

BOLETÍN # 20 DEL OBSERVATORIO SOBRE LA JEP

20 de agosto de 2020

Comisión Colombiana de Juristas

Consejo Editorial

Gustavo Gallón, Director

Ana María Rodríguez, Subdirectora

Julián González, Coordinador de incidencia nacional

Javier Galindo, Coordinador de litigio internacional

Juan Carlos Niño, Coordinador de litigio nacional

Daniel Vargas, Subcoordinador de representación de víctimas ante la JEP

Juan Carlos Ospina, Asesor jurídico

Sebastián Bojacá, Abogado de litigio nacional

Paola Sánchez, Comunicadora

Relatora

Enith Bula, Abogada y politóloga del área de incidencia nacional

Boletín # 20. La calificación jurídica de conductas en la JEP

El presente boletín aborda la calificación jurídica de conductas en la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP). Para ello, se divide en dos partes. En la primera, analiza las fuentes aplicables para la calificación jurídica de hechos en la JEP, a partir de las exigencias de los principios de legalidad y favorabilidad. En la segunda parte se revisan las implicaciones de esta variedad de fuentes para la calificación jurídica de las conductas.

1. La aplicación de las fuentes de la calificación jurídica en la JEP desde los principios de legalidad y favorabilidad

La Constitución establece en su [artículo 29](#) los principios de legalidad, conforme al cual toda persona debe ser juzgada únicamente de acuerdo con las leyes preexistentes a la conducta que se le imputa, y de favorabilidad, según el cual se debe aplicar la norma penal favorable, incluso si es posterior, sobre la desfavorable. Estos principios también están contenidos en el artículo 15 del [Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos](#) y el artículo 9 de la [Convención Americana de Derechos Humanos](#). Dado que en el artículo 4-2 del Pacto y en el artículo 27-2 de la Convención se prohíbe la suspensión de los artículos 15 y 9 respectivamente, los principios de legalidad y favorabilidad contenidos en ellos se incorporan al bloque de constitucionalidad según lo señalado en el [artículo 93](#), inciso 1º, de la Constitución.

Sobre el principio de legalidad, el artículo 15 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos señala que “[n]adie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional (...)” (artículo 15-1) y, expresamente, advierte que esto no implica que una persona no pueda ser juzgada o condenada por hechos “que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional” (artículo 15-2). Sobre el principio de favorabilidad, dispone que “[s]i con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello” (artículo 15-1).

A su vez, sobre el principio de legalidad, el artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos señala que “[n]adie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable”. Respecto al principio de favorabilidad, establece que “[t]ampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.

Según el marco jurídico de implementación de la JEP, en contextos de justicia transicional estos principios se adaptan para cumplir con los fines de la transición y luchar contra la impunidad, por lo que su aplicación se flexibiliza:

a) Principio de legalidad y fuentes de derecho aplicables en la calificación jurídica en la JEP

Un antecedente sobre la aplicación del principio de legalidad en contextos de justicia transicional se encuentra en el proceso de Justicia y Paz, que se desarrolla a partir de la Ley 975 de 2005¹. En algunos casos procesados bajo la Ley 975 de 2005, la Corte Suprema de Justicia ha hecho referencia al principio de legalidad flexible. Si bien la definición y aplicación del principio no ha sido unívoca, la Corte ha indicado que la legalidad se flexibiliza frente a los crímenes internacionales –de lesa humanidad, de guerra, agresión y genocidio- de manera que es posible imputarlos aun cuando no estuviesen recogidos en normas internas, puesto que las exigencias de la legalidad se satisfacen “con la prohibición de la acción o de la omisión en tratados internacionales o en el derecho consuetudinario al momento de su comisión”². A partir de distintas decisiones de la Corte sobre la materia, se entiende que “se considera suficiente el reconocimiento internacional de una conducta contraria a derecho para que sea punible en Colombia, aun cuando no haya norma interna expresa en ese sentido”³.

En el caso de la JEP, el Acto Legislativo 1 de 2017 y la Ley 1957 de 2019 señalan expresamente que esta Jurisdicción debe calificar jurídicamente las conductas que conoce a partir del Código Penal colombiano, el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario (DIH) y el derecho penal internacional vigentes al momento de la comisión de los hechos⁴. Asimismo, al valorar las conductas de la Fuerza Pública, la JEP

¹ Esta Ley es creada durante el gobierno del ex presidente Uribe para facilitar la desmovilización de los grupos paramilitares. En ella se regula “lo concerniente a la investigación, procesamiento, sanción y beneficios judiciales de las personas vinculadas a grupos armados organizados al margen de la ley, como autores o partícipes de hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a esos grupos, que hubieren decidido desmovilizarse y contribuir decisivamente a la reconciliación nacional (...)” (Ley 975 de 2005, artículo 2).

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación de Penal, sentencia del 27 de enero de 2016, proceso número 44462, M.P. Luis Guillermo Salazar Otero.

³ Juan Cardona (2012), *Derechos de las víctimas y de los postulados: tensiones en el Proceso de Justicia y Paz*, GIZ, Bogotá, p.69.

⁴ Acto Legislativo 1 de 2017, artículo transitorio 5, inciso 6, y artículo 22 transitorio, inciso 1; Ley 1957 de 2019, artículo 23, inciso 1; Ley 1820 de 2016, artículo 11; Ley 1922 de 2018, artículo 1, literal b.

debe tener en cuenta una fuente adicional: las normas del derecho operacional⁵ vigentes al momento de su comisión, si están de acuerdo con la Constitución y la Ley⁶.

Respetar el principio de legalidad al calificar las conductas de los comparecientes supone entonces que la JEP debe aplicar las normas nacionales e internacionales aplicables al momento de la comisión de la conducta, en concordancia con lo expresamente señalado también en el artículo 15-2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Como lo ha dicho la Corte Constitucional, el principio de legalidad en el derecho internacional es más amplio, pues no exige que no haya crimen sin ley sino que no haya crimen sin derecho, por lo que los tribunales pueden aplicar fuentes que no se restringen a la ley en sentido formal. En términos de la misma Corte:

“Para empezar, las categorías que componen los mayores atentados para la dignidad humana han sido decantadas en un proceso histórico a partir del cual se ha construido un consenso internacional en torno a la gravedad de tales conductas. Este consenso mínimo universal, usualmente surge a partir del derecho consuetudinario, y se vierte en convenios internacionales de derechos humanos y derecho internacional humanitario. Dado su carácter histórico y mínimo, es exigible tanto a los Estados, como a los grupos armados, pues uno y otros están en capacidad de comprender la existencia de la prohibición (*accesibilidad*) y de prever que esta acarrea sanciones intensas (*previsibilidad*).

En segundo término, los tribunales internacionales mencionados usualmente comienzan a ejercer sus funciones con posterioridad a la ocurrencia de los hechos, de manera que su actividad puede proyectarse sobre conductas que, sin estar tipificadas como una norma de origen legal, sí han sido objeto de configuración en el ámbito del derecho internacional. Desconocer la concepción amplia del principio de legalidad, en los términos del *nullum crimen sine iure*, en consecuencia, generaría el riesgo de admitir excepciones amplias al deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar graves violaciones a los derechos humanos y graves infracciones al derecho internacional humanitario; y pasaría por alto la gravedad de los hechos ocurridos durante los conflictos armados o durante las dictaduras”⁷.

En ese orden de ideas, el cumplimiento del principio de legalidad al momento de realizar la calificación jurídica en la JEP se entiende de acuerdo con lo señalado por la Corte

⁵ De acuerdo con el artículo 4° del Decreto 124 de 2014, “se entiende por derecho operacional la integración de los tratados internacionales ratificados por Colombia, la legislación nacional y la jurisprudencia en materia de derechos humanos y derecho internacional humanitario al planeamiento, ejecución y seguimiento de las operaciones, operativos y procedimientos de la Fuerza Pública”. Sin embargo, como lo ha precisado Gustavo Gallón, no existe claridad sobre lo que se entiende por derecho operacional. La Comisión Colombiana de Juristas le preguntó al Ministerio de Defensa, a través de un derecho de petición, qué era el derecho operacional. La respuesta del Ministerio fue que este incluía el preámbulo y 11 artículos de la Constitución, 35 leyes –Ley 5° de 1960, Código Penal, Código Penal Militar, Código Nacional de Policía, Código Disciplinario Militar, entre otras–, dos decretos –decretos 124 de 2010 y 1070 de 2015– y una serie de “documentos doctrinales clasificados” cuyo carácter no es público. Sin embargo, las normas constitucionales, leyes y decretos señalados no regulan las operaciones militares, y los documentos clasificados no constituyen derecho. Gustavo Gallón, “El esotérico ‘derecho operacional’”, en *El Espectador* (8 nov 2018), disponible en: <https://www.elespectador.com/opinion/el-esotérico-derecho-operacional-columna-822431/>

⁶ [Acto Legislativo 1 de 2017](#), artículo 22 transitorio, inciso 2.

⁷ Corte Constitucional, [sentencia C-007 de 2018](#) (1 mar), M.P. Diana Fajardo Rivera.

Constitucional en la [sentencia C-080 de 2018](#). Específicamente, la Corte establece que el análisis de la existencia de la norma antes de la conducta será realizado por la JEP al calificar jurídicamente la conducta, momento en que debe asegurarse de que esta estaba “prohibida antes de la comisión del hecho en la Constitución, en el Código Penal vigente, en normas internacionales de Derechos Humanos, o en normas internacionales de Derecho Internacional Humanitario, o en normas imperativas de *ius cogens*”⁸. Esta lectura debe darse a la lucha del fin de la justicia que es la lucha contra la impunidad y, en el caso de la JEP, la satisfacción de los derechos de las víctimas.

b) Principio de favorabilidad y principio de especialidad en la calificación jurídica en la JEP

De acuerdo con el marco jurídico de implementación de la JEP, la calificación jurídica a partir de las fuentes señaladas debe respetar el principio de favorabilidad⁹. Siguiendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el principio de favorabilidad en procesos de justicia transicional adquiere una interpretación distinta a la aplicable en contextos ordinarios:

“en materia de graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario, la aplicación del principio de favorabilidad penal en situaciones de justicia transicional debe ponderarse con otras normas inderogables de la Constitución y con la aplicación del derecho de las víctimas a la justicia, que supone la obligación de investigar, juzgar y sancionar los hechos más graves y representativos”¹⁰.

En particular, la Corte también señaló que existe la posibilidad de inaplicar la norma más favorable, teniendo en cuenta los derechos de las víctimas y los beneficios que recibirá el compareciente:

“Como lo sostiene el Señor Procurador en su concepto ‘la calificación de la conducta se puede hacer incluso si su imputación es aparentemente desfavorable para el imputado, pero favorable a la garantía de los derechos de las víctimas’. Esto por cuanto el objetivo general de superación de la impunidad permite aplicar la norma que mejor permita el señalamiento de responsabilidad, dado la gravedad de los crímenes, en relación con los beneficios que eventualmente recibirán los responsables”¹¹.

La Corte consideró que aplicar el principio de favorabilidad de forma ordinaria podía ser problemático y, como ejemplo, apuntó que esto podría llevar a que, por ejemplo, no se pudieran judicializar las desapariciones forzadas antes de 2000, cuando se incluyó el delito en el Código Penal, por lo que la favorabilidad debía interpretarse “en armonía con la prohibición absoluta de la desaparición forzada del artículo 12 de la Constitución de 1991, y con la

⁸ Corte Constitucional, [sentencia C-080 de 2018](#) (15 ago), M.P. Antonio Lizarazo Ocampo.

⁹ [Acto Legislativo 1 de 2017](#), artículo transitorio 5, inciso 6, y artículo 22 transitorio, inciso 1; Ley 1957 de 2019, [artículo 23](#), inciso 1.

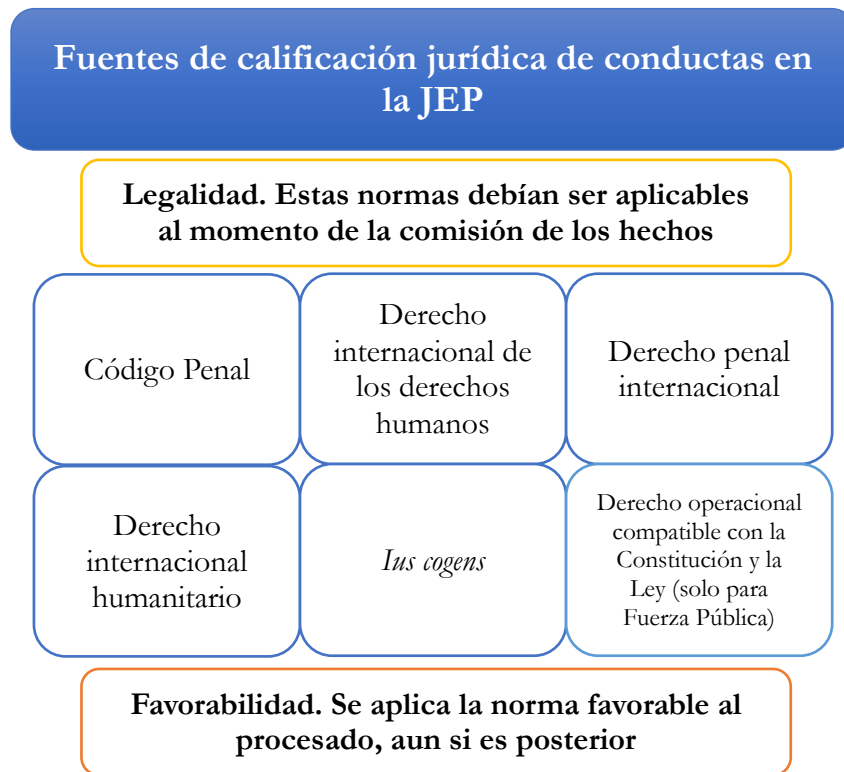
¹⁰ Corte Constitucional, [sentencia C-080 de 2018](#) (15 ago), M.P. Antonio Lizarazo Ocampo.

¹¹ *Ibidem*.

protección del derecho a la vida consagrada en normas internacionales de derechos humanos previas inclusive a la Constitución de 1991¹². Retomando la jurisprudencia constitucional, la Sección de Apelación de la JEP ha precisado que esta supone que en todos los casos se debe analizar la aplicación del principio de favorabilidad en relación con los fines de la justicia transicional¹³.

Asimismo, la Sección ha advertido que el principio de favorabilidad solo aplica cuando hay un conflicto de normas en el tiempo –dos normas que no coinciden en el tiempo son aplicables en el caso–, situación en la que se debe aplicar la norma más favorable al procesado. De otra parte, la Sección señaló que cuando no haya conflicto de normas en el tiempo sino que dos normas que coincidan en el tiempo y sean aplicables al caso, la JEP debe aplicar el principio de especialidad y no el de favorabilidad. En esa medida, debe elegir la norma a la que los hechos se adecúen de mejor manera¹⁴, sin tomar en consideración si resulta más o menos favorable al procesado.

Gráfico 1. Fuentes de calificación jurídica de conductas en la JEP



(Elaboración propia a partir del marco jurídico de implementación de la JEP)

¹² *Ibidem*.

¹³ Sección de Apelación, sentencia 168 de 2020, párr. 62.

¹⁴ Sección de Apelación, sentencia 168 de 2020, párrs. 64-66.

2. La variación en la calificación de las conductas en la JEP

Al aplicar las fuentes de calificación jurídica según los principios señalados, la JEP puede variar la calificación jurídica de los hechos realizada previamente por las autoridades judiciales ordinarias¹⁵. Esta variación no afecta la calificación jurídica ni las sanciones impuestas en la justicia ordinaria en caso de que el compareciente sea retirado de ella¹⁶, pero sí los beneficios y tratamientos a los que pueden acceder en el marco de la JEP.

Un ejemplo de esto se observa en la sentencia 168 de 2020 de la Sección de Apelación. En este caso, la Sección analizó si una conducta tipificada en la justicia ordinaria como homicidio agravado contra un agente de policía por parte de un ex guerrillero de las FARC-EP constituía una infracción del DIH con la gravedad suficiente para ser un crimen de guerra, con el fin de definir si era procedente o no otorgar amnistía por ese hecho. De acuerdo con lo señalado por la Sección de Apelación, los agentes de la Policía Nacional son, en principio, personas protegidas en el marco del DIH. Sin embargo, pueden perder dicha protección de forma general si sus unidades son incorporadas de hecho o de derecho a las fuerzas militares, o de forma excepcional, si un miembro participa en las hostilidades, por el tiempo que dure dicha participación¹⁷. Dado que en muchos casos la Policía se encuentra en una zona gris o fronteriza respecto a su rol en el marco de un conflicto armado¹⁸, cada caso debe ser analizado en su contexto y teniendo en cuenta la naturaleza y práctica de la unidad de policía o la labor del miembro del grupo en concreto:

“por ejemplo, si se trata de unidades contraguerrilla, si son unidades que desarrollan operaciones antinarcóticas en zonas de influencia guerrillera, si el armamento que usan y la capacitación recibida es aquella que es más propia de las fuerzas militares que de las fuerzas de policía, etc. Igualmente, si lo anterior no se da, debe analizarse si en el caso concreto la persona individualmente considerada estaba tomando parte en las hostilidades, o si, por el contrario, estaba desarrollando las labores que la Constitución y la ley asignan a la Policía Nacional como cuerpo encargado de proteger la seguridad ciudadana (...). Pero sí es importante analizar si en los casos objeto de estudio de las Salas de Justicia se dan ataques, combates, hostigamientos a los miembros de la policía nacional y la respuesta de estos va más allá de la respuesta propia de un cuerpo de policía. Si la respuesta adquiere connotaciones de reacción militar, por los medios usados, el tipo de tropas, la realización de operaciones conjuntas con las fuerzas militares, entre otras, se entiende que no está respondiendo a un fenómeno de delincuencia, sino que está tomando parte directa en las hostilidades -de manera individual o como unidad- y, por tanto, que pierde la protección como persona civil”¹⁹.

En el caso en mención, la Sección no logró verificar que el agente asesinado hubiese perdido su protección como población civil en el marco del derecho internacional humanitario. Por lo

¹⁵ Ley 1957 de 2019, [artículo 23](#), inciso 2.

¹⁶ Sección de Apelación, sentencia 168 de 2020, pie de página 90.

¹⁷ Sección de Apelación, sentencia 168 de 2020, párrs. 73 y 78.

¹⁸ Corte Constitucional, [sentencia T-280A de 2016](#) (27 may), M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; sentencia [T-1206 de 2001](#) (16 nov), M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹⁹ Sección de Apelación, sentencia 168 de 2020, párrs. 80-81.

tanto, manteniendo la presunción de protección de la población civil sobre la víctima, señaló que se le dio muerte a una persona protegida con ocasión y en desarrollo del conflicto armado, por lo que la conducta encajaba en el tipo penal de homicidio en persona protegida de mejor manera que en el de homicidio agravado, tipo previamente señalado por la justicia ordinaria, y varió la calificación jurídica en ese sentido. Como consecuencia de lo anterior, la Sección señaló que dado que la conducta de homicidio en persona protegida era una grave infracción al DIH, constituía un crimen de guerra y no podía ser amnistiable (Ver [Boletín # 19](#)). Vale la pena precisar que esta decisión se fundamentó en el principio de especialidad, según se explicó en el apartado anterior, porque se trataba de analizar la aplicación de dos normas vigentes simultáneamente, por lo que no era necesario revisar cuál era la norma más favorable o flexibilizar el principio de legalidad.

En conclusión, en la calificación jurídica de la JEP los principios de legalidad y favorabilidad deben garantizar la centralidad de las víctimas, la lucha contra la impunidad y el cumplimiento de los fines de la justicia transicional. Así, la JEP cuenta con un marco amplio de fuentes aplicables, que no se limita al derecho interno, sino que incluye las normas del derecho internacional de los derechos humanos, el DIH, el derecho penal internacional y el *ius cogens* aplicables al momento de la ocurrencia de los hechos, lo que debe servir para no dejar espacio a la impunidad. Al aplicar estas normas, la JEP puede variar la calificación jurídica previamente realizada en la jurisdicción ordinaria, pero al hacerlo no puede perder de vista los derechos de las víctimas. La recalificación jurídica de las conductas conforme a los principios señalados es fundamental porque determina los beneficios y tratamientos penales a los que pueden acceder los comparecientes en la JEP.