionar y juzgar los crímenes internacionales y otorgar seguridad jurídica, ***el PLE 08-16/2017 debería:***

- Determinar cómo el monitoreo dará cuenta del cumplimiento de los tiempos y lugares de la restricción efectiva de la libertad, como componente retributivo de la sanción, en los términos establecidos en el Acuerdo Final.

- Determinar que el cumplimiento del componente restaurativo depende de: (i) la realización adecuada del mecanismo de consulta sobre procesos de reparación; (ii) la coherencia entre las acciones, obras o trabajos restaurativos con las medidas de reparación integral para la construcción de la paz, certificado en horas o en proyectos; (iii) el mayor impacto reparador posible; (iv) la publicidad sobre el carácter reprochable del hecho y sancionatorio del proyecto; y (v) las demás exigencias determinadas por la JEP, según el artículo 143 del PLE.
2. Por aclaración normativa, **sugerimos especificar en los artículos 137, 138 y 139 que la verificación y el monitoreo de sanciones se realizará exclusivamente por parte del mecanismo de Naciones Unidas y el Tribunal para la paz.** En relación con los casos de Fuerza Pública, más adelante señalamos los inconvenientes de la norma propuesta.

III. INTEGRALIDAD DEL SIVJNR

Encontramos positivo que los artículos 157 y 158 del PLE 08-16/2017 contemplen la creación de un comité de cooperación de las entidades del SIVJNR y la formulación de mecanismos y protocolos de cooperación y acceso a la información, respectivamente. En el artículo 158, sugerimos incluir como invitados permanentes a la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, a la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas; y la Agencia para la Reincorporación y Normalización -ARN-. Estas entidades tienen un rol preponderante en la satisfacción de los derechos de las víctimas. En el artículo 159, recomendamos establecer que, en la formulación de mecanismos y protocolos de cooperación, se contemplen, sin perjuicio del respeto de la naturaleza extrajudicial de la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición y la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado, garantías de acceso integral por parte de las víctimas al SIVJNR y la publicidad de las actuaciones del mismo.

IV. SELECTIVIDAD DE CASOS

Resaltamos como un avance la inclusión del principio y de los criterios de selectividad en el artículo 19 del PLE 08-16/2017 y su materialización en normas como los artículos 64, 79-m y 84-c, en concordancia con los parámetros de interpretación aplicables establecidos en la sentencia C-579 de 2013. **Sin embargo, el artículo 19 no debería circunscribir la facultad de aplicar los principios de selectividad en**

la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas pues, según el Acuerdo Final, podrían hacerlo también la Sala de Verdad y Reconocimiento de Responsabilidad y la Unidad de Investigación y Acusación. En particular, la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad debería concentrar la selección de casos, lo cual permitiría que se organice de manera clara el ejercicio de la acción penal dentro de la Jurisdicción Especial para la Paz.

V. ALCANCE DE COMPETENCIA DE LA JEP FRENTE A RESPONSABILIDAD DE TERCEROS

El pasado 18 de octubre, la Fiscal de la Corte Penal Internacional, Fatou Bensouda, presentó un *amicus curiae* ante la Corte Constitucional sobre el AL 1/2017, en el que llamó la atención respecto a la regulación de la responsabilidad de terceros contenida en el artículo 16 transitorio. En concreto, la Fiscal resaltó la ambigüedad del requisito de la “*participación activa o determinante*”, que se exige para que un tercero pueda ser investigado y sancionado por la JEP. El llamado de la Fiscal genera preocupación por la forma en que el artículo 62 del PLE 08-16/2017 reglamenta el alcance de la competencia de la JEP respecto de la responsabilidad de terceros. Esto, por dos razones centrales:

1. Ni el Acuerdo Final ni el AL 1/2017 se pronuncian sobre el tipo de dolo necesario para que una participación pueda ser calificada como determinante. El artículo 62 del PLE exige al respecto “*la intención directa de tomar parte en dichos crímenes*”. Sin embargo, el derecho penal colombiano no define el concepto de intención directa, por lo cual su alcance no queda claro. Si el concepto se interpretara como el de dolo directo, la actual redacción permitiría incluir casos en los cuales el tercero, sin necesariamente desear la comisión de los crímenes por parte del grupo armado, pudo prever que con seguridad estos se cometerían con su participación. Esta interpretación estaría en conformidad con el estándar subjetivo aplicado por los tribunales penales internacionales *ad hoc* y que parece un estándar sensato para el trabajo de la JEP.

No obstante, **la noción de “intención directa” también podría interpretarse como el hecho de prestar el aporte con el propósito de facilitar los crímenes**. Esta interpretación limitaría indebidamente la responsabilidad de aquellos terceros que participaron en los crímenes de los grupos armados por motivos económicos, solamente con conocimiento y no con el deseo, de que sus aportes facilitarían la comisión de graves crímenes. Por eso, sugerimos que se elimine la expresión “y la

intención directa de tomar parte en dichos crímenes” del artículo 62 del PLE 08-16/2017.

2. **Los ejemplos de casos de participación determinante dados en el artículo 62 son preocupantes por su enfoque restrictivo:** “desarrollo o promoción de empresas que tengan como su único o principal propósito la conformación de grupos armados al margen de la ley, y el desarrollo de actividades de colaboración o de actuación conjunta con grupos armados al margen de la ley”. Aunque son solamente ejemplos, los casos mencionados sugieren una relación casi simbiótica entre los terceros y los grupos armados y no parecen incluir la multitud de casos en los que no existió una colaboración directa entre ellos. Sobre este punto, la Fiscal de la CPI, en el referido *amicus curiae*, señala que para establecer la responsabilidad es irrelevante si el apoyo económico estaba específicamente orientado a la comisión de los crímenes o apuntaba a la supervivencia del grupo, o si la empresa tenía como objetivo principal apoyar a un grupo armado. **Sugerimos que se prescinda de dichos ejemplos hasta que no se investiguen a fondo, por parte de los órganos del SIVJNRN las distintas relaciones que se presentaron en el marco del conflicto armado y que, en específico, la JEP pueda realizar la valoración caso a caso.**
3. Adicionalmente, sugerimos que, en relación con la determinación de la coacción para definir la competencia de la JEP frente a terceros, se tengan en cuenta los informes recibidos por la Sala de Verdad y Reconocimiento de Responsabilidad, la corroboración de la información y las evidencias que estos presenten en relación con ésta o con el reconocimiento de verdad y responsabilidad.

VI. TRATAMIENTO PENAL A FUERZA PÚBLICA

1. El artículo 61 del PLE 08-16/2017 precisa que el Ministerio de Defensa Nacional será competente para determinar si las conductas de los miembros o ex miembros de la Fuerza Pública, que soliciten libertad transitoria, condicionada y anticipada, han sido “cometidas por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado”. **Esta disposición contradice el AL 1/2017 y la Constitución Política, pues la JEP es la única instancia judicial que tiene la facultad para evaluar qué conductas fueron cometidas en el marco del conflicto armado y, por tanto, si quienes las cometieron pueden acceder a los tratamientos penales de esa jurisdicción.** Además, el Ministerio de Defensa Nacional, como órgano de la Rama Ejecutiva,

no podría contar con dicha competencia, que es de origen constitucional y asignada a un órgano jurisdiccional como es la JEP.

2. Las disposiciones del PLE 08-16/2017 sobre ***monitoreo y vigilancia del componente de restricción y privación efectiva de la libertad de miembros de la Fuerza Pública no articulan claramente la realización de esas funciones entre los centros de reclusión militar o policial, comandantes de Unidad Militar o Policial, Ministerio de Defensa Nacional y el mecanismo de Naciones Unidas y el Tribunal para la Paz.***

El artículo 60 del proyecto estipula que el “director del centro de reclusión militar o policial, o en su defecto el comandante de la Unidad Militar o Policial donde vayan a continuar privados de la libertad los integrantes de las Fuerzas Militares y Policiales, ejercerá control, vigilancia y verificación del personal beneficiado de la privación de la libertad en Unidad Militar o Policial, utilizando tanto los mecanismos ordinarios como los dispuestos en la Jurisdicción Especial para la Paz”. Por su parte, el artículo 139 permite que el Tribunal para la Paz delegue las funciones de monitoreo y vigilancia en el Ministerio de Defensa Nacional. Sin embargo, ***ninguna disposición del PLE 08-16/2017 define cómo esas funciones de monitoreo y vigilancia serán ejercidas y supervisadas por el componente de Naciones Unidas y el Tribunal para la Paz.*** De la claridad de los mecanismos de seguimiento al cumplimiento de las sanciones impuestas por la JEP depende, en gran medida, la seriedad de dichas sanciones.

VII. RESPONSABILIDAD DE MANDO

En su intervención ante la Corte en el proceso de constitucionalidad del AL 1/2017, la Fiscal de la Corte Penal Internacional subrayó que la regulación de la responsabilidad del mando frente a los jefes militares resulta incompatible con el derecho internacional consuetudinario, en cuanto a: (i) el mando o control efectivo sobre la conducta criminal; (ii) las conductas cometidas en el área de responsabilidad; (iii) capacidad legal y material del superior de emitir órdenes; (iv) capacidad directa de tomar las medidas adecuadas; y (v) el conocimiento actualizable.

En nuestra publicación del pasado 13 de febrero, resaltamos los aspectos de la reforma constitucional sobre responsabilidad de mando de la Fuerza Pública que no respetan los requisitos de esta figura fijados por el derecho internacional humanitario y el derecho penal internacional. ***Esas observaciones las reiteramos respecto al artículo 68 del PLE 08-16/2017.*** En estos momentos, la Corte Constitucional está revisando esa reforma constitucional y tiene la oportunidad de precisar el alcance

interpretativo del AL 1/2017 y excluir aquellas interpretaciones que llevarían a concluir que la regulación del mando de Fuerza Pública no respeta el núcleo de la obligación internacional del Estado colombiano de investigar y sancionar graves violaciones de derechos humanos, y que esa reforma constitucional incumple la competencia asignada para tramitar por *Fast Track* solo normas concordantes con el Acuerdo Final.

Frente a los mandos guerrilleros, el artículo 67 del PLE reproduce la imprecisión del AL 1/2017 acerca del conocimiento. Según esa disposición, ***los mandos de la guerrilla solamente serían responsables por los crímenes de sus subalternos si aquellos tenían un conocimiento cierto y efectivo de los hechos***. En nuestro criterio, esa interpretación posible es contraria a nuestro entendimiento del estándar del derecho internacional humanitario y el derecho penal internacional que incluye también el conocimiento inferido, es decir, que el superior tuviera razones para saber o conocer las acciones de sus subordinados. Para excluir esta última interpretación, el artículo 67 del PLE 08-16/2017 podría precisar el requisito del conocimiento así:

La responsabilidad de los mandos de las FARC-EP por los actos de sus subordinados deberá fundarse en el control efectivo de la respectiva conducta, en el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante y después de la realización de la respectiva conducta, así como en los medios a su alcance para prevenirla, y de haber ocurrido adoptar las decisiones correspondientes. *También se entenderá que existe conocimiento basado en la información disponible cuando el superior sabía o poseía información que le permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que el subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción.* La responsabilidad del mando no podrá fundarse exclusivamente en el rango o la jerarquía.

Firman

Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad –Dejusticia.

Comisión Colombiana de Juristas –CCJ.

Instituto para las Transiciones Integrales – IFIT.

Fundación Ideas para la Paz- FIP.

Misión de Observación Electoral –MOE.

Alejo Vargas – Director del Centro de Pensamiento y Seguimiento al Diálogo de Paz de la Universidad Nacional de Colombia.

Andrés Abel Rodríguez Villabona – Vicedecano académico de la Facultad



Comisión Colombiana de Juristas



Universidad del Rosario



FUNDACIÓN IDEAS PARA LA PAZ

de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia.

Iván Orozco – Profesor de la Universidad de Los Andes.

Camila De Gamboa –Centro de Estudios Interdisciplinarios sobre Paz y Conflicto de la Universidad del Rosario.

Marco Romero –Director de la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento (CODHES)

Camilo Borrero García – Profesor Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia.



INSTITUTE FOR INTEGRATED TRANSITIONS



Misión de Observación Electoral



Dejusticia
derecho · justicia · sociedad