



Pontificia Universidad
JAVERIANA
Cali

con Acreditación
Institucional
de Alta Calidad
por **8** años

**REPERCUSIONES DEL DISEÑO INSTITUCIONAL DE LA JURISDICCIÓN
ESPECIAL PARA LA PAZ EN LA REALIZACIÓN DE LA JUSTICIA**

KENNY ELIZABETH CAMPO SARZOSA

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE HUMANIDADES Y CIENCIAS SOCIALES
MAESTRÍA EN DERECHOS HUMANOS Y CULTURA DE PAZ
SANTIAGO DE CALI, 7 DE FEBRERO DE 2019

**REPERCUSIONES DEL DISEÑO INSTITUCIONAL DE LA JURISDICCIÓN
ESPECIAL PARA LA PAZ EN LA REALIZACIÓN DE LA JUSTICIA**

KENNY ELIZABETH CAMPO SARZOSA

DIRECTOR:

MAGÍSTER RAÚL FERNANDO NÚÑEZ MARÍN

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE HUMANIDADES Y CIENCIAS SOCIALES
MAESTRÍA EN DERECHOS HUMANOS Y CULTURA DE PAZ
SANTIAGO DE CALI, 7 DE FEBRERO DE 2019

ARTICULO 23 de la Resolución No. 13 del 6 de Julio de 1946, del Reglamento de la Pontificia Universidad Javeriana.

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de Tesis. Solo velará porque no se publique nada contrario al dogma y la moral católica y porque las Tesis no contengan ataques o polémicas puramente personales; antes bien, se vea en ellas el anhelo de buscar la Verdad y la Justicia”.

Nota de Aceptación



RAUL FERNANDO NUÑEZ MARIN
Director(a) Trabajo de Grado



JUAN PABLO DOMINGUEZ
Evaluador(a)



NOHRA PATRICIA PALACIOS TRUJILLO
Evaluador(a)

Santiago de Cali, 7 de febrero de 2019

Dedicatoria

*A mi madre Bertha, educadora ejemplar,
forjadora de valores y compañera de todas
las horas.*

Agradecimientos

Al director de mi trabajo de tesis, Magister Raúl Fernando Núñez Marín; a mi familia por su amoroso e incondicional apoyo; a mis profesores de la Maestría en Derechos Humanos y Cultura de Paz, Myriam Román Muñoz, Jorge Andrés López Rivera, Liliana Ortiz Bolaños, Freddy Alfonso Guerrero Rodríguez, Alexandra Sandoval Mantilla, Delfín Ignacio Grueso Vanegas, Andrés Sandoval Sarrias, Jesús María Carrasquilla Ospina, María Clara Jaramillo, Jennifer Murphy, Gustavo Adolfo Salazar Arbeláez, Néstor Camilo Sánchez León, Josefina Echavarría, Víctor Martínez Ruiz y Diego Agudelo Grajales; a María Fernanda Ortiz, funcionaria de la Universidad Javeriana; a Diana Marcela Prado Mosquera profesora del Centro de Escritura de la Universidad del Cauca; a Roberto Rodríguez Fernández y Cristina Vargas Guzmán, profesores de la Universidad del Cauca. Ellos, desde la Decanatura y la Jefatura del Departamento de Derecho Público, apoyaron mi dedicación en tiempo a la Maestría; a los profesores Alexander Montoya y Alexander Castillo por su participación como expertos en la revisión de los instrumentos de investigación; a la señora Adriana Pérez funcionaria de Villa Javier; a los funcionarios y trabajadores de la Biblioteca y del Servicio de Fotocopiado de la Universidad Javeriana-Cali y al señor Alfonso Muñoz, quien hizo posible mi desplazamiento mensual de Popayán a la Universidad en Cali.

Tabla de Contenido

| | |
|--|------------|
| Capítulo 1: Introducción | 12 |
| Capítulo 2: Marco Teórico | 27 |
| 2.1 Diseño Institucional | 27 |
| 2.1.1 <i>Las instituciones y su diseño. Robert Goodin.</i> | 27 |
| 2.1.2 <i>El diseño institucional y la elección racional. Philip Pettit.</i> | 33 |
| 2.2 Justicia..... | 37 |
| 2.2.1 <i>Justicia y utilidad. John Stuart Mill</i> | 38 |
| 2.2.2 <i>Justicia como Equidad. John Rawls.</i> | 43 |
| 2.2.3 <i>Idea de la justicia. Amartya Sen.</i> | 45 |
| 2.2.3.1 <i>Enfoques comparativos basados en realizaciones</i> | 48 |
| 2.2.3.2 <i>La relevancia de las perspectivas globales</i> | 50 |
| 2.2.3.3 <i>Instituciones y personas</i> | 50 |
| 2.2.3.4 <i>Diferentes dominios de imparcialidad</i> | 55 |
| 2.2.3.5 <i>Posición</i> | 57 |
| 2.3 Justicia Transicional..... | 58 |
| 2.3.1 <i>La justicia transicional en perspectiva histórica. Jon Elster.</i> | 59 |
| 2.3.2 <i>Justicia Transicional. Ruti G. Teitel.</i> | 69 |
| 2.3.3 <i>Justicia y negociación. Druckman y Wagner</i> | 74 |
| 2.3.4 <i>El marco jurídico de la justicia de transición. Kai Ambos.</i> | 76 |
| Capítulo 3: Reconstrucción del proceso de diseño institucional de la Jurisdicción Especial para la Paz 2012 - 2018 | 89 |
| 3.1 Víctimas en la agenda, declaración de principios, documentos e hitos del proceso | 89 |
| 3.2 2014: Año clave para la participación de víctimas del conflicto en el proceso de paz.. | 106 |
| 3.3 2014 - 2017: Evolución positiva del tratamiento de los derechos de las víctimas..... | 109 |
| 3.4 2017 - 2018: El contenido de los derechos de las víctimas se enriquece por cuenta de las decisiones del Congreso de la República y de la Corte Constitucional..... | 113 |
| 3.5 Valoración del proceso de diseño de la JEP | 116 |
| Capítulo 4: Elementos de la Jurisdicción Especial para la Paz | 120 |
| 4.1 Elemento subjetivo..... | 121 |
| 4.1.1 <i>Estructura de la Jurisdicción Especial para la Paz.</i> | 121 |
| 4.1.2 <i>Los órganos de la JEP. Integración.</i> | 129 |
| 4.2 Elemento objetivo | 132 |
| 4.2.1 <i>Competencia material.</i> | 132 |
| 4.2.2 <i>Competencia personal</i> | 137 |
| 4.3 Elemento formal..... | 141 |
| 4.3.1 <i>Criterios de Selección.</i> | 142 |
| 4.3.2 <i>Régimen de condicionalidad.</i> | 144 |
| 4.3.3 <i>Procedimientos.</i> | 145 |

| | | |
|--|--|------------|
| 4.3.3.1 | <i>Procedimiento en caso de reconocimiento de verdad y responsabilidad.</i> | 145 |
| 4.3.3.2 | <i>Procedimiento en caso de ausencia de reconocimiento de verdad y responsabilidad.</i> | 149 |
| 4.3.3.3 | <i>Procedimientos ante la sección de apelación del Tribunal para la Paz.</i> | 153 |
| 4.3.3.4 | <i>Otros procedimientos ante la JEP.</i> | 154 |
| 4.3.4 | <i>Sanciones.</i> | 163 |
| 4.3.4.1 | <i>Tipos de sanciones.</i> | 164 |
| 4.3.5 | <i>Recursos y Acciones.</i> | 173 |
| 4.3.5.1 | <i>Recursos de Reposición y apelación art.147 LEJEP</i> | 173 |
| 4.3.5.2 | <i>Acción de Tutela arts. 148 a 151 LEJEP.</i> | 173 |
| 4.3.6 | <i>Ejecución de las sanciones.</i> | 174 |
| 4.3.6.1 | <i>Fuero carcelario para agentes del estado (art.133 de la LEJEP)</i> | 174 |
| 4.3.6.2 | <i>Descuento de la sanción propia art.134 LEJEP</i> | 174 |
| 4.3.6.3 | <i>Tiempo de privación de la libertad en unidad militar o policial art.135 LEJEP.</i> | 174 |
| 4.3.6.4 | <i>Verificación y cumplimiento de las sanciones. art.137 LEJEP</i> | 175 |
| 4.3.6.5 | <i>Monitoreo vigilancia y verificación del cumplimiento de sanciones propias de agentes del estado art.138 LEJEP</i> | 176 |
| 4.3.6.6 | <i>Órgano de verificación del cumplimiento de sanciones art.139 LEJEP.</i> | 176 |
| 4.4 | <i>Valoración del diseño de la jurisdicción especial para la paz.</i> | 177 |
| Capítulo 5: Repercusiones del diseño de la Jurisdicción Especial para la Paz en la realización de la Justicia | | 197 |
| 5.1 | Comprensión de las repercusiones del diseño de la JEP en la realización de la Justicia desde la perspectiva de los estudios de Justicia Transicional | 198 |
| 5.2 | Comprensión de las repercusiones del diseño de la JEP en la realización de la Justicia desde la perspectiva de la filosofía política | 217 |
| 5.3 | Comprensión de las repercusiones del diseño de la JEP en la realización de la Justicia desde la perspectiva jurídica | 240 |
| Capítulo 6: Discusión y Conclusiones | | 244 |
| Referencias | | 249 |
| Anexos | | 256 |

Lista de Tablas

| | | |
|-----------|--|-----|
| Tabla 1. | Condiciones de inadmisibilidad de un caso ante la CPI. Excepciones. Art. 17 Estatuto de Roma. | 78 |
| Tabla 2. | Revisión diacrónica de documentos del Proceso de Paz 2012 - 2018. Punto 5 de la Agenda de Conversaciones. Víctimas del conflicto. | 89 |
| Tabla 3. | Paralelo Órganos de transición en la Jurisdicción Especial para la Paz / Órganos permanentes en la estructura del Estado Colombiano. | 116 |
| Tabla 4. | Iter del procedimiento en casos de reconocimiento de verdad y responsabilidades LEJEP. | 139 |
| Tabla 5. | Iter del procedimiento en casos de ausencia de reconocimiento de verdad y responsabilidades LEJEP. | 141 |
| Tabla 6. | Procedimientos ante la sección de Apelación del Tribunal para la Paz. | 144 |
| Tabla 7. | Procedimientos ante la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas. | 146 |
| Tabla 8. | Procedimientos ante la Sección de Revisión del Tribunal para la Paz. | 149 |
| Tabla 9. | Procedimientos ante la Sala de Amnistía o Indulto. | 151 |
| Tabla 10. | Motivaciones de los agentes. | 190 |
| Tabla 11. | Principios de Justicia Procedimental. | 218 |
| Tabla 12. | Estándares de la Justicia Transicional. | 229 |
| Tabla 13. | Criterios que limitan la potestad de apreciación de las medidas que pueden ser adoptadas en procura de la paz. | 251 |

Lista de Figuras

| | |
|---|-----|
| Figura 1. Diseño de Investigación..... | 23 |
| Figura 2. Itinerario del proceso de construcción de la JEP. Hitos sociales, militares, jurídicos y políticos..... | 106 |
| Figura 3. Evolución de la participación de las víctimas en el proceso y del reconocimiento progresivo de sus derechos en el contexto de los procesos y procedimientos que se surten en y ante la Jurisdicción Especial para la Paz..... | 108 |
| Figura 4. Estructura de la Jurisdicción Especial para la Paz. Art. 7 A.L 1 de 2017 y LEJEP. | 122 |
| Figura 5. Diagrama del procedimiento para delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra. | 180 |
| Figura 6. Procedimiento para delitos políticos y conexos..... | 182 |
| Figura 7. Diagrama de las actuaciones de la SRVR en relación con otras salas y secciones | 186 |
| Figura 8. Diagrama de las actuaciones de la SDSJ en relación con otras salas y secciones | 187 |
| Figura 9. Diagrama de las actuaciones de la Sala de amnistía e indulto en relación con otras salas y secciones | 188 |
| Figura 10. Diagrama de las actuaciones de la Unidad de Investigación y Acusación en relación con otras salas y secciones..... | 189 |
| Figura 11. Diagrama de las actuaciones de la Sección de Revisión de Sentencias en relación con otras secciones y salas..... | 190 |
| Figura 12. Número de procesos judiciales posteriores al conflicto por la terminación del conflicto. De “Armed conflict and post-conflict justice, 1946 – 2006” por B. Malmin, C. Loyle, S. Gates y J. Elster, 2012. p. 738. | 201 |
| Figura 13. Evolución de la duración máxima de las sanciones penales privativas en Colombia, 1837-2016. De “La proporcionalidad de las penas en la legislación colombiana” por R. Cita, C. Medina y M. Amado, 2017. p. 21..... | 226 |

Lista de Anexos

| | |
|---|-----|
| Anexo 1. Primera parte: Objetivos, Categorías de Análisis y Definiciones Operativas. | 256 |
| Anexo 2. Formato Validación de Contenido por Jueces Expertos 1 | 272 |
| Anexo 3. Formato Validación de Contenido por Jueces Expertos 2..... | 278 |

Capítulo 1: Introducción

En su informe sobre estado de derecho y justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, el Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU, 2004) afirma que la justicia de transición,

Abarca 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. Tales mecanismos pueden ser judiciales o extrajudiciales y tener distintos niveles de participación internacional (o carecer por completo de ella), así como abarcar el enjuiciamiento de personas, el resarcimiento, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de antecedentes, la remoción del cargo o combinaciones de todos ellos. (p.6).

La forma de justicia transicional que acordaron el Gobierno del Estado colombiano y las FARC-EP después de un proceso de negociación de cinco años para poner fin a un conflicto de más de cincuenta años, fue un sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición (SIVJRNR), del que hace parte la Jurisdicción Especial para la Paz. Ella es definida por el artículo transitorio 5° del Acto Legislativo 1 de 2017 como una jurisdicción nacional ad-hoc a la que se atribuye competencia para conocer de manera transitoria, autónoma y preferente de las conductas consideradas graves infracciones al DIH o graves violaciones a los Derechos Humanos cometidas por quienes participaron en el conflicto armado con anterioridad al 1 de diciembre de 2016, por causa, con ocasión, o en relación directa o indirecta con dicho conflicto. Su finalidad central es satisfacer el derecho a la justicia de las víctimas del prolongado conflicto armado interno en Colombia y como su nombre lo indica, contribuir a la construcción de la paz y la reconciliación. La viabilidad del

cumplimiento de estos propósitos está ligada en buena medida a la manera como se surtió *el proceso de construcción de la nueva institución* en un contexto social complejo y a la manera como los múltiples diseñadores finalmente articularon *los elementos que la integran*.

No existen investigaciones previas sobre la Jurisdicción Especial para la Paz realizadas desde la perspectiva del *diseño institucional*, por lo cual es el enfoque en el diseño lo que distingue este trabajo de investigación en el propósito de comprender la nueva institución y su relación con la justicia, no sólo en el marco de las actuaciones procesales que se deben surtir en y ante ella sino en el marco del proceso social y político de su creación (2012 - 2018), en el que participaron los delegados plenipotenciarios del Gobierno de Colombia y de las FARC-EP, víctimas del conflicto, los ciudadanos que votaron en el plebiscito de octubre 2 de 2016, los ciudadanos que se expresaron a propósito de sus resultados, el Congreso de la República y las Altas Cortes, en particular, la Corte Constitucional. Por ello el marco teórico que ilumina este trabajo proviene de la ciencia política (Goodin (2003), Pettit (2003)), de la filosofía política Rawls, (2003), Sen (2010), Mill (2017)), de los estudios históricos y comparativos de la justicia transicional (Elster (2006), Teitel (2017), Druckman y Wagner (2015) y de la teoría del Derecho Procesal (Devis, 2017 y Azula, 2002). En el plano jurídico son referentes relevantes las normas de la Constitución Política de Colombia, del DIDH, del DIH y del Estatuto de Roma que hacen parte del bloque de constitucionalidad. En particular sirve como referente doctrinal para la perspectiva jurídica en este trabajo el texto de Kai Ambos sobre el marco jurídico de la Justicia de Transición (Ambos, 2009). Es necesario expresar que el enfoque de éste trabajo es prevalentemente político y filosófico por lo que un análisis jurídico profundo requeriría de otro trabajo de investigación.

La pregunta de investigación que se plantea es: *¿De qué manera repercute el diseño institucional de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) en la realización de la justicia?*

El objetivo general de la investigación es entonces *comprender*, siguiendo el método propuesto por Gadamer (2012), la manera como el *diseño institucional* de la *Jurisdicción Especial para la Paz* (JEP), *repercute* en la realización del principio de *Justicia*. El cumplimiento del objetivo general pasa en primer término por la comprensión del diseño de la JEP para luego dilucidar la manera como ése diseño repercute en la realización de la justicia. Considerando que la JEP es el *resultado* de un *proceso*, la comprensión del diseño institucional de la JEP se desdobra en dos objetivos específicos: *el primero* de ellos es reconstruir el *proceso* de diseño institucional de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) en el lapso comprendido entre agosto de 2012 y junio de 2018 (capítulo 3); y *el segundo* es comprender y valorar en contexto el diseño de la JEP como institución resultante de ese proceso (capítulo 4). En relación con éste objetivo, siguiendo a Devis (2017) y Azula (2002) se parte de la idea que toda jurisdicción está integrada por tres elementos: a) un elemento subjetivo, constituido por los sujetos, representados de un lado por los funcionarios que ejercen la función y de otro las partes y los terceros que intervienen en el proceso ya formado; b) un elemento objetivo o material, referido a la materia sobre la cual recae la jurisdicción ; y c) un elemento de actividad o formal, vale decir el proceso, que es el medio a través del cual la jurisdicción cumple su función. Por lo tanto la comprensión se realiza en un primer momento mediante la descripción de los elementos subjetivo, objetivo y formal que conforman la JEP a partir de la interpretación de los documentos políticos y jurídicos que le dan forma y nacimiento a la nueva institución. Por lo mismo, ésta investigación es documental. La valoración del diseño se realiza teniendo en cuenta los criterios del *buen diseño* propuestos por Goodin (2003), y los aportes de Pettit (2003) sobre la manera como ciertos incentivos y filtros pueden ser incorporados por los diseñadores para promover el logro de propósitos considerados valiosos.

El tercer objetivo específico es interpretar la manera cómo repercute el *diseño de la Jurisdicción Especial para la Paz* en la realización del *principio de justicia* (capítulo 5). Para lograr este objetivo se toman como marco de referencia en primer lugar, los trabajos sobre justicia transicional de Elster (2006), Teitel (2017) y Ambos (2009). El enfoque histórico de Elster (2006) resulta pertinente porque a partir del estudio de casos desde la antigua Grecia, este autor construye unas generalizaciones que pueden servir de parámetro para la comprensión de cualquier experiencia de justicia transicional. Teitel (2017) también parte de una aproximación histórica pero su postura tiende a ser normativa o prescriptiva, al considerar, a partir del estudio riguroso de las experiencias de justicia transicional, que ciertas categorías fundamentales como *Estado de Derecho* y *Justicia* deben tener un contenido peculiar contextualizado para lograr el propósito de transformación social que suele tener todo intento de transición. Para Teitel (2017) lo que es considerado justo es contingente e informado por la injusticia que le precede (p.25). Ésta perspectiva ofrece criterios de valoración sobre la justicia realizable en tiempos de transición hacia la paz a partir de un riguroso estudio de experiencias históricas. El enfoque de Ambos (2009) es jurídico. El marco que le sirve de parámetro normativo está conformado por el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y en particular la obligación de los Estados de perseguir crímenes internacionales nucleares tal como son definidos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Esta aproximación jurídica es ineludible porque el Estado colombiano suscribió el tratado de Roma e incorporó el estatuto al orden interno mediante la ley 742 de 2002 (Congreso de la República de Colombia, 2002). El tratado hace parte por lo tanto del bloque de constitucionalidad.

Ésta selección se justifica porque es necesario tomar en cuenta las aproximaciones históricas, explicativas, positivas, jurídicas y convencionales de la justicia en tiempos de transición, pero es un imperativo trascender ésta mirada anclada en el mundo del *ser* para

pensar la justicia como una categoría moral de lo político que *debe ser* tomada en cuenta aún en tiempos de transición. Por ello, es necesario incorporar en el marco teórico la concepción trascendental de justicia sustentada en la igualdad y la libertad que plantea Rawls (2003), la concepción utilitarista de justicia sustentada en el bien común (Mill, 2017), así como la concepción según la cual siempre hay una pluralidad de principios rivales para la evaluación de la justicia que propone Sen (2010). En particular interesan los principios de equidad y de imparcialidad tal como los conciben estos autores, para dilucidar si se realizan y cómo en el proceso de diseño de la JEP y en el resultado mismo de dicho proceso.

El método central de esta investigación es la hermenéutica. Recursos tales como la comparación y el análisis de sistemas, son utilizados para la *comprensión* del diseño de la JEP en los estadios intermedios del proceso de investigación.

La decisión sobre el método a seguir está vinculada a unos presupuestos epistemológicos que se pueden sintetizar así: a) tratándose de fenómenos sociales el objeto de conocimiento no es un universo dado sino constituido o producido por los procederes activos de los sujetos, al decir de Schutz (citado por Flick, 2007) los fenómenos sociales son construcciones de primer grado; b) el investigador a su vez produce construcciones de segundo grado, es decir, construcciones de las construcciones realizadas por los sujetos en la escena social (Flick, 2007) c) la manera como el investigador social “crea mundos de segundo grado” es la *comprensión*. Esta, según Gadamer (2012) “no es uno de los modos de comportamiento del sujeto, sino el modo de ser del propio estar ahí” (p. 12). d) Desde esta perspectiva, no puede haber tipo alguno de investigación que se halle libre de presuposiciones, que se expresan en el marco de la *tradición*, sin el cual es imposible el pensamiento (Giddens, 1993). e) “La comprensión se consigue a través del discurso; ella está apartada del individualismo cartesiano, y en cambio se la vincula con el lenguaje como medio de la intersubjetividad y como expresión concreta de lo que Gadamer llama “*tradiciones*” (Giddens, 1993, p. 56).

Además, señala Giddens que, de acuerdo con la noción del círculo hermenéutico que Gadamer adopta de Heidegger, toda comprensión requiere alguna medida de comprensión previa (precomprensión), mediante la cual la comprensión posterior resulta posible. Para Gadamer, el problema hermenéutico, “no es un problema sobre el manejo adecuado de una lengua, sino el de una comprensión correcta de las cosas que se realiza a través del medio lingüístico” (Giddens, 1993, p. 56).

En la obra *Verdad y Método*, Gadamer (2012) plantea los fundamentos para una teoría de la experiencia hermenéutica, que han servido de referente para el diseño de esta investigación, por lo que la tarea de la interpretación consiste en

Asegurar la elaboración del tema científico desde la cosa misma. (...) Lo que importa es mantener la mirada atenta a la cosa aun a través de todas las desviaciones a que se ve constantemente sometido el intérprete en virtud de sus propias ocurrencias (...) El que quiere comprender un texto realiza siempre un proyectar. Tan pronto como aparece en el texto un primer sentido, el intérprete proyecta enseguida un sentido del todo. El sentido solo se manifiesta porque ya uno lee el texto desde determinadas expectativas relacionadas a su vez con algún sentido determinado. La comprensión de lo que pone en el texto consiste precisamente en la elaboración de este proyecto previo, que por supuesto tiene que ir siendo constantemente revisado en base a lo que vaya resultando conforme se avanza en la penetración del sentido (Gadamer, 2012, p. 333).

Para Gadamer, la interpretación empieza siempre con conceptos previos que tendrán que ser sustituidos progresivamente por otros más adecuados. (...), la comprensión solo alcanza sus verdaderas posibilidades cuando las opiniones previas con las que se inicia no son arbitrarias. (...) Por eso es importante que el intérprete no se dirija a los textos directamente,

desde las opiniones previas que le subyacen, sino que examine tales opiniones, en cuanto a su legitimidad, esto es, en cuanto a su origen y validez. (...). Esta exigencia fundamental debe pensarse como la radicalización de un procedimiento que en realidad siempre estamos desarrollando cuando comprendemos algo (Gadamer, 2012).

Para mostrar el carácter conversacional que tiene la interpretación de textos Gadamer (2012) dice que

Lo que se exige es simplemente estar abierto a la opinión del otro o a la del texto. Pero, esta apertura implica siempre que se pone la opinión del otro en alguna clase de relación con el conjunto de las opiniones propias, o que uno se pone en cierta relación con las del otro. (p.335).

Para abordar esta experiencia hermenéutica Gadamer (2012) plantea ciertos patrones:

La tarea hermenéutica se convierte en sí misma en un planteamiento objetivo. El que quiere comprender un texto no puede entregarse desde el principio al azar de sus propias opiniones previas e ignorar (...) la opinión del texto. El que quiere comprender un texto tiene que estar en principio dispuesto a dejarse decir algo por él. Una conciencia formada hermenéuticamente tiene que mostrarse receptiva desde el principio para la alteridad del texto. Pero esta receptividad no presupone ni “neutralidad” frente a las cosas ni tampoco auto cancelación, sino que incluye una matizada incorporación de las propias opiniones previas y prejuicios. (pp. 335-336).

Gadamer (2012) describe así la experiencia hermenéutica:

El horizonte del presente está en un proceso de constante formación en la medida en que estamos obligados a poner a prueba constantemente todos nuestros prejuicios. Parte de esta prueba es el encuentro con el pasado y la comprensión de la tradición de la que nosotros mismos procedemos (...); el

horizonte del presente no se forma pues al margen del pasado. Tampoco se queda en él. Sino que se recupera en el propio horizonte comprensivo del presente. (pp. 376 – 377)

En la realización de la comprensión ocurre una *fusión de horizontes* que Gadamer (2012) denomina *tarea de la conciencia histórico efectual*. Cuando ocurre esa primera verdadera comprensión de la generalidad que el texto viene a ser para el intérprete, la comprensión es forma y efecto, es aplicación.

Un elemento central del fenómeno hermenéutico para Gadamer (2012) es que éste encierra en sí el carácter original de la *conversación* y la estructura de *pregunta respuesta*.

Es esa la razón por la que todo comprender es algo más que revivir una opinión ajena. Cuando se pregunta se dejan abiertas posibilidades de sentido, de manera que aquello que tenga sentido pueda introducirse en la propia opinión por ello las preguntas no tienen una respuesta unívoca fundamental. La dialéctica de la pregunta - respuesta propia de la experiencia hermenéutica permite que la relación de la comprensión se manifieste por sí misma como una relación recíproca semejante a una conversación. (...) La latencia de las respuestas que ofrece el texto implica a su vez que el que pregunta es alcanzado e interpelado por la misma tradición. (Gadamer, 2012, pp.454 - 456).

Por lo tanto, la comprensión de un texto también pasa por un diálogo, aunque la situación hermenéutica no es idéntica al diálogo que se suscita en una conversación. En el caso de los textos se trata de *manifestaciones vitales fijadas duraderamente* que deben ser entendidas, lo que significa que una parte de la conversación hermenéutica, el texto, solo puede llegar a hablar a través de la otra parte, el intérprete. Sólo por él se reconvierten los signos escritos de nuevo en sentido (...). Según Gadamer (2012), al igual que en las conversaciones reales, es el

asunto común el que une entre sí a las partes, en este caso al texto y al intérprete. En consecuencia, para este autor, está plenamente justificado hablar de una conversación hermenéutica. (...) El texto hace hablar a un tema, pero quien lo logra es en último extremo el rendimiento del intérprete. En esto tienen parte los dos (Gadamer, 2012).

En este sentido, la comprensión no es una comprensión histórica que reconstruya la génesis del texto. Lo que uno entiende es que está comprendiendo el texto mismo. Pero esto quiere decir que en la resurrección del sentido del texto, se encuentran ya siempre implicadas las ideas propias del intérprete. El horizonte de este resulta de este modo siempre determinante, pero tampoco él puede entenderse a su vez como un punto de vista propio que se mantiene o se impone, sino más bien como una opinión y posibilidad que uno pone en juego y que ayudará a apropiarse de verdad lo que dice el texto (Gadamer, 2012).

Es lo que Gadamer (2012) describe como *fusión de horizontes*. La realización de la conversación estriba en que “un tema accede a su expresión no en calidad de cosa mía o de mi autor sino de la cosa común a ambos” (Gadamer, 2012, p. 467).

Finalmente, para Gadamer (2012)

El lenguaje es el medio universal en el que se realiza la comprensión misma. La forma de realización de la comprensión es la interpretación (...); todo comprender es interpretar, y toda interpretación se desarrolla en el medio de un lenguaje que pretende dejar hablar al objeto y es al mismo tiempo el lenguaje propio de su intérprete. (p. 467).

Para la realización del primer objetivo específico que es la reconstrucción del diseño institucional de la JEP (capítulo 3), se recurre al método de la comparación diacrónica de textos (Nohlen, 2007) que dan cuenta del diseño de la JEP en contextos políticos o jurídicos complejos. Dicha comparación es un instrumento para la conversación hermenéutica con los textos.

Para realizar el segundo objetivo específico que hace referencia a comprender y valorar en contexto los elementos de la JEP se sigue el método analítico y hermenéutico (capítulo 4). La primera etapa del procedimiento es descriptiva de los elementos (subjetivo, objetivo y formal) que conforman cualquier jurisdicción. Se identifican los sujetos procesales y la estructura en el marco de la cual ellos cumplen sus funciones o despliegan sus acciones. Se identifica la competencia material y personal de la JEP y finalmente se describen las actuaciones y procedimientos (elemento formal) que se surten en y ante ella. Se construyen diagramas de flujo para comprender los procedimientos emblemáticos en la JEP en el entendido que ella funciona como un subsistema del sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición, acordado por el gobierno Colombiano y las FARC-EP. La teoría de los sistemas aplicada al estudio de las organizaciones y a la administración en general define un sistema como “un conjunto ordenado de procedimientos (operaciones y métodos), relacionados entre sí, que contribuyen a realizar una función y que se compone de elementos físicos, información y personas”. (Gómez Ceja, 1997, p.52). El enfoque de sistemas es aplicable a cualquier tipo de organización sin importar su tamaño, denominación o jerarquía. La actividad del sistema es cíclica y cada componente en el proceso esta interrelacionado dependiendo e influyendo a su vez en el resto de los componentes.

En esta comprensión y valoración es central el *procedimiento*, entendido como “la sucesión cronológica y secuencial de operaciones conectadas entre sí, que constituyen una unidad, en función de la realización de una actividad o tarea específica dentro de un ámbito predeterminado de aplicación”. (Gómez Ceja , 1997, p.52).

A continuación se hace una valoración del diseño de la JEP como un todo y de los elementos que la conforman a la luz de las teorías del diseño que han sido seleccionadas como marco teórico de este trabajo.

Para la realización del tercer objetivo específico que es *interpretar* la manera como repercute el *diseño de la JEP* en la realización del *principio de justicia* en sus diferentes enfoques (capítulo 5), se sigue el método de la hermenéutica de Gadamer (2012) a la luz de las teorías de la justicia y los estudios de justicia transicional conforman el marco teórico de este trabajo.

Esta investigación es cualitativa, documental e interpretativa. Es cualitativa en tanto en ella, el diseño es abierto y emergente. El método guarda correspondencia con la complejidad del objeto de estudio, se toma en consideración que los puntos de vista son diferentes a causa de las distintas perspectivas subjetivas y los ambientes sociales relacionados con ellas, las reflexiones de la investigadora sobre su investigación hacen parte del proceso de producción de conocimiento y los enfoques y métodos son variados (Flick, 2007). La investigación es documental. La expresión documento tiene aquí un sentido lato. Se refiere a todo tipo de registros que “hablan” del objeto (La JEP). El objeto como tal no está presente. En este caso, el ejercicio es con el lenguaje, para la cual se requiere pulcritud conceptual y teórica (García, 2015, p. 23). Los documentos han sido seleccionados siguiendo el criterio de relevancia y comprenden textos políticos y jurídicos, artículos de prensa, informes, sistematizaciones, normas y sentencias pertinentes para el cumplimiento del objetivo general. Finalmente, la investigación es interpretativa en el sentido hermenéutico planteado por Gadamer (2012). Este enfoque se refleja en el diseño de la investigación (Ver Figura 1.). Es abierto, emergente y atravesado de principio a fin por la *hermenéutica* entendida como *comprensión* (Gadamer, 2012).

Por tratarse de una investigación documental no hay participantes, o para expresarlo de manera más precisa la conversación hermenéutica se realiza entre la investigadora y los documentos que dan cuenta del objeto de investigación. Para ello ha sido construida una matriz de análisis documental (Anexo 1.) en la que se incorporan las preguntas que se

formulan a los documentos para cumplir los objetivos específicos del trabajo. La claridad, pertinencia, ubicación y suficiencia de las preguntas formuladas a los documentos seleccionados, producidos por los diseñadores de la JEP en el lapso comprendido entre agosto de 2012 y junio de 2018, fueron sometidas a validación de contenido por expertos (Anexos 2 y 3).

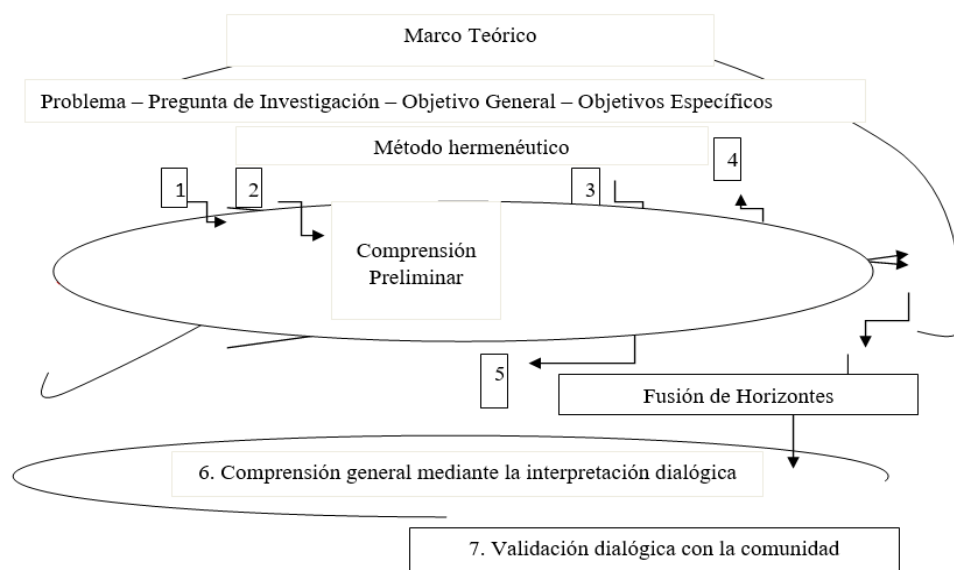


Figura 1. Diseño de Investigación.

El procedimiento está conformado por las siguientes etapas o pasos. Ellos corresponden con la misma numeración insertada en la Figura 1. que representa el Diseño de la Investigación:

1. Construcción de categorías de análisis. Construcción de la matriz documental y de las definiciones operacionales. (ver Anexo 1.)
2. Muestreo teórico, selección gradual de documentos, criterio relevancia. (ver Anexo 1.)
3. Interpretación diacrónica de las unidades de análisis en función de las categorías de análisis y las definiciones operativas, para identificar las transformaciones del diseño en el tiempo utilizando como guía la matriz de análisis documental. Aquí se formulan preguntas a los documentos seleccionados. Dichas preguntas parciales están orientadas a resolver la pregunta general de investigación. El contenido de las preguntas que permiten el diálogo

entre la investigadora y los textos fue sometido a validación por los expertos Alexander Montoya Doctor en Historia de El Colegio de México (ver Anexo 2.) y Alexander Castillo Garcés, Magister en Políticas Públicas de la Universidad del Valle (ver Anexo 3). Valoración del proceso de diseño de la JEP en función de las categorías de análisis y el contexto.

4. Comprensión de los elementos subjetivo, material y formal de la Jurisdicción Especial para la Paz y valoración de su diseño en función de las categorías de análisis y del contexto.

5. Comprensión de la manera como el diseño de la JEP repercute en la realización de la justicia desde los enfoques seleccionados.

6. Comprensión general y reflexión de apertura a futuras investigaciones.

7. Validación dialógica con la comunidad académica.

En lo que tiene que ver con el tipo de muestra y criterio de inclusión se privilegia una estrategia gradual de muestreo, (Flick, 2007) teniendo en cuenta la relevancia de los documentos (políticos, jurídicos o contentivos de decisiones militares). La relevancia se entiende como pertinencia en relación con el objeto de investigación, por ello fueron seleccionados los documentos que dan cuenta de las decisiones de los diferentes agentes sobre el diseño de la Jurisdicción Especial para la Paz o sobre aspectos que incidieron directamente en dicho diseño y que fueron transformándolo en el devenir dinámico de su construcción. El carácter abierto y emergente del diseño justifica la inclusión en el transcurso de la investigación de autores que no fueron seleccionados en la matriz documental inicialmente. Es el caso de Mill (2017), Amartya Sen (2010) o Druckman y Wagner (2015). Igualmente fueron descartados algunos documentos inicialmente seleccionados por las limitaciones de tiempo para culminar el trabajo de investigación, sin afectar el universo de documentos relevantes para el cumplimiento de los objetivos.

En el paso a paso del procedimiento ya descrito se establece que el método de investigación es la hermenéutica tal como la entiende Gadamer (2012). Los instrumentos

utilizados para la organización del trabajo interpretativo fueron la matriz de análisis documental, los cuadros comparativos, diagramas de flujo, paralelos y representaciones gráficas de la estructura, los procesos y procedimientos que se surten en y ante la Jurisdicción Especial para la paz. En la matriz de análisis (Anexo 1.) fueron identificados los documentos constitutivos de la muestra para cada uno de los objetivos específicos de la investigación. Frente a cada uno de ellos fueron construidas las preguntas encaminadas a relacionar su contenido con las categorías de análisis y con las definiciones operacionales para realizar una interpretación dialógica que permitiera formular las proposiciones que dan cuenta de la manera como repercute el diseño de la Jurisdicción para la Paz en la realización de la Justicia entendida ésta en un sentido amplio referida a los intereses de la sociedad y de todos los agentes que participan en las actuaciones ante la jurisdicción especial y en un sentido más preciso referida a los derechos de las víctimas del conflicto armado interno.

Finalmente algunas consideraciones éticas. Un primer interrogante ético tiene que ver con la pertinencia del problema y del objetivo general de la investigación. El Estado colombiano y las FARC-EP acordaron diferentes medidas para hacer una transición que de alguna manera es sensible a los horrores del pasado y al mismo tiempo pretende construir las bases para una reconciliación significativa en el futuro. Este trabajo de investigación pretende contribuir desde la academia al estudio de unos de los mecanismos acordados para lograr la reconciliación, identificando su potencialidad para la realización de la justicia en un sentido que incluye los derechos de las víctimas, pero que incluye también el interés fundamental de vivir en armonía. Desde este punto de vista se puede afirmar que el trabajo es éticamente valioso.

Desde el punto de vista del método, uno de los retos más difíciles ha sido asumir de manera reflexiva los propios prejuicios o ideas intuitivas sobre el problema, y estar dispuesta a la conversación hermenéutica con lo que los textos dicen. La misma selección de los

documentos plantea problemas éticos, porque deben ser incluidos todos aquellos que sean relevantes, es decir, pertinentes para los objetivos de la investigación, y deben ser excluidos aquellos que sean adjetivos o irrelevantes para ése fin. Consciente de todas estas dificultades el trabajo fue adelantado con el ánimo de interpelar con genuina honestidad los documentos seleccionados, de escuchar su voz con la mejor disposición para dialogar con ellos y hacer una interpretación plausible del diseño de la Jurisdicción Especial para la paz y sus repercusiones en la Justicia, en el entendido que la comprensión de la investigadora está ligada a materiales del pasado que le dan forma al presente y que el presente será interpretado de diversas maneras en el futuro.

Capítulo 2: Marco Teórico

Las categorías conceptuales que conforman el marco teórico de la investigación son: diseño institucional, justicia y justicia transicional.

2.1 Diseño Institucional

Dos autores del nuevo institucionalismo contribuyen a la construcción del marco teórico de éste trabajo de investigación. De una parte Goodin (2003) desde una aproximación en la que lo empírico y lo normativo no se excluyen sino que se complementan, y de otra parte Pettit (2003), quien analiza las implicaciones de la teoría de la elección racional en el diseño institucional. Estas aproximaciones serán claves para hacer un juicio de valor sobre el diseño de la Jurisdicción Especial para la Paz y para interpretar algunas decisiones de los diseñadores en torno al abanico de sanciones que puede imponer el Tribunal de Paz, elemento central de esa jurisdicción.

2.1.1 *Las instituciones y su diseño. Robert Goodin.*

Según Goodin (2003), las instituciones y su estudio han sido relevantes para diferentes disciplinas sociales (la historia, la sociología, la economía y la ciencia política), pero el enfoque ha variado en el transcurso del tiempo. El *institucionalismo clásico* oscila entre versiones centradas en los *agentes* y versiones centradas en las *estructuras*. El *nuevo institucionalismo* tiene una pretensión integradora de esos dos aspectos: estructura y agencia. Reconoce la necesidad de combinar la *agencia* y la *estructura* para una explicación plausiblemente completa de los resultados sociales, tanto en la teoría social empírica o descriptiva como en la normativa o prescriptiva.

Para Goodin (2003), el nuevo institucionalismo constituye un recordatorio de las distintas posiciones contextuales dentro de las cuales se sitúa la acción social, cuyas proposiciones principales son: los *agentes individuales* y los *grupos* persiguen sus respectivos proyectos en

un *contexto* que se encuentra *colectivamente restringido*; tales *restricciones* toman la forma de *instituciones*: patrones organizados de *normas* y *papeles socialmente contruidos* así como *conductas socialmente prescritas* que se esperan de quienes desempeñan tales papeles, los cuales son creados y recreados con el correr del tiempo; por estrictas que sean, *esas restricciones* resultan, sin embargo, *ventajosas* en otros diversos aspectos para los *individuos* y los *grupos* en lo que hace a la *consecución de sus propios proyectos más particulares*. Ello es así porque según este autor los mismos *factores contextuales que restringen las acciones del individuo y del grupo moldean también los deseos, preferencias y motivaciones de esos mismos agentes individuales y grupales*. De otra parte, tales *restricciones* tienen, distintivamente, *raíces históricas*, entendidas como *artefactos residuales de las acciones y elecciones del pasado* y encarnan, *preservan e imparten recursos de poder diferenciales* con respecto a los distintos individuos y grupos. En conclusión, el contexto restringe y moldea la *acción individual y grupal*, pero es ella la que *constituye la fuerza motriz* que guía la vida social.

Para este autor, y desde una perspectiva que sería generalmente aceptada por los institucionalistas en sus diferentes versiones, una institución social es “un fenómeno social”, “un patrón de conducta recurrente, valioso y estable” (Goodin, 2003, p. 37). El institucionalismo ha sido caracterizado como “el proceso a través del cual organizaciones y procedimientos adquieren valor y estabilidad” (Goodin, 2003, p. 38). Dentro de un contexto institucionalizado la conducta es más estable y predecible. Señala este autor que la estabilidad y la predictibilidad representan la razón por la que son valorados los patrones institucionalizados y lo que resulta valioso de ellos. “El mecanismo crucial por medio del cual tiene lugar este contexto es el sistema de “reglas fijadas”, dentro del cual resulta cada vez más oneroso cambiar las reglas de cada nivel sucesivo de la jerarquía” (Goodin, 2003, p. 39). Un rasgo central que define la “institucionalización” en todas estas esferas, es la

naturaleza estable, recurrente, repetitiva y pautada de la conducta que tiene lugar dentro de las instituciones y a causa de éstas.

A juicio de Goodin (2003) existen tres maneras básicas en las que las instituciones sociales pueden surgir y transformarse en el transcurso del tiempo: por accidente, por evolución o como producto de una intervención intencional. En el primer caso, en clave postmodernista, se trata de una cuestión puramente de contingencia.

En el segundo caso, mecanismos de selección, habitualmente de naturaleza competitiva, determinan la supervivencia de variedades particulares. Las variedades que efectivamente sobreviven durante un periodo prolongado de tiempo pueden, por lo tanto, considerarse como “mejor adaptadas” a sus respectivos medios ambientes que las que no lo logran.

En el tercer caso, el cambio social puede ser un producto de la intervención intencional. Es decir, el cambio puede ser efecto de una intervención deliberada por parte de agentes dotados de intención en búsqueda de un objetivo. Tales agentes pueden ser individuos aislados o grupos organizados.

Las transformaciones que se derivan de sus intervenciones intencionales pueden o no ser exactamente lo que se proponía uno, o un conjunto, de ellos. Los cambios pueden beneficiarlos a todos o a ninguno de los agentes dotados de intención. Incluso si el resultado no estaba previsto por ninguno, la lógica explicativa fundamental sigue siendo básicamente intencional en su forma, en la medida en que la historia sigue narrándose esencialmente en términos de intenciones e interacciones entre estas (Goodin 2003).

Todo caso real de cambio institucional involucra, casi seguramente, una combinación de estos tres elementos, pero resulta natural suponer que solo se debería hablar en términos de diseño institucional en los casos en los que la intencionalidad cumple un papel central para las instituciones involucradas. (Goodin 2003, pp. 44 - 45).

Según Goodin (2003), el alcance de la explicación intencional no debe interpretarse de manera estrecha.

Las instituciones son a menudo el resultado de actividades intencionales que se descaminan: subproductos imprevistos derivados de ciertas acciones intencionales que se superponen entre sí, de intenciones mal dirigidas o simplemente de un error. Para explicar cómo se llega a tales resultados, es necesario hacer referencia esencialmente a las intenciones, y a las interacciones entre ellas. La explicación continúa siendo intencional en la forma, aunque el resultado no lo sea. Una institución puede, así, ser efecto de la acción intencional sin ser literalmente el producto deliberado de la acción de alguien. El mito del diseñador dotado de intención y aún más el mito del diseño intencional, debe evitarse cuidadosamente en las teorías del diseño institucional. Normalmente no existe un único diseño ni un único diseñador (p. 45-46).

Simplemente, dice Goodin (2003),

Se trata de una gran cantidad de intentos localizados de diseño parcial que se superponen entre sí, y cualquier esquematización racional del diseño debe tener en cuenta este hecho. Por ello, no deberíamos centrarnos exclusivamente en el diseño de las instituciones, sino concentrarnos en el diseño de planes para la construcción de instituciones, los cuales deberán tener en cuenta la multiplicidad de diseñadores y la naturaleza inevitablemente mezclada de sus intervenciones intencionales en el proceso de diseño. (p.46).

Este autor recomienda entonces no caer en el mito del “creacionismo”. La teoría del surgimiento y transformación de las instituciones a partir de las intenciones, no significa que se hable de una “*construcción “de novo”*”. Para Goodin (2003) “los diseñadores sociales

trabajan siempre con materiales heredados del pasado y, en cierta medida, moldeados de manera inalterable por este” (p. 47).

Para Goodin (2003) “el diseño consiste en la creación de una forma de promover resultados valiosos en un contexto en particular que sirva de base para la acción” (p. 49). El concepto de diseño es relevante en disciplinas como la estética, la ingeniería, la arquitectura, el diseño gráfico, o planeamiento inmobiliario. No es abundante la literatura específica sobre “diseño institucional” para las ciencias sociales. El autor reseña el surgimiento de debates de interés acerca de la problemática del diseño dentro de la literatura sobre ciencias sociales relacionada. Estos argumentos se ocupan del diseño de políticas, diseño de mecanismos, y diseño de sistemas. Por ejemplo, en el caso de un sistema integral, estar bien diseñado significa que todas las piezas se ajustan correctamente en un todo armónico: están bien integradas, están en equilibrio.

Según Goodin (2003), las teorías del diseño óptimo, -ya sea de políticas, de mecanismos, de sistemas o de instituciones- resultan al mismo tiempo *empíricas y normativas, descriptivas y prescriptivas*.

Una forma de entender esta vinculación entre los aspectos prescriptivos y los descriptivos de la teoría del diseño consiste en afirmar, que lo normativo promueve un mejor diseño en el plano empírico. Para el autor, el mejor análisis de cualquier vinculación necesaria entre los aspectos descriptivos y prescriptivos de las teorías del diseño óptimo se ubica en las intenciones de los agentes sociales. Lo que estas teorías intentan es asignar a los agentes sociales razones poderosas para moldear las instituciones de determinadas maneras y no de otras. En la medida en que estén convencidos de tales argumentos y se sientan movidos por tales razones, esos agentes sociales intentarán poner en práctica esas prescripciones. “En la medida en la que tengan éxito, las instituciones moldeadas por sus acciones terminarán por tener cierto peso en las teorías del diseño óptimo”. (Goodin, 2003, p.p.53 - 55).

Para Goodin (2003), diversos principios de diseño pueden ofrecer una guía útil para el diseño y rediseño de instituciones sociales. Él dice que

El concepto fundamental del diseño se refiere a la *justa correspondencia del objeto diseñado con su entorno*. Esta definición brinda un criterio “*interno*” sobre lo que significa que el diseño sea bueno. Un objeto bien diseñado es aquél que se corresponde ajustadamente con su entorno. Una institución bien diseñada, en particular, sería aquella que resulte tanto *coherente en lo interno* como, *externamente, en armonía con el resto del orden social* en el cual se inserta (Goodin, 2003, p. 56).

El criterio interno del buen diseño, por central que resulte con respecto al concepto mismo del diseño, debe verse complementado y evaluado frente a criterios de evaluación “*externos*” más generales. Desde un punto de vista colectivo e institucional, al igual que desde un punto de vista moral individual, es posible que existan razones externas al igual que internas para la acción. Una lectura del criterio de *justa correspondencia acerca del buen diseño lo equipara con la “armonía”, con la “promoción de un funcionamiento sin tropiezo”* del objeto diseñado y del sistema más amplio en el que está inserto. Ésta forma de entender el buen diseño se asemeja al concepto de justicia como virtud de Platón en la República (2000). El criterio externo está dado por *principios normativos* que dan cuenta de la armonía del diseño con su entorno social más amplio. Para el autor, esos principios son: el principio de revisión, el principio de solidez, el principio de sensibilidad a la complejidad motivacional, el principio de publicidad y el principio de variabilidad. Estos *principios* toman en cuenta la falibilidad humana y la naturaleza cambiante de la sociedad, al mismo tiempo, la idea de compromiso y estabilidad, la atención a las intenciones de los diseñadores y la importancia de que éstas se discutan públicamente. Finalmente, toman en cuenta la necesidad de experimentar con estructuras diferentes en lugares distintos, y reflexionar sobre las lecciones aprendidas. Cada

uno de estos principios se ha traducido en definiciones operacionales más concretas en el diseño metodológico de la investigación.

2.1.2 *El diseño institucional y la elección racional. Philip Pettit.*

Pettit (2003) por su parte,

Incluye en el campo del diseño institucional estructuras formales (constitucionales para la organización del parlamento o de los tribunales), pero también acuerdos que coordinan la conducta de los individuos dentro de la sociedad. Tales acuerdos, según este autor, incluyen procedimientos establecidos constitucional o legalmente, pero también abarcan cuestiones que están apenas sujetas a normas y convenciones conscientes o que están fijadas únicamente por presiones y perspectivas tácitas o registradas acaso ocasionalmente. (p.76).

De igual forma, Pettit (2003) considera pertinente la aplicación al diseño institucional de ciertos supuestos de la teoría de la elección racional planteados por Michael Taylor y Harsanyi (citados por Pettit, 2003) : la conducta de los individuos dentro de la sociedad es sensible a las oportunidades e incentivos disponibles por efecto de su situación social al igual que a otros factores como valores, representaciones y modalidades discursivas heredadas de su trasfondo social; dichas oportunidades e incentivos pueden ser modificados de manera tal que se produzca una variación en la conducta agregada de los individuos y existen criterios de evaluación de aceptación relativamente amplia para determinar que ciertos patrones agregados de conducta resultan más deseables que otros y que por consiguiente puede resultar atractivo promoverlos.

Los instrumentos más obvios para modificar las oportunidades e incentivos de los agentes individuales y por consiguiente su conducta agregada son para Pettit (2003) las sanciones en

sentido amplio. Según éste autor ellas operan sobre el conjunto de acciones que tiene un agente haciendo que algunas de ellas resulten más o menos atractivas de lo que serían de no existir tales sanciones. Las sanciones pueden adoptar la forma positiva o la negativa, como recompensas o como penas. La sanción positiva recompensa al agente por elegir de manera adecuada; la negativa lo castiga por hacerlo incorrectamente. En este sentido, las sanciones pueden servir para reforzar una determinada conducta, incluso aunque no contribuyan a producirla (Pettit, 2003).

Para Pettit (2003), el diseñador institucional cuenta con un segundo tipo de control que no está tan ampliamente reconocido. Se trata del filtro o la selección. Los filtros operan sobre el conjunto de agentes u opciones. Su propósito es asegurar que determinados agentes puedan realizar determinadas elecciones, y no otras, o que en una determinada elección estén disponibles algunas opciones y no otras. En otras palabras, están diseñados para influir sobre las oportunidades y no sobre los incentivos. Los filtros pueden ser positivos o negativos de la misma manera que las sanciones. Pueden eliminar determinados agentes u opciones o bien incluir nuevos agentes u opciones, lo cual es quizá más sorprendente. Pueden otorgar poder a individuos que previamente no estaban involucrados en la situación en cuestión, dándoles una oportunidad para actuar que no tenían anteriormente, o bien pueden otorgar poder a individuos que ya se encontraban involucrados, ofreciéndoles una opción nueva en su lista de alternativas.

Ahora bien, “en el caso del diseño institucional ideal, los filtros que operan sobre los individuos tienen el efecto de atraer hacia determinadas tareas a aquellos individuos que tienen más probabilidades de conducirse de una manera que resulta socialmente valiosa” (Pettit, 2003, p. 80).

Por lo tanto, los filtros pueden aplicarse tanto sobre las opciones como sobre los agentes, incluyéndolos o excluyéndolos de la lista de alternativas disponibles. Es de esperar que

encontremos este tipo de mecanismo de filtro cuando la disponibilidad de una opción depende del acceso a determinados recursos, sociales o físicos, determinados por factores que se encuentran bajo el control del diseñador institucional (Pettit, 2003).

De igual forma, Pettit (2003) expresa que la teoría de la elección racional infiere un sentido racional de la conducta de las personas. La elección de un agente es racional siempre que promueva la satisfacción de sus deseos mejor que cualquiera de las alternativas, según su manera de ver las cosas. Es decir, solo en tanto satisfaga sus deseos de acuerdo con sus creencias. En segundo lugar que lo hace por referencia al interés egoísta; en tercer lugar que el interés egoísta invocado puede ser un interés en el beneficio económico o en la aceptación social (Pettit, 2003).

Ahora bien, la estrategia centrada en la desviación, parte de la idea de que, dado que el interés egoísta desvía a los individuos -al menos a algunos de ellos- de la conducta de cumplimiento, es necesario realizar intervenciones institucionales que aseguren que para tales individuos el cumplimiento se convierta, por el contrario, en la opción dictada por su interés egoísta. Debemos aumentar su motivación para cumplir, mejorando las recompensas que inducen al cumplimiento. ...el diseño institucional debería guiarse por el objetivo de establecer motivadores que logren que un número creciente de individuos potencialmente incumplidores, se mantengan en la senda deseada. Por otra parte, la estrategia orientada a los canallas, consistiría en establecer sanciones que aseguren, como mínimo que si tal individuo es culpable de una desviación, la sanción será suficiente para que se arrepienta de haberla cometido (Pettit, 2003).

La estrategia centrada en la desviación plantea dos problemas: uno de ellos es que tiende a socavar el cumplimiento espontáneo y el otro es que exagera el problema de controlar a los guardianes, de defenderse de los defensores (Pettit, 2003).

La estrategia centrada en el cumplimiento, se guía por la necesidad de tratar a una clase de individuos más habitual. Alguien que delibera de una manera no egocéntrica en la mayoría de los contextos y que sólo se centra en su interés egoísta de una manera asociada con la presencia virtual de ese interés. Para Pettit (2003) esta estrategia puede ser explicada a partir de tres principios. El principio según el cual antes que imponer sanciones hay que establecer filtros, el principio según el cual las sanciones deberían ser deliberadamente alentadoras, y el principio según el cual se deberían establecer sanciones estructurales para lidiar con los que él denomina “ocasionales canallas”.

Primer principio. El filtro antes de la sanción. a) Mecanismos de filtro centrados en los agentes. La estrategia puede consistir en filtrar la población de agentes pertinente eliminando o incluyendo a determinados individuos de un marco dado, de tal manera que, en general aquellos involucrados no estén movidos deliberativamente por el interés egoísta, sino inclinados a deliberar acerca de sus opciones en la moneda que resulte contextualmente adecuada a la elección en cuestión. Entonces resulta posible asegurar el grado deseado de cumplimiento sin recurrir a sanciones severas y peligrosas. b) Mecanismos de filtro centrados en las opciones. Otra estrategia consiste en eliminar las opciones perjudiciales de la lista de alternativas disponibles o, lo que resultaría más atractivo, si pueden incorporarse a la lista las opciones adecuadas, entonces es posible inducir a los individuos a que actúen adecuadamente sin la intervención de tales sanciones (Pettit, 2003).

Segundo principio. Sancionar pero de una manera deliberativamente alentadora. Son aquellas sanciones que tienden a reforzar el tipo de hábitos deliberativos que constituyen o producen la conducta deseada. Aunque determinados agentes estén dispuestos a deliberar de una manera que genere la conducta deseada de manera confiable, en cierto contexto, la ausencia de sanciones que castiguen la conducta contraria, pueden desviarlos de la buena senda (Pettit, 2003).

De otra parte, aunque la ausencia de sanciones no lleve al agente a considerar si debería promover su propio interés egoísta a través de la desviación, puede llevarlo a preguntarse si los demás continuarán cumpliendo su parte.

Además, las sanciones deberían ser de tal tipo que busquen hacer comprender a las personas la vergüenza del crimen, induciéndolas a tener, no solo las disposiciones conductistas, sino también los hábitos deliberativos de los ciudadanos virtuosos (Pettit, 2003).

Tercer principio. Sanciones estructurales para lidiar con los ocasionales canallas. Las sanciones, en especial las penas, pueden diseñarse dentro de una escala progresiva. En el nivel más bajo encontramos las sanciones que se aplican a todos y que alientan idealmente la deliberación. Si las sanciones de ese nivel resultan incapaces de mantener a alguien en la senda correcta –si se descubre que la persona incumple la reglamentación pertinente y demuestra ser, en cierto sentido, un canalla- se recurre a sanciones de un nivel superior, más estricto. El proceso puede continuar en diversos ciclos, avanzando en la jerarquía hacia lo que Breithwaite (citado por Pettit, 2003), describe como el “*gran garrote*”.

Hemos visto que dentro de la estrategia del diseño institucional que se centra en el cumplimiento, la teoría de la elección racional recomendaría que se investiguen las opciones de filtro antes que las posibilidades de sanción y que, en la medida de lo posible, las intervenciones de sanción deberían alentar la deliberación adecuada (Pettit, 2003). Esta estrategia centrada en el cumplimiento, permite la concentración de la atención en los individuos comunes, y tener una conciencia clara de las medidas para tratar con marginales, de tendencias canallescadas (Pettit, 2003).

2.2 Justicia

La expresión “justicia”, como suele ocurrir con cualquier expresión referida a cualquier fenómeno social, no tiene un sentido unívoco. El universo de teorías de la justicia construidas

desde la antigüedad es inconmensurable. Los enfoques de aproximación conceptual de Mill (2017), Rawls (2003) y Sen (2010) servirán de referencia para responder la pregunta de investigación en éste trabajo.

2.2.1 *Justicia y utilidad. John Stuart Mill*

Stuart Mill (2017) pretende determinar cuál es el carácter distintivo de la justicia y de la injusticia, cuál es la cualidad, o si existe alguna cualidad, atribuida en común a todas las formas de conducta denominadas injustas, ya que para Mill (2017), la justicia, al igual que muchos de los atributos morales, resulta mejor definida por su opuesto. En este sentido Mill (2017) considera inicialmente los diversos modos de actuación que se suelen calificar como justos o injustos. En primer lugar, considera justo respetar e injusto violar los derechos legales (jurídicos) de una persona. En segundo lugar se puede considerar que es justo respetar los derechos morales e injusto violarlos. Desde esta perspectiva una ley puede ser jurídicamente válida pero moralmente injusta, por lo que no existiría el deber de obedecerla. De esto se concluye que la ley no puede ser el último criterio de justicia, ella puede conceder beneficios a unos y causar perjuicios a otros, lo cual es condenado por la justicia. Se considera en este caso que las leyes injustas violan los derechos morales de las personas. La injusticia en este sentido consiste en privar a una persona o de negarle sus derechos morales (Mill, 2017). En tercer lugar, afirma Mill (2017) que se considera universalmente justo que una persona reciba aquello que (sea bueno o malo) se merece, e injusto que reciba o sufra un mal, inmerecido. Si el criterio de justicia es el mérito, en términos generales, se entiende que “una persona merece el bien si obra correctamente y merece el mal si obra incorrectamente. En un sentido más particular, se entiende que merece recibir bien de aquellos a quienes hace o ha hecho bien, y mal de aquellos a quienes hace o ha hecho mal. El precepto de devolver bien por mal, no ha sido considerado por Mill (2017) como “un caso de cumplimiento de justicia, sino un caso en el que las pretensiones de la justicia son rechazadas en atención a

otras consideraciones” (p. 132). En cuarto lugar, según Mill (2017) resulta injusto *faltar a la palabra dada*, violar un compromiso explícito o implícito, no satisfacer las expectativas creadas por nuestra propia conducta consciente y voluntariamente. Esta obligación derivada de la justicia no es considerada por Mill (2017) como absoluta, sino susceptible de ser sobrepasada por una obligación de justicia más fuerte, o por una conducta tal de la persona afectada que se considera que nos libera de nuestra obligación respecto a ella.

En quinto lugar, señala Mill (2017), no se aviene con la justicia, según se admite universalmente, el ser *parcial*, el mostrar favoritismo o preferencia a una persona en detrimento de otra en cuestiones en las que el favoritismo y la preferencia no tienen propiamente cabida. La imparcialidad sin embargo, no parece ser considerada como un deber en sí misma, sino más bien como un instrumento para algún otro deber, ya que se admite que el favoritismo y la preferencia no son siempre censurables (por ejemplo en relación con la prioridad que se confiera a la familia, o la preferencia al buscar un amigo, conocido o compañero). La imparcialidad es, por supuesto, obligatoria en cuestiones relativas a los derechos, pero se espera también en las obligaciones más generales de dar a cada uno lo que le es debido en función del mérito, o por consideraciones de interés público (Mill, 2017).

En este sentido, Mill (2017) expresa que

La imparcialidad, en suma, como una obligación debida a la justicia, puede significar que influyan en nosotros únicamente las consideraciones que se supone debieran influir en el caso particular que tratemos, resistiéndonos a dejarnos condicionar por motivos distintos que promuevan conductas distintas de las que tales consideraciones requerirían. (p. 134).

Por consiguiente, para Mill (2017) íntimamente asociada con la idea de imparcialidad está la de igualdad pero la igualdad admite múltiples acepciones. Para Mill (2017) “el derecho de

una persona, correlativo a una obligación moral, constituye la diferencia específica entre la justicia y la generosidad o la beneficencia” (p. 141).

Además, Mill (2017) dice que

Hay injusticia si se causa un perjuicio y existe una persona determinada que resulta perjudicada y la justicia implica que sea no sólo correcto hacer algo, e incorrecto no hacerlo, sino que tal acción nos pueda ser exigida por alguna persona individual por tratarse de un derecho moral suyo. (p.141).

Estos son entonces los elementos distintivos para Mill (2017) de la idea de justicia. En cuanto al sentimiento que acompaña dicha idea Mill (2017) considera que este se origina en consideraciones relativas a la conveniencia general. El impulso de autodefensa y el sentimiento de simpatía por los otros seres humanos son los que generan el deseo de castigo a quien ha causado un daño. Ello es así porque para dicho autor cualquier conducta que amenace la seguridad de la sociedad, en general es considerada como una amenaza para cada cual. Ese sentimiento se moraliza mediante la incorporación de un sentimiento social, y solo actúa en el sentido que viene determinado por el bien general, de tal modo que las personas justas rechazan los daños causados a la sociedad, aun cuando ellas no resulten en modo alguno lesionadas directamente. Desde la perspectiva de la utilidad, el sentimiento que reclama justicia entendida como castigo para quienes hacen mal, deriva su intensidad y su justificación moral del interés de la seguridad, experimentado por todos como el interés más vital para lograr la inmunidad al daño (Mill, 2017).

En materia penal, en los casos en los que se acepta la imposición del castigo aparecen diversas concepciones de justicia que difieren con relación a la determinación del tipo de castigo adecuado a los delincuentes. Por ello

Para muchos, la medida de la justicia en la imposición de la pena viene determinada por la proporción entre el castigo y la ofensa, sin tomar en cuenta

consideraciones relativas a qué proporción del castigo es necesaria para disuadir al criminal. Por el contrario, hay otros para los que este tipo de consideraciones son definitivas, manteniendo que no es justo infligir a cualquier ser humano, cualesquiera que sean sus crímenes, mayor sufrimiento del que sea suficiente para evitar que reincidan y que los demás imiten su mala conducta. (Mill, 2017, p. 154).

En este sentido, se puede decir que cuando se habla de justicia, esta hace alusión a “el nombre de cierta clase de reglas morales que se refieren a las condiciones esenciales del bienestar humano de forma más directa y son, por consiguiente, más absolutamente obligatorias que ningún otro tipo de reglas que orienten nuestra vida” (Mill, 2017, p. 158). La idea que constituye la esencia de la justicia pasa por la prohibición de que unos causen daño a otros. Esta regla es vital para el bienestar humano y constituye para Mill (2017) el elemento peculiar que determina la totalidad de los sentimientos sociales de la humanidad. Es mediante su observación, también, como se mantiene la paz entre los seres humanos. El que una persona observe este tipo de obligación moral es lo que prueba y decide sus cualidades para vivir con sus semejantes, ya que de ello depende el que sea o no una molestia para aquellos con los que se relaciona. Por lo demás

Son estas moralidades las que determinan primordialmente las obligaciones derivadas de la justicia. Así, los casos más señalados de injusticia que producen la sensación de repugnancia característica de este sentimiento, son actos de agresión indebida, o el ejercicio indebido del poder sobre el otro. Les siguen a continuación los que se refieren a la privación indebida a alguien de algo que es acreedor, infligiéndosele en ambos casos un perjuicio positivo, ya bien en forma de sufrimiento directo, o de privación de algún bien, habiendo

fundamento razonable, ya de tipo físico o social, para contar con él. (Mill, 2017, p. 160).

De igual forma, Mill (2017) considera que

Los mismos motivos poderosos que obligan a observar estas moralidades primordiales recomiendan el castigo de aquellos que las violan. Dado que se despiertan contra estas personas los impulsos de autodefensa y defensa de los demás, así como los de venganza, la retribución, el mal por mal, se conectan íntimamente con el sentimiento de justicia y se incluyen universalmente en tal idea. (p.160).

Por lo tanto, los tribunales de justicia tienen la doble misión de imponer castigos cuando son merecidos y de reconocer los derechos de cada cual. La primera de las virtudes judiciales, la imparcialidad, es una obligación de justicia para el cumplimiento de otras obligaciones de la justicia y es el corolario de los principios que a juicio de Mill (2017) son constitutivos de la justicia. El primer principio de la moral para dicho autor está implicado en el propio significado de la utilidad, o principio de la mayor felicidad entendiendo que la igualdad de una persona cuenta tanto como la de otra cualquiera (Mill, 2017). Además el derecho igual de todos a la felicidad, implica un igual derecho a todos los medios conducentes a la felicidad con los límites que imponen las condiciones de la vida humana y el interés general (Mill, 2017), por lo cual este autor considera que la máxima o el derecho de igualdad de trato admite excepciones determinadas por la conveniencia social.

En fin, para Mill (2017) la justicia

Es el nombre de determinados requisitos morales que, considerados colectivamente, tienen un valor más alto en la escala de la utilidad social y son por consiguiente, de una obligatoriedad más perentoria que ningunos otros, aun cuando se den casos particulares en los que algún otro deber social tan

importante como para estar por encima de cualquiera de las máximas generales de justicia. (p. 166).

Señala Mill (2017) entonces que “no es que la justicia deba ser suplantada por algún otro principio moral, sino que aquello que es justo en los casos ordinarios es, en virtud de algún otro principio, injusto en el caso en cuestión” (p. 166).

2.2.2 *Justicia como Equidad. John Rawls.*

La *Justicia*, como una entre muchas virtudes de las instituciones sociales, se entiende como *Equidad*. Y la *Equidad* consiste en la eliminación de distinciones arbitrarias y el establecimiento, dentro de la estructura de una práctica, de un apropiado equilibrio entre pretensiones conflictivas o intereses rivales que a juicio de cada cual, deben ser tomados en consideración (Rawls, 2003). A partir de este presupuesto de *imparcialidad*, la justicia se construye sobre los principios de libertad, igualdad e incentivos o recompensas por servicios que contribuyan al bien común (Rawls, 2003).

Rawls (2003) enuncia estos principios de la siguiente manera:

Primero, cada persona que participa en una práctica, o que se ve afectada por ella, tiene un igual derecho a la más amplia libertad compatible con una similar libertad para todos; y segundo, las desigualdades son arbitrarias, a no ser que pueda razonablemente esperarse que redundarán en provecho de todos, y siempre que las posiciones y cargos a los que están adscritas, o desde los que pueden conseguirse, sean accesibles a todos. (p. 131).

Rawls (2003) construye su teoría a partir de ciertas premisas de talante utilitarista a partir de las cuales surge el compromiso de aceptación de los principios antes enunciados. Ellas son: que las personas son mutuamente autointeresadas, que son racionales y que tienen necesidades e intereses más o menos semejantes o complementarios en formas diversas y

suficientemente iguales en poder y aptitudes como para garantizar que en circunstancias normales ninguna será capaz de dominar a las otras.

Ésta concepción de la justicia pone de relieve su carácter moral porque de una parte, se impone sobre agentes mutuamente auto interesados que se encuentran en circunstancias similares, y por otra parte subraya un concepto fundamental que es la equidad (*fairness*) en relación con el debido trato entre personas que están cooperando o compitiendo unas con otras, como cuando se habla de juegos equitativos (*fair games*), competencia leal (*fair competition*) y acuerdos justos (*fair bargains*) (Rawls,2003). Por consiguiente, para Rawls (2003) la cuestión de la equidad

Surge cuando personas libres que carecen de autoridad las unas sobre las otras se embarcan en una actividad conjunta y establecen o reconocen entre ellas las reglas que definen esa actividad y que determinan las respectivas cuotas en los beneficios y cargas. Una práctica parecerá equitativa a las partes si ninguno siente que, por participar en ella, él o alguno de los demás está sacando ventaja, o está siendo forzado a ceder ante pretensiones que no considera legítimas. En este sentido, actuar de forma inicua (*unfair play*) para Rawls “no es tanto quebrantar alguna regla particular, incluso si la infracción es difícil de detectar (hacer trampa), cuanto sacar ventaja de subterfugios o ambigüedades contenidas en las reglas, aprovecharse de circunstancias especiales o inesperadas que hacen imposible hacerlas cumplir, insistir en que las reglas se hagan cumplir en beneficio propio cuando deberían dejarse en suspenso y, de forma más general, actuar contraviniendo la intención de una práctica. (p.145).

Según Rawls (2003) “se habla del sentido del juego limpio: actuar limpia o equitativamente (*fairly*) requiere más que el simple ser capaz de seguir reglas; uno diría que lo que es limpio o equitativo (*fair*) a menudo tiene que ser sentido o percibido” (p. 145).

El deber de juego limpio significa en casos concretos “una restricción del autointerés; llegado el caso, impone conductas por las que un egoísta racional estrictamente definido no se decidiría” (Rawls, 2003, p. 146). Dicho de otra manera, en situaciones particulares el deber de juego limpio puede implicar renunciar a ventajas particulares que normalmente podría haber tomado. (Rawls, 2003). Por lo tanto esta sería para Rawls (2003) la consecuencia del compromiso con los principios de la justicia pero también otra de la empatía o primitiva reacción natural de la compasión sobre la que descansan las diversas formas de la conducta moral en la que se manifiesta el reconocimiento de los otros como personas.

En fin, para Rawls (2003) una práctica es justa

Si está de acuerdo con los principios que razonablemente podría esperarse que todos los que participan en ella propondrían o reconocerían unos ante otros, si se encontraran en circunstancias similares y se les requiriera hacer un firme compromiso de antemano sin conocer cuál sería su condición peculiar, y, por tanto, cuando satisface criterios que las partes podrían aceptar como equitativos si se les presentara la ocasión de discutir sus pro y sus contras. Por lo que se refiere a los participantes, una vez que las personas se han embarcado a sabiendas en una práctica que reconocen como equitativa y aceptan los beneficios que de ello se derivan están vinculados por el deber de *juego limpio* a seguir sus reglas cuando les llega el turno, y esto implica una limitación de la persecución de su propio interés en casos particulares. (p. 148).

2.2.3 *Idea de la justicia. Amartya Sen.*

La teoría de Sen (2010) tiene como propósito esclarecer cómo mejorar la justicia y cómo superar la injusticia en lugar de ofrecer respuestas sobre la naturaleza de la justicia perfecta o

de sociedades perfectamente justas. Para Sen (2010) “no hay una sino distintas razones de justicia que deben ser sometidas a escrutinio imparcial que pueden conducir a priorizar algunas de ellas” (p.13). Finalmente, la presencia de justicia remediable puede tener relación con transgresiones del comportamiento de las personas y no necesariamente o al menos no únicamente con insuficiencias institucionales, por lo cual el empleo de una perspectiva comparada puede a su juicio contribuir al análisis de la justicia (Sen, 2010).

En todo caso, Sen (2010) confiere a las instituciones un rol esencial en la búsqueda de la justicia. Ellas pueden ser importantes a la hora de examinar valores y prioridades especialmente a través de las oportunidades de discusión pública. En su trabajo Sen (2010) evalúa la democracia desde el punto de vista de la razón pública, es decir, la democracia como gobierno por discusión promovida por Mill (2017) y más allá, “la democracia como capacidad de enriquecer el encuentro razonado a través del mejoramiento de la disponibilidad de información y la viabilidad de discusiones interactivas” (Sen, 2010, p. 17). Por ello, la democracia debe juzgarse “no solo por las instituciones formalmente existentes sino también por el punto hasta el cual pueden ser realmente escuchadas voces diferentes de sectores distintos del pueblo” (Sen, 2010, p. 17), que puede impulsar tanto la democracia global como la justicia global.

Sen (2010) reconoce en su trabajo la influencia de la tradición de la ilustración europea pero también de ideas procedentes de sociedades no occidentales en particular de la historia intelectual de la India. Un ejemplo de interés y relevancia es la distinción entre *niti* y *nyaya*, dos conceptos en la antigua filosofía jurídica india. *Niti*, explica Sen (2010), se refiere a la idoneidad de las instituciones, así como a la corrección del comportamiento, mientras que *nyaya* alude al mundo que realmente surge y a cómo surge, y en especial a las vidas que las personas son realmente capaces de vivir. *Nyaya* entraña un concepto comprensivo de la justicia realizada. La realización de la justicia como *nyaya* no es solo cuestión de juzgar las

instituciones y las reglas, sino también las sociedades mismas. Por ello para Sen (2010) una idea de justicia tiene en el contexto de la cultura de la India tiene que proveer a esas dos formas de entenderla.

La cultura europea provee a juicio de Sen (2010), un discurso dicotómico sobre la justicia. Uno de los enfoques, denominado por Sen (2010) “institucionalismo trascendental”, concentrado en identificar esquemas sociales perfectamente justos, es decir teorías de la justicia encargadas de caracterizar las “justas instituciones” (Hobbes, Locke, Rousseau, Kant, Rawls), y otra variedad de enfoques interesados en comparar las diferentes maneras en que las personas pueden orientar sus vidas, bajo la influencia de las instituciones, pero también en el comportamiento real de la gente, las interacciones sociales y otros factores determinantes (Adam Smith, el Marqués de Condorcet, Mary Wollstonecraft, Karl Marx, Jeremy Bentham, John Stuart Mill, líderes del pensamiento innovador en los siglos XVIII y XIX). Sen (2010) se inspira en gran medida en esta tradición europea alternativa, en particular la teoría de la elección social para tratar cuestiones relativas al mejoramiento de la justicia y a la abolición de la injusticia en el mundo.

El institucionalismo trascendental tiene para Sen (2010) dos características: en primer lugar, concentra su atención en lo que identifica como justicia perfecta, más que en comparaciones relativas de justicia e injusticia. La búsqueda se orienta hacia la identificación de la naturaleza de “lo justo” y no al hallazgo de algunos criterios para una opción “menos injusta” que otra (Sen, 2010). En segundo lugar al buscar la perfección, “se dedica de manera primaria a hacer justas las instituciones, por lo cual no se ocupa directamente de las sociedades reales” (Sen, 2010, p. 38).

2.2.3.1 Enfoques comparativos basados en realizaciones

Los enfoques comparativos antes mencionados, se ocuparon de las realizaciones sociales resultantes de las instituciones reales, el comportamiento real y otras influencias. Su preocupación era la eliminación de la injusticia manifiesta en el mundo que observaban (Sen, 2010).

Se revela en Sen (2010) la influencia de la tradición de la ilustración que confiere un lugar central a la razón pero que abre espacio a la relevancia de las emociones al evaluar la justicia y la injusticia en el mundo. En todo caso, para este autor, los prejuicios suelen cabalgar sobre el lomo de algún tipo de razonamiento, aunque sea débil o arbitrario. La sinrazón “no consiste en abandonar por completo el uso de la razón, sino más bien en confiar en razonamientos primitivos y defectuosos” (Sen, 2010, p.22). Es aquí donde se debe abrir un espacio para el encuentro razonado de manera abierta e imparcial para la búsqueda de la justicia, aún si existieran varias posiciones razonables distintas. Para Sen (2010) “la razón desempeña un papel central en la comprensión de la justicia incluso en un mundo que contiene mucha sinrazón” (p.23).

El importante papel que Sen (2010) concede al razonamiento guarda relación con la necesidad del razonamiento objetivo al pensar en cuestiones de justicia e injusticia. Para este autor, el razonamiento buscado al analizar los requisitos de la justicia incluye algunas exigencias básicas de imparcialidad que son parte integral de la idea de justicia e injusticia (Sen, 2010).

Sen (2010) plantea reparos al enfoque del institucionalismo trascendental. El primer problema que él denomina de *factibilidad* hace alusión a que “puede no haber consenso razonado incluso bajo estrictas condiciones de imparcialidad y escrutinio razonable sobre la naturaleza de la sociedad justa” (Sen, 2010, p. 41). Ello conduce a la pluralidad de principios rivales para la evaluación de la justicia. El segundo problema que Sen (2010) denomina de

redundancia hace alusión a que es posible que la justicia dependa de un esquema para comparar alternativas factibles y no una situación perfecta posiblemente no disponible. Lo que a juicio de Sen (2010) se requiere es un acuerdo, basado en la razón, sobre la gradación de alternativas realizables. Otra crítica que plantea Sen (2010) frente al institucionalismo trascendental es que excluye la justicia global en la medida en que no existe un estado soberano global. La elección de un conjunto perfecto de instituciones se circunscribe a las sociedades de los estados nacionales y por lo tanto la idea de una justicia global sin un gobierno mundial es “una quimera” o se reduce a “acuerdos generales de comportamiento humanitario”.

Se plantea una dicotomía entre la justicia centrada en *esquemas organizacionales* (instituciones, regulaciones, reglas de conducta) cuya presencia activa indicaría que se hace justicia y la justicia centrada en *realizaciones* es decir tomando en cuenta lo que surge de la sociedad, incluidas las vidas que las personas viven realmente con las instituciones y reglas existentes, así como otras influencias como el comportamiento real que afectaría ineludiblemente vidas humanas. Es una aproximación que no elude las preocupaciones deontológicas (Sen, 2010), por lo que el autor toma partido por éste última vertiente que se inspira en la teoría de la elección social.

Sen (2010) concuerda con Rawls (2003) en la idea según la cual la búsqueda de la justicia debe vincularse a y en cierto modo depende de, la idea de equidad. Para Sen (2010) uno de los elementos centrales de la equidad

Es la exigencia de evitar prejuicios en nuestras evaluaciones y tener en cuenta los intereses y las preocupaciones de los otros, y en particular la necesidad de evitar el influjo de nuestros intereses creados, o de nuestras prioridades, excentricidades y prevenciones (p.83).

En general, Sen (2010) comparte con Rawls (2003) la idea según la cual la equidad puede verse como una exigencia de imparcialidad. Sin embargo, propone también algunos aspectos novedosos que deberían ser considerados en una teoría de la justicia tales como la ineludible relevancia del comportamiento real. A manera de crítica Sen (2010) señala que Rawls (2003) presta atención casi exclusiva a las instituciones justas en lugar de centrarse en sociedades justas que puedan apoyarse en instituciones efectivas pero también en características reales de comportamiento.

Alternativas al enfoque contractualista inspiradas en los contractualismos de Locke, Rousseau y Kant. Sen (2010) propone el enfoque del espectador imparcial de Smith para encarar la cuestión de la equidad. A juicio de Sen (2010) este enfoque permite abordar la evaluación comparativa en lugar de reducirse a la mera identificación de una solución trascendental, tomar nota de las realizaciones sociales y no solo de las exigencias de las instituciones y las reglas, permitir la evaluación social incompleta y ofrecer orientación para superar casos manifiestos de injusticia, reconocer voces más allá de la pertenencia al grupo focal, para registrar sus intereses o evitar el parroquialismo.

2.2.3.2 La relevancia de las perspectivas globales

De una parte, para Sen (2010) lo que sucede en un país y la forma en que operan sus instituciones puede tener efectos enormes en el resto del mundo, y de otra parte cada país o sociedad puede tener creencias parroquiales que claman por más escrutinio global porque puede ampliar la clase de cuestiones consideradas en dicho escrutinio y porque las presunciones fácticas que subyacen en los juicios éticos y políticos concretos pueden cuestionarse con la ayuda de experiencias de otros países o sociedades.

2.2.3.3 Instituciones y personas

Afirma Sen (2010) que “cualquier teoría de la justicia tiene que otorgar un papel importante a las instituciones, de suerte que la elección de instituciones constituye un

elemento central en cualquier descripción plausible de la justicia” (p. 112). Estas instituciones según Sen (2010) deben promover la justicia. Ellas no son manifestaciones directas de la justicia. La perspectiva *niti*, basada en el esquema, se interpreta con frecuencia de modo que la presencia misma de instituciones adecuadas satisface las exigencias de la justicia. La perspectiva *nyaya* “indicaría la necesidad de examinar las realizaciones sociales que efectivamente se generan a través de esa base institucional” (Sen, 2010, p.112).

Sen (2010) destaca la importancia de escuchar y prestar atención a las opiniones y sugerencias de otros, que pueden llevarnos o no a revisar algunas de nuestras propias conclusiones cuando tratamos de evaluar cómo deberíamos comportarnos, y qué clases de sociedades deben considerarse manifiestamente injustas. El diálogo y la comunicación, la discusión y el discurso ocupan un lugar primordial en las teorías de la justicia.

Además, Sen (2010) critica teorías basadas en esquemas de instituciones sociales justas como la de Rawls (2003), por no tener en cuenta consideraciones relevantes y vitalmente importantes que pueden llevarnos a excluir cuestiones problemáticas tales como: ignorar la disciplina de responder a cuestiones comparativas acerca de la justicia, formular exigencias de justicia en términos de principios de justicia excesivamente preocupados por las instituciones justas sin tomar en cuenta una perspectiva más amplia de realizaciones sociales, ignorar los posibles efectos adversos sobre las personas que se hallan más allá de las fronteras de un país y los actos y elecciones de ese país, no incluir algún procedimiento para corregir la influencia de valores parroquiales a los cuales puede ser susceptible cualquier sociedad desvinculada del resto del mundo, descartar la posibilidad de que diferentes personas puedan considerar, aún después de mucha discusión pública, muy diferentes principios como apropiados para la justicia, a causa de la pluralidad de razonadas normas y valores políticos, no admitir la posibilidad de que las personas no siempre actúan de manera razonable.

Para Sen (2010) un marco más amplio y contingente para la razón pública puede ser ofrecido por la teoría de la elección social que tiene que ver con la exploración de los procesos formales de las decisiones públicas y sus subyacentes. En su versión moderna, la teoría de la elección social ha tomado el cariz de disciplina evaluativa. Para Sen (2010) ella

Está preocupada por la base racional de los juicios sociales y las decisiones públicas al escoger entre alternativas sociales. Los resultados del procedimiento de elección social asumen la forma de órdenes de preferencias sobre estados de cosas desde el punto de vista social, a la luz de las evaluaciones de las personas involucradas” (p.122).

Esto, para Sen (2010), es muy diferente de la búsqueda de la suprema alternativa entre todas las alternativas posibles como las que plantean las teorías de la justicia autores como Rawls (2003), dado que la búsqueda de la justicia trascendental no es suficiente ni necesaria para una teoría de la justicia con enfoque comparativo.

Dicha búsqueda de la justicia trascendental a juicio de Sen (2010), puede ser un fascinante ejercicio intelectual en sí mismo, pero no dice mucho acerca de los méritos comparativos de los diferentes arreglos sociales que permitan reducir las múltiples injusticias que caracterizan el mundo; así mismo la comparación entre dos alternativas bien puede hacerse sin la identificación previa de una alternativa suprema. En conclusión para Sen (2010) “una identificación trascendental no es ni necesaria ni suficiente para llegar a juicios comparativos sobre la justicia” (p.132).

Finalmente, estos juicios comparativos pueden ser incompletos o parciales acerca de lo que amplía la justicia y reduce la injusticia por oposición a la pretensión de completitud de las concepciones trascendentales de la justicia en su búsqueda de instituciones perfectas (Sen, 2010).

Para Sen (2010, p. 135 - 140) constituyen contribuciones significativas de la teoría de la elección social para la teoría de la justicia:

a) El énfasis en lo comparativo y no solo en lo trascendental, se concentra en la razón práctica tras lo que hay que escoger y las decisiones que hay que tomar, más que en la especulación sobre qué sería una sociedad perfectamente justa. Una teoría de la justicia tiene algo que decir acerca de las ofertas disponibles.

b) El reconocimiento de la ineludible pluralidad de los principios rivales. La teoría de la elección social ha dado considerable reconocimiento a la pluralidad de las razones, todas las cuales demandan atención cuando se plantean cuestiones de justicia social, y pueden entrar en conflicto unas con otras. Esta ineludible pluralidad debe tomar en cuenta la posibilidad de conflictos duraderos entre principios no eliminables.

c) Permitir y facilitar el reexamen. Los juicios comparativos sobre la justicia no son definitivos. Deben poder someterse a evaluación y escrutinio si se presentan obstáculos imprevistos.

d) La permisibilidad de soluciones parciales. En el marco de la teoría de la elección social incluso una teoría completa de la justicia puede producir ordenamientos incompletos de justicia. Tiene que haber cabida tanto para lo *incompleto asertivo* (por ej x y y no pueden ser ordenados según criterios de justicia) como para la *incompleto tentativo* que puede ser completado con base en más información o más profundo examen o con el uso de criterios adicionales.

e) La diversidad de interpretaciones e insumos. Las interpretaciones pueden ser alternativas, por ejemplo entre agregación de intereses individuales y la de juicios individuales. En el primer caso la voz de un agente puede contar porque sus intereses están directamente comprometidos (*derecho de pertenencia*), en el segundo caso la voz de un agente puede contar porque su perspectiva y razones aportan percepción y discernimiento a

una evaluación sea o no la persona parte directamente implicada (*relevancia para la ilustración*). En el enfoque rawlsiano el derecho de pertenencia recibe toda la atención en el nivel político, mientras que en el enfoque de espectador imparcial de Adam Smith se concede un lugar importante a las voces distantes que equilibran o contrarrestan el parroquialismo de perspectivas locales. En ocasiones las preferencias y prioridades individuales pueden provenir de una misma persona que se apoya en diferentes enfoques frente a las decisiones en cuestión, todas las cuales podrían demandar respeto y atención. En general Sen (2010) le da importancia a la diversidad de perspectivas y prioridades.

f) El énfasis en articulación y razonamientos precisos. Pese a la compleja naturaleza de los valores humanos y el razonamiento Sen (2010) rescata la claridad para que la discusión dialógica sea útil en términos generales.

g) El papel del razonamiento público en la elección social. Para Sen (2010), la conexión básica entre el razonamiento público, por una parte, y las exigencias de las decisiones sociales participativas, por la otra, es clave no sólo para el desafío práctico de hacer más efectiva la democracia, sino también para el problema conceptual de fundar una idea articulada de justicia social sobre las exigencias de la elección social y la equidad.

Sen (2010) afirma que la universalidad de inclusión es parte integral de la imparcialidad, por lo tanto, la inclusión selectiva sobre una base arbitraria en una categoría protegida, entre aquellos cuyos interés importan o cuyas voces cuentan, sería la expresión de un prejuicio.

Para superar la subjetividad Sen (2010) plantea dos cuestiones: una de comprensión y comunicación o comprensión interpersonal sobre una base objetiva (de tal manera que las creencias y expresiones de cada persona no sean ineludiblemente confinadas a una cierta subjetividad personal que no se pueda penetrar), y la aceptabilidad objetiva (de tal suerte que las personas puedan participar en debates sobre la corrección de las tesis formuladas por diferentes personas).

2.2.3.4 Diferentes dominios de imparcialidad

Sen (2010) considera que “el lugar de la imparcialidad para la evaluación de la justicia social y los arreglos sociales es central para la comprensión de la justicia” (p.151). Para Sen (2010) hay una distinción básica entre dos maneras de invocar la imparcialidad. Este autor las denomina “*imparcialidad abierta*” e “*imparcialidad cerrada*”. En la imparcialidad cerrada, el procedimiento para hacer juicios imparciales invoca solo a los miembros de una sociedad o nación determinada para quien se hacen los juicios. En la imparcialidad abierta, el procedimiento para hacer evaluaciones imparciales puede invocar juicios de fuera del grupo focal para evitar el prejuicio parroquial. Juicios desinteresados de agentes que no necesariamente pertenecen al grupo focal. Las opiniones imparciales pueden venir de lejos o de la propia comunidad, nación o cultura. Esto permite un escrutinio abierto de los valores locales y posiblemente parroquiales (Sen, 2010).

La justicia para Sen (2010) es en parte una relación en la cual la idea de obligación con el otro es importante. La preocupación por el otro debe trascender las fronteras del territorio nacional. Esto es relevante para la idea de justicia porque las acciones de un país pueden afectar seriamente a la vida en otros países, por lo tanto las voces de las personas afectadas deberían contar para determinar lo que es justo e injusto en la organización de una sociedad. Finalmente la objetividad exige escrutinio serio y atención a los diferentes puntos de vista, y en particular otras experiencias empíricas.

En conclusión, para Sen (2010) “la evaluación de la justicia exige compromiso “con los ojos de la humanidad” porque permite la identificación con los otros y no solo con la comunidad local, porque las propias opciones pueden afectar las vidas de otros aquí y allá y porque tomar en cuenta otras perspectivas históricas y geográficas puede ayudar a superar el propio parroquialismo. La idea de *imparcialidad abierta* se relaciona con *la imparcialidad*

cerrada de la misma forma como se puede relacionar el *arbitraje justo* con la *negociación justa*.

En el arbitraje justo se toman en cuenta opiniones sobre lo que puede ser reclamado por cualquiera mientras que en los modelos de negociación justa la participación está confinada a los miembros del grupo implicados en el contrato original para un pueblo determinado en un estado soberano. La analogía procede cuando se escuchan las voces no porque vienen del grupo de decisión o incluso de partes interesadas, sino por la importancia de oír el punto de vista de otros, lo cual puede ayudarnos a alcanzar una comprensión más completa y justa (Sen, 2010).

Así, Sen (2010) dice que

La voz de una persona puede ser relevante porque ella es miembro del grupo involucrado en el contrato negociado por una comunidad particular, pero también puede ser relevante por la ilustración y la ampliación de perspectivas que una voz del exterior está en condiciones de ofrecer. (p. 160).

Por lo tanto, el “*derecho de pertenencia*” no elimina la importancia de la “*relevancia de ilustración*”. De esta manera los acuerdos alcanzados no exigen que alguna propuesta sea singularmente justa, sino tan solo que sea plausiblemente justa o al menos no injusta de modo manifiesto. En efecto, dice Sen (2010) “las exigencias de la práctica razonada pueden, de un modo u otro coexistir con procesos incompletos o conflictivos sin resolver. El acuerdo resultante de un “marco público de pensamiento” puede ser parcial pero útil” (p. 165).

Sen (2010) identifica las posibles limitaciones de una concepción cerrada de la imparcialidad como la propuesta por Rawls (2003); las denomina *negligencia excluyente*, *incoherencia incluyente* y *parroquialismo procedimental* y las explica así: La *negligencia incluyente* ocurre porque se excluye la voz de personas que no pertenecen al grupo focal pero cuyas vidas están afectadas por las decisiones de ese grupo. La *incoherencia incluyente* se

presenta cuando en el ejercicio de cerrar el grupo surgen inconsistencias debido a que las decisiones tomadas por el grupo focal pueden influir en el tamaño o la composición del grupo mismo. El *parroquialismo procedimental* ocurre porque la imparcialidad cerrada está diseñada para la eliminación de la parcialidad hacia los intereses creados u objetivos personales de los individuos del grupo focal pero no está diseñada para afrontar las limitaciones de parcialidad hacia los prejuicios compartidos del grupo focal (Sen, 2010).

2.2.3.5 Posición

Sen (2010) afirma que es necesario trascender las limitaciones de las perspectivas posicionales. La liberación del aislamiento posicional constituye un desafío que el pensamiento ético, político y legal tiene que asumir. Trascender el confinamiento posicional resulta según Sen (2010), central para la epistemología. El problema se plantea porque la perspectiva de lo que observamos, la posición en la que nos encontramos puede influir en nuestras creencias, nuestro entendimiento y nuestras decisiones. Por consiguiente “la objetividad posicional requiere invariancia interpersonal cuando la posición de observación es fija, y tal requerimiento es del todo compatible con las variaciones de lo que se ve desde diferentes posiciones” (Sen, 2010, p.187).

En este sentido, Sen (2010) dice que “lo que puede llamarse “objetividad posicional” trata de la objetividad de lo que puede observarse desde una posición específica” (p.188). Las observaciones y la observabilidad son invariantes con respecto a la persona pero relativas en cuanto a la posición. Lo que hace falta en ocasiones es un “enfoque posicional libre de prejuicios” (Sen, 2010, p. 191). Por lo tanto la búsqueda de algún tipo de entendimiento del mundo, independiente de la posición, desde ninguna parte, resulta central para la iluminación ética que puede buscarse en un enfoque no relacional, se trata de una perspectiva universalista que supere el prejuicio posicional y el favoritismo seccional (Sen, 2010).

Para Sen (2010) la posicionalidad es relevante para una teoría de la justicia en la que se confiere un papel especial al razonamiento público en la comprensión de las exigencias de la justicia. El alcance del razonamiento público puede ser limitado en la práctica por la manera en que la gente lee el mundo en que vive. Además si la poderosa influencia de la posicionalidad tiene un oscuro papel en ese entendimiento social, entonces ese es, en efecto, un tema que demanda especial atención para apreciar las desafiantes dificultades que tienen que afrontarse en la evaluación de la justicia y la injusticia. El papel de la posicionalidad puede ser crucial en la interpretación de ilusiones sistemáticas y persistentes que pueden influir y distorsionar el entendimiento social y la evaluación de los asuntos públicos (Sen, 2010).

Por ello Sen (2010) afirma que

En la búsqueda de la justicia, las ilusiones posicionales pueden imponer serias barreras que tienen que superarse a través de la ampliación de la base de la información para las evaluaciones es decir tomar en cuenta las perspectivas de otras procedencias, incluidas las más lejanas (p.200).

2.3 Justicia Transicional.

Aunque no existe propiamente una teoría de la justicia transicional, la literatura especializada sobre el tema, desde diferentes enfoques y perspectivas, es abundante debido a la cantidad de procesos de transición ocurridos desde las postrimerías del siglo XX en América Latina, Europa del Este y África. Por razones prácticas y sin desconocer el importante aporte de varios autores nacionales como Catalina Botero, Rodrigo Uprimny o Nelson Sánchez, el marco teórico, para efectos de ésta investigación ha sido construido a partir del trabajo de tres autores suficientemente reconocidos en el campo. Ellos son Jon Elster (2006), Ruti Teitel (2017) y Kai Ambos (2009). Elster (2006) adopta un enfoque histórico sin la pretensión de proponer una teoría de la justicia transicional. Su trabajo es de

corte empírico positivo. No obstante construye, a partir del estudio casi exhaustivo de casos desde la antigua Grecia, unas generalizaciones que pueden servir de parámetro para la comprensión de cualquier experiencia de justicia transicional. Teitel (2017) también parte de una aproximación histórica pero su postura tiende a ser normativa o prescriptiva, al considerar, a partir del estudio riguroso de las experiencias de justicia transicional, que ciertas categorías fundamentales como *Estado de Derecho* y *Justicia* deben tener un contenido peculiar contextualizado para lograr el propósito de transformación social que suele tener todo intento de transición. El enfoque de Ambos (2009) es jurídico. Su parámetro normativo está conformado por el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y en particular la obligación de los Estados de perseguir crímenes internacionales nucleares tal como son definidos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Esta aproximación jurídica es ineludible porque el Estado colombiano suscribió el Tratado de Roma e incorporó el estatuto al orden interno mediante la ley 742 de 2002.

2.3.1 *La justicia transicional en perspectiva histórica. Jon Elster.*

No existe como tal una teoría de la justicia transicional. Tal como lo sostiene Elster (2006), la dependencia contextual de los fenómenos es un obstáculo insuperable para las generalizaciones. Su obra, no obstante, apunta a cierta generalidad, en cuanto intenta identificar patrones recurrentes de comportamiento. Para definir el rol de la justicia en la justicia transicional Elster (2006) analiza la justicia como motivación y sus complejas relaciones con otras motivaciones (emociones, intereses), que pueden animar a los actores en este contexto; distingue las formas institucionales de la justicia transicional, los niveles de la justicia transicional, las categorías de agentes y las decisiones fundamentales. Su aproximación es positiva o explicativa y no una concepción normativa de la justicia.

No obstante, el autor reconoce que razones de tipo normativo de quienes van a tomar decisiones fundamentales suelen ser relevantes a la hora de explicar el diseño de la justicia transicional. Desde esta perspectiva, el análisis de la justicia transicional es parte del estudio empírico de la justicia. Por ello parece ser relevante para este autor identificar las concepciones de justicia y equidad que albergan los agentes, identificar sus causas e identificar sus consecuencias. Para Elster (2006) es difícil definir la justicia en términos abstractos, pero si es posible distinguir por medio de criterios morales la preocupación por la justicia de otras motivaciones como la imparcialidad y la universalidad.

Incluso concepciones que violen la imparcialidad en el sentido que se permita a un agente otorgar más beneficios a unos que a otros, pueden respetar la universalidad, en el sentido de aceptar que otros agentes tienen derecho a reclamar los mismos privilegios para sus allegados. Elster (2006) se refiere a estos criterios (igualitaristas, utilitaristas, etc), con el término genérico de razón. En lo que tiene que ver con las causas, dice Elster (2006) que ellas pueden estar relacionadas con características específicas de los agentes, o en la especificidad contextual o en sus intereses o en sus emociones. En cuanto a las consecuencias de adoptar alguna de estas concepciones, no siempre ellas se reflejan en el curso de acción de los agentes, o algunas veces dichas concepciones concurren con otras motivaciones como los intereses o las emociones. Elster (2006) ha encontrado que esas motivaciones (justicia, emociones, intereses), son casi universales en la justicia transicional. De otra parte, Elster (2006), dice que

El deseo de que se haga justicia no es una simple motivación entre las muchas que pueden impulsar a los actores de la justicia transicional. En la mayor parte de las sociedades, existe una jerarquía normativa de motivaciones que crea metamotivaciones de primer orden. (p.102).

En su trabajo de investigación histórica sobre justicia transicional, Elster (2006) ha encontrado que “el deseo de venganza de base emocional puede en cierto sentido ser más fuerte que el deseo de que se haga justicia de manera imparcial” (p. 103). Sin embargo, los agentes siempre van a querer mostrar su compromiso con la justicia debido al alto lugar que ésta suele ocupar en la jerarquía normativa de las sociedades.

Elster (2006) distingue tres formas institucionales de justicia transicional: *justicia legal*, *justicia administrativa* y *justicia política*. Él representa las instituciones de la justicia a lo largo de una línea, en la cual la *justicia legal pura* se ubica en un extremo y la *justicia política pura* en el otro. La *justicia administrativa* puede ubicarse más cerca de uno u otro extremo del espectro, dependiendo de hasta qué punto los funcionarios a purgar cuentan con el debido proceso. Además, señala Elster (2006) la *justicia legal* puede ser impura, y aun así reconocérsela como legal; y algunas formas de *justicia política* comparten importantes características con la *justicia legal*.

Elster (2006) llama *justicia política pura* a la que tiene lugar “cuando el poder ejecutivo del nuevo gobierno (o la potencia ocupante), de manera unilateral y sin posibilidad de apelación, señala a los criminales y decide que ha de hacerse con ellos” (p. 104). Para Elster (2006), la justicia política pura “puede adoptar la forma del juicio orquestado, en el que la apariencia de legalidad no es más que una ficción, porque el resultado está determinado previamente” p. ej. los procesos de Tokio” (Elster, 2006, p.106). De otra parte aún los juicios orquestados pueden terminar aproximándose a la justicia legal si se respeta el debido proceso y hay algún nivel de incertidumbre acerca del resultado. Por ejemplo el proceso de Nuremberg (Elster, 2006).

Elster (2006) define la “justicia legal pura” por cuatro aspectos: leyes lo más libres de ambigüedad que sea posible para reducir el alcance de la interpretación judicial; poder judicial aislado de las otras ramas del gobierno, vale decir, independencia; los jueces y

jurados deben ser imparciales en su interpretación de la ley (ni excesiva severidad, ni indulgencia excesiva); y finalmente, debe acogerse a los principios del debido proceso (audiencias públicas y de oposición, derecho a elegir un abogado defensor, derecho a apelar, irretroactividad de la ley, respeto de los plazos de prescripción, determinación de la culpabilidad individual, presunción de inocencia que coloque la carga de la prueba en la parte acusadora, derecho a una audiencia rápida, derecho a la debida deliberación).

Afirma Elster (2006) que “estos requisitos se violan sistemáticamente en la justicia transicional, aunque ello puede ocurrir en algunos casos por buenas razones, en otros no” (p.109). Además según Elster (2006) la correspondencia entre este tipo ideal y la realidad depende del tipo de sociedad y de la naturaleza de la situación: en sociedades que en épocas normales observan las leyes, las violaciones de los criterios mencionados son poco frecuentes mientras que en sociedades en las que el imperio de la ley es precario se producen violaciones con mayor frecuencia.

Para Elster (2006), las violaciones de los criterios son inevitables y en algunos casos deseables, o aún comprensibles y quizá perdonables. Pero cuando se acumulan numerosas violaciones, o cuando se violan criterios fundamentales, se llega a un punto en que *la justicia legal* es reemplazada por la *justicia política*. Como indicador operativo, señala Elster (2006) que “esto ocurre cuando un observador puede predecir el resultado de cualquier proceso con total certidumbre. La *justicia legal* exige que exista cierta incertidumbre respecto de los resultados” (p.109), ya que “la certeza absoluta existe sólo en los juicios orquestados” (Elster, 2006, p.111).

Por otra parte, Elster (2006) señala que la *justicia administrativa*, o las purgas en la administración pública, se acerca a la *justicia legal* si las sanciones son apelables ante un tribunal, p. ej Italia a fines de 1946. Para este autor la justicia transicional puede comprender numerosos niveles: “instituciones supranacionales; estados - nación; actores corporativos e

individuos” (Elster, 2006, p. 114), pero hace hincapié en aquellas medidas de justicia transicional que “(i) toma un Estado y (ii) se dirigen a criminales y víctimas que son ciudadanos de ese Estado” (Elster, 2006, p. 114). Este énfasis resulta pertinente para el análisis de la Jurisdicción Especial para la Paz, considerando que ella es una jurisdicción nacional cuya competencia cubre a todos los agentes del conflicto armado interno colombiano para resarcir los derechos de las víctimas.

Los agentes de la justicia transicional son para Elster (2006), los criminales, las víctimas de los crímenes, los beneficiarios de los crímenes, los auxiliadores de las víctimas, los miembros de la resistencia que lucharon contra los criminales o se les opusieron cuando éstos aún estaban en el poder, los neutrales, los promotores organizadores y defensores de la justicia transicional (actores políticos, quienes exigen justicia, jueces y jurados si cuentan con una motivación política) y los saboteadores, es decir quienes intentan impedir, obstruir o aplazar el proceso. Elster (2006) presenta 11 combinaciones de roles diferentes en los que las mismas personas pueden aparecer en más de una categoría sucesiva o simultáneamente, lo cual da cuenta de las complejidades morales, legales y políticas de la situación.

Para Elster (2006) el resultado de la justicia transicional es una serie de decisiones legislativas, administrativas y judiciales. Dice Elster (2006) que dichas decisiones no necesariamente concurren cuando se trata de transacciones negociadas. La primera cuestión en torno a la cual giran todas las otras es si hay que ocuparse o no de los crímenes del pasado. Si se toma la decisión de enfrentarse con el pasado surge el dilema entre justicia y verdad. Si se decide continuar con la justicia retributiva y reparativa, será necesario tomar una nueva serie de decisiones: en primer lugar adoptar seis tipos de decisiones políticas sustantivas en relación con la definición de criminales y víctimas y su adecuado tratamiento y luego decisiones respecto al procedimiento a seguir.

Señala Elster (2006) que en relación con las *decisiones políticas sustantivas* ellas tienen que ver con: a) Decidir qué constituye un crimen y a quién se considera un criminal. En Nuremberg por ejemplo los principales crímenes fueron crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. En cuanto a los criminales se consideró como tales a los que dieron las órdenes, los que las ejecutaron, los eslabones intermedios, los facilitadores de los crímenes, los traidores. b) una vez definido quiénes son los criminales, hay que decidir qué hacer con ellos. La gama de castigos incluye la ejecución, el exilio, trabajos forzados, reclusión, sentencia de prisión en suspenso, pérdida de derechos civiles y políticos, pérdida póstuma de la condición de víctima, confiscaciones y multas, publicación de los nombres de los criminales y apertura de archivos, prohibición de ocupar altos cargos; c) decidir qué sanciones se impone a los funcionarios públicos a los que no se somete a juicio. El castigo puede consistir en el despido, la degradación, la transferencia por daños causados en el pasado o para evitar que causen daños en el futuro; d) decidir las medidas concretas de sanción para los funcionarios públicos a los que se somete a juicio; e) decidir qué formas de daño determinan la condición de víctima. Los daños para Elster (2006) pueden ser materiales (pérdida de bienes), personales (violaciones de derechos humanos), o intangibles (pérdida de oportunidades). Aquí también hay que definir a qué parientes y allegados de las víctimas “primarias” incluir entre las víctimas “secundarias”. Finalmente hay que decidir el punto de partida en el tiempo. ¿Hasta dónde es necesario remontarse?; f) decidir la modalidad de reparación de las víctimas (restitución de tierras, adjudicación de tierras, compensación monetaria de pago único o pensiones, prioridad en asignación de viviendas, prioridad en cuestiones laborales, libretas de racionamiento, etcétera).

Las *decisiones de procedimiento* que suelen ser adoptadas han incluido de acuerdo con la investigación empírica de Elster: a) reclusiones ilegales; b) presunción de culpabilidad antes que de inocencia e inversión de la carga de la prueba; c) selección sesgada de jurados y

jueces; d) falta de procedimientos contradictorios; e) falta de mecanismos de apelación; f) selección arbitraria de acusados; g) creación de tribunales especiales; h) negociación de penas; i) legislación retroactiva para castigar conductas que al momento de ser cometidas no se encontraban tipificadas como delitos o para castigar ciertas conductas con mayor severidad que lo establecido en leyes anteriores, p. ej con pena de muerte.; j) extensión o derogación de los casos de prescripción; k) reducción de los plazos de prescripción; l) justicia demorada si los procedimientos judiciales toman un tiempo excesivamente largo ; m) justicia acelerada. Estas dos últimas implican por supuesto denegación de justicia (Elster, 2006).

Según Elster (2006) es posible que la justicia transicional no pueda implementarse de la manera como se desea si para efectivizarla fue necesario negociarla normalmente a puertas cerradas. Muy seguramente los líderes salientes (en procesos de transición hacia la democracia), van a querer que se les brinde seguridad de que sus personas y posesiones no se verán afectadas y esta puede ser una limitación en relación con las decisiones sustanciales y procedimentales mencionadas anteriormente. No obstante, la máxima según la cual los pactos deben ser honrados (*pacta sunt servanda*) puede fracasar si luego de la transición se reemplaza a los negociadores por otros que no se atenderán a las promesas de los primeros o si se crearan tribunales o legislaturas que en el futuro pueden adoptar un criterio independiente.

Ahora bien, si un elemento ajeno a las partes supervisa o hace de intermediario en la negociación del acuerdo como ocurrió en Atenas en 403 a.C. y en Francia en 1814 y 1815, pueden entrar en juego otros mecanismos de credibilidad (Elster, 2006). Ejemplos más recientes se encuentran en las transiciones negociadas en América Latina y en Sudáfrica. La justicia transicional puede verse limitada también por la tensión entre los distintos *desiderata* que puede impedir que todos se satisfagan a la vez. Esos deseos son resumidos por Elster (2006) en seis expresiones: que los juicios sean veloces, ágiles, severos, justos, exhaustivos y eficaces. En particular, la justicia se entiende en sentido sustantivo como imposición de una

pena acorde al delito y en sentido procedimental como respeto al imperio de la ley. El problema que pone en evidencia Elster (2006), es que muchas de estas expresiones de deseo pueden entrar en conflicto entre sí y con los recursos disponibles.

En relación con la exigencia de imposición de una pena acorde al delito es pertinente tomar en cuenta las doctrinas sobre el principio de proporcionalidad. Ellas parten de una determinada concepción del derecho penal y de la pena. Así por ejemplo, Ferrajoli (2001) dice que

Las *doctrinas abolicionistas* impugnan como ilegítimo el derecho penal y por lo tanto propugnan por su eliminación, bien porque impugnan de raíz su fundamento ético político, bien porque consideran que las ventajas proporcionadas por el son inferiores al coste de la constricción que produce. (p. 248).

Las *doctrinas justificacionistas* de otra parte, son clasificadas por Ferrajoli (2001) como *retribucionistas* o *utilitaristas*. Las doctrinas *retribucionistas* justifican la pena mirando al pasado, es decir, como fin o valor en sí misma. Las doctrinas *utilitaristas* justifican la pena como medio de defensa social, de neutralización del delincuente y de integración del resto de los asociados (Ferrajoli, 2001).

En este contexto sobresale la *doctrina de la prevención especial* en la cual la pena tiene una finalidad positiva que es la reeducación del reo y una negativa que es su eliminación o neutralización (Ferrajoli, 2001). La doctrina de la prevención general en su versión positiva atribuye a las penas funciones de integración social y en su función negativa obra de manera disuasoria como amenaza respecto de la generalidad de los asociados (Ferrajoli, 2001).

Para Ferrajoli (2001), el principio de proporcionalidad de la pena sólo pudo afirmarse en la época de la Ilustración cuando llegaron a madurar todos los demás presupuestos del derecho penal moderno: la legalidad, la certeza, la igualdad, la mesurabilidad y la calculabilidad de

las penas...sólo con el advenimiento de las penas abstractas y convencionales privativas de la libertad y pecuniarias, se realiza, mediante cuantificaciones en tiempo y dinero, el presupuesto técnico de la proporcionalidad de la pena. Desgraciadamente, dice Bentham (citado por Ferrajoli, 2001) que la idea en apariencia elemental de la proporcionalidad de la pena al delito no ofrece de por sí, ningún criterio objetivo de ponderación. Solo existen criterios pragmáticos, basados en valoraciones ético-políticas o de oportunidad para establecer la calidad y la cantidad de la pena adecuada a cada delito. “De ello se sigue que el problema de la justificación del tipo y de la medida aplicables en cada caso...es un problema moral y político, exclusivamente de legitimación externa” (Ferrajoli, 21, p. 398).

Ahora bien, para Ferrajoli (2001), la primera dificultad originada por el problema de la elección por el legislador de la cantidad de la pena en relación con la gravedad del delito corresponde a la noción de “*gravedad*” del delito. Existen al respecto dos orientaciones diversas, una *objetivista* que mide la gravedad del delito por la entidad del daño y otra *subjetivista* que la mide por el grado de culpabilidad. Hart (citado por Ferrajoli, 2001) respalda un “*utilitarismo sensato*” que prescribe que ninguna pena procure un sufrimiento mayor que el producido por la transgresión incontrolada. Un criterio complementario dice que la pena no debe superar a la violencia informal que en su ausencia sufriría el reo por la parte ofendida o por otras fuerzas más o menos organizadas. Además, Ihering (citado por Ferrajoli, 2001) afirma que “la tarifa de las penalidades es la medida del valor de los bienes sociales” (p. 402).

Desde la perspectiva comparativa y empírica, Malmin, Loyle, Gates y Elster (2012) encontraron que la forma de justicia en el post-conflicto más usualmente empleada son los juicios. Ellos identificaron 78 juicios domésticos, tribunales internacionales o tribunales híbridos entre 1946 y 2006. Estos investigadores encontraron que los juicios domésticos son, de lejos, la forma más común de lidiar con los errores del pasado (72), la mayoría de ellos

relacionados con los conflictos armados en la antigua Yugoslavia. En 12 de ellos los responsables fueron juzgados como reos ausentes. Cerca de la mitad (45%) de los juicios concluyeron con ejecuciones. En 12 de ellos se presenta incumplimiento de los principios de justicia debido a los débiles estándares de legalidad empleados, incluyendo *show trials*. Solo el 17% de todas las guerras civiles (22 de 131) terminan en juicios, comparadas con casi una tercera parte (56 de 195) de conflictos de baja intensidad que culminan con juicios.

Las guerras civiles lideran las cifras de amnistías en relación con los conflictos menos severos. Estos patrones parecen indicar que aquellos que están en el poder al terminar las guerras civiles con frecuencia se abstienen de adelantar procesos de rendición de cuentas, para asegurar la terminación del conflicto.

La manera como un conflicto termina también influye el tipo de justicia de post-conflicto. Nalepa (citado por Malmin et. al., 2012) sugiere que la estructura política del poder posterior a un conflicto puede ser un factor determinante para la implementación de la justicia. Por ejemplo, la victoria decisiva de una de la partes del conflicto, puede asegurar la implementación de formas de justicia en el post-conflicto pero el blanco de los juicios será la parte perdedora. Alternativamente, un conflicto que termina con un bloqueo político o con un acuerdo negociado tiende a omitir el castigo implementando una amnistía con la esperanza de preservar la paz. Malmin et. al. (2012), encontraron que de 326 conflictos armados terminados, 109 lo hicieron con victoria militar, 76 con soluciones negociadas, y 141 por otros medios. Los juicios a menudo ocurrieron en eventos en los que los conflictos habían terminado con victorias decisivas (47% de todos los casos de victoria tuvieron juicios).

Las victorias también ofrecen la oportunidad de implementar purgas (10%), seguidas en mayores niveles por exilios (42 de 109). El alto nivel de las amnistías después de las victorias podría ser el resultado de un nuevo liderazgo que busca mantener el apoyo político y económico de la antigua oposición; sin embargo las amnistías son más comunes al término de

soluciones negociadas de conflictos armados (45% de las soluciones negociadas incluyen amnistías). Éstas estadísticas ofrecen evidencia de primera mano de que para consolidar los acuerdos, las élites negociadoras están dispuestas a hacer concesiones tales como creación de comisiones de la verdad, reparaciones y amnistías, que ocurren más frecuentemente que con otro tipo de terminación de conflictos. Los exilios ocurren muy rara vez cuando se logra un acuerdo, probablemente porque aquellos que se irían, voluntariamente o forzados, se han acogido a los términos del acuerdo. Los conflictos que no se resuelven claramente generalmente, según lo hallazgos de éstos autores, ven pocos procesos de justicia en el post-conflicto.

2.3.2 *Justicia Transicional. Ruti G. Teitel.*

Teitel (2017) presenta las posturas realista e idealista, que generalmente están en competencia cuando se debate sobre las concepciones de justicia en periodos de transformación. La postura realista desde la teoría política asume que los cambios políticos constituyen el primer paso hacia la democratización, y ellos se surten en términos del equilibrio de poder que estructura la senda de transición. El derecho es un simple producto del cambio político. Desde una perspectiva idealista, la cuestión de la justicia transicional cae generalmente en concepciones universalistas de la justicia. Son las ideas de una justicia retributiva o correctiva en términos absolutos con relación al pasado las que se consideran precursoras del cambio. Para Teitel (2017) estas concepciones pasan por alto aquello que es significativo acerca de la justicia en tiempos de transición.

Claramente Teitel (2017) privilegia un método inductivo que en un primer nivel investiga las prácticas transicionales y en un segundo nivel estudia la relación normativa existente entre las medidas jurídicas adoptadas, las concepciones de justicia relacionadas con ellas y sus intuiciones sobre la construcción del estado liberal. Para Teitel (2017), la justicia transicional

rechaza la noción según la cual el movimiento hacia un sistema político más democrático implica una norma universal o ideal. Su enfoque es *constructivista*, propone alejarse de la tarea de definir las transiciones exclusivamente en términos de procedimientos democráticos tales como los procesos electorales, hacia una investigación más amplia de otras prácticas que vas más allá de la regla de las mayorías.

Por consiguiente, Teitel (2017) plantea que

La concepción de justicia en períodos de cambio político es extraordinaria y constructivista: se constituye y se construye alternativamente por la transición. La concepción de justicia que surge es contextualizada y parcial: lo que es considerado justo es contingente e informado por la injusticia que le precede. (p.25).

Contrario a lo que sostienen las influyentes posturas idealistas, ella sostiene que “el derecho es moldeado por las circunstancias políticas” y como desafío a las posturas realistas prevalentes Teitel (2017) sostiene que “el derecho no es un simple producto sino que estructura por sí mismo la transición” (p. 26).

De esta manera, Teitel (2017) propone como eje central de su obra la idea según la cual

La teoría del derecho transicional emerge como una forma de derecho paradigmático y distintivo que responde y es constructivo respecto de las circunstancias extraordinarias propias de los períodos de cambio político sustancial. En la teoría del derecho transicional, la concepción de la justicia es parcial, contextual y se encuentra situada entre, al menos, dos órdenes jurídicos y políticos. (p.31).

En consecuencia, “las respuestas que da el derecho respecto de la transición son de orden tanto performativo como simbólico” (Teitel, 2017.p. 32). Teitel (2017) aborda las diferentes formas de justicia en tiempos de transición: la justicia penal, la justicia histórica, la justicia

reparadora, la justicia administrativa y la justicia constitucional. Son relevantes para este trabajo las aproximaciones de la autora a la justicia penal y la justicia reparatoria que concurren en el diseño de la Jurisdicción Especial para la Paz.

Una primera forma que adopta la justicia en tiempos de transición es la justicia penal que plantea grandes dilemas a la hora de decidir el tratamiento de irregularidades a menudo sistémicas y generalizadas. En el contexto transicional las posturas convencionales respecto de la responsabilidad individual son con frecuencia inaplicables por lo que han surgido categorías jurídicas no convencionales como las penas parciales (Teitel, 2017). Además, las prácticas de juicios subsecuentes investigadas por Teitel (2017) revelan “un patrón de investigaciones penales y de enjuiciamientos caracterizados a menudo por una pequeña pena o por la ausencia de la misma” (p. 126). Así como la imposición de sanciones “limitadas”, es lo singular de la justicia penal en periodos de transición. (Teitel, 2017).

En ese sentido Teitel (2017) expresa que

La “sanción penal limitada” comprende el procesamiento que no necesariamente termina con la aplicación de una pena en sentido estricto. En la sanción limitada, las fases de indagación de la tipicidad de la conducta y de la penalidad adscrita a la misma, están diferenciadas. (p. 127).

Y precisa señalando que

Adicionalmente, las condenas están acompañadas de una pena leve o de ausencia de pena. De esta manera, en los periodos de transición la sanción penal puede verse limitada a una investigación por medio de la cual únicamente se establezca la existencia del daño. (Teitel, 2017, p. 127).

Para sustentar lo anterior, Teitel (2017) ilustra con ejemplos de esta práctica en los juicios posteriores a las guerras mundiales, los juicios posmilitares del sur de Europa, al igual que en Latinoamérica y Africa. Para Teitel (2017), la sanción penal limitada “encuentra amplia

justificación en sus fines por cuanto se extiende más allá del delito en particular hacia las circunstancias transicionales” (p. 133), por lo que Teitel (2017) señala que la sanción en la transición “expone el papel dinámico propio de la justicia penal en cuanto motor de un cambio normativo” (p. 133).

Ahora bien, las prácticas punitivas en estos periodos traen consigo propósitos transicionales de transformación. “En la “*sanción penal limitada*”, el derecho es el mediador en la transición, sus propósitos miran hacia el pasado y hacia el futuro simultáneamente, de manera retrospectiva y prospectiva, discontinua y continua” (Teitel, 2017, p. 133), además “la investigación penal permite que un país dividido construya un pasado mediante un rito público colectivo” (Teitel, 2017, p. 134).

Por otra parte, “la justicia penal transicional permite una forma altamente controlada y restringida de investigación del pasado” (Teitel, 2017, p. 134), además “la sanción de la transición sugiere un sentido alternativo de la idea retributiva”. (Teitel, 2017, p. 135). De acuerdo con lo anterior se puede decir que la sanción parcial “es una forma de mediación” que no obstante “demuestra que los atributos del estado de derecho están en funcionamiento” (Teitel, 2017), es decir que el derecho funge como un instrumento de estabilidad pero también como un instrumento de cambio social.

Otra forma de justicia transicional que es relevante para la investigación sobre el diseño de la Jurisdicción Especial para la Paz es la que Teitel (2017) denomina justicia de reparación que

Reconcilia el aparente dilema en un contexto extraordinario en el que se ponderan los propósitos correctivos, por una parte, con las metas de transformación hacia el futuro, por otra. De igual manera, la justicia transicional de reparación media entre la responsabilidad individual y la colectiva (p.296).

De otra parte, Teitel (2017) afirma que “con el paso del tiempo, los esquemas de reparación se parecen menos a la justicia correctiva convencional y más a asuntos de distribución social y política” (p. 348). Por consiguiente, las experiencias revisadas por Teitel (2017) demuestran que “los gobiernos con frecuencia, asumen las obligaciones de reparación de las víctimas de una persecución perpetrada por regímenes anteriores y que, a menudo, tales obligaciones son asignadas con el paso del tiempo” (p.351).

En conclusión, Teitel (2017) afirma que

El paradigma de la justicia transicional de reparación es una concepción compleja, como quiera que desarrolla múltiples propósitos de mediación y construcción de transición. Las reparaciones transicionales públicamente reconocen e instancian los derechos individuales que son, en un sentido, predominantemente simbólicos. A menudo, no resultan verdaderamente compensatorias, dando lugar a una pequeña o inexistente relación con el daño material. (p. 361).

Éstas pueden ser ejemplificadas según Teitel (2017) en las reparaciones morales latinoamericanas o las rehabilitaciones postcomunistas, por lo que Teitel (2017) afirma que “mientras en la concepción predominante, la reparación de las víctimas recae sobre los perpetradores del daño, las medidas transicionales de reparación proveen un reconocimiento oficial de los derechos de las víctimas, incluso sin la necesidad de individualizar necesariamente el daño” (p.362). En lugar de que la responsabilidad por los daños causados en el pasado sea asumida por el perpetrador individual, las reparaciones transicionales son generalmente obligaciones asumidas por el Estado (Teitel, 2017).

Sus investigaciones confirman que la responsabilidad individual es remplazada por la responsabilidad colectiva en la transición y las justificaciones estatales a favor de las reparaciones son múltiples y complejas, basadas en finalidades correctivas convencionales,

así como en propósitos redistributivos transformativos (Teitel, 2017). En concordancia con lo dicho por Elster (2006), Teitel (2017) afirma que las reparaciones transicionales toman diversas formas “estas pueden ser en especie, como en las restituciones de propiedad, en pagos monetarios o en reparaciones no convencionales, tales como bonos educativos u otro tipo de beneficios públicos colectivos, monumentos de conmemoración, rehabilitaciones legislativas y petición de disculpas” (p.361).

2.3.3 Justicia y negociación. Druckman y Wagner

Druckman y Wagner (2015) se enfocan en la manera como las preferencias referidas a la justicia guían el proceso y los resultados de los intercambios negociados. Su investigación está centrada en los principios de la *justicia procedimental* y de la *justicia distributiva* y la manera como ellos afectan el proceso de negociación y los resultados de la negociación respectivamente.

Para estos autores la *justicia procedimental*

Se refiere a principios que guían el proceso de negociación hacia los acuerdos. Estos incluyen: *fair treatment* (trato justo), *fair play* (juego limpio), *fair representation* (representación justa), *transparency* (transparencia) y *voluntary decisions* (decisiones libres). Uno o más de estos principios emergen durante el proceso de negociación positiva o negativamente. La adherencia positiva a uno o más de estos principios usualmente mueve el proceso en la dirección de un acuerdo, mientras que una adherencia negativa a menudo da lugar a impases. (Druckman & Wagner, 2015, p. 7).

Druckman y Wagner (2015) señalan que la *justicia distributiva*

Se refiere a principios para asignar beneficios o cargas entre los miembros de un grupo o comunidad. La literatura enfatiza cuatro principios de justicia

distributiva: igualdad, proporcionalidad o equidad, compensación y necesidades. Uno o más de estos principios sobresalen en los resultados de una negociación. (p. 5).

La distinción entre *justicia distributiva* y *justicia procedimental* es para Druckman y Wagner (2015), relevante para la negociación. La primera se refiere a los resultados o decisiones de asignación, la otra se refiere primariamente al camino por el cual se conduce el proceso. No obstante, según estos autores, la combinación de principios puede ser relevante para situaciones particulares, sobre todo en negociaciones complejas.

En este sentido, existe una relación entre los modelos de *justicia procedimental* y los modelos de negociación. En aquellos casos en que el modelo de negociación es *competitivo* la adhesión a los principios de la justicia procedimental están motivados en el auto interés y la meta es maximizar los beneficios para cada cual. Si el modelo de negociación está orientado a la *solución cooperativa de problemas* tendrán relevancia los valores compartidos y la meta será mantener y mejorar la relación entre las partes (Druckman & Wagner, 2015).

Kelman (1996), por su parte, ve la negociación como una forma de solución interactiva de problemas. Para este autor, el objetivo de la negociación es transformar la relación entre las partes. No se trata meramente de producir un acuerdo políticamente aceptable, sino de proveer las bases para una paz estable y duradera y una relación cooperativa y de mutuo mejoramiento que contribuya al bienestar y desarrollo de las sociedades. El resultado esperado es una solución que provea la fundación de una nueva relación que tome en cuenta las necesidades fundamentales y los miedos de las dos partes. No solo necesidades materiales, sino necesidades psicológicas como la seguridad, la identidad, el reconocimiento, la autonomía y un sentido de justicia, es decir que no se trata de establecer quien ha obrado correctamente o se ha equivocado en términos jurídicos o históricos.

Además, como el acuerdo incluye compromisos que reflejan las fortalezas y debilidades de las partes, raramente se satisface de manera absoluta el principio de justicia. Se logra entonces una *justicia pragmática* que toma en cuenta los imperativos de equidad y realidad. La justicia que provea las bases de un cambio en la relación entre las partes, pasa para Kelman (1996), por un amplio apoyo popular a lo acordado, de tal manera que un consenso nacional este a favor de la consolidación de esta nueva relación. El apoyo público depende fuertemente de la percepción de que lo que se ha negociado es justo.

Para este autor, cuando se trata de superar un largo conflicto, el sentido de justicia percibido por el pueblo, el sentimiento de que un mínimo de justicia se ha logrado, es en sí mismo una necesidad fundamental que el acuerdo debe satisfacer. La gente debe quedar con la convicción de que las necesidades de cada cual fueron seriamente consideradas, que ninguna de las partes tomó ventaja de la debilidad de los negociadores para imponer un acuerdo inaceptable; que terceros no interfirieron en la negociación en detrimento de las partes. En otras palabras, para Kelman (1996), la *justicia procedimental* interactúa con la *justicia sustantiva* cuando se trata de la satisfacción/insatisfacción de los pueblos sobre el resultado de la negociación. Dos criterios sirven, según este autor, para evaluar la justicia del acuerdo: igualdad y reciprocidad. En los *workshops* las partes son *iguales* en el sentido que se toman en cuenta las necesidades y miedos de las dos partes y se les da igual peso en las deliberaciones independientemente de las asimetrías por razones morales o de poder en el nivel macro. En el acuerdo hay *reciprocidad* en el sentido que cada parte acepta para el otro lo que querría para sí mismo (Kelman, 1996).

2.3.4 *El marco jurídico de la justicia de transición. Kai Ambos.*

Desde una perspectiva jurídica Ambos (2009) afirma que para establecer lineamientos más o menos precisos para las negociaciones de paz en el marco de la transición es preciso primero determinar los contenidos del elemento justicia en la justicia de transición. Justicia

en este sentido “ha de ser entendido de manera amplia, yendo más allá de la mera justicia penal e incluyendo ciertos elementos clave tales como responsabilidad, equidad (fairness) en la protección y vindicación de derechos y la prevención y el castigo de infracciones” (Ambos, 2009, p.24). Por lo tanto, justicia implica “consideración de los derechos del acusado, de los intereses de las víctimas y del bienestar de la sociedad a largo plazo” (Ambos, 2009, p.28). De este modo, justicia en la justicia de transición supone mucho más que justicia penal retributiva -se asume, de hecho, que la justicia penal no puede ser completamente administrada- u abarca a la justicia restaurativa en cuanto apunta a restaurar o incluso reconstruir la comunidad (en el sentido de justicia “creativa”. En última instancia, la justicia de transición es una justicia de excepción que aspira a cambiar la situación de conflicto o posconflicto “de un peor a un mejor estado” (Ambos, 2009, p.28).

“La experiencia reciente muestra que las exigencias de las víctimas de responsabilidad y justicia con frecuencia, si no siempre, entran en conflicto con los esfuerzos en su mayor parte oficiales” (Ambos, 2009, p.29) por la paz y la reconciliación, ya que, “abstenerse de una persecución penal y/o del castigo es a veces una condición necesaria para la paz y la reconciliación” (Ambos, 2009, p.29), para decirlo sin rodeos, señala Ambos (2009) que “el precio de la paz es a menudo la justicia, o un compromiso entre paz y justicia” (Ambos, 2009, p.29), por lo que “una definición de justicia de transición no toma suficientemente en consideración esa tensión” (Ambos, 2009, p.29). En particular, que la renuncia a la persecución penal realmente contribuya a la reconciliación depende del contenido del concepto. “Un concepto minimalista de reconciliación en el sentido de “coexistencia no letal” es menos exigente que una “comprensión más sustantiva” en el sentido de “reciprocidad democrática” o incluso armonía social” (Ambos, 2009, p.31). Por lo tanto, para Ambos (2009)

Si se adopta un concepto más significativo de reconciliación, no es para nada seguro que el apaciguamiento de los mayores criminales por medio de impunidad conduzca a la reconciliación o incluso a una paz sostenible, por el contrario, en muchos casos la persecución penal puede prometer más para facilitar la reconciliación y la construcción nacional, y hasta puede ser un requisito para la verdadera reconciliación. (p. 31).

En todos los casos, se puede decir que “datos empíricos muestran que la abrumadora mayoría de las víctimas exigen responsabilidad en la forma de persecuciones penales, juicios y castigo, y rechazan la amnistía; cuanto más alto es el grado de victimización, tanto más se exige victimización y castigo” (Ambos, 2009, p.31). A manera de conclusión preliminar, Ambos (2009) afirma que

La cuestión de cómo hacer frente a los crímenes y autores de un antiguo régimen es demasiado difícil y compleja como para darle soluciones fáciles y rápidas. Toda transición es diferente y requiere tomar en consideración las circunstancias concretas de la situación concreta; un análisis puramente jurídico pierde de vista éstas circunstancias en su mayor parte sociopolíticas y la dimensión moral de la justicia en transición. Es crucial encontrar el justo equilibrio entre los valores contrapuestos de paz y justicia tomando en cuenta todos los intereses en juego. (p.33).

Para que no todo dependa de la relación de poder entre las partes negociadoras, Ambos (2009) defiende y postula una base común de normas y estándares internacionales que permita distinguir las medidas que son admisibles de las que no lo son y que permita atender la necesaria complementariedad de la justicia penal internacional ejercida por la CPI y la justicia penal nacional adoptada en tiempos de transición.

Un concepto amplio de justicia cuenta entonces con una gama de medidas para cumplir con un estándar mínimo de justicia que no se limita a la justicia penal. No obstante, el estatuto de Roma afirma “que la persecución de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional” “no deben quedar sin castigo” y que “la persecución efectiva” de estos crímenes “debe ser garantizada”. El estatuto dado en Roma el 17 de julio de 1998 fue aprobado y ratificado por el Estado colombiano el 5 de junio y el 5 de agosto de 2002 respectivamente, y fue aprobado mediante ley 742 de 1942 promulgado en el D.O. 40.015 el 30 de noviembre de 2002 (Congreso de Colombia, 2002). Este estatuto limita enormemente la discreción de los negociadores respecto a exenciones de persecución penal (Ambos, 2009).

En particular los párrafos 5 y 6 del Preámbulo del Estatuto expresan la decisión de poner fin a la impunidad de los crímenes internacionales y contribuir a la prevención de nuevos crímenes, por lo cual es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de este tipo de crímenes (genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra). La persecución devuelve a las víctimas el estatus de ciudadanos, envía el mensaje correcto a los autores y a la sociedad en general y reafirma los valores de una sociedad (Ambos, 2009). Pese a ello, el deber de perseguir es un principio que puede ser derrotado. Desde un punto de vista político, la necesidad práctica de un instrumento de negociación en procesos de paz o reconciliación internos exige un enfoque más flexible (Ambos, 2009). Con respecto a las amnistías, a la luz del Estatuto de Roma, ellas estarían proscritas si son absolutas y podrían ser admisibles si son condicionales o limitadas (Ambos, 2009).

Además del interés de justicia, desde la perspectiva amplia que aquí se ha expresado, las víctimas son titulares de derechos y en particular tienen derecho a la justicia. Estos derechos han sido desarrollados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y reconocidos por el Estatuto de Roma. Aunque esos derechos no se limitan a la justicia penal *strictu sensu*, por

lo cual no se descarta la posibilidad de que operen mecanismos alternativos de justicia, ellos solo pueden complementar y no sustituir la justicia penal. De otra parte las víctimas tienen también derecho a constituirse como parte civil en los procesos (Ambos, 2009).

En síntesis las víctimas tienen derecho a verdad, justicia y reparación. El derecho a la verdad implica esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, es un derecho colectivo de la sociedad y a la vez particular para las víctimas y sus familiares, por ejemplo en el caso de los desaparecidos. El derecho a la justicia es para la Corte Constitucional (2006) aquél que en cada caso concreto proscribe la impunidad (C-370 de 2006), significa que existe

Alguna forma de protección judicial o algún mecanismo de acceso al sistema jurídico del Estado infractor que tiene el deber de investigar, perseguir y sancionar a los responsables; o mediante un foro público alternativo donde la víctima pueda confrontar y desafiar a los autores. (Ambos, 2009, p. 43 – 44).

La reparación en un término genérico que abarca la restitución plena, la compensación, la rehabilitación, la satisfacción y garantías de no repetición y otras medidas a saber, las que tienden al pleno reconocimiento del estatus de víctima, y en el grado que sea posible, el restablecimiento de sus derechos (Ambos, 2009). La renuncia a la persecución penal a cambio de paz y reconciliación plantea para Ambos la cuestión de las alternativas adecuadas que a su juicio deben ofrecer “un camino alternativo serio para tratar con el pasado y como tal tomar en consideración efectivamente los intereses de las víctimas” (Ambos, 2009, p.46).

Respecto a un proceso de paz, especialmente respecto a las negociaciones concernientes al tratamiento de los crímenes cometidos, esto significa que “la voz de las víctimas debe ser oída”, “su participación es indispensable para dar legitimidad a este proceso y hacerlo socialmente aceptable” (Ambos, 2009, p.46). Esta participación para ambos es decisiva para que las medidas contribuyan efectivamente a la reconciliación nacional y para la

reconciliación democrática e institucional. (Ambos, 2009). Como test de verificación de la participación Ambos (2009) plantea como interrogantes si tuvo lugar un proceso de consulta con la sociedad en su conjunto, si se han discutido las medidas públicamente y/o por órganos democráticos (Parlamento), si ha sido posible una discusión abierta y libre, con inclusión de una crítica de las eventuales medidas, si tuvo lugar un referéndum, si tomaron parte expertos y/o negociadores de la ONU (Ambos, 2009). Además de las comisiones de la verdad existen otros mecanismos de justicia alternativos no penales y penales como por ejemplo: restitución, reparación/compensación, rehabilitación y no repetición enfocados en los derechos de las víctimas; lustración, descalificación y purgas, que son procedimientos administrativos y de investigación de antecedentes dirigidos a excluir a cierto grupo de personas de la función pública para facilitar la reforma transicional; desarme, desmovilización y reintegración constituyen procesos colectivos dirigidos a la reintegración de los antiguos grupos armados; formas de justicia tradicional que tomen en cuenta la cultura y tradiciones locales aunque eventualmente pueden colisionar con el principio del debido proceso (Ambos, 2009). Para Ambos (2009), el escenario más probable es una aplicación combinada, dado que las medidas son “complementarias y cada una desempeña un papel particular importante” (Ambos, 2009, p.57).

La admisibilidad de limitaciones al *interés de justicia*, en particular por medio de la abstención de una persecución penal, depende del resultado de la ponderación de los intereses en conflicto -paz y justicia-. Este ejercicio de ponderación desarrollado por el Tribunal Constitucional alemán y desde un punto de vista teórico por Alexy (citado por Ambos, 2009) consiste metodológicamente en un *test de proporcionalidad* en tres etapas: en la primera debe determinarse si la medida en cuestión es *adecuada* para alcanzar el objetivo pretendido, esto es, una transición pacífica o la paz de la sociedad en cuestión. Esto implica un análisis de la seriedad y legitimidad del objetivo declarado, es decir, si la autoridad que ofrece la medida de

exención, persigue real y seriamente este objetivo y no otros planes políticos. En la segunda debe determinarse si la medida es también *necesaria* o indispensable para alcanzar dicho objetivo, esto es, no deben existir otras medidas que sean menos intrusivas para el interés justicia, por ejemplo una amnistía condicionada o una atenuación sustancial del castigo.

Finalmente, debe examinarse la *proporcionalidad* en sentido estricto. Esto significa hacer una ponderación entre la cantidad y cualidad (gravedad) de los actos cubiertos por la medida (aspecto de justicia), y los objetivos que se desean lograr. Para Ambos (2009) existen diversos criterios que limitan la potestad de apreciación de las medidas que pueden ser adoptadas en procura de la paz: a) la limitación *ratione materiae* con respecto a crímenes internacionales nucleares. Dado el deber general de perseguir los crímenes de competencia de la CPI es, en principio, inadmisibles eximirlos de persecución y castigo. b) la limitación *ratione personae* con respecto a los mayores responsables. c) el estadio del procedimiento en que la exención tiene lugar. Cuanto más avanzada se encuentre una investigación o un procedimiento penal, más aceptable será eximir al responsable de castigo, dado que el avance de la investigación permite establecer al menos una parte de la verdad y evitar la plena impunidad. d) alguna forma de responsabilidad (rendición de cuentas, accountability) y/o un procedimiento público (en el que las víctimas puedan confrontarse con los sospechosos) que resulte en la revelación de los hechos (derecho a la verdad) e identifique a los responsables, es decir, los posibles beneficios para los responsables (indultos parciales, atenuación del castigo, etc) presuponen una cooperación efectiva (beneficios por cooperación); de otra forma, la medida constituye una autónoma violación del derecho a un recurso.

Para evaluar la calidad de la forma alternativa de justicia es necesario tomar en cuenta los derechos de las víctimas y que la Comisión de Verdad y Reparación sea efectiva. e) finalmente, deben ser evaluados los efectos políticos, sociales y económicos globales de las

medidas. Es menester preguntarse si ellas contribuyen a lograr una paz estable y duradera, una verdadera reconciliación.

En contextos de procesos de paz es necesario tomar en cuenta el Estatuto de Roma y la jurisdicción de la CPI. El art. 17 del Estatuto de Roma es considerado para algunos como la disposición más delicada en el contexto de la justicia de transición porque intenta lograr un adecuado equilibrio entre el ejercicio soberano de la jurisdicción penal de los Estados y el interés de la comunidad internacional en evitar la impunidad de los crímenes internacionales nucleares, de tal forma que la jurisdicción de la CPI es de *última ratio* (Ambos, 2009). Por consiguiente, la complementariedad debe ser entendida como “jurisdicciones que se amalgaman para formar un todo, para complementarse no para reemplazarse” (Ambos, 2009, p.83).

Tal como lo establece el artículo 17 del Estatuto de Roma, el Fiscal de la CPI debe decidir sobre la admisibilidad de un caso. En la Tabla 1. se identifican las condiciones de inadmisibilidad del caso y las condiciones bajo las cuáles, aun si ellas se presentan, el fiscal debe iniciar la investigación a la luz de lo dispuesto en el Estatuto de Roma.

| Tabla 1. Condiciones de inadmisibilidad de un caso ante la CPI. Excepciones. Art. 17 Estatuto de Roma. | |
|---|---|
| Un caso es inadmisibile cuando... | Salvo... |
| El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él | Que el estado no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o, Que el Estado no puede realmente hacerlo |
| El asunto haya sido objeto de investigación por un Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate | Que la decisión de no incoar la acción penal haya obedecido a que no está dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o, Que el Estado en cuestión no pueda realmente hacerlo |
| La persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia | Que el proceso adelantado por el Estado obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional. Que el proceso adelantado por el Estado no hubiere sido instruido en forma independiente e imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional, o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia. |
| El asunto no sea de gravedad suficiente, para justificar la adopción de otras medidas por la Corte Penal Internacional | |

Elaboración propia

A fin de determinar *si hay o no disposición de actuar* en un asunto determinado, la Corte examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidas por el derecho internacional , si se da una o varias de las siguientes circunstancias según el caso: que el juicio haya estado o esté en marcha o, que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte, que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia, que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia (Ambos, 2009).

A fin de determinar *la incapacidad para investigar o enjuiciar* en un asunto determinado, la Corte examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia, o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios, o no está por otras razones, en condiciones de llevar a cabo el juicio (Ambos, 2009).

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 53 del Estatuto, el fiscal, después de evaluar la información de que disponga, iniciará una investigación, a menos que determine que no existe fundamento razonable para proceder a ella con arreglo al Estatuto. Al decidir si ha de iniciar una investigación, el Fiscal tendrá en cuenta si: La información de que dispone constituye fundamento razonable para creer que se ha cometido o se está cometiendo un crimen de competencia de la Corte, la causa es o sería admisible de conformidad con el artículo 17 del Estatuto, existen razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia teniendo en cuenta todas las circunstancias entre ellas la gravedad del crimen, los intereses de las víctimas, la edad o enfermedad del presunto autor y su participación en el presunto crimen.

Según Stahn (citado por Ambos, 2009), esta prerrogativa del Fiscal debería exigir una serie de condiciones mínimas a saber: que la decisión de no castigar penalmente a los responsables sea una decisión plenamente democrática que ha tenido notables efectos para la consecución de la paz, que las violaciones cometidas hayan salido a la luz pública, que se hubiere reconocido plenamente la responsabilidad criminal de las personas vinculadas, que se hubieren producido actos genuinos de arrepentimiento aparejados de sanciones incluso morales o simbólicas efectivas, que se demuestre la existencia de sistemas de reparación integral a las víctimas, diseñados y puestos en práctica con la amplia y efectiva participación de las víctimas y a los que hubieren concurrido de manera notoria los bienes y recursos de los

responsables, que se hubieren producido reformas institucionales integrales para garantizar la no-repetición y la prevención efectiva de las violaciones cometidas.

Hay según Ambos (2009)

Una fuerte corriente en la doctrina que sostiene que la cláusula del interés de justicia es la puerta de entrada más explícita en el estatuto de la CPI para el reconocimiento de procesos alternativos de reconciliación nacional, incluida la concesión de una amnistía u otras medidas de exención. (p. 101).

Sin embargo, Human Rights Watch (HRW) por ejemplo, adopta un punto de vista más restrictivo, al afirmar que el objeto y fin del estatuto es luchar contra la impunidad y que consideraciones de justicia de transición no pueden ser tomadas en cuenta para que el Fiscal decline el ejercicio de la competencia de la CPI. En sentido contrario, Ambos (2009) considera que la previsión del artículo 53 confiere una potestad discrecional al fiscal más allá de los aspectos técnicos previstos en el artículo 17. Al ejercer dicha discrecionalidad Ambos (2009) diría que el fiscal está autorizado para hacer consideraciones de tipo político. En todo caso el *interés de justicia*, no significa *discreción política ilimitada* (Ambos, 2009), ni es un elemento completamente autónomo, sino que está ligado a los criterios jurídicos mencionados en la disposición, vale decir, gravedad del crimen, intereses de las víctimas, edad o enfermedad del presunto autor y rol del autor del presunto crimen. Finalmente, la Sala de cuestiones preliminares (SCP) tiene confiada la revisión de legalidad de la decisión del Fiscal (Ambos, 2009).

Ambos (2009) señala que la noción de justicia en la cláusula del interés de justicia debe ser interpretada en un sentido amplio, es decir que

No se centra en el caso mismo, ni se limita a la justicia penal, sino que abarca formas alternativas de justicia y supone una evaluación general de la situación

tomando en consideración a la paz y la reconciliación como objetivos supremos de todo proceso de transición. (Ambos, 2009, p. 103).

De igual forma, Ambos (2009) señala que

La mayor parte de la doctrina por ello, hace hincapié en la discreción del fiscal para lograr un equilibrio entre esos intereses; él decidirá caso por caso si la iniciación formal de una investigación o un enjuiciamiento independientemente de la admisibilidad del caso, pondrían en peligro el interés superior de la justicia en sentido amplio. (p. 104)

Además, “la noción de justicia, incluso en sentido amplio, es difícil de conciliar con la total ausencia de justicia” (Ambos, 2009, p. 104). Por lo cual la cláusula del interés de justicia sólo puede ser invocada si las razones que motivan al fiscal para abstenerse de investigar o enjuiciar sirve realmente a ese interés de justicia (Ambos, 2009).

En este sentido, el Fiscal podrá reconsiderar en cualquier momento su decisión de iniciar una investigación o enjuiciamiento sobre la base de nuevo hechos o nuevas informaciones.

El análisis precedente muestra para Ambos (2009), que la admisibilidad de un caso, en el evento de medidas que no llegan a ser plenas exenciones, depende de las condiciones y del contenido específico de la medida. Por ejemplo, una considerable atenuación condicional del castigo en el curso de un acuerdo de paz cumplirían con los requisitos del artículo 17, porque tanto el requisito de la investigación como la del enjuiciamiento estarían seguramente satisfechos. El régimen de condicionalidades establecido por la Corte Constitucional también coadyuvaría a considerar que se cumplen los supuestos previstos en el artículo 17.

Finalmente, el artículo 16 del Estatuto autoriza al Consejo de Seguridad a suspender una investigación o enjuiciamiento en base en una resolución fundada en los artículos 39 y 40 del capítulo VII de la Carta de la ONU, esto es, para prevenir una situación identificada como una amenaza o un quiebre de la paz.

Capítulo 3: Reconstrucción del proceso de diseño institucional de la Jurisdicción

Especial para la Paz 2012 - 2018

La Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), es uno de los elementos del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No repetición creados por el Estado colombiano en cumplimiento del acuerdo de paz suscrito entre el Gobierno Nacional y las FARC-EP para reparar los derechos de las víctimas del prolongado conflicto armado interno. El acto legislativo 1 de 2017 (Congreso de la República de Colombia, 2017) la define como una jurisdicción nacional ad-hoc a la que se atribuye competencia para conocer de manera transitoria, autónoma y preferente de las conductas consideradas graves infracciones al DIH o graves violaciones a los Derechos Humanos cometidas por quienes participaron en el conflicto armado con anterioridad al 1 de diciembre de 2016, por causa, con ocasión, o en relación directa o indirecta con dicho conflicto.

3.1 Víctimas en la agenda, declaración de principios, documentos e hitos del proceso

Como resultado de un proceso negociado, la Jurisdicción Especial para la Paz debió recorrer durante cinco años un tortuoso camino en el que los más diversos actores (Gobierno Nacional, FARC-EP, sociedad civil, partidos políticos, organizaciones nacionales e internacionales no gubernamentales, el Congreso de la República, la Corte Constitucional y las víctimas del conflicto), participaron de manera más o menos protagónica en su diseño. Las decisiones de estos actores quedaron consignadas en diferentes documentos que fueron seleccionados teniendo en cuenta el criterio de relevancia (Flick, 2007). El primero de ellos es la agenda de las conversaciones que incluye el punto cinco sobre víctimas del conflicto publicada el 26 de agosto de 2012 (Acuerdo General, 2012). Inicialmente, la JEP no fue expresamente incluida en la hoja de ruta del proceso de paz suscrita por los negociadores del Gobierno Colombiano y de las FARC-EP. En ése momento se acordó que los derechos

humanos y la verdad configurarían el eje de la discusión en relación con el compromiso de resarcir a las víctimas (Acuerdo General, 2012). Se aprecia que desde los inicios de las conversaciones los negociadores de las FARC centraron su atención en la verdad como forma de reparación a las víctimas descartando cualquier forma de reparación en instancia judicial.

Transcurrieron casi dos años para que los negociadores de las partes abordaran este punto que revestía la mayor complejidad por la reticencia de las FARC-EP a aceptar algún mecanismo judicial para el esclarecimiento de los hechos y de las responsabilidades y para el restablecimiento de los derechos de las víctimas. El resultado en primera vuelta de las elecciones presidenciales del 25 de mayo de 2014, adverso a la candidatura a la Presidencia de Juan Manuel Santos para el periodo 2014 - 2018, fue el detonante que puso en evidencia las implicaciones de los tiempos de la negociación para el éxito o el fracaso del proceso por la posibilidad de que un partido político como el Centro Democrático, francamente opuesto al proceso de paz, pudiese acceder al poder. En un breve lapso de 15 días era importante enviar un mensaje claro a los electores sobre la intención seria de las FARC-EP de reconocer su responsabilidad por los daños infligidos a las víctimas del conflicto y la necesidad de satisfacer sus derechos.

En este ambiente electoral, los negociadores de las partes llegaron a un acuerdo sobre los principios que iluminarían la discusión sobre las víctimas del conflicto: reconocimiento de las víctimas, reconocimiento de responsabilidad, satisfacción de los derechos de las víctimas, participación de las víctimas, esclarecimiento de la verdad, reparación de las víctimas, garantías de protección y seguridad, garantía de no repetición, principio de reconciliación y enfoque de derechos. En lo referido a la satisfacción de los derechos de las víctimas los negociadores expresan que “se trata de ponernos de acuerdo acerca de cómo deberán ser satisfechos de la mejor manera en el marco del fin del conflicto” (Declaración de principios, 2014). Ésta declaración, publicada el 7 de junio de 2014, pone en evidencia que aún no se

abría el camino para el establecimiento de un mecanismo judicial de justicia para las víctimas aunque se afirmara que sus derechos “no eran negociables” (Declaración de Principios, 2014). En ésta misma declaración, los negociadores convinieron solicitar a la oficina de la ONU en Colombia y al Centro de Pensamiento y Seguimiento al Diálogo de Paz de la Universidad Nacional que organizara tres foros regionales en Villavicencio, Barranquilla, Barrancabermeja y un foro nacional en Cali sobre el punto de víctimas del Acuerdo General (Declaración de Principios, punto 2. Literal b. 2014), y convinieron también recibir una primera delegación de víctimas para que presentara sus propuestas y expectativas sobre la construcción de paz en los territorios y sobre la satisfacción de sus derechos a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición. Ésta delegación estaría compuesta de tal forma que se asegurara la representación plural y equilibrada de las distintas víctimas, así como los distintos hechos victimizantes (Declaración de Principios, punto 2. Literal c. 2014).

Superada la crisis política en virtud del triunfo de Juan Manuel Santos en la segunda vuelta de elección presidencial el 15 de junio de 2014 con una mayoría del 50.98% de los votos de los electores, el curso de la conversaciones en la Habana tomó un nuevo ritmo. Se realizaron de foros regionales bajo la coordinación de la Universidad Nacional que se sumaron a los adelantados por la Comisión de Paz del Congreso de la República.

Las delegaciones acudieron a La Habana (Cuba) entre agosto y octubre de 2014 impactando la dinámica de las discusiones y de los acuerdos a los que llegaron las partes. Se evidenció la necesidad de que las víctimas participaran en la elaboración y diseño de los mecanismos de justicia transicional, la necesidad de establecer un equilibrio entre justicia y paz habida cuenta que, según lo expresa una de las víctimas que acudió a la Habana *el nivel de justicia no puede ser tan bajo, que incluso deteriore la dignidad de las víctimas* (Brett, 2017). En el mismo documento las víctimas reclaman que el sistema de justicia transicional incluya un proceso de judicialización y penas alternativas para que sea legítimo y de manera

enfática reclaman verdad y no repetición (Brett, 2017). Según Roux (citado por Brett, 2017) “la llegada de las víctimas a la Habana, produjo un salto cualitativo en el proceso, lo transformó” (p.7)

Los foros regionales organizados por la Universidad Nacional de Colombia y Naciones Unidas con la participación de víctimas del conflicto se realizaron durante los meses de junio y julio de 2014. Las propuestas de los participantes en estos foros y de las delegaciones que acudieron a la Habana encontraron receptividad en la mesa de conversaciones, en particular en lo referido a la creación de una Jurisdicción Especial a la que inicialmente se oponían los negociadores de las FARC-EP.

El 20 de diciembre de 2014 las FARC-EP decidieron el primer cese unilateral de fuego indefinido pero éste fue suspendido el 22 de mayo de 2015 tras un ataque militar. El 20 de julio de 2015 el Secretariado de las FARC-EP ordenó un segundo cese al fuego unilateral indefinido. Pese a las vicisitudes derivadas de la dinámica del conflicto, la versión escrita del acuerdo sobre el Sistema Integral que incluye la creación de la JEP, fue publicada el 15 de diciembre de 2015 (Borrador Conjunto Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto, 2015). A partir de esa fecha y hasta agosto de 2016 los negociadores de las partes discutieron los aspectos relacionados con los puntos faltantes de la agenda, y fundamentalmente lo referido a la dejación de armas y la reintegración a la vida civil de los alzados en armas.

El borrador publicado el 15 de diciembre de 2015 fue incorporado al texto del Acuerdo Final publicado el 24 de agosto de 2016 (Acuerdo Final, 2016). En cumplimiento de lo previsto en la agenda acordada por las partes, el Presidente de la República, mediante decreto 1391 de 30 de agosto de 2016 (Presidencia de la República de Colombia, 2016), convocó un plebiscito para que el pueblo se pronunciara sobre el Acuerdo el 2 de octubre de ese año. En medio de una profunda polarización política y social con la participación de 13.066.047 de

ciudadanos, el plebiscito tuvo como resultado un 49,78% de los electores que votó SI y un 50,21% votó NO (Registraduría Nacional de Colombia, 2016).

Éste golpe de gracia al proceso fue hábilmente sorteado por el Presidente Santos quien convocó a los actores y movimientos políticos promotores del NO al Acuerdo de Paz a un diálogo constructivo que permitiera avanzar en la implementación de los acuerdos.

En ese contexto el Senador del Centro Democrático, Álvaro Uribe Vélez, propuso que se suprimiera en el Acuerdo la creación de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), y en cambio se creara un sistema de justicia transicional dentro de la justicia ordinaria, la amnistía para los guerrilleros rasos y penas de 5 a 8 años de privación efectiva de la libertad si hubiere reconocimiento de responsabilidad y entre 15 y 20 años de prisión en caso de ausencia de reconocimiento de responsabilidad de los máximos responsables de crímenes internacionales. La ex - candidata a la Presidencia Martha Lucía Ramírez por su parte, propuso la creación de una Sala Especial de Paz en la Corte Suprema de Justicia y penas de reclusión de 6 a 10 años en colonias agrícolas y de 3 a 5 años en caso de reconocimiento de la verdad y reparación a las víctimas; el ex Presidente Andrés Pastrana propuso la creación de la Jurisdicción Especial para la Paz, pero un límite en el tiempo de dos años para comenzar los procesos. También propuso que la Justicia Especial para la Paz estuviera articulada con la Jurisdicción Ordinaria mediante dos mecanismos: una última instancia que estuviera a cargo de una sala especial de la Corte Suprema de Justicia, que las decisiones de tutela fueran revisadas por la Corte Constitucional, que todos los jueces de la justicia transicional fueran nacionales, que los responsables de delitos de lesa humanidad no pagaran sus delitos en cárceles, pero que cumplieran sus penas con restricción de la movilidad y monitoreo del Estado en “zonas rurales de transición” definidas geográficamente. Excepcionalmente, las penas podrían ser cumplidas en el exterior (El Tiempo, 2016).

La ciudadanía por su parte se movilizó para apoyar el acuerdo. Por ejemplo el 5 de octubre de 2016, después de una multitudinaria concentración, un grupo de 20 personas instaló carpas en la Plaza de Bolívar para pedir al Gobierno y a la oposición llegar a un consenso que permitiera salvar el proceso de paz (El Tiempo, 2016).

Los negociadores del Gobierno en la Habana lograron que las FARC-EP aceptaran hacer modificaciones que tomaron en cuenta algunas sugerencias y propuestas de las víctimas, las organizaciones sociales, las Altas Cortes -en particular la Corte Suprema de Justicia- y los partidos políticos adversos al proceso de paz. Un nuevo acuerdo fue suscrito entre el Gobierno Nacional y las FARC-EP el 24 de noviembre de 2016 en el Teatro Colón en Bogotá (Nuevo Acuerdo Final, 2016), y refrendado por el Congreso de Colombia el 29 de noviembre de ese mismo año (El Tiempo, 2016). El 4 de abril de 2017 la Jurisdicción Especial para la Paz se constitucionalizó mediante el Acto Legislativo 1 de 2017 (Acto legislativo 1, 2017). El 14 de noviembre de 2017 la Corte Constitucional produjo la sentencia C-674 de 2017 que declaró la constitucionalidad de la mayor parte del articulado del Acto Legislativo y la exequibilidad condicionada de algunas de sus disposiciones (Corte Constitucional de Colombia, 2017). El 28 de noviembre de 2017 el Congreso de la República de Colombia aprobó la ley estatutaria de la Jurisdicción Especial para la Paz declarada exequible en buena parte del articulado por la Corte Constitucional (Corte Constitucional de Colombia, 2018).

Ese mismo año fue aprobado el Acto Legislativo 2 de 2017 (Acto Legislativo 2, 2017), adoptado con la finalidad de dar estabilidad y seguridad jurídica al acuerdo final para la terminación del conflicto declarado exequible mediante sentencia C-630 de 2017 (Corte Constitucional de Colombia, 2017).

Una síntesis de cada uno de los documentos seleccionados permite comprender los cambios que se fueron produciendo en relación con las soluciones frente a los crímenes

cometidos durante el conflicto y los derechos de las víctimas. El resultado de éste trabajo se recoge en la Tabla 2.

Tabla 2.**Revisión diacrónica de documentos del Proceso de Paz 2012 - 2018. Punto 5 de la Agenda de Conversaciones. Víctimas del conflicto.**

| Hitos | Contenido de las decisiones de las partes en la Mesa de Conversaciones y de otros actores relevantes en relación con la creación de un mecanismo de justicia transicional para resarcir a las víctimas del conflicto |
|--|---|
| Agenda de Conversaciones. La Habana, 26/08/2012 (Acuerdo General, 2012) | El punto 5 de la agenda se refiere expresamente a las víctimas. Se expresa que ellas constituyen un aspecto central del acuerdo así como el compromiso de resarcirlas. En ese sentido se acuerda tratar dos temas: derechos humanos de las víctimas y verdad. En la definición de la hoja de ruta del proceso de paz, todavía no se vislumbra la intención de crear algún mecanismo jurisdiccional para garantizar los derechos de las víctimas. |
| 2. Declaración de principios para la discusión del punto 5 de la agenda: víctimas. La Habana. 07/06/2014 (Declaración de principios, 2014) | Las partes reconocen que las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al DIH tienen derecho a la verdad, la justicia, la reparación y a las garantías de no repetición. Declaran que la discusión del punto 5 estará enmarcada en los siguientes principios: reconocimiento de las víctimas, reconocimiento de responsabilidad, satisfacción de los derechos de las víctimas, participación de las víctimas, esclarecimiento de la verdad, reparación de las víctimas, garantías de protección y seguridad, garantía de no repetición, principio de reconciliación y enfoque de derechos. |
| Informe preliminar de las mesas de trabajo. Foro regional sobre las víctimas. Villavicencio. Julio 4 y 5 de 2014. (PNUD y Universidad Nacional, 2014) | Registra el informe una participación en el foro de 528 personas de los Departamentos de Meta, Caquetá, Guaviare, Vichada, Guainía, Vaupés, Amazonas, Casanare, Cundinamarca y Bogotá. El informe señala que en relación con el reconocimiento de responsabilidad los participantes plantearon la necesidad que se dé un reconocimiento público por parte de todos los actores de sus responsabilidades en las violaciones a los derechos humanos, crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos, que facilite el esclarecimiento de los crímenes cometidos, las víctimas generadas, la reparación integral de las mismas y se supere la impunidad presente en estos delitos. |
| | Expresa el informe que a juicio de las víctimas, ese proceso debería incluir la petición de perdón por parte de todos los actores así como la reparación integral de todas las víctimas, en particular por la comisión de delitos contra las mujeres, niños y niñas, adolescentes, e indígenas. |
| | Demandan también el reconocimiento de responsabilidad de actores no armados incluidos actores internacionales como empresas multinacionales y gobiernos extranjeros, así como el reconocimiento de responsabilidad del Estado en el caso de personas detenidas, heridas y asesinadas en el marco de las movilizaciones sociales. Se consigna en el informe que los participantes hicieron propuestas relacionadas con diferentes tipos de mecanismos o tribunales de diferente índole que se encarguen de la investigación de las violaciones cometidas por parte de todos los actores armados. |

(continua)

Tabla 2. Revisión diacrónica de documentos del Proceso de Paz 2012 - 2018. Punto 5 de la Agenda de Conversaciones. Víctimas del conflicto. (continuación)

| | |
|---|---|
| <p>Hitos</p> | <p>Contenido de las decisiones de las partes en la Mesa de Conversaciones y de otros actores relevantes en relación con la creación de un mecanismo de justicia transicional para resarcir a las víctimas del conflicto</p> <p>Al reiterar su preocupación por la impunidad se informa que algunos propusieron la constitución de una jurisdicción penal especial para crímenes internacionales integrada por jueces especializados y salas especiales de la Corte Suprema de Justicia o tribunales que se ocupen de atender graves violaciones a los derechos humanos, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. En este sentido, expresa el informe que los participantes consideran relevante dar celeridad a las investigaciones que recaen sobre responsables de graves violaciones a los derechos humanos y difundir sus resultados ampliamente.</p> <p>Por otra parte dice reseña el informe que se propone que las FARC-EP reconozcan las violaciones a los derechos humanos, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra cometidos contra la población civil y miembros de la fuerza pública. De acuerdo con el informe los participantes también expresaron la necesidad de depurar y modificar la estructura de las fuerzas armadas, para prevenir que ocurran nuevas violaciones de derechos humanos.</p> <p>Por ejemplo se señaló que las fuerzas armadas deben pronunciarse sobre los falsos positivos, desapariciones y masacres. Se hicieron propuestas para que el Estado haga reconocimiento de responsabilidades en relación con el genocidio de la Unión Patriótica. En relación con la desaparición forzada se hicieron propuestas para que Estado y guerrilla reconozcan responsabilidad en esos hechos, den información sobre el paradero de las víctimas, entreguen sus restos y la ubicación de los lugares de inhumación. Dice el informe que se expresó la necesidad de que las FARC-EP reconozca su responsabilidad en el despojo y expropiación de tierras. La Sociedad de Agricultores de Colombia (SAC) expresó que considera que los actores armados deben pagar con privación de la libertad, así como confiscación y extinción de sus bienes.</p> <p>Según el informe varios participantes consideran que los derechos de las víctimas deben ser satisfechos mediante propuestas realizadas por ellas mismas y que sea cual sea el proceso de justicia transicional necesita contar con una participación decisiva de las víctimas, debido a las vulneraciones sufridas en el marco del conflicto armado. Finalmente los participantes reclaman participación de algunas delegaciones representativas de las víctimas en la Mesa de la Habana.</p> |
| <p>Informe General de las Mesas de Trabajo. Foro Regional sobre las víctimas – Barrancabermeja Julio 11 y 12 de julio de 2014. (PNUD y Universidad Nacional, 2014)</p> | <p>En el foro se registró una participación de 437 personas de los departamentos de Antioquia, Norte de Santander, Santander, Arauca, Boyacá, Bolívar y Cesar.</p> <p>Según el informe los participantes señalaron que tanto el Estado como la guerrilla deben reconocer su responsabilidad en la victimización de los ciudadanos y responder por sus acciones. Igualmente afirma que se presentaron propuestas que reclaman que las FARC-EP reconozcan como víctimas a los miembros de la fuerza pública que fueron asesinados fuera del servicio o en condiciones de absoluta indefensión en el desarrollo de ataques terroristas.</p> |

(continua)

Tabla 2. Revisión diacrónica de documentos del Proceso de Paz 2012 - 2018. Punto 5 de la Agenda de Conversaciones. Víctimas del conflicto. (continuación)

| Hitos | Contenido de las decisiones de las partes en la Mesa de Conversaciones y de otros actores relevantes en relación con la creación de un mecanismo de justicia transicional para resarcir a las víctimas del conflicto |
|---|---|
| <p>Informe General de las Mesas de Trabajo. Foro Regional sobre las víctimas – Universidad Nacional – Naciones Unidas en Colombia Barranquilla Julio 17 y 18 de 2014 (PNUD y Universidad Nacional, 2014)</p> | <p>Igualmente se reclama que las FARC-EP liberen a los secuestrados, revelen la ubicación de las víctimas de secuestro y desaparición y señalen el lugar de ubicación de las fosas comunes para entregar los cuerpos a las familias. Se informa que los participantes solicitan que se establezca la responsabilidad de terceros como terratenientes, ganaderos, empresarios, comerciantes y empresas transnacionales que financiaron grupos armados.</p> |
| | <p>Para el caso de las empresas transnacionales se recomienda prohibirles desarrollar negocios en el territorio nacional y exigirles indemnización económica para la reparación integral de las víctimas; en el caso de los servidores del estado, inhabilitarlos de por vida para el desempeño de cargos públicos; en el caso de una persona del común, prohibirle radicarse en las regiones en donde habitan sus víctimas.</p> |
| | <p>En el caso de las empresas petroleras transnacionales se solicita que se sanciones judicialmente a estas empresas si se prueba su responsabilidad.</p> |
| | <p>Igualmente se recomienda desmontar fueros especiales constitucionales para altos dignatarios del Estado y para los militares.</p> |
| | <p>Los participantes reclaman el derecho de participación en la mesa de la Habana. Por lo demás los participantes coinciden con las propuestas recogidas en el Foro Regional de Villavicencio.</p> |
| <p>En general coinciden los participantes con lo expresado en los foros de Villavicencio y Barrancabermeja a propósito del reconocimiento de responsabilidad por los crímenes cometidos.</p> | |
| <p>En particular consideran necesario que el Estado debería reconocer su responsabilidad por crímenes como la detención arbitraria, desaparición y desplazamiento forzado y violencia contra la mujer, las poblaciones indígenas y los afrodescendientes. Destacan el rol de la Corte Penal internacional y proponen dejar en manos de tribunales internacionales el juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra.</p> | |
| <p>En particular, se señala en el informe que algunos participantes consideran que las FARC-EP deben reconocer su responsabilidad en violaciones al DIH y el derecho internacional de los derechos humanos al utilizar artefactos no convencionales en contra de la población civil, miembros de la fuerza pública, secuestro y reclutamiento de niños.</p> | |
| <p>Algunos participantes proponen que las FARC-EP reconozcan la comisión de delitos como secuestro, extorsión, siembra de minas antipersonales, destrucción del ambiente, despojo de bienes y tierras entre otros. Advierte el informe que se propuso la creación de un marco jurídico soberano que no intercambie impunidades, que dé garantías de verdad, justicia, reparación y no repetición, sin que sea un obstáculo para la paz. Se reclama el derecho a la justicia de las víctimas. (continua)</p> | |

Tabla 2. Revisión diacrónica de documentos del Proceso de Paz 2012 - 2018. Punto 5 de la Agenda de Conversaciones. Víctimas del conflicto. (continuación)

| | |
|---|--|
| <p>Hitos</p> | <p>Contenido de las decisiones de las partes en la Mesa de Conversaciones y de otros actores relevantes en relación con la creación de un mecanismo de justicia transicional para resarcir a las víctimas del conflicto</p> <p>Se sugirió al respecto un tribunal de justicia para castigar los crímenes cometidos por el Estado, las guerrillas y todos los actores responsables de violaciones cometidas en el marco del conflicto.</p> <p>El informe registra que para los participantes es relevante tener un papel decisorio y no solo consultivo en el proceso de paz y en la formulación de políticas públicas.</p> <p>En relación con el proceso de paz sugirieron que se garantice la implementación de mecanismos de participación desde los diálogos en La Habana hasta la refrendación y seguimiento de los acuerdos. En relación con la participación en la mesa de conversaciones se propuso que sea equitativa en términos regionales, así como entre víctimas del Estado y de las FARC con énfasis en la importancia de la participación de jóvenes y organizaciones de mujeres víctimas de violencia sexual.</p> |
| <p>Informe General de las Mesas de Trabajo. Foro Nacional sobre las víctimas – Cali. Agosto 3 a 5 de 2014. (PNUD y Universidad Nacional, 2014)</p> | <p>El informe registra la participación de 1475 personas de los 32 departamentos del país, víctimas de diferentes hechos victimizantes. Señala el informe que los asistentes exigen el reconocimiento de responsabilidades por parte de todos los actores armados legales e ilegales, y de terceros que participaron y participan en el desarrollo del conflicto armado y que incurrieron e incurrirán de manera sistemática y recurrente en la violación de los derechos humanos y en infracciones al DIH.</p> <p>Del Estado colombiano se solicita que se haga responsable por omisión en el deber de salvaguardar los derechos de las personas y por acción por los falsos positivos, participación en el origen de los grupos paramilitares y su connivencia con estos en la comisión de masacres, despojos y desplazamiento forzado de la población. Se le exige a las FARC-EP que reconozcan todo el repertorio de violaciones de los derechos humanos en los territorios sobre las poblaciones en las que hacen presencia.</p> <p>Solicitan que las FARC-EP reconozcan su responsabilidad en los casos de secuestro extorsivo, secuestro político, infracciones al DIH, tomas guerrilleras que afectan a la población civil, afectaciones a la infraestructura, reclutamiento forzado de niños y jóvenes, en los delitos sexuales, en la siembra y uso de artefactos explosivos prohibidos, en el desplazamiento y despojo de tierras y bienes de la población.</p> <p>Se exige a las FARC-EP que den razón por los secuestrados civiles o militares en cautiverio. Se exige al Estado colombiano y a las FARC-EP que reconozcan su responsabilidad por tratos crueles, tortura, ejecuciones extrajudiciales y crímenes de guerra que han dejado en condición de víctimas a soldados, policías, guerrilleros y familias de éstos.</p> |

(continúa)

Tabla 2. Revisión diacrónica de documentos del Proceso de Paz 2012 - 2018. Punto 5 de la Agenda de Conversaciones. Víctimas del conflicto. (continuación)

| | |
|--|--|
| <p>Hitos</p> | <p>Contenido de las decisiones de las partes en la Mesa de Conversaciones y de otros actores relevantes en relación con la creación de un mecanismo de justicia transicional para resarcir a las víctimas del conflicto</p> <p>Igualmente registra el informe que los participantes en el foro reclaman que los partidos, gremios económicos nacionales y transnacionales del sector minero y energético, ganaderos, palmicultores, empresarios agrarios e industriales, reconozcan su responsabilidad en el desarrollo y escalamiento del conflicto armado y se comprometan a poner de su parte para alcanzar la paz con justicia social y a pedir perdón a las víctimas de los grupos que financiaron bajo presión o voluntariamente.</p> <p>En materia de justicia frente a los responsables, señala el informe que los participantes proponen conformar un Tribunal Especial para juzgar graves violaciones a los derechos humanos, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, con tratamiento diferenciado según el actor victimizante. Según el informe, consideran los participantes en el Foro que este tribunal u otro mecanismo o tribunal de justicia transicional y restaurativa con participación de víctimas, debe tener dentro de sus funciones investigar y sancionar a agentes del Estado o a miembros de la guerrilla y revisar todos los fallos y procesos de personas privadas de su libertad. Se registra en el informe que sugieren también conceder amnistías a los alzados en armas por delitos políticos y conexos cometidos durante el conflicto, con excepción de graves violaciones a los derechos humanos, crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra. El informe señala que para los participantes es importante contar con más información acerca del proceso de negociación y de los avances. Igualmente que las víctimas tengan mayor contacto con la mesa de diálogo de la Habana.</p> |
| <p>Sistematización de la participación de las Delegaciones de víctimas que acudieron a la Habana. Agosto, Septiembre y Octubre de 2014. (Brett, 2017)</p> | <p>Es un muy breve apartado del documento de sistematización de ésta experiencia publicado por el PNUD (Brett 2017) se consignan las propuestas de las víctimas en relación con la justicia como elemento relevante para la construcción de la paz. Puntualmente se expresa que la gran mayoría de las personas intervinientes exigieron justicia y que se tomen medidas de sanción, lo cual no significó necesariamente que solicitaran la aplicación de cárcel para los victimarios, pero si la necesidad de satisfacción plena de los otros derechos y la seguridad que los hechos victimizantes no sucederán nuevamente. El testimonio de Leyner Palacios una de las víctimas que acudió a la Habana es elocuente: <i>“la justicia que nosotros las víctimas buscamos, no es una justicia que obstaculice el proceso de paz. Yo pienso que la paz tiene que ser superior a las ansias de justicia. Sin embargo pues también, hay que mantener un pequeño equilibrio, no podemos llegar a un nivel de justicia tan bajo, que incluso deteriore la dignidad de las víctimas. En esencia la justicia tiene que ser una justicia restaurativa”</i>.(Palacios citado por Brett, 2017)</p> <p style="text-align: right;">(continúa)</p> |

Tabla 2. Revisión diacrónica de documentos del Proceso de Paz 2012 - 2018. Punto 5 de la Agenda de Conversaciones. Víctimas del conflicto. (continuación)

| Hitos | Contenido de las decisiones de las partes en la Mesa de Conversaciones y de otros actores relevantes en relación con la creación de un mecanismo de justicia transicional para resarcir a las víctimas del conflicto |
|--|---|
| <p>2. Borrador Acuerdo sobre víctimas. La Habana. 15/12/2015 (Borrador de acuerdo sobre víctimas, 2015)</p> | <p>Se expresa el compromiso de las partes con la satisfacción del derecho de las víctimas a la justicia. Se acuerda crear la Jurisdicción Especial para la Paz como elemento del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición. El Acuerdo impone a los magistrados de las salas y secciones el deber de imparcialidad, independencia, garantías del debido proceso, prohibición de revictimización y deber de debido apoyo a las víctimas conforme a lo establecido en los estándares internacionales pertinentes.</p> <p>El reconocimiento de verdad y responsabilidad se puede efectuar en Audiencia Pública, en presencia de las organizaciones de víctimas invitadas por la Sala, sin perjuicio de que dicho reconocimiento se realice por escrito.</p> <p>Así mismo se asigna competencia a la Sala para recibir informes de las organizaciones de víctimas y de derechos humanos colombianas, relativos a las conductas cometidas con ocasión del conflicto armado.</p> <p>Recibidos los informes, estas organizaciones pueden ser requeridas por la Sala para que informen respecto de hechos sobre los cuales no se cuente con información suficiente.</p> <p>Cuando no haya reconocimiento individual o colectivo de responsabilidad, corresponde a la Unidad de Investigación y Acusación satisfacer el derecho a la justicia de las víctimas, en ausencia de reconocimiento individual o colectivo de responsabilidad y decidir las medidas de protección para ellas.</p> <p>En cuanto a las sanciones, el Acuerdo les asigna una función restaurativa y reparadora del daño causado, encaminada a satisfacer los derechos de las víctimas. Para establecerlas el Tribunal debe tener en cuenta los siguientes criterios: el grado de verdad otorgado por la persona, la gravedad de la conducta, el nivel de participación y responsabilidad y los compromisos en materia de reparación a las víctimas y garantías de no repetición.</p> <p>Cuando las sanciones consistan en la ejecución de obras o trabajos restaurativos o reparadores, se prevé el establecimiento de 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 oponen al mismo.</p> <p>El mecanismo de consulta debe ser aprobado por la Sala y se debe ejecutar bajo su supervisión. El Acuerdo prevé que las víctimas, si lo creen conveniente, comuniquen al Tribunal su opinión sobre el programa propuesto. Es el Tribunal el que decide autónomamente sobre el proyecto.</p> |
| <p>3. Acuerdo Final. La Habana. 24/08/2016</p> | <p>Lo acordado en el borrador del acuerdo sobre víctimas el 15 de diciembre de 2015 se incorporó en el Acuerdo Final suscrito el 24 de agosto de 2016.</p> |
| <p>4. Plebiscito Nacional sobre el Acuerdo de Paz 02/10/2016</p> | <p>El acuerdo fue sometido a pronunciamiento popular mediante el plebiscito convocado por el Presidente de la República mediante decreto 1391 de 30 de agosto de 2016. El plebiscito realizado el 2 de octubre de ese año, con la participación de 13.066.047 ciudadanos, tuvo como resultado un 49,78% de votantes que se pronunció por el SI y un 50,21% se pronunció por el NO.</p> |

(continua)

Tabla 2. Revisión diacrónica de documentos del Proceso de Paz 2012 - 2018. Punto 5 de la Agenda de Conversaciones. Víctimas del conflicto. (continuación)

| Hitos | Contenido de las decisiones de las partes en la Mesa de Conversaciones y de otros actores relevantes en relación con la creación de un mecanismo de justicia transicional para resarcir a las víctimas del conflicto |
|---|---|
| 5. Nuevo Acuerdo Final. Bogotá. 12/11/2016 (Nuevo Acuerdo Final, 2016) | En este nuevo acuerdo se destacan los siguientes aspectos que son novedosos: que las víctimas sean oídas en los supuestos de priorización y selección de casos, que la concesión de amnistías e indultos no extinga el derecho de las víctimas a recibir reparación, la posibilidad de participación de las víctimas en las audiencias públicas en los juicios contradictorios en ausencia de reconocimiento de verdad y responsabilidad, la reparación material de las víctimas con los bienes y activos de las FARC. |
| 6. Refrendación del Acuerdo por el Congreso 29/11/2016 | Con 130 votos a favor en la Cámara de Representantes y cero votos en contra. 75 votos a favor en el Senado de la república y 0 votos en contra, el Congreso de la República refrendó el Acuerdo de Paz suscrito el 24 de noviembre de 2016 en el Teatro Colón (Bogotá). |
| 5. Creación de la Jurisdicción Especial para la paz. Acto Legislativo 1 de 2017 04/04/2017. (Acto Legislativo 1, 2017) | <p>El Acto Legislativo 1 de 2017 establece que los distintos mecanismos y medidas de verdad, justicia, reparación y no repetición, en tanto parte de un sistema que busca una respuesta integral a las víctimas, no pueden entenderse de manera aislada. Estarán interconectados a través de <i>relaciones de condicionalidad y de incentivos</i> para <i>acceder y mantener</i> cualquier tratamiento especial de justicia, siempre fundados en el reconocimiento de verdad y responsabilidades.</p> <p>El cumplimiento de estas condicionalidades será verificado por la Jurisdicción Especial para la Paz. Los objetivos de la JEP son satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia; ofrecer verdad a la sociedad colombiana; proteger los derechos de las víctimas; contribuir al logro de una paz estable y duradera; y adoptar decisiones que otorguen plena seguridad jurídica a quienes participaron de manera directa o indirecta en el conflicto armado interno mediante la comisión de las mencionadas conductas.</p> <p>Para acceder al tratamiento especial previsto en el componente de Justicia del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR) es necesario aportar verdad plena, reparar a las víctimas y garantizar la no repetición. La ley estatutaria debe establecer mecanismos de participación de las víctimas en las actuaciones que se surten ante la JEP.</p> <p>Las sanciones que imponga la JEP tendrán como finalidad esencial satisfacer los derechos de las víctimas y consolidar la paz. Deberán tener la mayor función restaurativa y reparadora del daño causado, siempre en relación con el grado de reconocimiento de verdad y responsabilidad. Las sanciones podrán ser propias, alternativas u ordinarias y en todos los casos se impondrán en los términos previstos en los numerales 60, 61, 62 y en el listado de sanciones del sub-punto 5.1.2 del Acuerdo Final (art. 13)</p> <p>El Estado colombiano garantiza el derecho a la reparación a las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al DIH que hayan sufrido daños individual o colectivamente con ocasión del conflicto armado. (art. 18).</p> |

(continua)

Tabla 2. Revisión diacrónica de documentos del Proceso de Paz 2012 - 2018. Punto 5 de la Agenda de Conversaciones. Víctimas del conflicto. (continuación)

| Hitos | Contenido de las decisiones de las partes en la Mesa de Conversaciones y de otros actores relevantes en relación con la creación de un mecanismo de justicia transicional para resarcir a las víctimas del conflicto |
|---|--|
| <p>7. Pronunciamiento de la Corte Constitucional sobre el A.L. 1 de 2017. Sentencia C-674 de 2017 14/11/2017 (Corte Constitucional de Colombia, 2017).</p> | <p>En ésta sentencia la Corte Constitucional señala que uno de los paradigmas orientadores de la Jurisdicción Especial para la Paz será la aplicación de una justicia restaurativa que preferentemente busca la restauración del daño causado y la reparación de las víctimas afectadas por el conflicto, especialmente para acabar la situación de exclusión social que les haya provocado la victimización. La justicia restaurativa atiende prioritariamente las necesidades y la dignidad de las víctimas y se aplica con un enfoque integral que garantiza la justicia, la verdad y la no repetición de lo ocurrido. La Corte Constitucional declara la exequibilidad parcial del Acto Legislativo teniendo en cuenta elementos axiológicos definitorios que a su juicio son intangibles, tales como el deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos y las infracciones al DIH y de garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición.</p> <p>Adicionalmente la Corte expresa que si el objetivo central del sistema es buscar una respuesta integral a las víctimas, es fundamental entender que los beneficios, derechos y garantías conferidos a los participantes en el conflicto, no pueden entenderse de manera absoluta.</p> <p>Cada uno de los tratamientos especiales, beneficios, renuncias, derechos y garantías está sujeto a la verificación por parte de la JEP de todas las obligaciones derivadas del Acuerdo Final y en particular, del cumplimiento de las siguientes condicionalidades :</p> <ul style="list-style-type: none"> Dejación de armas; Obligación de contribuir activamente a garantizar el éxito del proceso de reincorporación a la vida civil de forma integral; Obligación de aportar verdad plena en los términos del inciso octavo del artículo transitorio 5° del artículo 1° del A.L. 01 de 2017. Garantizar la no repetición y abstenerse de cometer nuevos delitos, o delitos de ejecución permanente, después del primero (1°) de diciembre de 2016, en particular, conductas asociadas con cualquier eslabón de la cadena de producción de los cultivos de uso ilícito y sus derivados; Contribuir a la reparación de las víctimas, y en particular a decir la verdad en relación con los procedimientos y protocolos para inventariar todo tipo de bienes y activos; y Entregar los menores de edad, en particular las obligaciones específicas establecidas en el numeral 3.2.2.5 del Acuerdo Final. |

(continua)

Tabla 2. Revisión diacrónica de documentos del Proceso de Paz 2012 - 2018. Punto 5 de la Agenda de Conversaciones. Víctimas del conflicto. (continuación)

| Hitos | Contenido de las decisiones de las partes en la Mesa de Conversaciones y de otros actores relevantes en relación con la creación de un mecanismo de justicia transicional para resarcir a las víctimas del conflicto |
|--------------|--|
| | Expresa la Corte que el incumplimiento por parte de los excombatientes de cualquiera de estas condiciones o sanciones impuestas por la JEP, tendrá como efecto, la pérdida de los tratamientos especiales. |
| | La Corte Constitucional deja a salvo su competencia para ejercer la función de revisión de tutela de los fallos de tutela que profiera le JEP en los mismas condiciones que opera para cualquier otra jurisdicción, así como para resolver colisiones de competencia entre la JEP y las otras jurisdicciones |
| | Finalmente la Corte Constitucional deja a salvo la potestad de la Procuraduría General de la Nación para intervenir en los procesos que se surten ante la JEP, es decir, de manera discrecional y atendiendo los fines y objetivos atinentes a la defensa de las víctimas y del orden jurídico. Establece la Corte que la JEP debe determinar que las sanciones por los crímenes más graves sean compatibles con los fines del derecho internacional, sin que se produzca impunidad. |
| | En ése contexto la JEP debe establecer caso por caso, sanciones que cumplan los objetivos apropiados de las penas, de la disuasión, retribución, rehabilitación, y restauración. |
| | Así mismo, la JEP debe determinar si las sanciones son compatibles con una intención genuina de que la persona condenada responda ante la justicia, ponderando la proporcionalidad de la sanción en relación con la gravedad del crimen, el grado de responsabilidad del autor, y el tipo y grado de restricción a la libertad. En últimas, una adecuada reparación a las víctimas dependerá de una implementación efectiva de las restricciones de libertades y derechos fundamentales, de un sistema riguroso de verificación por parte de la JEP y de si su compatibilidad con actividades políticas, no frustra el objeto y fin de la sanción. |

8. Aprobación Ley Estatutaria de la JEP (Congreso de la República de Colombia, 2017)

9. Pronunciamiento de la Constitucional sobre la Ley Estatutaria. (Corte Constitucional de Colombia, 2018).

Elaboración

propia.

En este extenso itinerario se observa, especialmente durante el año 2014, una transformación en la dinámica del proceso de paz que se deriva de la participación directa de las víctimas en la discusión regional y nacional sobre su derecho al reconocimiento, sus demandas sobre responsabilidad por los daños padecidos y sus expectativas por el compromiso de no repetición en el futuro. De la misma manera se valora como positiva la interacción directa de los miembros de la mesa de conversaciones y las delegaciones representativas de víctimas del conflicto en La Habana. El análisis comparativo de los documentos seleccionados, también permite evidenciar las transformaciones en lo referido a los derechos de las víctimas consignados en los documentos revisados. Estas transformaciones ocurren en un contexto marcado por hitos sociales, militares, jurídicos y políticos que se representan en la Figura 2.

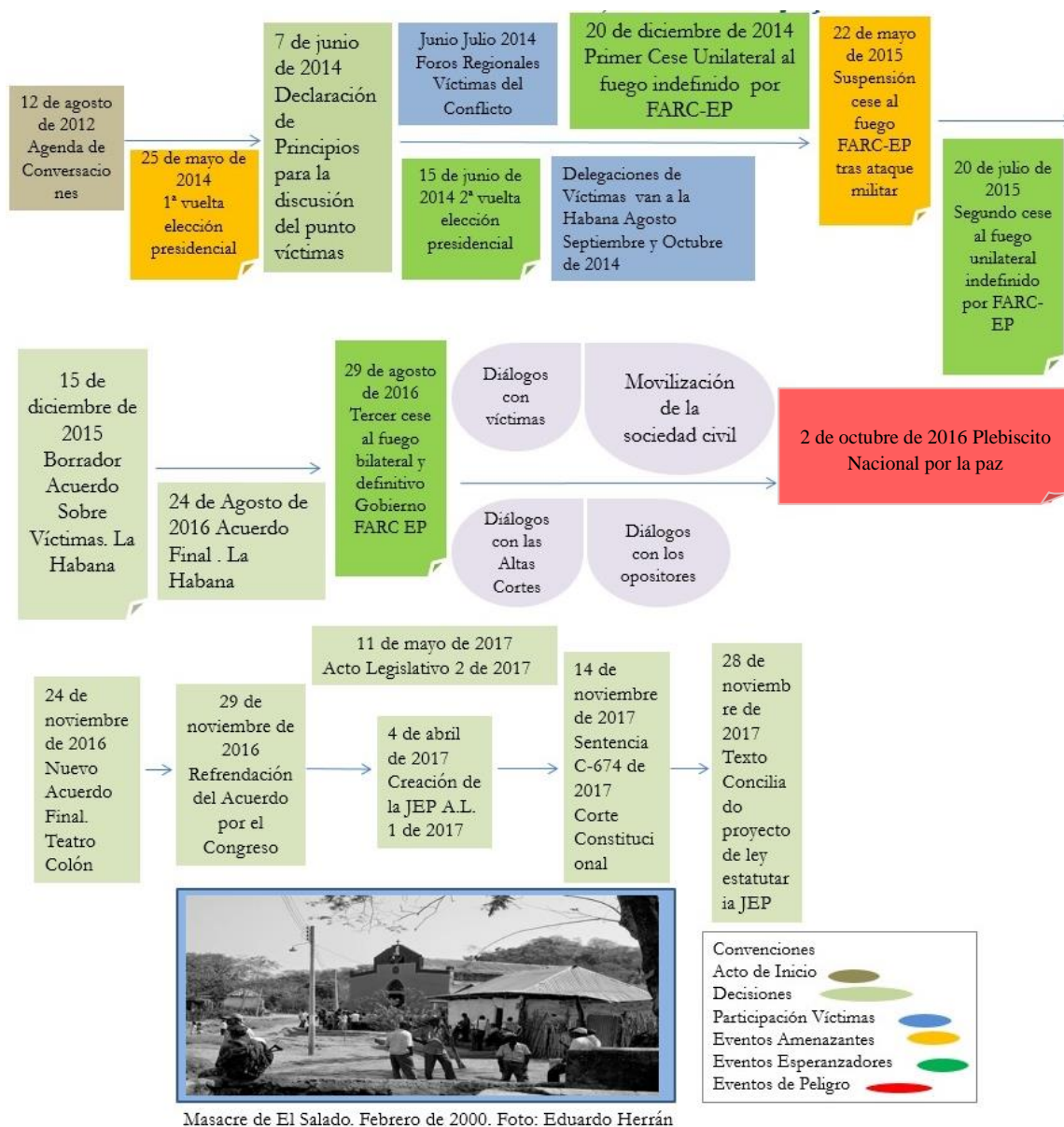


Figura 2. Itinerario del proceso de construcción de la JEP. Hitos sociales, militares, jurídicos y políticos.

3.2 2014: Año clave para la participación de víctimas del conflicto en el proceso de paz

En relación con la participación de las víctimas ésta es prácticamente nula durante los dos primeros años de la negociación (2012 - 2013). En el contexto de los resultados de la elección presidencial de 2014 en primera vuelta, los negociadores de la Habana hacen la declaración de

principios de 7 de junio de 2014, y promueven la realización de foros regionales sobre el punto de víctimas así como el desplazamiento de delegaciones de víctimas a La Habana (Declaración de Principios, 2014). Es este el periodo en el que se evidencia de manera más significativa la participación de las víctimas en el proceso. Los foros organizados por la Universidad Nacional, se realizan en Villavicencio del 4 al 5 de julio de 2014, en Barrancabermeja del 11 al 12 de julio de 2014, en Barranquilla del 17 al 18 de julio de 2014. Finalmente se realiza un Foro Nacional en Cali del 3 al 5 de agosto de 2014. En ellos participaron víctimas de diferentes hechos victimizantes tales como amenazas, ataques indiscriminados, desaparición forzada, desplazamiento y abandono, despojo de tierras y pérdida de bienes, ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, homicidio en persona protegida, masacres, minas antipersonal, restricciones a la libertad y a la movilidad, secuestro, tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, reclutamiento de niños, niñas y adolescentes, violencia contra grupos étnicos y poblaciones en condición de vulnerabilidad, violencia contra grupos políticos y violencia sexual. También participaron delegaciones de organizaciones sindicales, gremios y organizaciones del sector empresarial, iglesias, movimientos políticos y sociales, organizaciones afrodescendientes, de mujeres, de raizales, palenqueros, rom, indígenas, juveniles, LGBTI, organizaciones y movimientos campesinos, partidos políticos, organizaciones acompañantes y defensoras de derechos, entidades educativas, universidades, asociaciones y medios de comunicación. Los informes elaborados por la Universidad Nacional revelan las expectativas de las víctimas en relación con el reconocimiento de responsabilidad por parte de todos los actores del conflicto: guerrillas, grupos paramilitares, miembros de la fuerza pública y otros agentes del Estado, empresas nacionales y multinacionales, gremios y representantes de diversos sectores de la economía nacional. En estos foros se evidencia la importancia que las víctimas conceden a la verdad y a la reparación, así como a la existencia de algún mecanismo judicial nacional o internacional,

integrado a la justicia ordinaria o de justicia transicional con poder para investigar, juzgar y sancionar los crímenes cometidos, en especial las graves violaciones de derechos humanos consagradas en las normas de DIH y en el Estatuto de Roma.

El informe revela también la preocupación de las víctimas por la impunidad frente a todos los delitos cometidos por los diferentes actores del conflicto armado. No se puede afirmar que el contenido del acuerdo suscrito con posterioridad, en diciembre de 2015 (Borrador conjunto Acuerdo sobre las víctimas del conflicto, 2015), corresponda de manera precisa a estas expectativas, pero si se evidencia un cambio en la actitud de los negociadores de las FARC-EP que terminan aceptando la creación de la Jurisdicción Especial para la Paz como uno de los elementos centrales del sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición.

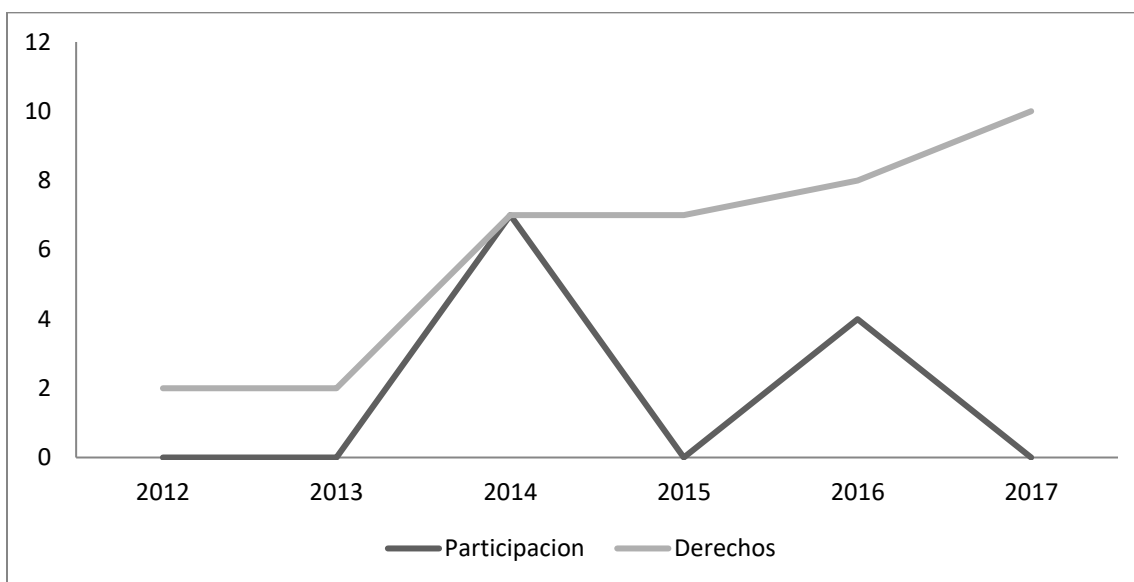


Figura 3. Evolución de la participación de las víctimas en el proceso y del reconocimiento progresivo de sus derechos en el contexto de los procesos y procedimientos que se surten en y ante la Jurisdicción Especial para la Paz.

También en el año 2014, cuatro delegaciones de víctimas del conflicto acuden a la Habana para dialogar con los miembros de la Mesa. La sistematización realizada por el consultor del

PNUD R. Brett (2017), registra las impresiones de las víctimas que viajaron a la Habana y la manera como ese encuentro impactó el desarrollo de las conversaciones.

El 15 de diciembre de 2015, tres años después de suscribir el acuerdo general para la paz, las FARC aceptaron la creación de una jurisdicción especial en el contexto del sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición para las víctimas del prolongado conflicto colombiano. En el borrador conjunto se expresa el compromiso de las partes en la satisfacción del derecho de las víctimas a la justicia (Borrador conjunto Acuerdo sobre las víctimas del conflicto, 2015).

Después del viaje de las delegaciones de las víctimas a La Habana en el año 2014, no se registra una participación activa de las víctimas en el proceso de negociación sino hasta finales de 2016, debido al resultado adverso al acuerdo de paz en el plebiscito del 2 de octubre. Entre las diversas propuestas y demandas de las víctimas para la renegociación del acuerdo, la Fundación Ideas para la Paz registra las siguientes: garantía de verdad sobre secuestrados y desaparecidos, reparación, esclarecimiento sobre ubicación de personas desaparecidas, visibilización y reconocimiento, expresiones de perdón, entrega de secuestrados, entrega de menores reclutados, entrega de mapas de minas antipersonales, reparación a víctimas con patrimonio de las FARC, aplicación de estándares internacionales al principio de responsabilidad de mando de las FARC, penas a los máximos responsables de delitos de lesa humanidad tal como se hizo con los paramilitares, exclusión de lo acordado sobre víctimas del bloque de constitucionalidad (Fundación Ideas para la Paz, 2016).

3.3 2014 - 2017: Evolución positiva del tratamiento de los derechos de las víctimas

Los derechos procesales y sustanciales de las víctimas del conflicto fueron tomando forma en el devenir del proceso de negociación. Entre agosto de 2012 y junio de 2014 las partes pospusieron el tema más espinoso de la agenda que era el de víctimas. Se encuentran registros

escritos y audiovisuales que dan cuenta de la reticencia de las FARC-EP a aceptar algún mecanismo judicial que permitiera investigar, juzgar y sancionar a los responsables de violaciones de los derechos de las víctimas (Periódico Internacional la Voz del Sandisimo, 2014). Los miembros de la cúpula de las FARC-EP siempre privilegiaron en sus declaraciones la creación de una Comisión de la Verdad como mecanismo idóneo de reparación y reconciliación (periódico El Espectador, 2013; periódico El Espectador, 2015; Agencia EFE, 2015). En este contexto, el acuerdo suscrito el 15 de diciembre de 2015 constituye un avance significativo porque se acepta la creación de la Jurisdicción Especial para la Paz gracias en cierta forma a la participación de académicos expertos que asesoraron a los negociadores en la Habana (García & Laverde, 2015). El Acuerdo (Borrador Conjunto Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto, 2015), impone a los magistrados de las salas y secciones que integran el Tribunal, el deber de imparcialidad, independencia, garantías del debido proceso, prohibición de revictimización y deber de debido apoyo a las víctimas conforme a lo establecido en los estándares internacionales pertinentes.

Los negociadores del gobierno y de las FARC-EP acordaron que el reconocimiento de verdad y responsabilidad se pudiera efectuar en Audiencia Pública, en presencia de las organizaciones de víctimas invitadas por la Sala, sin perjuicio de que dicho reconocimiento se realizara por escrito. Así mismo se asigna competencia a la Sala para recibir informes de las organizaciones de víctimas y de derechos humanos colombianas, relativos a las conductas cometidas con ocasión del conflicto armado. Recibidos los informes, estas organizaciones pueden ser requeridas por la Sala para que presenten información respecto de hechos sobre los cuales no se cuente con información suficiente. Se acuerda que en ausencia de reconocimiento individual o colectivo de responsabilidad, corresponda a la Unidad de Investigación y Acusación satisfacer el derecho a la justicia de las víctimas, y decidir las medidas de protección para ellas (Borrador conjunto Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto, 2015)

En cuanto a las sanciones, el Acuerdo les asigna una función restaurativa y reparadora del daño causado, encaminada a satisfacer los derechos de las víctimas. Para establecerlas el Tribunal debe tener en cuenta los siguientes criterios: el grado de verdad otorgado por la persona, la gravedad de la conducta, el nivel de participación y responsabilidad y los compromisos en materia de reparación a las víctimas y garantías de no repetición (Borrador conjunto Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto, 2015).

Cuando las sanciones consistan en la ejecución de obras o trabajos restaurativos o reparadores, se prevé el establecimiento de 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 oponen al mismo. El mecanismo de consulta debe ser aprobado por la Sala y se debe ejecutar bajo su supervisión. El Acuerdo dispone que las víctimas, si lo estiman conveniente, puedan comunicar al Tribunal su opinión sobre el programa propuesto, y en todo caso es el Tribunal el llamado a decidir autónomamente sobre el proyecto de sanción.

Se define en el borrador conjunto que los derechos de las víctimas se realicen mediante la participación eventual de las organizaciones de víctimas invitadas a las audiencias de reconocimiento de verdad y responsabilidad, la posibilidad de que las organizaciones de víctimas presenten informes sobre hechos victimizantes ocurridos con motivo del conflicto, la ampliación de información a requerimiento de la Sala sobre hechos sobre los cuales no haya información suficiente, el beneficio de medidas de protección ordenadas por la unidad de investigación, la posibilidad de expresar su opinión sobre los proyectos de reparación y restauración presentados por los victimarios.

Este Acuerdo Preliminar fue incorporado al Acuerdo Final suscrito el 24 de agosto de 2016 (Acuerdo Final, 2016) y sometido a pronunciamiento popular mediante el Plebiscito convocado por el Presidente de la República mediante decreto 1391 de 30 de agosto de 2016 (Presidencia de la República, 2016). El plebiscito realizado el 2 de octubre de ese año, con la

participación de 13.066.047 ciudadanos, tuvo como resultado un 49,78% que se pronunció por el SI (6.377.482 votos) y un 50,21% que se pronunció por el NO (6.431.376 votos) (Col. Registraduría Nacional, 2016).

El 24 de noviembre de 2016, en el Teatro Colón de Bogotá, el Gobierno Nacional y las FARC-EP suscribieron un nuevo acuerdo con la pretensión de incorporar algunos elementos que tomaran en cuenta los reclamos, preocupaciones, propuestas y críticas de los opositores y de algunas organizaciones de víctimas, dejando a salvo los aspectos relevantes acordados inicialmente en relación con el sistema de verdad, justicia, reparación y no repetición (Nuevo Acuerdo Final, 2016).

En este nuevo acuerdo se destacan los siguientes aspectos que son novedosos en relación con el punto de víctimas: que ellas sean oídas en los supuestos de priorización y selección de casos, que la concesión de amnistías e indultos no extinga el derecho de las víctimas a recibir reparación, la posibilidad de participación de las víctimas en las audiencias públicas en los juicios contradictorios en ausencia de reconocimiento de verdad y responsabilidad, y la reparación material de las víctimas con los bienes y activos de las FARC (Nuevo Acuerdo Final, 2016). En lo demás se mantiene lo pactado en el acuerdo de agosto de 2016 (Acuerdo Final, 2016).

En síntesis, se amplía la participación de las víctimas en diferentes momentos de las actuaciones que se surten ante la Jurisdicción Especial de Paz aunque no se accede a los requerimientos de los opositores orientados a eliminar esta jurisdicción y crear salas especiales en la jurisdicción penal ordinaria.

3.4 2017 - 2018: El contenido de los derechos de las víctimas se enriquece por cuenta de las decisiones del Congreso de la República y de la Corte Constitucional.

El Acto Legislativo 1 de 2017 y la sentencia de la Corte Constitucional elevan a la categoría de normas las decisiones políticas contenidas en el acuerdo de Paz. El Acto Legislativo 1 de 2017 (Acto Legislativo 1, 2017), crea el sistema de verdad, justicia, reparación y no repetición y reafirma su propósito de brindar una respuesta integral a las víctimas del conflicto y enfatiza que los diferentes mecanismos y medidas, no pueden entenderse de manera aislada sino conectados a través de *relaciones de condicionalidad y de incentivos* para *acceder a y mantener* cualquier tratamiento especial de justicia, siempre fundados en el reconocimiento de verdad y responsabilidades. Dispone el acto legislativo que la verificación del cumplimiento de estas condicionalidades corresponde a la Jurisdicción Especial para la Paz. Se establecen como objetivos de la JEP: satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia; ofrecer verdad a la sociedad colombiana; proteger los derechos de las víctimas; contribuir al logro de una paz estable y duradera; y adoptar decisiones que otorguen plena seguridad jurídica a quienes participaron de manera directa o indirecta en el conflicto armado interno mediante la comisión de las mencionadas conductas.

Para acceder al tratamiento especial previsto en el componente de Justicia del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR) se establece como condición aportar verdad plena, reparar a las víctimas y garantizar la no repetición. El Acto Legislativo prescribe el deber de establecer mecanismos de participación de las víctimas en las actuaciones que se surten ante la JEP. En relación con las sanciones que imponga la JEP, el Acto Legislativo prescribe que ellas tendrán como finalidad esencial satisfacer los derechos de las víctimas y consolidar la paz, y deberán tener la mayor función restaurativa y reparadora del daño causado, siempre en relación con el grado de reconocimiento de verdad y responsabilidad. Las sanciones podrán ser propias, alternativas u ordinarias y en todos los

casos prescribe la Constitución que se impondrán en los términos previstos en los numerales 60, 61, 62 y en el listado de sanciones del sub-punto 5.1.2 del Acuerdo Final (art. 13 del Aacto Legislativo 1 de 2017)

Finalmente, se impone al Estado la obligación de garantizar el derecho a la reparación a las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al DIH que hayan sufrido daños individual o colectivamente con ocasión del conflicto armado (art. 18 del A.L. 1 de 2017).

Por su parte la Corte Constitucional (2017), mediante sentencia C-674 de 2017 destaca el papel restaurativo y reparativo de la justicia que está llamada aplicar la Jurisdicción Especial para la Paz. Una jurisdicción que encuentra su sentido en la restauración y reparación de las víctimas afectadas por el conflicto especialmente para acabar la situación de exclusión social que les haya provocado la victimización. La Corte Constitucional (2017) señala que la justicia restaurativa está llamada a atender prioritariamente las necesidades y la dignidad de las víctimas y que se debe aplicar con un enfoque integral que garantice la justicia, la verdad y la no repetición de lo ocurrido.

La Corte Constitucional (2017) declara la exequibilidad parcial del Acto Legislativo teniendo en cuenta elementos axiológicos definitorios que a su juicio son intangibles, tales como el deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos y las infracciones al DIH y de garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición.

Adicionalmente la Corte Constitucional (2017) entiende que si el objetivo central del sistema es buscar una respuesta integral a las víctimas, es fundamental entender que los beneficios, derechos y garantías conferidos a los participantes en el conflicto, no pueden entenderse de manera absoluta. Cada uno de los tratamientos especiales, beneficios, renuncias, derechos y garantías está sujeto, a juicio de la Corte, a la verificación por parte de

la JEP de todas las obligaciones derivadas del Acuerdo Final y en particular, del cumplimiento de las siguientes condicionalidades: dejación de armas, obligación de contribuir activamente a garantizar el éxito del proceso de reincorporación a la vida civil de forma integral, obligación de aportar verdad plena en los términos del inciso octavo del artículo transitorio 5° del artículo 1° del A.L. 01 de 2017, garantizar la no repetición y abstenerse de cometer nuevos delitos, o delitos de ejecución permanente, después del primero (1°) de diciembre de 2016, en particular, conductas asociadas con cualquier eslabón de la cadena de producción de los cultivos de uso ilícito y sus derivados; contribuir a la reparación de las víctimas, y en particular a decir la verdad en relación con los procedimientos y protocolos para inventariar todo tipo de bienes y activos; y entregar los menores de edad, en particular las obligaciones específicas establecidas en el numeral 3.2.2.5 del Acuerdo Final. Éste régimen de condicionalidad significa que el incumplimiento por parte de los excombatientes de cualquiera de estas condiciones o sanciones impuestas por la JEP, tendrá como efecto la pérdida de los tratamientos especiales.

La Corte Constitucional (2017) deja a salvo su competencia para ejercer la función de revisión de tutela de los fallos de tutela que profiera la JEP en las mismas condiciones que opera para cualquier otra jurisdicción, así como para resolver colisiones de competencia entre la JEP y las otras jurisdicciones.

Finalmente, la Corte Constitucional (2017) rescata la potestad de la Procuraduría General de la Nación para intervenir en los procesos que se surten ante la JEP, es decir, de manera discrecional y atendiendo los fines y objetivos atinentes a la defensa de las víctimas y del orden jurídico.

Establece la Corte Constitucional (2017) que la JEP debe determinar que las sanciones por los crímenes más graves sean compatibles con los fines del derecho internacional, sin que se produzca impunidad. En ese contexto la JEP debe establecer caso por caso, sanciones que

cumplan los objetivos apropiados de las penas, de la disuasión, retribución, rehabilitación, y restauración.

Así mismo, la JEP debe determinar si las sanciones son compatibles con una intención genuina de que la persona condenada responda ante la justicia, ponderando la proporcionalidad de la sanción en relación con la gravedad del crimen, el grado de responsabilidad del autor, y el tipo y grado de restricción a la libertad. En últimas, una adecuada reparación a las víctimas dependerá de una implementación efectiva de las restricciones de libertades y derechos fundamentales, de un sistema riguroso de verificación por parte de la JEP y de si su compatibilidad con actividades políticas, no frustra el objeto y fin de la sanción.

3.5 Valoración del proceso de diseño de la JEP

La Jurisdicción Especial para la Paz surge en el contexto de una mesa de negociación para la paz negociada entre el Gobierno de Colombia y las FARC-EP. A la luz de la teoría del diseño institucional (Goodin, 2003), ello significa que la JEP es el producto de una intervención intencional de las partes en la mesa de conversaciones de la Habana, pero en su proceso de construcción intervienen también otros actores relevantes cuya voluntad va a ir moldeando la nueva institución. Esos actores son los ciudadanos que votaron el plebiscito el 2 de octubre de 2016, los partidos políticos, diversas organizaciones de la sociedad civil, el Congreso de la República, la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional y las mismas víctimas del conflicto armado interno.

La participación de las víctimas no es una constante en el trayecto de construcción de la JEP, pero se evidencia un mayor compromiso y una mejor disposición frente a las víctimas a partir de junio de 2014, cuando se produce la declaración de principios. Se destaca la realización de foros regionales y el viaje de las delegaciones de víctimas a La Habana, como

escenarios de discusión pública de las expectativas, demandas y preocupaciones de las víctimas del conflicto.

Tal como lo plantea Goodin (2003), las transformaciones que se derivan de las intervenciones intencionales pueden o no ser exactamente lo que se proponía el Gobierno o lo que se proponía la cúpula de las FARC-EP. Uno y otra tenían una concepción diferente de lo que significaba la reparación de las víctimas. Para el Gobierno la sujeción a algún mecanismo de justicia transicional era imperativo, mientras que las FARC consideraban suficiente la creación de una Comisión de la Verdad. La declaración de principios de junio de 2014 marca un punto de inflexión en el proceso que favorece a las víctimas pues las partes reconocen su derecho a la verdad, la justicia, la reparación y no repetición. El acuerdo inicial de diciembre de 2015 favorece a las víctimas porque las partes acuerdan la creación de la JEP encargada de hacer valer su derecho de acceso a la justicia pero limita su derecho de participación en las actuaciones que se surten ante ella. El mismo acuerdo favorece los intereses del Secretariado de las FARC en la medida en que establece incentivos que conducen, si se hace uso de ellos, a la imposición de sanciones menos graves para quienes han cometido graves delitos. En las transformaciones que ocurren luego del plebiscito del 2 de octubre de 2016 interviene la voluntad de las partes que se consigna en el acuerdo del Colón el 24 de noviembre de 2016 (Nuevo Acuerdo Final, 2016), la voluntad del Congreso de la República que refrenda este acuerdo el 29 de noviembre y lo convierte en acto legislativo el 1 de 4 abril de 2017 (Acto Legislativo 1 de 2017), y la voluntad de la Corte Constitucional que se expresa en la sentencia C-674 de 2017 (Corte Constitucional de Colombia, 2017).

Mediante estos actos se ensancha el contenido y garantía de los derechos de las víctimas del conflicto y se asegura la intervención del ministerio público ante la JEP. El Congreso incluye nuevas oportunidades procesales para la participación de las víctimas y la , por una parte, establece un régimen de condicionalidad de los beneficios concedidos a los alzados en

armas con el fin de salvaguardar los derechos de las víctimas del conflicto armado interno y por otra deja a salvo su competencia de revisión de los fallos de tutela que profiera la JEP. Ésta decisión refuerza la protección de los derechos de los comparecientes y también de las víctimas del conflicto armado interno.

Según Goodin (2003), el alcance del surgimiento intencional de la JEP no debe interpretarse de manera estrecha. Las instituciones son a menudo el resultado de actividades intencionales que se descaminan: subproductos imprevistos derivados de ciertas acciones intencionales que se superponen entre sí, de intenciones mal dirigidas o simplemente de un error. Para explicar cómo se llega a tales resultados, es necesario hacer referencia esencialmente a las intenciones, y a las interacciones entre ellas. La explicación continúa siendo intencional en la forma, aunque el resultado no lo sea. Una institución puede, así, ser efecto de la acción intencional sin ser literalmente el producto deliberado de la acción de alguien. Así las cosas, la Jurisdicción Especial para la Paz es el producto de la acción intencional de diversos agentes, entre ellos el Gobierno de Colombia y las FARC-EP, sin ser literalmente el producto deliberado de la acción de alguno de ellos. El mito del diseñador dotado de intención y aún más el mito del diseño intencional, es evitado por este autor. Normalmente no existe un único diseño ni un único diseñador. Simplemente, dice Goodin (2003), se trata de una gran cantidad de intentos localizados de diseño parcial que se superponen entre sí, y cualquier esquematización racional del diseño debe tener en cuenta este hecho. Por ello, recomienda no centrarse exclusivamente en el diseño de las instituciones, sino en el diseño de planes para la construcción de instituciones, los cuales deberán tener en cuenta la multiplicidad de diseñadores y la naturaleza inevitablemente mezclada de sus intervenciones intencionales en el proceso de diseño. Tampoco hay que caer en el mito del “creacionismo”. La teoría del surgimiento y transformación de las instituciones a partir de las intenciones, no significa que se hable de una “*construcción “de novo”*”. Los diseñadores

sociales trabajan siempre con materiales heredados del pasado y, en cierta medida, moldeados de manera inalterable por este (Goodin, 2003). En el caso del diseño de la JEP, las partes trataron de no incurrir en los errores del diseño de Justicia y Paz pactado con los paramilitares a principios del milenio.

Capítulo 4: Elementos de la Jurisdicción Especial para la Paz

Devis (2017) entiende por jurisdicción en sentido estricto,

La función pública de administrar justicia, emanada de la soberanía del Estado y ejercida por un órgano especial. Tiene por fin la realización o declaración del derecho y la tutela de la libertad individual y del orden jurídico, mediante la aplicación de la ley en los casos concretos, para obtener la paz y la armonía sociales. (p.66)

Siguiendo a Devis (2017), Azula (2002) identifica tres elementos que integran toda jurisdicción: a) un elemento subjetivo, constituido por los sujetos, representados de un lado por los funcionarios que ejercen la función y de otro las partes y los terceros que intervienen en el proceso ya formado; b) un elemento objetivo o material, referido a la materia sobre la cual recae la jurisdicción ; y c) un elemento de actividad o formal, compuesto por el proceso, que es el medio por el cual la jurisdicción cumple su función.

La Jurisdicción Especial para la Paz es el componente de Justicia del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR) acordado por el Gobierno colombiano y las FARC-EP en el contexto del proceso de paz que terminó en noviembre de 2016 con la firma del acuerdo final en el Teatro Colón en Bogotá. Ella tiene por objeto satisfacer los derechos de las víctimas a la justicia; ofrecer verdad a la sociedad colombiana; proteger los derechos de las víctimas; contribuir al logro de una paz estable y duradera; y adoptar decisiones que otorguen plena seguridad jurídica a quienes participaron de manera directa o indirecta en el conflicto armado mediante la comisión de las conductas que constituyen el elemento objetivo de la jurisdicción tal como se contempla en los artículos 7 y 9 de 2017, Ley Estatutaria de la Jurisdicción Especial para la Paz (LEJEP). La configuración jurídica de la JEP fue establecida mediante el Acto Legislativo 1 de 2017, la ley estatutaria de la JEP, la ley de procedimiento (Congreso de la República, 2018) y las sentencias mediante

las cuales la Corte Constitucional revisó esos actos jurídicos (Corte Constitucional de Colombia, 2017 y 2018). Es éste el contenido normativo que determina los elementos subjetivos, objetivos y formales de la jurisdicción.

4.1 Elemento subjetivo

Tal como lo señala Devis (2017) el elemento subjetivo de toda jurisdicción está constituido por los sujetos, representados de un lado por los servidores que ejercen la función y de otro las partes y los terceros que intervienen en el proceso ya formado. En la Jurisdicción Especial Para la Paz el elemento subjetivo está constituido por los Magistrados y por los sujetos procesales calificados como tales por la ley 1922 de 2018: la UIA, el Ministerio Público, la defensa, los declarantes, los comparecientes, los acusados y las víctimas en la condición de intervinientes especiales (art. 4 ley 1922 de 2018). Ninguno de los sujetos procesales tiene propiamente la condición de parte en la JEP.

Los Magistrados, los fiscales, y el Secretario Ejecutivo obran en el marco de la estructura de la Jurisdicción Especial para la Paz tal como fue establecida en el Acto Legislativo 1 de 2017 desarrollado mediante Ley Estatutaria.

4.1.1 Estructura de la Jurisdicción Especial para la Paz.

La Jurisdicción Especial para la Paz tiene una estructura compleja, piramidal y jerarquizada que incluye el Tribunal para la Paz, Tres Salas que también cumplen funciones judiciales, la Unidad de Investigación y Acusación, la Secretaría Ejecutiva y un Órgano de Gobierno encabezado por su Presidente.

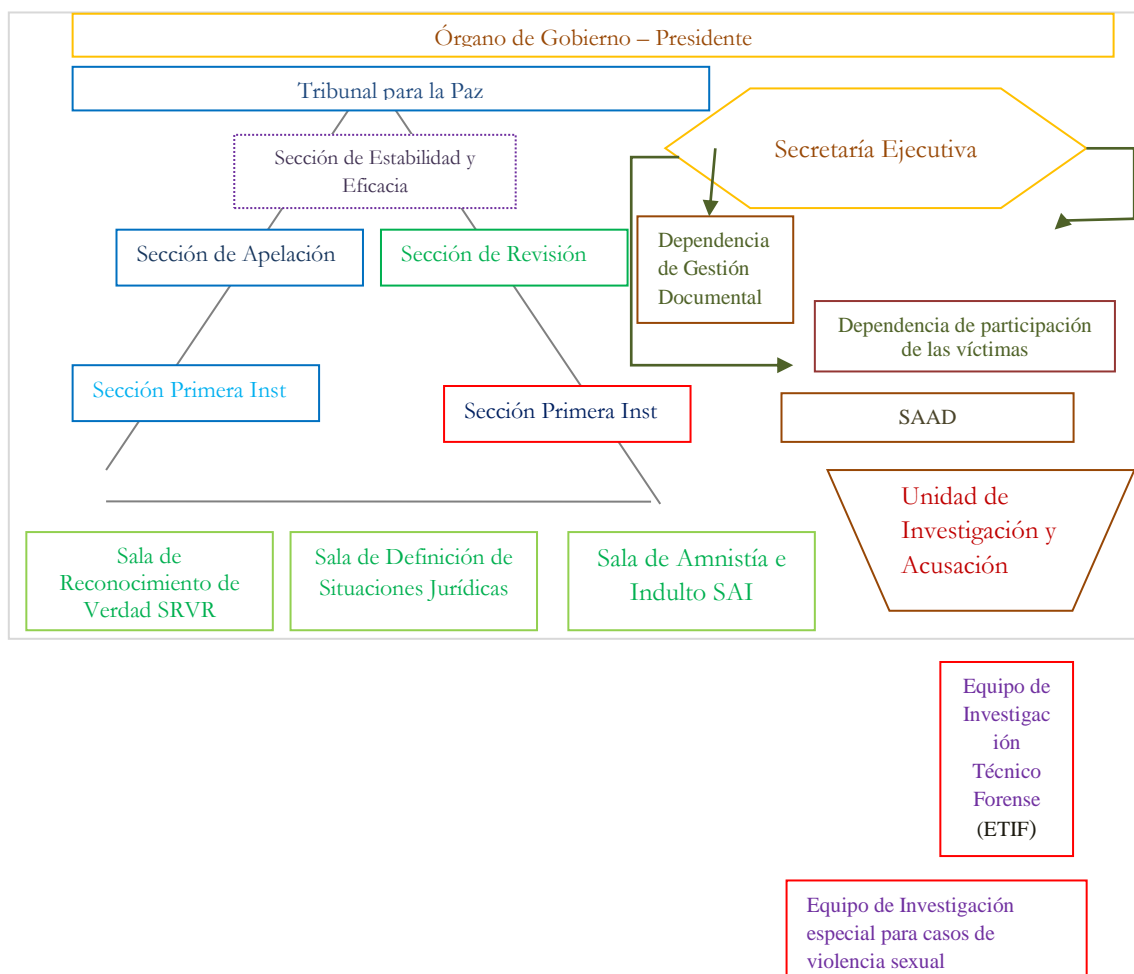


Figura 4. Estructura de la Jurisdicción Especial para la Paz. Art. 7 A.L 1 de 2017 y LEJEP.

Lo primero que se advierte es que la solución de los diseñadores para atender el derecho de las víctimas a la justicia en el contexto de transición del conflicto a la paz en Colombia, no fue un Tribunal Nacional de Transición sino una Jurisdicción Nacional de Transición. Esto significa ella no solo tiene funciones de investigación y acusación (Unidad de Investigación y Acusación UIA) y juzgamiento (Secciones de primera y segunda instancia en el Tribunal para la Paz), sino también funciones de ejecución de penas (Sección Primera para casos de

reconocimiento de verdad y responsabilidad), de sustitución de penas para quienes se quieran acoger a los beneficios del sistema con sujeción al régimen de condicionalidad o no hayan cumplido un papel determinante en la comisión de las conductas graves (Sección de definición de situaciones jurídicas); de revisión de sentencias de otras jurisdicciones y de la misma JEP, (Sección de revisión de Sentencias); de gobierno y administración (Órgano de Gobierno, Presidente y secretaría ejecutiva); de policía judicial (Equipo técnico de Investigación ETI), y de defensoría pública (Sistema Autónomo de Asesoría y Defensa SAAD). Se encuentran también otros órganos que cumplen funciones especiales en el contexto del carácter transitorio y transicional de la JEP: Es el caso de la función de recepción de declaraciones e informes, calificación jurídica de conductas y adopción de resoluciones de conclusiones que determinan el curso de las actuaciones en la Jurisdicción (Sala de Verdad y Reconocimiento de Responsabilidad); y de concesión de amnistía e indulto para quienes realizaron conductas amnistiables o indultables y no se beneficiaron de la amnistía *de iure* prevista en la ley 1820 de 2016 (Sala de Amnistía o Indulto).

Tabla 3.**Paralelo Órganos de transición en la Jurisdicción Especial para la Paz / Órganos permanentes en la estructura del Estado Colombiano.**

| Función | Órgano en la Jurisdicción Especial para la Paz | Órgano en la Estructura del Estado colombiano |
|--|--|--|
| Gobierno | Órgano de Gobierno - Presidente y Vicepresidente de la JEP | Sala de Gobierno – Presidente y Vicepresidente de la C.S.J. |
| Administración y Acusación | Secretaría Ejecutiva U.I.A. | Consejo Superior de la Judicatura Fiscalía General de la Nación Sala Especial de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia para aforados |
| De policía judicial | U.I.A. Equipo Técnico de Investigación E.T.I. | Fiscalía General de la Nación C.T.I. |
| Renuncia a la acción penal | Sala de Definición de Situaciones Jurídicas SDSJ | Fiscalía General de la Nación |
| Juzgamiento en 1ª instancia | Secciones de Primera instancia del Tribunal para la Paz | Jueces penales municipales Jueces penales de circuito Jueces penales de circuito especializados Tribunales Superiores de Distrito Sala Especial de primera instancia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia para aforados |
| Juzgamiento en 2ª instancia | Sección de Apelación del Tribunal para la Paz | Jueces Penales de Circuito Tribunales Superiores de Distrito Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia para aforados |
| Función de Control de garantías | Un magistrado de la Sección de primera instancia del Tribunal para la Paz para casos de ausencia de reconocimiento de verdad y responsabilidad | Un juez penal municipal del lugar donde se cometió el delito Un juez penal de circuito cuando el lugar donde se cometió el hecho pertenezca a un circuito en el que haya 4 o más jueces de esa categoría. Un Magistrado de la Sala Penal del Tribunal superior de Bogotá |
| De tutela | Sección de Revisión del Tribunal para la Paz en primera instancia y Sección de Apelación del Tribunal para la Paz en segunda instancia | Jueces de la República |
| Revisión de tutela | ----- | Corte Constitucional |
| De revisión de sentencias | Sección de Revisión de Sentencias del Tribunal para la Paz excepto respecto de las Sentencias de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia | Salas Penales de los Tribunales de Distrito Judicial Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia |
| De Ministerio Público | ----- | Procuraduría General de la Nación (continua) |

Tabla 3. Paralelo Órganos de transición en la Jurisdicción Especial para la Paz / Órganos permanentes en la estructura del Estado Colombiano. (continuación)

| Función | Órgano en la Jurisdicción Especial para la Paz | Órgano en la Estructura del Estado colombiano |
|--|---|---|
| De Defensoría Pública | Secretaría Ejecutiva. Sistema Autónomo de Asesoría y Defensa SAAD | Defensoría del Pueblo. Sistema Nacional de Defensoría Pública |
| De ejecución de penas | Sección primera para casos de reconocimiento de verdad | Juez de ejecución de penas y medidas de seguridad |
| De sustitución de penas | Sala de definición de situaciones jurídicas | Juez de ejecución de penas y medidas de seguridad |
| De recepción de declaraciones de verdad y reconocimiento de responsabilidades | Sala de reconocimiento de verdad y reconocimiento de responsabilidades SRVR | ----- |
| De concesión de amnistía o indulto | Sala de Amnistía o Indulto | Fiscal o Juez de ejecución de penas y medidas de seguridad / Presidente de la República respectivamente |
| Extinción de la acción penal | Sala de Amnistía o indulto | Fiscal o juez penal de conocimiento |
| De estabilidad y eficacia de las sentencias y resoluciones | Sección de estabilidad y eficacia | ----- |

Elaboración propia.

Se aprecia que la estructura de la Jurisdicción Especial para la Paz recrea en menor escala, con ligeras variaciones y algunas novedades, la configuración dispuesta en el ordenamiento constitucional colombiano para los órganos de administración y gobierno de la Rama Judicial; de investigación, acusación y policía judicial que ejerce la Fiscalía General de la Nación; de defensoría pública que cumple la Defensoría del Pueblo; y de juzgamiento a cargo de la Jurisdicción Ordinaria.

En el contexto del centralismo que caracteriza el estado unitario, la JEP tiene su sede en Bogotá, Distrito Capital, pero al tenor de lo dispuesto por el art. 116 de la LEJEP desarrollado por el art. 5 de su Reglamento General, ella puede funcionar de manera itinerante en cualquier parte del país y emplear instrumentos administrativos, tecnológicos y financieros para procurar su presencia territorial. En todo caso ninguno de dichos instrumentos ha de ser la desconcentración, ya que éste mecanismo de atenuación del centralismo no fue previsto en el acto legislativo de creación de la Jurisdicción Especial.

Los Magistrados tienen movilidad para ser asignados a las distintas salas y secciones en función de la acumulación de trabajo de unas y otras conforme a los criterios que el mismo reglamento determine, tal como se menciona en el artículo 75 de la LEJEP. No obstante, el Reglamento General de la JEP restringe considerablemente el alcance de dicha movilidad. Se atribuye al órgano de gobierno competencia para decidir las solicitudes de movilidad de los magistrados en función de la acumulación de trabajo y siguiendo los siguientes criterios: Corresponde a la respectiva sala o sección elevar al órgano de gobierno su solicitud de asignación temporal de uno o varios magistrados titulares de la JEP, debidamente justificada en razón de la acumulación de trabajo; el órgano de gobierno de la JEP evalúa y decide oportunamente sobre la asignación temporal de uno o varios magistrados, respetando los principios de imparcialidad, independencia, transparencia, confidencialidad y las garantías de los sujetos procesales conforme a lo establecido en los estándares internacionales pertinentes;

la movilidad de los magistrados sólo puede ser entre salas, o entre secciones, atendiendo la especialidad de los asuntos a abordar; la movilidad de los integrantes de la planta adscrita a los despachos puede ser entre salas o secciones, o de salas a secciones y viceversa; los magistrados o temporalmente asignadas para atender la acumulación de trabajo, deben sustentar sus ponencias ante la (sub)sala o (sub)sección respectiva sin participar en la votación y finalmente, la sala o sección podrá, de forma unánime, pedir la asignación con plenos derechos de un magistrado/a de otra sala o sección, debidamente justificada (arts. 14. a y 43 del Reglamento General de la JEP).

El carácter piramidal y jerarquizado de la jurisdicción es consecuencia del trato diferenciado que hace el constituyente de los magistrados que la integran. Los magistrados del Tribunal Para la Paz se asimilan en cuanto a los requisitos para ejercer el cargo a los magistrados de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado, mientras que los Magistrados de las Salas se equiparan en cuanto a dichos requisitos a los Magistrados de Tribunal de Distrito. Ésta distinción en principio arbitraria, repercute en el salario de los Magistrados que también es diferenciado. Mientras que los magistrados del Tribunal para la Paz y el Secretario Ejecutivo tienen el mismo régimen salarial y prestacional de los Magistrados de las Altas Cortes, los Magistrados de las Salas se equiparan en cuanto a su régimen salarial y prestacional a los Magistrados de Distrito Judicial según lo establece el artículo 2º del decreto 1760 de 2017 (Presidencia de la República, 2017).

De conformidad con lo previsto por el artículo 7 del A.L. 1 de 2017 (Acto legislativo 1, 2017) y el artículo 72 de la LEJEP, la JEP, cuyo fin es satisfacer el derecho a la justicia de las víctimas, está integrada por Tres Salas, el Tribunal para la Paz, la Unidad de Investigación y Acusación y la Secretaría Ejecutiva. El Secretario Ejecutivo es designado por el Responsable del Mecanismo de Monitoreo y Verificación de la ONU confirmado por el Comité de Emergencia. El artículo 7º del A.L. 1 de 2017 dispone que los Magistrados, el Director de la

UIA y el primer Presidente de la JEP sean seleccionados por un Comité de Escogencia conformado por reglamento expedido por el Gobierno Nacional. En ejercicio de dicha potestad, el Presidente de la República expidió el decreto 587 de 2017 definiendo así la integración del Comité: Un delegado designado por la sala penal de la Corte Suprema de Justicia, un delegado designado por el Secretario General de Naciones Unidas, un delegado designado por la comisión permanente del Sistema Universitario del Estado colombiano, un delegado designado por el Presidente de la Corte Europea de Derechos Humanos, y un Delegado designado por la delegación en Colombia del Centro Internacional de Justicia Transicional. El mismo Decreto reconoció como designados por las anteriores organizaciones a José Francisco Acuña, Diego García Sayán, Claudia Vaca, Álvaro Gil Robles y Juan Méndez. Los magistrados seleccionados por el Comité de Escogencia se posesionan ante el Presidente de la República y cumplen su función por el periodo que les corresponda según la Constitución y la Ley Estatutaria de la JEP. De acuerdo con lo previsto en el artículo 34 de la LEJEP, el plazo para la presentación de acusaciones por la Unidad de Investigación y Acusación de oficio o como consecuencia de los informes presentados por la Fiscalía General de la Nación, los órganos competentes de la jurisdicción penal militar, las autoridades competentes de la jurisdicción especial indígena, la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la República, cualquier jurisdicción que opere en Colombia, las organizaciones de víctimas, indígenas, negros, afrocolombianos, raizales, palenqueras, Rrom y de derechos humanos colombianas, y las compulsas de copias que le hayan sido remitidas por la Jurisdicción de Justicia y Paz, sobre conductas ocurridas hasta el 1 de diciembre de 2016 sobre las cuales tenga competencia la JEP, será de 10 años contados a partir de la entrada efectiva en funcionamiento de la totalidad de Salas y Secciones de la JEP lo cual ocurrió el 15 de enero de 2018 según lo dispuesto en la Resolución 001 de esa fecha (Jurisdicción Especial para la Paz, 2018). La JEP tiene un plazo adicional de 5 años para

concluir su actividad jurisdiccional. De ser necesario éste último podrá ser prorrogado por una única vez, mediante ley estatutaria, para concluir su actividad a solicitud de los magistrados de la JEP. El plazo para la conclusión de las funciones y objetivos misionales de la JEP en cualquiera de sus salas o secciones no puede ser superior a 20 años. De lo anterior se concluye que la duración del período de los servidores de la JEP va hasta el 15 de enero de 2033 prorrogable hasta el 15 de enero de 2038.

4.1.2 *Los órganos de la JEP. Integración.*

Son órganos de la JEP las Salas de reconocimiento de verdad y responsabilidad y de determinación de hechos y conductas, SRVR (arts. 79 y 80 LEJEP); de Amnistía o Indultos, SAI (arts. 81 a 83 y 102 LEJEP); y de Definición de Situaciones Jurídicas, SDSJ (arts. 84 a 85 LEJEP). Cada Sala está compuesta por seis (6) magistrados colombianos expertos en distintas ramas del Derecho, con énfasis en conocimiento del DIH, Derechos Humanos o resolución de conflictos, conformada con criterios de participación equitativa entre hombres y mujeres y respeto a la diversidad étnica y cultural. Para ser elegido Magistrado de la Sala se deben reunir los mismos requisitos requeridos para ser Magistrado de Tribunal Superior de Distrito Judicial. Excepcionalmente, a solicitud de las personas sometidas a su jurisdicción o de oficio, la Sala que vaya a conocer el caso pedirá la opinión, como *amicus curiae*, de hasta dos (2) juristas extranjeros de reconocido prestigio, con el fin de emitir un concepto o *amicus curiae* sobre la materia del caso bajo estudio. Cuando se requiera la intervención de los juristas extranjeros, estos participarán en los procesos correspondientes con el objeto de aportar sus opiniones expertas como *amicus curiae*.

Tribunal para la Paz arts. 91 a 99 LEJEP. Según dispone el art. 99 de la LEJEP, el Tribunal para la Paz está conformado por 20 magistrados colombianos en 4 secciones: la Sección de primera instancia para casos de reconocimiento de verdad y responsabilidad; la Sección de

primera instancia para casos de ausencia de reconocimiento de verdad y responsabilidad como se dispone en el artículo 93 de la LEJEP; la Sección de Apelación artículo 96; y la Sección de Revisión de cinco (5) integrantes cada una. Para ser magistrado del Tribunal para la Paz deben reunirse los mismos requisitos que para ser magistrado de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado previstas en el artículo 232 de la Constitución. Excepcionalmente, a solicitud de las personas sometidas a su jurisdicción o de oficio, la Sección que vaya a conocer el caso puede pedir la opinión, como *amicus curiae*, de hasta dos (2) juristas extranjeros de reconocido prestigio. Deben elegirse veinte (20) magistrados colombianos titulares, y además cuatro (4) juristas extranjeros. Estos últimos actuarán con la única finalidad de aportar un concepto o *amicus curiae* sobre la materia del caso bajo estudio. Cuando se requiera la intervención de los juristas extranjeros, estos participan en los procesos correspondientes con el objeto de aportar sus opiniones expertas como *amicus curiae*.

En atención a lo dispuesto por el A.L. 1 de 2017 y el parágrafo del artículo 91 de la LEJEP, el Reglamento General de la Jurisdicción Especial para la Paz establece un mecanismo para la integración de una Sección de Estabilidad y Eficacia después de que el Tribunal para la Paz haya concluido sus funciones cuya tarea principal será garantizar la estabilidad y eficacia de las Resoluciones y Sentencias adoptadas por la JEP, así como su cumplimiento. (art. 7 del A.L. 1 de 2017 y Parágrafo del art. 91 de la LEJEP).

La Unidad de Investigación y Acusación, tal como se menciona en los artículos 86 a 89 y 108 de la LEJEP. La Unidad está integrada por un mínimo de dieciséis (16) fiscales de nacionalidad colombiana, altamente calificados en materia de investigación y acusación, incluye expertos en distintas ramas del Derecho, con énfasis en conocimiento del Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos, debe conformarse con criterios de participación equitativa entre hombres y mujeres y respeto a la diversidad étnica y cultural, y

los integrantes deben ser escogidos mediante un proceso de selección que de confianza a la sociedad colombiana y a los distintos sectores que la conforman.

Los fiscales no tienen que ser fiscales de carrera y no se les aplica ninguna limitación de edad. Los 16 fiscales y 5 fiscales más deben estar a disposición como fiscales suplentes o sustitutos, son nombrados y posesionados por el Director de la Unidad de Investigación y Acusación, quien tiene plena autonomía para seleccionar y nombrar a los demás profesionales que requiera para hacer parte de la Unidad, a través de un procedimiento reglado y público.

La Unidad debe contar con un equipo de investigación técnico forense, que podrá tener apoyo internacional, especialmente en materia de exhumación e identificación de restos de personas desaparecidas y con un equipo de investigación especial para casos de violencia sexual, designado a través de un procedimiento reglado y público. La Unidad puede solicitar a otros órganos competentes del Estado o a organizaciones de derechos humanos y de víctimas, que informen respecto de hechos sobre los cuales no se cuente con información suficiente. En el marco de sus funciones y competencias, puede solicitar la colaboración que entienda necesaria a la Fiscalía General de la Nación y al Instituto de Medicina Legal, así como establecer acuerdos de cooperación con estos.

La Secretaría Ejecutiva. El Secretario Ejecutivo de la JEP es designado por el Responsable del Mecanismo de Monitoreo y Verificación de la Organización de Naciones Unidas y confirmado por el Comité de Escogencia en los términos previstos en el Acto Legislativo 01 de 2017, y en el Decreto 587 de 5 de abril de 2017. Desempeña el cargo durante un periodo de 2 años, y puede ser reelegido indefinidamente (art. 92 del Reglamento General de la JEP). Si durante la vigencia de la JEP fuere necesario designar un nuevo Secretario Ejecutivo, por renuncia, muerte o decisión judicial, éste será elegido por la mayoría de los magistrados del Tribunal para la Paz.

En total la Jurisdicción está integrada por 38 magistrados titulares y 13 magistrados suplentes seleccionados por el Comité de Escogencia y 16 fiscales designados por el Director de la Unidad de investigaciones y Acusaciones U.I.A. seleccionado por el mismo Comité de Escogencia que selecciona los Magistrados de la Jurisdicción Especial.

4.2 Elemento objetivo

4.2.1 Competencia material.

La JEP es competente para conocer de los delitos cometidos con anterioridad al 1° de diciembre de 2016, en especial respecto a conductas consideradas graves infracciones al DIH o graves violaciones de los Derechos Humanos por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, entendiéndose por tales todas aquellas conductas punibles donde la existencia del conflicto armado haya sido la causa de su comisión, o haya jugado un papel sustancial en la capacidad del perpetrador para cometer la conducta punible, en su decisión de cometerla, en la manera en que fue cometida o en el objetivo para el cual se cometió, cualquiera sea la calificación jurídica que se le haya otorgado previamente a la conducta. (art. 5 del A.L. 1 de 2017 en concordancia con el art. 8 de la LEJEP), así como las conductas estrechamente vinculadas al proceso de dejación de armas desplegadas entre el 1° de diciembre de 2016 y el momento de finalización de la extracción de armas por parte de Naciones Unidas, lo cual ocurrió el 22 de septiembre de 2017 (Misión de la ONU en Colombia, 2017). En relación con éstas conductas, la JEP tiene competencia prevalente (art. 6 A.L. 1 de 2017).

Son graves infracciones al DIH y constituyen graves violaciones de DDHH los delitos de lesa humanidad, genocidio, crímenes de guerra, toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, tortura, ejecuciones extrajudiciales, desaparición forzada, acceso carnal violento y

otras formas de violencia sexual, sustracción de menores, desplazamiento forzado, reclutamiento de menores.

Se entiende por genocidio la matanza de miembros de un grupo nacional, étnico, racial o religioso, la lesión grave a la integridad física o mental de sus miembros, su sometimiento intencional a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física total o parcial, las medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo, y el traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo, perpetrados con la intención de destruirlos total o parcialmente. (art. 6º Estatuto de Roma CPI).

Son crímenes de lesa humanidad el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación o traslado forzoso de población, la encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional, la tortura, la violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada, o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; la persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en delitos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género u otros motivos reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional en conexión con cualquier acto o crimen de competencia de la Corte Penal Internacional; desaparición forzada de personas, apartheid, otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos contra la integridad física o la salud mental o física cuando se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque. (art. 7 Estatuto de Roma CPI).

Son crímenes de guerra, en caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, cualquiera de los siguientes actos cometidos contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida o detención o por

cualquier otra causa: los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura, los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; la toma de rehenes; las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal regularmente constituido con todas las garantías judiciales, generalmente reconocidas como indispensables; otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes: dirigir intencionalmente ataques contra la población civil en cuanto tal, o contra personas civiles que no participen directamente en las hostilidades; dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y medios de transporte sanitarios y contra el personal que utilice los emblemas distintivos de los convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional, dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles o bienes civiles con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados; dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados a la religión, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales y otros lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, a condición de que no sean objetivos, militares; saquear una ciudad o plaza, incluso cuando es tomada por asalto; cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra; reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o grupos o utilizarlos para participar activamente en hostilidades; ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a

menos que así lo exija la seguridad de los civiles de que se trate o por razones militares imperativas; matar o herir a traición a un combatiente adversario; declarar que no se dará cuartel; someter a las personas que estén en poder de otra parte en el conflicto a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón del tratamiento médico, dental u hospitalario de la persona de que se trate ni se lleven a cabo en su interés, y que provoquen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud; destruir o apoderarse de bienes de un adversario, a menos que las necesidades del conflicto lo hagan imperativo. (art. 8 Estatuto de Roma CPI).

Es de competencia exclusiva de la JEP el conocimiento de los delitos de rebelión, sedición, asonada, conspiración y seducción, usurpación y retención ilegal de mando y los delitos conexos con estos a quienes hayan incurrido en ellos, cuando no haya sido declarada la amnistía de iure respecto a ellos. Se establecen dos criterios para determinar la conexidad con el delito político.

Se establece un *criterio incluyente* que consiste en considerar como conexos a) aquellos delitos relacionados específicamente con el desarrollo de la rebelión cometidos con ocasión del conflicto armado como es por ejemplo la aprehensión de combatientes efectuada en operaciones militares. b) los delitos en los cuales el sujeto pasivo de la conducta es el Estado y su régimen constitucional vigente y c) las conductas dirigidas a facilitar, apoyar, financiar u ocultar el desarrollo de la rebelión, para lo cual la ley debe definir cada uno de los contenidos de las anteriores conductas como en efecto lo hizo el art. 16 de la ley 1820 de 2016. De conformidad con ésta disposición son delitos conexos el apoderamiento de aeronaves, naves o medios de transporte colectivo cuando no hay concurso con secuestro; constreñimiento para delinquir; violación de habitación ajena, violación ilícita de comunicaciones; ofrecimiento, venta o compra de instrumento apto para interceptar la comunicación privada entre personas; violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial; utilización ilícita de

comunicaciones; violación la libertad de trabajo; injuria; calumnia; injuria y calumnia indirectas; daño en bien ajeno; falsedad personal; falsedad material de particular en documento público; obtención de documento público falso; concierto para delinquir; utilización ilegal de uniformes e insignias; amenazas; instigación a delinquir; incendios; perturbación en servicio de transporte público colectivo u oficial; tenencia y fabricación de sustancias u objetos peligrosos; fabricación, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones; fabricación, porte o tenencia de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de fuerzas armadas o explosivos; perturbación de certamen democrático; constreñimiento al sufragante; fraude al sufragante; fraude en inscripción de cédulas; corrupción al sufragante; voto fraudulento; contrato cumplimiento requisitos; violencia contra servidor público; fuga; y espionaje.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 62 de la LEJEP se entienden como delitos dirigidos a financiar la rebelión los de conservación y financiamiento de plantaciones (art. 375 del código Penal), tráfico, fabricación o porte de estupefacciones (art. 376 del código penal) y destinación ilícita de muebles o inmuebles (art. 377 del Código Penal), cometidos antes del 1 de diciembre de 2016, cuando los presuntos responsables fueran, en el momento de cometerse las conductas integrantes de grupos armados al margen de la ley que hayan suscrito un acuerdo de paz con el Gobierno Nacional, siempre que la finalidad del delito haya sido financiar la actividad de dicho grupo, sin perjuicio del régimen de condicionalidades previsto en el artículo 20 de la LEJEP. (art. 62 LEJEP) y todas aquellas conductas ilícitas de las que no se haya derivado enriquecimiento personal de los rebeldes ni sean consideradas crimen de lesa humanidad, crimen de guerra o genocidio.

Se establece un *criterio restrictivo* en virtud del cual se excluyen como conexos los crímenes internacionales (delitos de lesa humanidad, genocidio, crímenes de guerra, toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, tortura, ejecuciones extrajudiciales, desaparición

forzada, acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, sustracción de menores, desplazamiento forzado, reclutamiento de menores) y los delitos comunes que carezcan de relación con la rebelión. Art. 23 ley 1820 de 2016. Respecto de la aplicación de los criterios de conexidad se debe tener en cuenta la doctrina de la Sala de Amnistía e Indulto y de la Sección de Revisión del Tribunal para la Paz.

Son susceptibles de indulto que alcance la extinción de las sanciones impuestas por los delitos de lesiones personales con incapacidad menor a 30 días, daño en bien ajeno, perturbación en servicio de transporte público colectivo u oficial, obstrucción a vías públicas que afecte el orden público, disparo de arma de fuego, empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos, perturbación de actos oficiales, violencia contra servidor público y asonada si han sido cometidos en el marco de disturbios o ejercicio de la protesta social (art. 24 de la ley 1820 de 2016), siempre y cuando sean conexos en los términos del Art. 23 ley 1820 de 2016.

4.2.2 Competencia personal

La competencia de la JEP cubre de manera simultánea e integral a todos los que participaron directa e indirectamente en el conflicto armado. Se circunscribe única y exclusivamente a las personas naturales. No son responsables penalmente quienes cometieron delitos de competencia de la JEP siendo menores de 18 años. La JEP tampoco tiene competencia en relación con las conductas de quienes hayan ejercido la Presidencia de la República, cuya responsabilidad se rige por lo dispuesto para los aforados constitucionales.

Se encuentran excluidas las conductas de los agentes del estado no integrantes de la fuerza pública y los terceros civiles que no se sometan voluntariamente a la JEP y los excombatientes cuya competencia revierta a la jurisdicción ordinaria, pero la Fiscalía General de la Nación debe priorizarlos para garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, la

justicia, la reparación y la no repetición. Se encuentran bajo la jurisdicción de la JEP respecto de las conductas que constituyen su competencia material:

Los investigados o condenados por el delito de rebelión u otros relacionados con el conflicto, aunque no pertenezcan a las organizaciones armadas en rebelión.

Los combatientes de los grupos armados al margen de la ley miembros de organizaciones que suscriban un acuerdo final de paz con el gobierno nacional. También se aplica a las personas que hayan sido acusadas en providencia judicial o condenadas en cualquier jurisdicción por vinculación a dicho grupo, aunque los afectados no reconozcan esa pertenencia. La jurisdicción ordinaria mantiene su competencia para investigar y juzgar conductas cometidas con anterioridad al 1° de diciembre de 2016 por causa, con ocasión o relación directa o indirecta con el conflicto armado respecto de disidentes, desertores y excombatientes que incumplan el régimen de condicionalidad.

La responsabilidad de los mandos de las FARC-EP por los actos de sus subordinados debe fundarse en: a) el control efectivo de la respectiva conducta, b) el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante y después de la realización de la respectiva conducta así como c) los medios a su alcance para prevenirla y de haber ocurrido adoptar las decisiones correspondientes. La responsabilidad del mando no puede fundarse exclusivamente en el rango o jerarquía. Se entiende por control efectivo de la respectiva conducta, la posibilidad real que el superior tenía de haber ejercido un control apropiado sobre sus subalternos, en relación con la conducta delictiva, tal y como se establece en el derecho internacional.

Los agentes del Estado que hayan cometido delitos con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado. Aplicación de forma diferenciada, otorgando un tratamiento equitativo, equilibrado, simultáneo y simétrico (art. 69) teniendo en cuenta que el Estado tiene como fin esencial proteger y garantizar los derechos de todos los ciudadanos y proteger las

instituciones. Los miembros de la fuerza pública ostentan el ejercicio legítimo de la fuerza y sus acciones se presumen legales. La competencia de la JEP comprende a los agentes del Estado miembros de la fuerza pública.

La responsabilidad de los mandos de los miembros de la fuerza pública por los actos de sus subordinados debe fundarse en: a) el control efectivo de la respectiva conducta, b) el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante y después de la realización de la respectiva conducta así como c) los medios a su alcance para prevenirla y de haber ocurrido adoptar las decisiones correspondientes. La responsabilidad del mando no puede fundarse exclusivamente en el rango o jerarquía. Se entiende que existe mando y control efectivo del superior militar o policial sobre los actos de sus subordinados cuando se demuestren las siguientes condiciones concurrentes: a) que la conducta o las conductas punibles hayan sido cometidas dentro del área de responsabilidad asignada a la unidad bajo su mando según el nivel correspondiente y que tengan relación con actividades bajo su responsabilidad, b) que el superior tenga la capacidad legal y material de emitir órdenes, de modificarlas o de hacerlas cumplir, c) que el superior tenga la capacidad efectiva de desarrollar y ejecutar operaciones dentro del área donde se cometieron los hechos punibles, conforme al nivel de mando correspondiente y d) que el superior tenga la capacidad material y directa de tomar las medidas adecuadamente para evitar o reprimir la conducta o las conductas punibles de sus subordinados, siempre y cuando haya de su parte conocimiento actual o actualizable de su comisión.

Art 24 del A.L. 1 de 2017 En relación con agentes del estado no miembros de la fuerza pública (miembro de corporaciones públicas, empleado o trabajador del Estado o de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, que haya participado en el diseño o ejecución de conductas delictivas relacionadas directa o indirectamente con el conflicto armado y sin ánimo de enriquecimiento personal ilícito o si existiera este ánimo si el mismo

no fue la causa determinante de la conducta delictiva), que sin formar parte de las organizaciones o grupos armados, hayan contribuido de manera directa o indirecta a la comisión de delitos en el marco del conflicto, la competencia de la JEP únicamente comprende a quienes hayan manifestado voluntariamente su intención de someterse a ella siempre que cumplan con las condiciones de contribución a la verdad, reparación y garantías de no repetición, sin perjuicio de la pérdida de tratamientos especiales, beneficios, renunciaciones, derechos y garantías derivadas del incumplimiento del régimen de condicionalidad.

En los casos en que ya exista una indagación, investigación o vinculación formal a un proceso por parte de la jurisdicción penal ordinaria, la manifestación voluntaria de sometimiento a la JEP se debe realizar en un término de 3 meses desde la entrada en vigencia de la ley estatutaria de la JEP. Para los casos de nuevas vinculaciones formales a procesos en la jurisdicción ordinaria los agentes del Estado no miembros de la fuerza pública, disponen de 3 meses desde dicha vinculación para expresar por escrito su voluntad sometimiento a la JEP. Este escrito se presenta ante la jurisdicción ordinaria que debe remitir de inmediato las actuaciones a la JEP. A partir de la presentación de la solicitud se suspende la actuación en la jurisdicción ordinaria y la prescripción de la acción penal hasta tanto la JEP asuma competencia.

Los terceros civiles, que sin formar parte de las organizaciones o grupos armados, hayan contribuido de manera directa o indirecta a la comisión de delitos en el marco del conflicto, si manifiestan voluntariamente su intención de someterse a la JEP siempre que cumplan con las condiciones de contribución a la verdad, reparación y garantías de no repetición, sin perjuicio de la pérdida de tratamientos especiales, beneficios, renunciaciones, derechos y garantías derivadas del incumplimiento del régimen de condicionalidad.

En los casos en que ya exista una indagación, investigación o vinculación formal a un proceso por parte de la jurisdicción penal ordinaria, la manifestación voluntaria de

sometimiento a la JEP se debe realizar en un término de 3 meses desde la entrada en vigencia de la ley estatutaria de la JEP. Para los casos de nuevas vinculaciones formales a procesos en la jurisdicción ordinaria los civiles disponen de 3 meses desde dicha vinculación para expresar por escrito su voluntad de sometimiento a la JEP. Este escrito se presenta ante la jurisdicción ordinaria que debe remitir de inmediato las actuaciones a la JEP. A partir de la presentación de la solicitud se suspende la actuación en la jurisdicción ordinaria y la prescripción de la acción penal hasta tanto la JEP asuma competencia.

Quienes estén investigados, procesados o condenados por empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos, perturbación de actos oficiales, violación de los derechos de reunión y asociación, violencia contra servidor público, obstrucción de vías públicas que afecten el orden público, perturbación en servicio de transporte público, colectivo u oficial, asonada y lesiones personales cometidas en contextos de disturbios públicos o en ejercicio de la protesta social, para efectos de la extinción de la responsabilidad y sanción penal. Art. 62 en concordancia con el parágrafo 5 del artículo 63 de la LEJEP y 24 de la ley 1820 de 2016.

4.3 Elemento formal

El diseño de la jurisdicción especial para la paz es prospectivo, mira más al futuro que al pasado pasado, por lo cual el tipo de justicia que ella está llamada a impartir es restaurativa (art. 13 de la LEJEP). La participación efectiva de las víctimas se realiza a través de los derechos que pueden ejercer en su condición de intervinientes especiales en las actuaciones que se surten ante la JEP según los estándares nacionales e internacionales sobre garantías procesales, sustanciales, probatorias, acceso a un recurso judicial efectivo y demás derechos aplicables. Específicamente las víctimas tienen derecho a ser reconocidas como tales dentro del proceso judicial que se adelante, a aportar pruebas e interponer recursos contra las sentencias que se profieran por la JEP, a recibir asesoría, orientación y representación judicial,

a contar con acompañamiento psicológico y jurídico, a ser tratadas con justicia dignidad y respeto, a ser informadas del avance de la investigación y del proceso y de la realización de audiencias y a intervenir en ellas, a ser vinculadas a programas de protección cuando sus derechos a la vida y seguridad personal se encuentren amenazados por su participación en el proceso ante la JEP. (arts 15 y 17 de la LEJEP)

El elemento formal de la JEP está dado por los procesos, procedimientos, actuaciones y medidas que se surten en y ante sus órganos y autoridades (arts. 73 y 76 de la LEJEP).

El marco jurídico de referencia incluye principalmente el DIDH y el DIH. Las secciones del tribunal, las salas y la unidad de investigación y acusación al adoptar sus resoluciones y sentencias deben calificar las conductas basados en la parte general y especial del código penal colombiano y/o en las normas de DIDH, DIH o Derecho Penal Internacional siempre con aplicación obligatoria del principio de favorabilidad. La calificación resultante puede ser diferente a la efectuada con anterioridad por las autoridades judiciales, disciplinarias o administrativas, si se entiende como aplicable el DI arts. (arts. 23 y 66 LEJEP)

La JEP se rige por la Constitución, los actos legislativos 1 y 2 de 2017, la ley estatutaria de la JEP y la ley 1922 de 2018 de procedimiento de la JEP conforme a lo establecido en el art. 12 del A.L. 1 de 2017. (art 24. LEJEP).

4.3.1 Criterios de Selección.

Según lo dispone el artículo 19 de la LEJEP, la sala de definición de situaciones jurídica y la sala de reconocimiento de verdad y responsabilidad deben aplicar criterios para concentrar el ejercicio de la acción penal en quienes tuvieron participación determinante en los hechos más graves y representativos.

Los criterios de selección no constituyen criterios para imputar responsabilidad. Constituyen criterios de selección referidos a los hechos: su gravedad, el grado de afectación

de derechos fundamentales individuales y colectivos, la modalidad de comisión de los hechos en términos de violencia y sistematicidad, la representatividad, la capacidad de ilustración en el curso del proceso del *modus operandi* y/o prácticas o patrones criminales de los hechos y la disponibilidad probatoria (calidad y cantidad de las pruebas disponibles, las requeridas para probar el hecho y su dificultad para conseguirlas).

Constituyen criterios de selección referidos a las víctimas: las características diferenciales de las víctimas, condiciones de vulnerabilidad y/o necesidad de adoptar medidas diferenciales de protección derivadas de patrones históricos, sociales y culturales de discriminación que se han identificado a partir de aspectos como: el origen étnico, el género, la edad, la condición de discapacidad, la orientación sexual y la identidad de género y/o rol social de la víctima; criterios de selección referidos a los responsables: características de los responsables, es decir, participación activa o determinante en la comisión de los crímenes de competencia de la JEP y/o la prueba de su autoría y participación en los hechos concretos.

Las normas procesales de la jurisdicción especial para la paz deben garantizar, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 12 del acto legislativo 1 de 2017, los principios de imparcialidad, independencia judicial, debida motivación, publicidad, debido proceso, contradicción, derecho a la defensa, presunción de inocencia, favorabilidad, libertad de escoger abogado, economía procesal y doble instancia en el marco de un modelo adversarial y participación de las víctimas como intervinientes. El párrafo de ésta disposición impone el deber de incluir garantías procesales, sustanciales, probatorias y de acceso, encaminadas a que las víctimas puedan satisfacer sus derechos a la verdad, justicia y reparación con medidas diferenciales y especiales para quienes se consideren sujetos de especial protección constitucional. El tratamiento penal especial para los responsables de las conductas de competencia de la JEP está condicionado a la garantía de los derechos de las víctimas,

centralidad de las víctimas, integralidad, debido proceso y no regresividad en el reconocimiento de derechos y enfoque diferencial de género.

4.3.2 Régimen de condicionalidad.

En particular, la JEP debe verificar el cumplimiento de las siguientes condiciones: obligación de aportar verdad plena (concordar art.5 del A.L. 1 de 2017). Ella implica aportar información, cuando se conozca de ella, sobre los bienes adquiridos de manera ilegal y de quienes hayan prestado su nombre para adquirirlos, tenerlos, administrarlos y poseerlos en el marco y el contexto del conflicto armado. La aportación dolosa de información falsa implica la pérdida de beneficios y toda información que surja del compromiso de aportar verdad plena que signifique atribución de conductas punibles a otra u otras personas deberá corroborarse a través de otros medios probatorios (parágrafo 2 art.20 LEJEP); garantizar la no repetición y abstenerse de cometer después del 1° de diciembre de 2016 nuevos delitos dolosos cuya pena mínima de prisión sea igual o superior a 4 años y que afecten los siguientes bienes jurídicos: la vida e integridad personal contra personas y bienes protegidos por el DIH, la libertad individual, la libertad, integridad y formación sexuales, el orden económico y social, los recursos naturales y el medio ambiente, la seguridad pública, la salud pública, los mecanismos de participación democrática, la administración pública, la eficaz y recta administración de justicia, la existencia y seguridad del Estado, el régimen constitucional y legal.

De igual forma, abstenerse de cometer el delito de extorsión y los delitos de ejecución permanente y conductas asociadas con cualquier eslabón de la cadena de producción de los cultivos de uso ilícito y sus derivados; contribuir a la reparación de las víctimas y en particular manifestar la verdad en relación con los procedimientos y protocolos para inventariar todo tipo de bienes y activos; en el caso de las FARC-EP además de las anteriores, el tratamiento especial está condicionado a la dejación de las armas, la obligación de

contribuir activamente a garantizar el éxito del proceso de reincorporación a la vida civil de forma integral y la entrega de menores de edad.

En la ley de procedimiento se establecen los parámetros que debe utilizar la JEP para evaluar si se han presentado o no incumplimientos de las condiciones del sistema, así como la forma de graduar en cada caso las consecuencias que tales incumplimientos acarrearán, siempre dentro de los parámetros fijados en el acuerdo final.

Se garantiza la participación ante la JEP del Ministerio Público para la defensa de los derechos fundamentales de las víctimas. El Procurador General de la Nación, por sí o por sus delegados y agentes, puede intervenir en las actuaciones y procesos que se surtan en la JEP, en defensa de los derechos de las víctimas y el orden jurídico. (arts. 77 LEJEP y 277 de la constitución).

4.3.3 *Procedimientos.*

En la ley estatutaria de la JEP se advierte la existencia de dos procedimientos: un procedimiento denominado *dialógico y deliberativo* por la ley de procedimiento de la JEP en caso de reconocimiento de verdad y responsabilidad y un procedimiento *contradictorio, adversarial* en caso de ausencia de reconocimiento de verdad y responsabilidad. Además de éstos, se aplican otros ante las Salas de Amnistía e Indulto, de Definición de Situaciones Jurídicas y ante la Sección de Revisión de Sentencias del Tribunal para la Paz.

4.3.3.1 *Procedimiento en caso de reconocimiento de verdad y responsabilidad.*

Este es un procedimiento *dialógico y deliberativo* que inicia en la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad a partir de los informes presentados por la Fiscalía General de la Nación, la Justicia Penal Militar, la Jurisdicción Especial Indígena, la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la República y las otras jurisdicciones del poder judicial colombiano sobre todas las investigaciones por conductas ocurridas hasta el 1º de

diciembre de 2016 de competencia de la JEP. De igual modo la Fiscalía debe enviar las compulsas de copias remitidas por la Jurisdicción de Justicia y Paz con excepción de las conductas cometidas por terceros o agentes del Estado no integrantes de la fuerza pública que no hayan manifestado previa, expresa y voluntariamente su intención de someterse a la JEP.

La Fiscalía General de la Nación retiene competencia para investigar las conductas relacionadas en los informes hasta el día en que la sala anuncie públicamente que en tres meses presentará al Tribunal para la Paz su resolución de conclusiones.

En ese lapso los órganos de investigación y juzgamiento sólo pueden realizar actos de indagación e investigación sin imponer medidas de aseguramiento, proferir sentencias, ordenar capturas o cumplir o cumplir las que previamente se hayan ordenado en relación con las conductas que son competencia de la JEP.

También constituye insumo para el cumplimiento de sus funciones el informe del Consejo Superior de la Judicatura sobre las sentencias pertinentes proferidas por las otras jurisdicciones o por los condenados; de la justicia penal militar sobre las sentencias proferidas por la justicia penal militar; de los órganos administrativos sobre las resoluciones mediante las cuales se hayan impuesto sanciones por conductas relacionadas con el conflicto; de las organizaciones de víctimas, indígenas, negros, afrocolombianos, raizales, palenqueros, Rrom y colombianas de derechos humanos relativos a conductas cometidas por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado y de fuentes judiciales o administrativas relativos a conductas cometidas por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado.

La Sala debe decidir si los hechos y conductas allí consignados son de competencia de la JEP, poner los informes en conocimiento de las personas mencionadas en ellos, recibir sus declaraciones y presentar a la Sección de Primera Instancia Resolución de Conclusiones para casos de reconocimiento de verdad y responsabilidad.

La Resolución debe contener: la identificación de los casos más graves y las conductas o prácticas más representativas; la individualización de las responsabilidades en particular de quienes tuvieron una participación determinante; la calificación jurídica de las conductas; los reconocimientos de verdad y responsabilidad y el proyecto de sanción propuesto de acuerdo al listado previsto en el artículo 143 de la LEJEP.

La Sección de Primera Instancia para casos de reconocimiento de verdad evalúa la correspondencia entre conductas, responsables y sanciones, verifica el cumplimiento de las condiciones de contribución a la verdad y reparación, emite Sentencia para imponer la respectiva sanción propuesta en la resolución de conclusiones de la SRVR, fija las condiciones y modalidades de ejecución de la sanción y supervisa y certifica el cumplimiento efectivo de su sentencia con el apoyo de los órganos y mecanismos de monitoreo y verificación del SIVJRN.

Tabla 4.

Iter del procedimiento en casos de reconocimiento de verdad y responsabilidades LEJEP

| | Órgano | Actuación |
|----|-----------------------------|--|
| 1. | SRVR. Arts 79 y 80 LEJEP | Recibe Informes de investigaciones por conductas ocurridas antes del 1° de diciembre de 2016, de sentencias proferidas por otras jurisdicciones, de organizaciones de víctimas, de comunidades y pueblos. Los informes deben clasificar los hechos por presuntos autores y agrupar las conductas semejantes en una misma categoría sin calificarlas jurídicamente. |
| 2. | SRVR | Pone los informes a disposición de las personas u organizaciones mencionadas en los informes |
| 3. | SRVR | Decide si los hechos y conductas atribuidas a las diferentes personas son de competencia de la JEP. |
| 4. | SRVR | Notifica a las personas que resulten comprometidas en los informes. |
| 5. | SRVR | Recibe declaraciones orales o escritas de verdad y responsabilidad. En el caso de declaraciones orales la sala puede disponer que sea en audiencia pública en presencia de las organizaciones de víctimas invitadas por la sala en la fecha que ella señale. |
| 6. | SRVR | Contrasta los informes con el acervo probatorio y con las declaraciones de versión libre. Si existen bases para entender que la conducta existió, que la persona mencionada participó y que la conducta corresponde a tipos penales no amnistiables, debe ponerlos a disposición de los presuntos responsables para que ellos decidan comparecer o no a efectuar el aporte de verdad y reconocimiento o no de responsabilidad o comparecer |

| | | |
|----|---|--|
| | | a defenderse de las imputaciones formuladas. También las personas condenadas pueden comparecer voluntariamente a rendir declaración ante la Sala para reconocer verdad completa, detallada y exhaustiva en los supuestos que no deban ser remitidos a la Sala de Amnistía o a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, con excepción de los terceros o agentes del estado no integrantes de la fuerza pública que no se hayan sometido voluntariamente a la JEP. |
| 7. | SRVR | Valora el contenido restaurativo de la actividad, trabajo u obra realizada como cumplimiento anticipado de sanciones. art. 141 LEJEP. |
| 8. | SRVR | Presenta a la Sección de Primera Instancia Resolución de Conclusiones para casos de reconocimiento de verdad y responsabilidad. La Resolución debe contener: la identificación de los casos más graves y las conductas o prácticas más representativas; la individualización de las responsabilidades en particular de quienes tuvieron una participación determinante; la calificación jurídica de las conductas; los reconocimientos de verdad y responsabilidad y el proyecto de sanción propuesto de acuerdo al listado previsto en el art.143 de la LEJEP |
| 9. | Sección de primera instancia para casos de reconocimiento de verdad y responsabilidad | Evalúa la correspondencia entre las conductas reconocidas, los responsables de las mismas y las sanciones a partir de la Resolución proferida por la SRVR. |

Tabla 4. Iter del procedimiento en casos de reconocimiento de verdad y responsabilidades LEJE. (continuación)

| Órgano | Actuación |
|---|---|
| 10. Sección de primera instancia para casos de reconocimiento de verdad y responsabilidad | Verifica que la resolución se corresponde con las descripciones jurídicas de las conductas reconocidas que no pueden ser objeto de amnistía o indulto ni exclusión de la responsabilidad penal. |
| 11. Sección de primera instancia para casos de reconocimiento de verdad | En caso de decidir que no existe correspondencia, comunica esa resolución a quienes efectuaron el reconocimiento para que sean oídos por la SRVR y conocer la posición de dicha Sala. |
| 12. Sección de primera instancia para casos de reconocimiento de verdad | Verificada la correspondencia corrobora el cumplimiento de las condiciones de contribución a la verdad y reparación |
| 13. Sección de primera instancia para casos de reconocimiento de verdad | Emite Sentencia para imponer la respectiva sanción propuesta en la resolución de conclusiones de la SRVR. Fija las condiciones y modalidades de ejecución de la sanción. |
| 14. Sección de primera instancia para casos de reconocimiento de verdad | Supervisa y certifica el cumplimiento efectivo de su sentencia con el apoyo de los órganos y mecanismos de monitoreo y verificación del SIVJNR |

Elaboración propia.

4.3.3.2 Procedimiento en caso de ausencia de reconocimiento de verdad y responsabilidad.

Este procedimiento es *adversarial* y *contradictorio*. Ocurre cuando los presuntos responsables no ofrecen verdad plena o en ausencia de reconocimiento de verdad y responsabilidad. Una vez que la SRVR recibe los informes, los pone en conocimiento de los allí mencionados, les da la oportunidad de rendir declaración. La Sala somete a la Unidad de Investigación y Acusación, cuando entienda que existe mérito para ello, los casos en los que no hubo reconocimiento de verdad y responsabilidad, con indicación de los que resulten más graves y de las conductas o prácticas más representativas. La UIA investiga, y de existir mérito para ello, acusa ante el Tribunal para la Paz a las personas cuyos casos le hayan sido remitidos por la Sala de reconocimiento de verdad y responsabilidad, por la Sala de definición de situaciones jurídicas o por la Sección de revisión del Tribunal para la Paz.

La Sección de primera instancia para casos de ausencia de reconocimiento de verdad y responsabilidad conoce de las acusaciones presentadas por la Unidad de Investigación y

Acusación, somete a las personas acusadas por la Unidad de Investigación y Acusación a juicio contradictorio y en su caso las sanciona o las absuelve, verificando el cumplimiento de las condiciones de contribución a la verdad y reparación.

La Sección puede acordar que el juicio contradictorio se efectúe en Audiencia Pública en presencia o con participación de las organizaciones de víctimas; impone sanciones ordinarias para los que no reconozcan verdad exhaustiva, detallada y plena ni asuman responsabilidades, si resultaren condenados; para el caso de que se inicie el juicio contradictorio sin reconocimiento de verdad y de responsabilidad, y durante el mismo, antes de proferirse sentencia, el enjuiciado reconozca verdad y responsabilidad, impone sanciones alternativas previstas en el listado de sanciones, que son más severas que las impuestas a quienes reconocieron verdad y responsabilidad ante la Sala de Reconocimiento. Al adoptar las decisiones el Tribunal debe procurar inscribir las conductas en el contexto del conflicto armado.

Tabla 5.

Iter del procedimiento en casos de ausencia de reconocimiento de verdad y responsabilidades LEJEP.

| | Órgano | Actuación |
|----|--------------------------|--|
| 1. | SRVR. Arts 79 y 80 LEJEP | Recibe Informes de investigaciones por conductas ocurridas antes del 1º de diciembre de 2016, e informes de sentencias proferidas por otras jurisdicciones, de organizaciones de víctimas, de comunidades y pueblos. Los informes deben clasificar los hechos por presuntos autores y agrupar las conductas semejantes en una misma categoría sin calificarlas jurídicamente. |
| 2. | SRVR | Decide si los hechos y conductas atribuidas a las diferentes personas son de competencia de la JEP |
| 3. | SRVR | Pone los informes a disposición de las personas u organizaciones mencionadas en los informes |
| 4. | SRVR | Notifica a las personas que resulten comprometidas en un informe o declaración de reconocimiento, para darle la oportunidad de rendir declaración voluntaria de los hechos para que a) haga reconocimiento de verdad y responsabilidad, b) niegue los hechos o c) aduzca que carecen de relación con el conflicto. |
| 5. | SRVR | Contrasta los informes con el acervo probatorio y con las declaraciones de versión libre. Si existen bases para entender que la conducta existió, que la persona mencionada participó y que la conducta corresponde a tipos penales no amnistiabiles, debe ponerlos a disposición de los presuntos responsables para que ellos decidan comparecer o no a efectuar el aporte de verdad y reconocimiento o no de responsabilidad o comparecer a defenderse de las imputaciones formuladas. |

| | | |
|-----|------|--|
| | | Recibir las declaraciones de aporte de verdad y reconocimiento o no de responsabilidad tanto individuales como colectivas |
| 6. | SRVR | Decide si las conductas no reconocidas serán sometidas a la Unidad de Investigación y Acusación. Requiere a los declarantes para que completen su reconocimiento de verdad y responsabilidad si la Sala estima que es incompleto, indicando las conductas que en caso de no aportar verdad plena serían remitidas a la Unidad de Investigación y Acusación para lo de su competencia. |
| 7. | SRVR | Remite a la UIA los casos en los que una persona individualizada como responsable en una declaración colectiva, manifieste su desacuerdo con la individualización de su responsabilidad. Solicita a la sección de revisión del Tribunal que obligue a comparecer ante la JEP a la persona que se hubiere negado a hacerlo, respecto de la cual hubiere fundamentos claros y suficientes que permitan inferir que ha tenido una participación determinante en alguna de las conductas constitutivas de delitos de lesa humanidad, genocidio, graves crímenes de guerra, toma de rehenes u otra privación de la libertad, tortura, ejecuciones extrajudiciales, desaparición forzada, acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, sustracción de menores, desplazamiento forzado, reclutamiento de menores. |
| 8. | SRVR | Antes de formular esta solicitud la Sala puede practicar pruebas y ordenar la práctica de las diligencias de averiguación que crea convenientes. Cuando las pruebas se deban practicar en territorio indígena, se debe coordinar con las respectivas autoridades lo necesario para su práctica. |
| 9. | SRVR | Somete a la Unidad de Investigación y Acusación, cuando entienda que existe mérito para ello, los casos en los que no hubo reconocimiento de verdad y responsabilidad, con indicación de los que resulten más graves y de las conductas o prácticas más representativas. |
| 10. | UIA | Investiga, y de existir mérito para ello, acusa ante el Tribunal para la Paz a las personas cuyos casos le hayan sido remitidos por la Sala de reconocimiento de verdad y responsabilidad, por la Sala de definición de situaciones jurídicas o por la Sección de revisión del Tribunal para la Paz. |
| 11. | UIA | Decide, de oficio o a solicitud de las Salas o Secciones de la JEP, las medidas de protección aplicables a víctimas, testigos y demás intervinientes |
| 12. | UIA | Solicita a la Sección de primera instancia del Tribunal para la Paz para casos de ausencia de reconocimiento de verdad y responsabilidad, la adopción de medidas de aseguramiento y cautelares para garantizar el buen fin del proceso. |
| 13. | UIA | Cuando en virtud de las decisiones que haya adoptado, considere que no es necesario investigar o acusar, podrá remitir el caso a la Sala de definición de situaciones jurídicas o a la Sala de amnistía e indulto. |
| 14. | UIA | Adelanta registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones. En estos eventos, un magistrado de la Sección de primera instancia para casos de ausencia de reconocimiento de verdad y responsabilidad del Tribunal para la Paz efectuará el control posterior respectivo, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, al solo efecto de determinar su validez. (continúa) |

Tabla 5. Iter del procedimiento en casos de ausencia de reconocimiento de verdad y responsabilidades LEJEP. (continuación)

| | Órgano | Actuación |
|-----|---|--|
| 15. | UIA | Asegura los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción. En caso de requerirse medidas adicionales que involucren una posible afectación de derechos fundamentales, debe obtener previamente la respectiva autorización por parte de un magistrado de la Sección de primera instancia del Tribunal para la Paz para casos de ausencia de reconocimiento de verdad y responsabilidad, quien ejercerá las funciones de control de garantías. |
| 16. | UIA | Dirige y coordina las funciones de policía judicial que en forma transitoria y en el marco de la JEP cumplirá el Equipo Técnico Investigativo creado para estos fines al interior de la Unidad. |
| 17. | UIA | Solicita a otros órganos competentes del Estado o a organizaciones de derechos humanos y de víctimas, que informen respecto de hechos sobre los cuales no se cuente con información suficiente. |
| 18. | Sección de Primera instancia para casos de ausencia de reconocimiento de verdad y responsabilidad | Conoce de las acusaciones presentadas por la Unidad de Investigación y Acusación. Somete a las personas acusadas por la Unidad de Investigación y Acusación a juicio contradictorio y en su caso las sancionarla o las absuelve. Puede acordar que el juicio contradictorio se efectúe en Audiencia Pública en presencia o con participación de las organizaciones de víctimas. |
| 19. | Sección de Primera instancia para casos de ausencia de reconocimiento de verdad y responsabilidad | A solicitud de la Unidad de Investigación y Acusación, adopta medidas de aseguramiento y cautelares para garantizar el buen fin del proceso. |
| 20. | Sección de Primera instancia para casos de ausencia de reconocimiento de verdad y responsabilidad | Impone sanciones ordinarias para los que no reconozcan verdad exhaustiva, detallada y plena ni asuman responsabilidades, si resultaren condenados. |
| 21. | Sección de Primera instancia para casos de ausencia de reconocimiento de verdad y responsabilidad | Para el caso de que se inicie el juicio contradictorio sin reconocimiento de verdad y responsabilidad, y durante el mismo, antes de proferirse sentencia, el enjuiciado reconozca verdad y responsabilidad, impone sanciones alternativas previstas en el listado de sanciones, que son más severas que las impuestas a quienes reconocieron verdad y responsabilidad ante la Sala de Reconocimiento. Al adoptar las decisiones el Tribunal procurará inscribir las conductas en el contexto del conflicto armado. |
| 22. | Sección de Primera instancia para casos de ausencia de reconocimiento de verdad y responsabilidad | Sin perjuicio de la competencia del Consejo de Estado en materia de reparación monetaria, puede establecer obligaciones reparatoras simbólicas al Estado y organizaciones respetando el debido proceso y siempre que la organización o el Estado haya omitido procedimientos efectivos para prevenir la conducta sancionable. Además, fijar garantías de no repetición. (continúa) |

Tabla 5. Iter del procedimiento en casos de ausencia de reconocimiento de verdad y responsabilidades LEJEP. (continuación)

| Órgano | Actuación |
|---|---|
| 23. Sección de Primera instancia para casos de ausencia de reconocimiento de verdad y responsabilidad | Al adoptar las decisiones puede declarar que la conducta analizada cumple los requisitos para ser amnistiada o indultada, supuesto en el cual remite el caso a la Sala de Amnistía o Indulto; o considerar que la definición de la situación jurídica debe ser diferente a la de una absolucón o condena, evento en el cual lo remite a la Sala de definición de situaciones jurídicas. |
| 24. Sala de Definición de Situaciones Jurídicas | Con el fin de que se administre pronta y cumplida Justicia, determinar los posibles mecanismos procesales de selección y priorización para quienes no reconozcan verdad y responsabilidad. En la adopción de sus decisiones esta Sala valorará las decisiones adoptadas por la Sala de Reconocimiento respecto de la concentración de sus funciones en los casos más representativos. Los criterios de priorización y selección de casos en la JEP, deberán respetar los siguientes principios: i) transparencia en el proceso de selección de casos; ii) debida diligencia en las investigaciones que adelante la Unidad de Investigación y Acusación; iii) recurso efectivo por la Unidad de Investigación y Acusación para en su caso impugnar la decisión de no seleccionar un determinado caso que se considere prioritario. |

Elaboración propia

4.3.3.3 Procedimientos ante la sección de apelación del Tribunal para la Paz.

La Sección de Apelación es órgano de cierre del Tribunal para la Paz y actúa como juez de segunda instancia de las sentencias y resoluciones de las Secciones del Tribunal y de las Salas de la JEP.

Tabla 6.

Procedimientos ante la sección de Apelación del Tribunal para la Paz.

| Actuaciones de la Sección de Apelación del Tribunal para la Paz | |
|---|--|
| 1. | Decidir las impugnaciones de las sentencias proferidas por cualquiera de las secciones de primera instancia. En segunda instancia no se puede agravar la condena cuando el único apelante sea el sancionado. |
| 2. | Decidir los recursos de apelación que contra las resoluciones de las Salas de la JEP y secciones del Tribunal para la Paz se interpongan |
| 3. | Decidir en segunda instancia las acciones de tutela instauradas en contra de las decisiones de algún órgano de la JEP |
| 4. | Las demás que establezca la ley de procedimiento de la JEP, siempre que no sean contrarias al Acto Legislativo 01 de 2017 y a la LEJEP |

Elaboración propia.

4.3.3.4 *Otros procedimientos ante la JEP.*

Procedimiento ante la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas (SDSJ)

Se trata de procedimientos orientados a obtener la declaración de renuncia al ejercicio de la acción penal o disciplinaria, suspensión de la ejecución de la pena, extinción de responsabilidad por entenderse cumplida la sanción u otro tipo de terminación anticipada de procesos penales, disciplinarios o fiscales que se hayan surtido o se estén desarrollando ante otras jurisdicciones u órganos del Estado Colombiano, respecto de conductas que no sean objeto de amnistía o indulto ni sean constitutivas de crímenes internacionales o que tratándose de éstos delitos la conducta de las personas que solicitan el beneficio no haya sido determinante para su realización. En el contexto de la negociación se acordó darle un tratamiento especial simétrico pero diferenciado, equitativo, equilibrado y simultáneo a los agentes del Estado y conceder beneficios especiales a los agentes del estado miembros de la fuerza pública tales como la suspensión de las órdenes de captura, la libertad transitoria, condicionada anticipada a la entrada en funcionamiento de la JEP, el levantamiento de la suspensión de funciones y atribuciones, y la privación de la libertad en unidad militar o policial.

Desde la teoría del diseño, se trata de mecanismos de filtro o selección en la medida en que incluyen nuevos agentes al ámbito de competencia personal de la Jurisdicción Especial, dándoles una oportunidad para actuar que no tenían anteriormente (Pettit, 2003). El filtro o selección que en este caso opera sobre los agentes del Estado, según Pettit (2003), tendría el efecto de atraer hacia el SIVJRN a una clase de sujetos que tienen así más probabilidades de conducirse de una manera que resulta socialmente valiosa, consistente en ofrecimiento de verdad, compromiso de reparación y de no repetición, en relación con las conductas que constituyen el objeto material de la Jurisdicción. Se trata según Pettit (2003), de una estrategia centrada en el cumplimiento y no en la desviación, por lo cual, antes que imponer sanciones

hay que establecer filtros. La concesión temprana de beneficios a los agentes del Estado miembros de la fuerza pública parte del supuesto que las personas deliberan de manera no egocéntrica en la mayoría de los contextos y que sólo se centran en su interés egoísta de una manera asociada con la presencia virtual de ése interés (Pettit, 2003), por lo que la medida busca “construir confianza y facilitar la terminación del conflicto armado interno” (Pettit, 2003, p. 103).

Tabla 7.

Procedimientos ante la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas.LEJEP

Actuaciones de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas (SDSJ)

1. Define la situación jurídica de todos quienes hayan accedido a la JEP, en relación a dos supuestos: personas que no serán objeto de amnistía o indulto ni serán incluidas en la resolución de conclusiones, y personas a las que no habrá de exigírseles responsabilidades ante el Tribunal, por ser merecedoras de amnistía o indulto, en cuyo caso se remitirá a la Sala de Amnistía e Indulto.
2. Define el tratamiento que se dará a las sentencias impuestas previamente por la justicia respecto a las personas objeto de la JEP conforme a los requisitos establecidos en el SIVJRNR, incluida la extinción de responsabilidades por entenderse cumplida la sanción, conforme a lo establecido en el artículo transitorio 11 del Acto Legislativo 01 de 2017. La persona condenada en una sentencia proferida por la justicia ordinaria, podrá comparecer voluntariamente para reconocer verdad completa detallada y exhaustiva en los supuestos que no deban ser remitidos a la Sala de Amnistía ni permanecer en la Sala de verdad y reconocimiento de responsabilidad.
3. A petición del investigado, define la situación jurídica de las personas que, sin pertenecer a una organización rebelde, tengan una investigación en curso por conductas que sean de competencia de la Jurisdicción Especial para la Paz. La sala decidirá si es procedente remitirlo a la Sala de amnistía o indulto, si es procedente remitirlo a la Sala de reconocimiento de verdad y responsabilidad, o si para definir la situación jurídica es procedente renunciar al ejercicio de la acción penal o disciplinaria, en este último caso también respecto a civiles no combatientes, o aplicar cualquier otro mecanismo jurídico según el caso.
4. Define la situación jurídica de aquellos terceros que se presenten voluntariamente a la jurisdicción en los 3 años siguientes de su puesta en marcha y que tengan procesos o condenas por delitos que son competencia de la JEP, cuando no hayan tenido una participación determinante en los delitos más graves y representativos. Una vez verificada la situación jurídica, adoptará las resoluciones necesarias, entre otras la renuncia a la acción penal u otro tipo de terminación anticipada al proceso, siempre que contribuyan de manera eficaz a las medidas del SIVJRNR, en particular la contribución al esclarecimiento de la verdad en el marco de dicho Sistema.
5. Define la situación jurídica de quienes no hayan tenido una participación determinante en los casos más graves y representativos, en particular respecto de las conductas a las que se refiere el artículo 23 de la Ley 1820 de 2016, incluyendo la definición de la situación jurídica de aquellos terceros que se presenten voluntariamente a la jurisdicción en los tres (3) años siguientes de su puesta en marcha y que tengan procesos o condenas por delitos que son competencia de la JEP, cuando no hayan tenido una participación determinante en los delitos más graves y representativos. Una vez verificada la situación jurídica, adopta las resoluciones necesarias, entre otras la renuncia a la acción penal u otro tipo de terminación anticipada al proceso, siempre que contribuyan de manera eficaz a las medidas del SIVJRNR, en particular la contribución al esclarecimiento de la verdad en el marco de

dicho Sistema ordena la renuncia a la persecución penal respecto a (continúa)

Tabla 7. Procedimientos ante la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas. (continuación)

| Tratamiento diferenciado | |
|--------------------------|---|
| | Ordena la renuncia a la persecución penal respecto a personas que, habiendo participado directa o indirectamente en el conflicto armado siendo menores de edad en el momento de realizarse la conducta ilícita competencia de la Jurisdicción Especial para la Paz, resulten responsables de delitos no amnistiados, de conformidad con lo establecido en los principios adoptados por la Organización de Naciones Unidas en esta materia. |
| 7. | Efectúa la calificación de la relación de la conducta (conexidad con delitos políticos) con el conflicto armado, teniendo en cuenta el impacto del mismo sobre los pueblos étnicos y raciales, cuando ello sea pertinente |
| 8. | Profiere resoluciones de renuncia a la persecución penal, cesación de procedimiento, suspensión de la ejecución de la pena, extinción de responsabilidad por cumplimiento de sanción y las demás resoluciones necesarias para definir situación jurídica. (continua) |
| 9. | Adopta las demás resoluciones necesarias para definir la situación jurídica de quienes no fueron amnistiados ni indultados, ni han sido objeto de resolución de conclusiones Aplica mecanismos de cesación de procedimientos con miras a la extinción de la responsabilidad o remite dicha información a la Sala de Amnistía e indulto para lo de su competencia, cuando se trate de contextos relacionados con el ejercicio del derecho a la protesta o disturbios internos. |
| 10. | Aplica cualquiera de los mecanismos de resolución definitiva de la situación jurídica a los agentes del Estado, entre ellos la renuncia a la persecución penal, a quienes hayan sido condenados, procesados o señalados de cometer conductas punibles por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, de conformidad con los siguientes criterios. La renuncia a la persecución penal es un mecanismo de tratamiento penal especial diferenciado para agentes del Estado, propio del sistema integral mediante el cual se extingue la acción penal, la responsabilidad penal y la sanción penal, necesario para la construcción de confianza y facilitar la terminación del conflicto armado interno, debiendo ser aplicado de manera preferente en el sistema penal colombiano, como contribución al logro de la paz estable y duradera. Este mecanismo no procede cuando se trate de: a) Delitos de lesa humanidad, el genocidio, los crímenes de guerra, la toma de rehenes u otra privación 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 del reclutamiento de menores conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma. b) Delitos que no fueron cometidos por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado. c) Delitos contra el servicio, la disciplina, los intereses de la Fuerza Pública, el honor y la seguridad de la Fuerza Pública, contemplados en el Código Penal Militar. |
| 11. | A petición del interesado o de oficio, resuelve la situación jurídica del agente del Estado con la aplicación o no de la renuncia a la persecución penal. El agente del Estado que solicite la aplicación de este mecanismo acompañara su solicitud de informes, providencias judiciales, disciplinarias, administrativas, fiscales o actos administrativos que den cuenta de su situación jurídica y permitan establecer que su conducta fue cometida por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado. Cuando el procedimiento se inicie de oficio, la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas recauda los elementos de juicio que considere necesarios para determinar que la conducta fue cometida por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado. Determinado lo anterior, la sala ordena la renuncia a la persecución penal siempre que no se trate de conductas constitutivas de delitos de lesa humanidad, el genocidio, los crímenes de guerra, la toma de rehenes u otra privación 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 del reclutamiento de menores conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma, ni de delitos contra el servicio, la |

disciplina, los intereses de la Fuerza Pública, el honor y la seguridad de la Fuerza Pública, contemplados en el Código Penal Militar. Una vez proferida la resolución que otorgue la renuncia a la persecución penal, es remitida a la autoridad

Tabla 7. Procedimientos ante la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas. (continuación)

Tratamiento diferenciado

judicial que esté conociendo de la causa penal, para que dé cumplimiento a lo decidido por la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas y materialice los efectos de extinción de la acción penal, de la responsabilidad penal y de la sanción penal según corresponda. La renuncia a la persecución penal también genera los siguientes efectos: Impide que se inicien nuevos procesos por estas conductas, Hace tránsito a cosa juzgada material y sólo podrá ser revisada por el Tribunal para la Paz., Elimina los antecedentes penales de las bases de datos, Anula o extingue la responsabilidad o la sanción disciplinaria, fiscal o administrativa derivada de la conducta penal, Impide el ejercicio de la acción de repetición y del llamamiento en garantía contra los agentes del Estado, sin perjuicio del deber del Estado de satisfacer el derecho de las víctimas a la reparación integral. (continúa)

- 12.** Para los condenados y/o sancionados, las situaciones administrativas de personal consolidadas con fundamento en las decisiones penales, disciplinarias, fiscales y administrativas adoptadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, mantienen su firmeza y ejecutoria. Para efectos del levantamiento de la suspensión del ejercicio de funciones y atribuciones, en el caso de los miembros de la Fuerza Pública activos que se encuentren investigados, la renuncia a la persecución penal tiene los mismos efectos que la extinción de la acción, salvo que se trate de homicidio, tráfico de armas, concierto para delinquir, o los demás delitos del artículo 45 de la presente ley. En todo caso, el reintegro no procede para quienes se encuentren investigados por los delitos mencionados ni por los delitos con una pena mínima privativa de la libertad de cinco (5) o más años. Quienes se encuentren retirados y estén siendo investigados, no pueden ser reintegrados si deciden que se les aplique la renuncia a la persecución penal.
-

Elaboración propia.

Procedimientos ante la Sección de Revisión del Tribunal para la Paz

Ante la Sección de Revisión son presentadas las solicitudes de revisión de las sentencias de otras jurisdicciones, excepto las de la Corte Suprema de Justicia que son revisadas por ella misma en los eventos previstos en el artículo 10 del A.L. 1 de 2017; las solicitudes de sustitución de la sanción penal por sanciones propias o alternativas cuando no proceda la renuncia a la persecución penal, es decir cuando se trate de delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra; y las solicitudes de declaración de cumplimiento anticipado de sanciones. (art.11 del A.L. 1 de 2017). También es competente para revisar las resoluciones o sentencia impuestas por la JEP en los eventos previstos en el literal e) del art.97 de la LEJEP.

Tabla 8.***Procedimientos ante la Sección de Revisión del Tribunal para la Paz. LEJEP***

| Actuaciones de la Sección de Revisión | |
|---------------------------------------|--|
| 1. | <p>Cuando no proceda la renuncia a la persecución penal, la Sección de Revisión del Tribunal para la Paz, a solicitud de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, decidirá sobre la sustitución de la sanción penal proferida por la justicia ordinaria, imponiendo las sanciones propias o alternativas de la Jurisdicción Especial para la Paz, siempre y cuando el condenado reconozca verdad completa, detallada y exhaustiva, dependiendo del momento en el que efectúe tal reconocimiento, y siempre que cumpla las demás condiciones del sistema respecto a la satisfacción de los derechos de las víctimas a la reparación y a la no repetición. Dicha sustitución nunca podrá agravar la sanción previamente impuesta. Para ello, recibida la solicitud de sustitución, la Sección remitirá al solicitante a la Sala de Reconocimiento de verdad y responsabilidad y de determinación de los hechos y conductas para que comparezca ante ella. Procederá a la sustitución una vez la Sala de Verdad informe a la Sección de Revisión el resultado de la comparecencia del solicitante, si este hubiera declarado verdad, completa, detallada y exhaustiva se impondrán las sanciones propias. En caso contrario, si el reconocimiento de verdad se efectúa ante la Sección de Revisión, se impondrán las sanciones alternativas.</p> |
| 2. | <p>Cuando la Sección de Revisión del Tribunal para la Paz verifique que el componente de restricción de libertades y derechos que habría de imponerse ya se ha cumplido, declarar en la providencia de sustitución. De lo contrario, ordenará la ejecución de la sanción propia o alternativa del Sistema. En todo caso, la Sección de Revisión ordenará la ejecución del componente restaurativo de la sanción en caso de que proceda</p> |
| 3. | <p>Revisar, a petición del condenado, las decisiones sancionatorias de la Procuraduría General de la Nación o de la Contraloría General de la República y las sentencias proferidas por otra jurisdicción por: variación de la calificación jurídica conforme a los artículos transitorios 10 y 22 del Acto Legislativo 01 de 2017; por aparición de nuevos hechos que no pudieron ser tenidos en cuenta con anterioridad; o cuando surjan pruebas no conocidas o sobrevinientes no conocidas al tiempo de la condena, todo lo anterior por conductas cometidas por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto, o con la protesta social, siempre que se cumplan las condiciones del Sistema.</p> |
| 4. | <p>La Corte Suprema de Justicia será la competente para la revisión de las sentencias que ella misma haya proferido. Si la Corte confirmara la sentencia condenatoria, la sustitución de la sanción se realizará por la Sala de Revisión en los términos establecidos en el literal e) de este artículo. Únicamente para quienes hubieran sido condenados teniendo en cuenta su condición de combatientes podrá solicitarse la revisión de las anteriores sentencias ante esta Sección, que será la competente para efectuar la revisión. Para los solos efectos de la revisión de sentencias por parte de esta Sección, se entenderá por combatiente a todos los miembros de la Fuerza Pública, sin importar su jerarquía, grado, condición o fuero, y a los miembros de las FARC conforme a los listados entregados por este grupo y verificados según el Acuerdo Final o a quien haya sido señalado como tal en una sentencia en firme.</p> |

Tabla 8. Procedimientos ante la Sección de Revisión del Tribunal para la Paz. (continuación)

Actuaciones de la Sección de Revisión

5. A solicitud de cualquier Sala o Sección y cuando existieren dudas, determina si las conductas relativas a financiación han sido o no conexas con la rebelión, de conformidad con los criterios establecidos en la ley 1820 de 2016 y en esta ley.
6. Conoce en primera instancia de las acciones de tutela instauradas contra decisiones de la Jurisdicción.
7. Resuelve los conflictos de competencias entre Salas, entre estas y la Unidad de Investigación y acusación o cualquiera otro conflicto o colisión que surja en la Jurisdicción Especial para la Paz. Esta Sección solamente podrá resolver el conflicto o la colisión después de que los presidentes de las salas o el Director de la Unidad concernidos se hayan reunido para buscar una solución consensuada al conflicto o colisión surgidos y no lo hayan logrado solucionar.
8. Examina y decide sobre cualquier decisión adoptada por un órgano jurisdiccional u otra autoridad que pretenda dejar sin efecto la amnistía, el indulto u otra medida adoptada en el sistema, verificando entre otros extremos si dicha decisión conculca los principios y normas del SIVJRN.

Otorga a la Unidad de Búsqueda de Personas Desaparecidas (UBPD) las autorizaciones judiciales necesarias para el acceso y protección de los lugares de habitación o domicilio donde se tenga conocimiento de la presunta ubicación de cuerpos o cuerpos esqueletizados de las personas desaparecidas.
9. Resuelve los recursos interpuestos contra las decisiones del Director de la Unidad de Búsqueda de Personas Desaparecidas (UBPD) relativas a Acceso y protección de lugares cuando exista una expectativa razonable de intimidad y sobre las autorizaciones judiciales para el ingreso a lugares de habitación o domicilio.

Elaboración propia.

Procedimientos ante la Sala de Amnistía o indulto (arts. 81 a 83 de la LEJEP)

A la finalización de las hostilidades, de acuerdo con el DIH, el Estado colombiano puede otorgar la amnistía más amplia posible. A los rebeldes que pertenezcan a organizaciones que hayan suscrito un acuerdo final de paz, así como a aquellas personas que hayan sido acusadas o condenadas por delitos políticos o conexos mediante providencias proferidas por la justicia, se otorgará la Amnistía más amplia posible conforme a lo indicado en el Acuerdo Final para la terminación del conflicto y el establecimiento de una paz estable y duradera, según lo dispuesto en la Ley 1820 de 2016, en el Decreto 277 de 2017, en el Decreto 1252 de 2017 y en la LEJEP. (art.40 LEJEP). Al momento de determinar las conductas amnistiables o indultables, se debe aplicar el principio de favorabilidad para el destinatario de la amnistía o indulto, cuando no exista en el derecho internacional una prohibición de amnistía o indulto respecto a las conductas de que se hubiera acusado a los rebeldes o a otras personas acusadas

de serlo. La conexidad con el delito político se rige por las reglas consagradas en la Ley 1820 de 2016 de Amnistía, Indulto y Tratamientos Penales Especiales, y en la LEJEP. Para decidir sobre la conexidad con el delito político de conductas delictivas relacionadas con cultivos de uso ilícito, se deben tener en cuenta los criterios manifestados por la jurisprudencia interna colombiana con aplicación del principio de favorabilidad. Los mismos criterios de amnistía o indulto son aplicables a personas investigadas o sancionadas por delitos de rebelión o conexos, sin que estén obligadas a reconocerse como rebeldes. La concesión de amnistías o indultos o el acceso a cualquier tratamiento especial, no exime del deber de contribuir, individual o colectivamente, al esclarecimiento de la verdad, ni extingue el derecho de las víctimas a recibir reparación.

Tabla 9.

Procedimientos ante la Sala de Amnistía o Indulto. LEJEP

| Actuaciones de la Sala de Amnistía o Indulto | |
|--|--|
| 1. | Aplica tratamientos jurídicos especiales por los delitos políticos o conexos amnistiables o indultables, una vez terminen las hostilidades y finalice la rebelión de las respectivas organizaciones armadas, teniendo a la vista el listado o recomendación de la SRVRDHC previa calificación de la relación de la conducta con el ejercicio de la rebelión y otros delitos políticos. Todo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6.5 del protocolo II de los Convenios de Ginebra del cual Colombia es Estado parte. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 de la LEJEP, no serán objeto de amnistía ni indulto ni de beneficios equivalentes los delitos de lesa humanidad, el genocidio, los graves crímenes de guerra -esto es, toda infracción del Derecho Internacional Humanitario cometida de forma sistemática-, 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 del reclutamiento de menores, todo ello conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma. Tampoco son amnistiables o indultables en el SIVJRN, los delitos comunes que carecen de relación con la rebelión, conforme a lo determinado en la ley 1820 de 2016 de amnistía. |
| 2. | Otorga o concede amnistía o indulto de oficio o a petición de parte a personas investigadas o condenadas por delitos amnistiables o indultables. La solicitud de amnistía debe ser resuelta dentro de los 3 meses siguiente siempre que el destinatario haya concluido el proceso de dejación de armas. |
| 3. | Remite la resolución que concede la amnistía o el indulto a la autoridad judicial que esté conociendo de la causa penal, para que dé cumplimiento a lo decidido por ella y materialice los efectos de extinción de la acción penal, de la responsabilidad penal y de la sanción penal según corresponda. |
| 4. | Remite a la Sala de Reconocimiento de Verdad o a la Sala de definición de situaciones jurídicas las peticiones de indulto o amnistía que versen sobre conductas no indultables ni amnistiables. Ellas son objeto de la JEP |
| 5. | Dispone la libertad provisional de los beneficiarios de amnistía, indulto o renuncia a la acción penal previa suscripción del acta de compromiso hasta que el juez de conocimiento |

materialice las decisiones de la sala de amnistía o indulto

(continua)

Tabla 9. Procedimientos ante la Sala de Amnistía o Indulto (continuación)

Actuaciones de la Sala de Amnistía o Indulto

6. Se entienden conexos a los delitos políticos: Artículo 16 de la ley 1820 de 2016. Para los efectos de esta ley son conexos con los delitos políticos los siguientes: apoderamiento de aeronaves, naves o medios de transporte colectivo cuando no hay concurso con secuestro; constreñimiento para delinquir; violación de habitación violación ilícita de comunicaciones; ofrecimiento, venta o compra de instrumento apto para interceptar la comunicación privada entre personas; violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial; utilización ilícita de comunicaciones; violación de la libertad de trabajo; injuria; calumnia; injuria y calumnia indirectas; daño en bien ajeno; falsedad personal; falsedad material de particular en documento público; obtención de documento público falso; concierto para delinquir; utilización ilegal de uniformes e insignias; amenazas; instigación a delinquir; incendios; perturbación en servicio de transporte público colectivo u oficial; tenencia y fabricación de sustancias u objetos peligrosos; fabricación, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones; fabricación, porte o tenencia de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de fuerzas armadas o explosivos; perturbación certamen democrático; constreñimiento al sufragante; fraude al sufragante; fraude en inscripción de cédulas; corrupción al sufragante; voto fraudulento; contrato cumplimiento requisitos violencia contra servidor público; fuga; y espionaje.

En todo caso se entienden conexos con delitos políticos cuando reúnan algunos de los siguientes criterios: muertes en combate compatibles con el DIH, aprehensión de combatientes efectuada en operaciones militares, aquellos en los que el sujeto pasivo de la conducta es el Estado y su régimen constitucional vigente, aquellas conductas dirigidas a facilitar apoyar, financiar u ocultar el desarrollo de la rebelión. La Sala de Amnistía debe determinar la conexidad con el delito de rebelión caso a caso.

7. No son objeto de amnistía o indulto los delitos que correspondan a las siguientes conductas: delitos de lesa humanidad, genocidio, crímenes de guerra, toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, tortura, ejecuciones extrajudiciales, desaparición forzada, acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, sustracción de menores, desplazamiento forzado, reclutamiento de menores o delitos comunes que carezcan de relación con la rebelión. Art.23 ley 1820 de 2016.
8. Otorga indulto que alcance la extinción de las sanciones impuestas por los delitos de lesiones personales con incapacidad menor a 30 días, daño en bien ajeno, perturbación en servicio de transporte público colectivo u oficial, obstrucción a vías públicas que afecte el orden público, disparo de arma de fuego, empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos, perturbación de actos oficiales, violencia contra servidor público y asonada si se dan las condiciones previstas en los artículos 23 y 24 de la ley 1820 de 2016.
9. Criterios para determinar la conexidad con el delito político: Criterio incluyente. Consiste en incluir como conexos a) aquellos delitos relacionados específicamente con el desarrollo de la rebelión cometidos con ocasión del conflicto armado como es por ejemplo la aprehensión de combatientes efectuada en operaciones militares. b) los delitos en los cuales el sujeto pasivo de la conducta es el Estado y su régimen constitucional vigente y c) las conductas dirigidas a facilitar, apoyar, financiar u ocultar el desarrollo de la rebelión, para lo cual deberán definirse cada uno de los contenidos de las anteriores conductas. Se entenderá como conducta dirigida a financiar la rebelión todas aquellas conductas ilícitas de las que no se haya derivado enriquecimiento personal de los rebeldes ni sean consideradas crimen de lesa humanidad, crimen de guerra o genocidio.

Criterio restrictivo. Se excluyen los crímenes internacionales. Respecto de la aplicación de los criterios de conexidad se debe tener en cuenta la doctrina de la Sala de amnistía e indulto y de la Sección de Revisión del Tribunal para la Paz. Efectos de la amnistía. La amnistía extingue la acción y la sanción penal principal y las accesorias, la acción de indemnización de perjuicios derivada de la conducta punible, y la responsabilidad derivada de la acción de repetición cuando el amnistiado haya cumplido funciones públicas.

(continua)

Tabla 9. Procedimientos ante la Sala de Amnistía o Indulto (continuación)

Actuaciones de la Sala de Amnistía o Indulto

Lo anterior, sin perjuicio del deber del Estado de satisfacer el derecho de las víctimas a la reparación integral en concordancia con la Ley 1448 de 2011 y, en el caso de los pueblos étnicos, de los Decretos Ley 4633, 4634 y 4635 de 2011. Todo ello sin perjuicio de las obligaciones de reparación que sean impuestas en cumplimiento de lo establecido en el Sistema Integral de Verdad Justicia Reparación y No repetición, como se menciona en el artículo 41 de la LEJEP. En todo caso, estos beneficios no tienen efectos sobre la acción de extinción de dominio, ejercida por el Estado de conformidad con las normas vigentes, sobre bienes muebles o inmuebles apropiados de manera ilícita. En caso de que el bien inmueble afectado por la extinción de dominio sea propiedad del padre, madre, hermano o hermana o cónyuge del amnistiado y se hubiere destinado de forma prolongada y habitual desde su adquisición a su vivienda familiar, la carga de la prueba de la adquisición ilícita corresponderá al Estado.

En el evento de que ya se hubiera extinguido el dominio sobre dicho inmueble antes de la entrada en vigor de la ley y la decisión de extinción de dominio hubiere calificado el bien como adquirido con recursos provenientes de actividades de las FARC-EP, y el antiguo propietario declare bajo gravedad de juramento que el bien lo obtuvo con recursos lícitos, este podrá solicitar la revisión de la sentencia en la que se decretó la extinción de dominio, ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito judicial competente según el lugar donde esté ubicado el inmueble o ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia según el caso. Si la sentencia de revisión no ha sido proferida en el término de un año, deberá ser adoptada en dos meses con prelación a cualquier otro asunto. La solicitud de revisión podrá instarse en el término de dos años desde la entrada en vigor de esta ley. Toda solicitud de revisión deberá ser suscrita por un plenipotenciario que hubiere firmado el Acuerdo Final de Paz.

Si por los hechos o conductas objeto de las amnistías o indultos previstos en la ley hay investigaciones disciplinarias o fiscales en curso o sanciones impuestas como resultado de las mismas, las amnistías o indultos previstas en esta ley las cobijarán; el funcionario competente debe adoptar a la mayor brevedad la decisión que extinga tanto la acción como la sanción, a través de los mecanismos jurídicos correspondientes. En caso de que esto último no ocurra en un plazo de tres (3) meses contados a partir de la entrada en vigencia de la ley de amnistía, el interesado podrá solicitar la extinción de la acción o sanción ante la Sala de Amnistía e Indulto de la Jurisdicción Especial para la Paz, sin perjuicio de la utilización de otros recursos o vías legales que considere.

Elaboración propia

4.3.4 Sanciones.

Son éstas las que definen el carácter prevalentemente restaurativo de la justicia que imparte la Jurisdicción Especial para la Paz. Prescribe el artículo 127 de la LEJEP que ellas tienen como finalidad esencial satisfacer los derechos de las víctimas y consolidar la paz. Igualmente se establece que deben tener la mayor función restaurativa y reparadora del daño causado, siempre en relación con el grado de reconocimiento de verdad y responsabilidad mediante declaraciones individuales o colectivas.

4.3.4.1 Tipos de sanciones

Las sanciones previstas en el artículo 13 del A.L. 1 de 2017 y desarrolladas por la ley estatutaria de la JEP son de tres clases: propias, alternativas y ordinarias. Todas se imponen por la realización de conductas consideradas graves infracciones al DIH o graves violaciones de los derechos humanos. La imposición de unas u otras depende de la disposición de los presuntos responsables para ofrecer verdad, responsabilidad y determinación de hechos y conductas y de la oportunidad procesal en que dicho reconocimiento se realice. Las sanciones propias se imponen en el contexto de un procedimiento dialógico y deliberativo mientras que las sanciones alternativas y ordinarias se imponen en el contexto de un juicio adversarial y contradictorio.

Sanciones propias

Son aplicables a quienes reconozcan verdad en la Sala de reconocimiento de verdad y responsabilidad arts. 128, 129 y 143 de la LEJEP. Se imponen a quienes reconozcan responsabilidad y verdad exhaustiva, detallada y plena ante la sala de Reconocimiento, respecto a determinadas infracciones muy graves (delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra). Tienen un mínimo de cumplimiento de las funciones reparadoras y restauradoras de la sanción de cinco años y máximo de 8 años. El periodo máximo de cumplimiento de sanciones propias, por la totalidad de las sanciones impuestas, incluidos los concursos de delitos, será de 8 años. Para quienes no hayan tenido una participación determinante en las conductas más graves y representativas, aun interviniendo en ellas, salvo que se trate de conductas constitutivas de delitos de lesa humanidad, genocidio, crímenes de guerra, toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, tortura, ejecuciones extrajudiciales, desaparición forzada, acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, sustracción de menores, desplazamiento forzado, reclutamiento de menores o delitos comunes que carezcan de relación con la rebelión, las sanciones propias tendrán una duración

mínima de 2 años y una máxima de 5 años incluidas las aplicables por concurso de delitos. Las sanciones propias tienen un componente de restricciones efectivas de libertades y derechos y un componente restaurativo. El componente de restricciones efectivas de libertades y derechos tales como la libertad de residencia y movimiento, que sean necesarias para su ejecución va acompañado de garantías de no repetición. Restricción efectiva significa que haya mecanismos idóneos de monitoreo y supervisión para garantizar el cumplimiento de buena fe de las restricciones ordenadas por el Tribunal de tal modo que esté en condición de supervisar oportunamente el cumplimiento y certificar que se cumplió. La JEP debe determinar las condiciones de restricción efectiva de libertad que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de la sanción, condiciones que en ningún caso se entenderán como cárcel o prisión ni adopción de medidas de aseguramiento equivalentes. Para la determinación de dichas condiciones, los magistrados deben aplicar los siguientes criterios: Fijar de forma concreta los espacios territoriales donde se ubicarán los sancionados durante los periodos horarios de ejecución y cumplimiento de las sanciones propias del sistema, que tendrán un tamaño máximo equivalente al de las zonas veredales transitorias de normalización; fijar los horarios de cumplimiento de las sanciones restaurativas; autorizar cualquier desplazamiento del sancionado para atender actuaciones diferentes al cumplimiento de la sanción, durante los periodos horarios de la ejecución de la sanción; determinar el lugar de residencia de la persona que ejecutará la sanción acordada, durante el periodo de su ejecución. Si la reparación consiste en diferentes proyectos el tribunal debe ir determinando para cada uno los lugares de residencia del sancionado; garantizar que el cumplimiento de las sanciones sea compatible con otras tareas u obligaciones derivadas del acuerdo de paz; indicar al órgano que verifique el cumplimiento de las sanciones la periodicidad con la que deberá rendirle informe sobre la ejecución de la sanción; en el caso de reconocimiento de verdad y responsabilidad ante la sala las restricciones a libertades y derechos serán menores que en el caso de reconocimiento de

verdad ante el tribunal o que en el caso de no reconocimiento; en el caso de los miembros de la fuerza pública el componente de restricción efectiva de la libertad incluirá la fijación de su residencia en Unidades militares o policiales cercanas al lugar de cumplimiento de la sanción durante los días en que ésta se cumpla. En el caso de los miembros de comunidades indígenas el componente de restricción efectiva de libertad podrá incluir la fijación de residencia del sancionado en sus territorios ancestrales, garantizando en todo caso el cumplimiento del componente restaurativo y reparador de la sanción.

El componente restaurativo regulado por el artículo 143 de la LEJEP, tiene relación con el cumplimiento de los acuerdos alcanzados sobre reforma rural integral, participación en política y solución al problema de drogas ilícitas, todo ello atendiendo la necesidad de reparar y restaurar en la mayor medida posible, a las víctimas del conflicto armado, con enfoque diferenciado para mujeres y menores. Puede definirse que su ejecución se efectúe durante un periodo determinado pre establecido o bien atendiendo resultados, como por ejemplo la culminación de una infraestructura determinada, sin perjuicio de la duración de la sanción impuesta por el Tribunal. Los comparecientes ante la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad pueden presentar un proyecto detallado, individual o colectivo, de ejecución de los trabajos, obras o actividades reparadoras y restaurativas. En dicho proyecto se deben indicar las obligaciones, objetivos, fases temporales, horarios y lugares de la ejecución, así como las personas que los ejecutarán, y el lugar donde residirán. Las sanciones impuestas por el Tribunal deben pre-establecer los lugares donde residirán las personas que ejecutarán los proyectos. Los lugares donde residirán tendrán condiciones apropiadas de habitabilidad y dignidad. El proyecto debe establecer un mecanismo de consulta con los representantes de las víctimas residentes en el lugar de ejecución o con las autoridades indígenas del lugar donde vaya a ejecutarse la sanción cuando ésta vaya a ejecutarse en resguardos, para recibir su opinión y constatar que no se oponen al contenido del mismo. El mecanismo de consulta debe

ser aprobado por la Sala y se ejecutará bajo su supervisión. Las víctimas, si lo creen conveniente, pueden comunicar al Tribunal su opinión sobre el programa propuesto, incluso en los casos en los que la propia Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad sea la que lo formule.

El Tribunal tiene plena autonomía para decidir sobre el proyecto. Dicho proyecto debe haber sido previamente aprobado por la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad, y debe ser formulado por la Sala en caso de que los comparecientes no lo presenten. Las sanciones que imponga la JEP por acciones ocurridas en el marco del conflicto armado contra las personas y/o pueblos indígenas, deben contribuir a garantizar la permanencia cultural y la pervivencia de los indígenas como pueblos, conforme a su Plan de Vida equivalentes, su ordenamiento ancestral, su cosmovisión y/o Ley de Origen, Ley Natural, Derecho Mayor o Derecho Propio. En este caso, cuando se trate de sanciones impuestas por acciones contra personas o pueblos indígenas, el proyecto de sanción que vaya a ser ejecutado debe ser acorde con las tradiciones y costumbres étnicas de las comunidades. En el evento de reconocimiento colectivo, las organizaciones o entidades a las que pertenezcan los comparecientes o sus sucesoras son responsables de velar por la adecuada ejecución y cumplimiento de la sanción, sin perjuicio de las funciones atribuidas a la Sección Primera del Tribunal para la Paz. Las sanciones deben ser ejecutadas, en lo que respecta a las FARC-EP, en coordinación con lo acordado sobre dejación de armas y reincorporación de las FARC-EP a la vida civil. El Proyecto puede incluir, entre otros, los siguientes trabajos, obras y actividades, los cuales no podrán ser incompatibles con las políticas públicas del Estado en la materia siempre que las anteriores sean acordes con las tradiciones y costumbres étnicas y culturales de las comunidades. En zonas rurales: participación/ejecución en programas de reparación efectiva para los campesinos desplazados; participación/ejecución de programas de protección medio ambiental de zonas de reserva; participación/ejecución de programas de

construcción y reparación de Infraestructuras en zonas rurales: escuelas, carreteras, centros de salud, viviendas, centros comunitarios, infraestructuras de municipios, etc., participación/ejecución de programas de Desarrollo Rural; participación/ejecución de programas de eliminación de residuos en las zonas necesitadas de ello; participación/ejecución de programas de mejora de la electrificación y conectividad en comunicaciones de las zonas agrícolas; participación/ejecución en programas de sustitución de cultivos de uso ilícito; participación/ejecución en programas de recuperación ambiental de las áreas afectadas por cultivos de uso ilícito; participación/ejecución de programas de Construcción y mejora de las infraestructuras viales necesarias para la comercialización de productos agrícolas de zonas de sustitución de cultivos de uso ilícito; participación y/o ejecución de programas de alfabetización y capacitación en diferentes temas escolares. En zonas urbanas: participación/ejecución de programas de construcción y reparación de infraestructuras en zonas urbanas: escuelas, vías públicas, centros de salud, viviendas, centros comunitarios, infraestructuras de municipios, etc; participación/ejecución de programas de Desarrollo Urbano; participación/ejecución de programas de acceso a agua potable y construcción de redes y sistemas de saneamiento; participación y/o ejecución de programas de alfabetización y capacitación en diferentes temas escolares; limpieza y erradicación de restos explosivos de guerra, municiones sin explotar y minas antipersonal de las áreas del territorio nacional que hubiesen sido afectadas por estos artefactos; participación/ejecución de programas de limpieza y erradicación de restos explosivos de guerra y municiones sin explotar; participación/ejecución de programas de limpieza y erradicación de minas antipersonal y artefactos explosivos improvisados.

Sanciones alternativas.

Aplicables a quienes reconozcan verdad y responsabilidad en el proceso contradictorio ante la sección de primera instancia del tribunal para la paz, antes de dictarse sentencia, tal

como se concibe en los artículos 130 y 144 de la LEJEP. Estas sanciones tienen una función esencialmente retributiva de pena privativa de la libertad en establecimiento carcelario de 5 a 8 años. El periodo máximo de cumplimiento de sanciones alternativas, por la totalidad de las sanciones impuestas, incluidos los concursos de delitos, será de 8 años. Para quienes no hayan tenido una participación determinante en las conductas más graves y representativas, aun interviniendo en ellas, salvo que se trate de conductas constitutivas de delitos de lesa humanidad, genocidio, crímenes de guerra, toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, tortura, ejecuciones extrajudiciales, desaparición forzada, acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, sustracción de menores, desplazamiento forzado, reclutamiento de menores o delitos comunes que carezcan de relación con la rebelión, las sanciones alternativas tendrán una duración mínima de 2 años y una máxima de 5 años incluidas las aplicables por concurso de delitos.

En el evento en que la persona haya comparecido después de haber sido presentada la acusación ante el Tribunal por la Unidad de Investigación y Acusación, en caso de que el reconocimiento de verdad y responsabilidad haya sido exhaustivo, completo y detallado, el Tribunal valorará las razones por las cuales el compareciente no concurrió oportunamente a la Sala de reconocimiento de verdad y responsabilidad. El hecho de considerar plenamente justificada dicha omisión, será motivo para graduar la sanción a imponer.

En cualquier caso en el que el Tribunal para la Paz aprecie que el reconocimiento de verdad y responsabilidad efectuado ante él no ha sido exhaustivo, completo y/o detallado, deben ser aplicadas por el Tribunal para la Paz sanciones alternativas según el siguiente procedimiento: La Sección competente del Tribunal para la Paz determinará la sanción que corresponda por los delitos, conductas o infracciones cometidas, de acuerdo con las reglas del Código Penal de Colombia. A continuación, la Sección competente del Tribunal para la Paz le

impondrá una pena alternativa que consiste en privación de la libertad por un período mínimo de cinco (5) años y no superior a ocho (8) años, tasada de acuerdo con la gravedad de los delitos y el grado de su reconocimiento de verdad, de responsabilidades y de colaboración efectiva en el esclarecimiento de los mismos. Para los anteriores supuestos, las normas de procedimiento determinarán de qué manera se graduarán las sanciones. Para tener derecho a la pena alternativa se requerirá que el destinatario se comprometa a contribuir con su resocialización a través del trabajo, capacitación o estudio durante el tiempo que permanezca privado de la libertad, y en su caso a promover actividades orientadas a la no repetición. Cumplida la sanción alternativa y las condiciones impuestas en la sentencia, se le concederá la libertad. En ningún caso se aplicarán subrogados penales, beneficios adicionales o rebajas complementarias a la sanción alternativa.

Sanciones ordinarias.

Son aplicables a quienes no reconozcan verdad y responsabilidad en el proceso contradictorio ante la sección de primera instancia del tribunal para la paz, y resulten declarados culpables por este, como se concibe en los artículos 132 y 145 de la LEJEP. Estas sanciones cumplen las funciones retributivas previstas en las normas penales sin perjuicio que se obtengan redenciones en la privación de la libertad, siempre y cuando el condenado se comprometa a contribuir con su resocialización a través del trabajo, capacitación o estudio durante el tiempo que permanezca privado de libertad. En todo caso la privación efectiva de libertad en establecimiento carcelario no es inferior a 15 años ni superior a 20 en el caso de conductas muy graves. El periodo máximo de cumplimiento de sanciones ordinarias, por la totalidad de las sanciones impuestas, incluidos los concursos de delitos, es de 20 años. Para los anteriores supuestos, la ley de procedimiento determina de qué manera se graduarán las sanciones. Se pueden aplicar a los condenados los subrogados penales o beneficios adicionales siempre y cuando el destinatario se comprometa a contribuir con su

resocialización a través del trabajo, capacitación o estudio durante el tiempo que permanezca privado de la libertad, y a promover actividades orientadas a la no repetición del daño causado una vez liberado. Cumplida la sanción impuesta en la sentencia, se le concederá la libertad, que será a prueba en caso de haberse comprometido a promover actividades orientadas a la no repetición del daño causado una vez liberado y ello haya sido causa de disfrute de reducción en la duración de la pena impuesta. El período de libertad a prueba se extinguirá dándose por cumplida la pena una vez acreditada la realización de la actividad de promoción de la no repetición del daño causado y en todo caso al cumplirse el tiempo de condena impuesta por el Tribunal para la Paz, tras lo cual se concederá al sancionado la libertad definitiva.

Contenido y dosificación de la sanción, como se concibe en el artículo 136 de la LEJEP. Las resoluciones y sentencias impuestas conforme a las normas especiales de la JEP, deben enunciar de manera precisa el contenido de la sanción, lugar de ejecución de la sanción, así como las condiciones y efectos de las sanciones por los delitos no amnistiables. En la dosificación de las sanciones, los magistrados deben tener en cuenta los siguientes criterios: El grado de verdad otorgado por la persona, y la prontitud con la que se haya hecho, la gravedad de la conducta sancionada, el nivel de participación y responsabilidad, las circunstancias de mayor y menor punibilidad, y los compromisos en materia de reparación a las víctimas y garantías de no repetición.

Todas las decisiones judiciales sobre responsabilidades y sanciones deben ser debidamente motivadas y fundamentadas en pruebas confiables, legales, regulares y oportunamente allegadas y admisibles ante tribunales de justicia. Las resoluciones y sentencias de las salas y secciones deben ser motivadas y fundadas en derecho, pueden ser breves en la parte correspondiente a la comprobación de los requisitos del SIVJNR, pueden ser recurridas en reposición o apelación. Cuando un testigo declare contra una persona por conductas de competencia de la JEP a cambio de obtener beneficios, el valor probatorio de su testimonio

está supeditado a que el contenido del mismo sea corroborado por otros medios de prueba. Las resoluciones y sentencias son de obligatorio cumplimiento desde que adquieran firmeza o cuando hayan sido recurridas en el efecto devolutivo. La Jurisdicción Especial puede solicitar el apoyo de la fuerza pública para la ejecución de sus resoluciones y sentencias.

De conformidad con lo previsto en el art.22 de la LEJRP, las actuaciones y procedimientos que se surtan ante la JEP deben garantizar seguridad jurídica para promover una paz estable y duradera. Las sentencias del Tribunal para la Paz y las Resoluciones de las Salas de la JEP que definan situaciones jurídicas o concedan amnistías, indultos, extinciones de la acción penal o renuncia a la persecución penal, hacen tránsito a cosa juzgada cuando estén en firme y se garantiza su inmutabilidad. Dichas sentencias y resoluciones podrán ser invalidadas o dejadas sin efecto por el mismo Tribunal por las causales restrictivas expresamente determinadas en la ley y en las normas de procedimiento o como consecuencia del ejercicio de revisión de tutela ejercido por la Corte Constitucional. En todo caso, en materias legales, la sección de apelación del tribunal para la paz es el órgano de cierre hermenéutico de la JEP. Tres decisiones uniformes dictadas por ella, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable que podrá ser aplicada por las demás salas y secciones en casos análogos, lo cual no obsta para que la Sección de Apelación varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores. La doctrina probable en ningún caso puede ser contraria a la ley o sustituirla, como se concibe en el artículo 25 inciso 1 de la LEJEP.

La sección de apelación del Tribunal para la Paz puede expedir sentencia de unificación de jurisprudencia para asegurar la unidad de la interpretación del derecho y garantizar la seguridad jurídica, tal como se menciona en el artículo 25 inciso 2 de la LEJEP

La paz, como derecho síntesis, condición necesaria para el ejercicio y disfrute de los demás derechos, es un principio orientador para la interpretación de las normas y para la adopción de

las decisiones. El acuerdo final es parámetro de interpretación de las normas que rigen la JEP en los términos del acto legislativo 2 de 2017 en el artículo 26

4.3.5 Recursos y Acciones.

4.3.5.1 Recursos de Reposición y apelación art.147 LEJEP

Las resoluciones de las Salas y Secciones de la JEP pueden ser recurridas en reposición ante la Sala o Sección que las haya proferido y en apelación ante la Sección de Apelación del Tribunal, a solicitud del destinatario de la resolución o sentencia y de las víctimas con interés directo y legítimo o sus representantes.

4.3.5.2 Acción de Tutela arts. 148 a 151 LEJEP

La acción de tutela procede contra las acciones u omisiones de los órganos de la Jurisdicción Especial para la Paz, que hayan violado, violen o amenacen los derechos fundamentales. La acción de tutela en contra de las providencias judiciales que profiera la JEP procede solo por una manifiesta vía de hecho o cuando la afectación del derecho fundamental sea consecuencia directa por deducirse de su parte resolutive y se hubieran agotado todos los recursos al interior de la Jurisdicción Especial para la Paz, no existiendo mecanismo idóneo para reclamar la protección del derecho vulnerado o amenazado. En el caso de violaciones que se realicen por afectación al debido proceso, debe interponerse tras haber agotado el recurso procedente ante los órganos de la JEP. La petición de acción de tutela debe ser presentada ante el Tribunal para La Paz, único competente para conocer de ellas. La primera instancia será decidida por la Sección de Revisión. La segunda por la Sección de Apelación. Los fallos de tutela contra las providencias judiciales de la Jurisdicción Especial para la Paz, surten el proceso de selección y revisión por parte de la Corte Constitucional previsto en las normas constitucionales y legales vigentes sobre la materia.

4.3.6 Ejecución de las sanciones.

4.3.6.1 Fuero carcelario para agentes del estado (art.133 de la LEJEP)

En el caso de los agentes del Estado se aplica el fuero carcelario que corresponda sujeto al monitorio propio de la JEP. Las sanciones alternativas y ordinarias para los miembros de la fuerza pública se cumplen en los establecimientos de prisión propios para ellos, y están sujetas al mecanismo de vigilancia y monitoreo previsto para estos centros así como el sistema de verificación propio de la JEP.

4.3.6.2 Descuento de la sanción propia art.134 LEJEP

Respecto de los integrantes de las FARC-EP acreditados por el gobierno nacional, el periodo de permanencia en las zonas veredales transitorias y de normalización (ZVTN) o en una ubicación territorial perfectamente definida y verificable, será considerado en su caso como tiempo de cumplimiento de la sanción propia siempre que durante dicha permanencia se hubieran realizado trabajos, obras o actividades con contenido reparador siempre y cuando sean verificadas por el secretario ejecutivo de la JEP quien podrá pedir colaboración de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia.

4.3.6.3 Tiempo de privación de la libertad en unidad militar o policial art.135 LEJEP

El tiempo de privación de la libertad en Unidad Militar o Policial de los miembros de la Fuerza Pública, conforme a lo establecido en los artículos 56 y 57 de la Ley 1820 de 2016, es considerado como tiempo de cumplimiento de la sanción que pudiera imponérseles, siempre y cuando realicen trabajos, obras, o actividades con contenido reparador y restaurador. Lo anterior debe ser verificado por el secretario ejecutivo de la JEP quien puede pedir

colaboración de la oficina del alto comisionado de las naciones unidas para los derechos humanos en Colombia.

4.3.6.4 Verificación y cumplimiento de las sanciones. art.137 LEJEP

Los lugares donde sean ejecutadas las sanciones están sujetos al monitoreo propio del Sistema, así como a un régimen de seguridad y vigilancia que garantice la vida e integridad física de los sancionados. Los desplazamientos para realizar actividades acordes con el cumplimiento de la sanción deben ser monitoreados por el anterior mecanismo, sin perjuicio de las competencias de las Secciones de Primera Instancia del Tribunal para la Paz. Cuando se traté de ejecución de la sanción impuesta a miembros de los pueblos étnicos y la sanción deba cumplirse en territorios ancestrales, el Sistema de Verificación del cumplimiento de la sanción debe establecer mecanismos de articulación y coordinación con las autoridades tradicionales o instituciones representativas de los pueblos indígenas, negros, afrocolombianos, raizales, palanqueros y rom. Lo anterior sin detrimento de las funciones y atribuciones de las instancias de gobierno propio, Jurisdicción Especial Indígena y los mecanismos de participación existentes. Para los miembros de la Fuerza Pública, el monitoreo y verificación del cumplimiento de sanciones propias también puede ser efectuado por el Ministerio de Defensa Nacional a través de la dependencia que para tal fin sea designada, sin perjuicio de las competencias de verificación de la Sección de Primera Instancia del Tribunal para la Paz para casos de reconocimiento de verdad y responsabilidad respecto al cumplimiento de las sanciones impuestas por dicho Tribunal y sin perjuicio de las competencias de verificación y cumplimiento de la sanción otorgadas por la LEJEP al mecanismo de verificación y cumplimiento de las sanciones también respecto a los miembros de la Fuerza Pública sancionados.

4.3.6.5 Monitoreo vigilancia y verificación del cumplimiento de sanciones propias de agentes del estado art.138 LEJEP

La verificación del cumplimiento de las sanciones propias impuestas a los agentes del estado, incluidos los miembros de la Fuerza Pública, tanto en su componente de restricción efectiva como en el de realización de los trabajos, obras o actividades con contenido reparador, está directamente a cargo de la Sección de Primera Instancia del Tribunal para la Paz para casos de reconocimiento de responsabilidad, con apoyo del mecanismo internacional.

4.3.6.6 Órgano de verificación del cumplimiento de sanciones art.139 LEJEP

La Sección de Primera Instancia del Tribunal para la Paz para casos de reconocimiento de verdad y responsabilidad es el órgano competente para verificar el cumplimiento de las sanciones impuestas por la JEP así como el competente para otorgar las autorizaciones para los desplazamientos que no estén relacionados con el cumplimiento de la sanción cuando dichos desplazamientos no estén expresamente autorizados en la sentencia.

Actividades, trabajos y obras como cumplimiento anticipado de sanciones tratamiento diferenciado.

Para cualquier individuo sometido a la jurisdicción especial para la paz art. 141 de la LEJEP, las actividades, trabajos u obras efectuadas desde el momento en que se adoptó el acuerdo sobre "Limpieza y descontaminación de municiones sin explotar, restos explosivos de guerra y limpieza de minas anti persona", de forma personal y directa por cualquier individuo sometido a la competencia de la Jurisdicción Especial para la Paz, son consideradas, a solicitud del interesado, por la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad y por el Tribunal para la Paz al momento de imponer sanciones al solicitante, siempre y cuando se reúnan los siguientes requisitos: que la actividad realizada haya reparado a las víctimas o haya

tenido un impacto restaurador, que mediante cualquier medio de prueba válido en derecho la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad o el Tribunal para la Paz hayan acreditado su realización por los mecanismos de verificación acordados por las partes para cada actividad, trabajo u obra, o por la Secretaría Ejecutiva de la JEP, o por los mecanismos de verificación acordados por las partes, que sea compatible con el listado de sanciones.

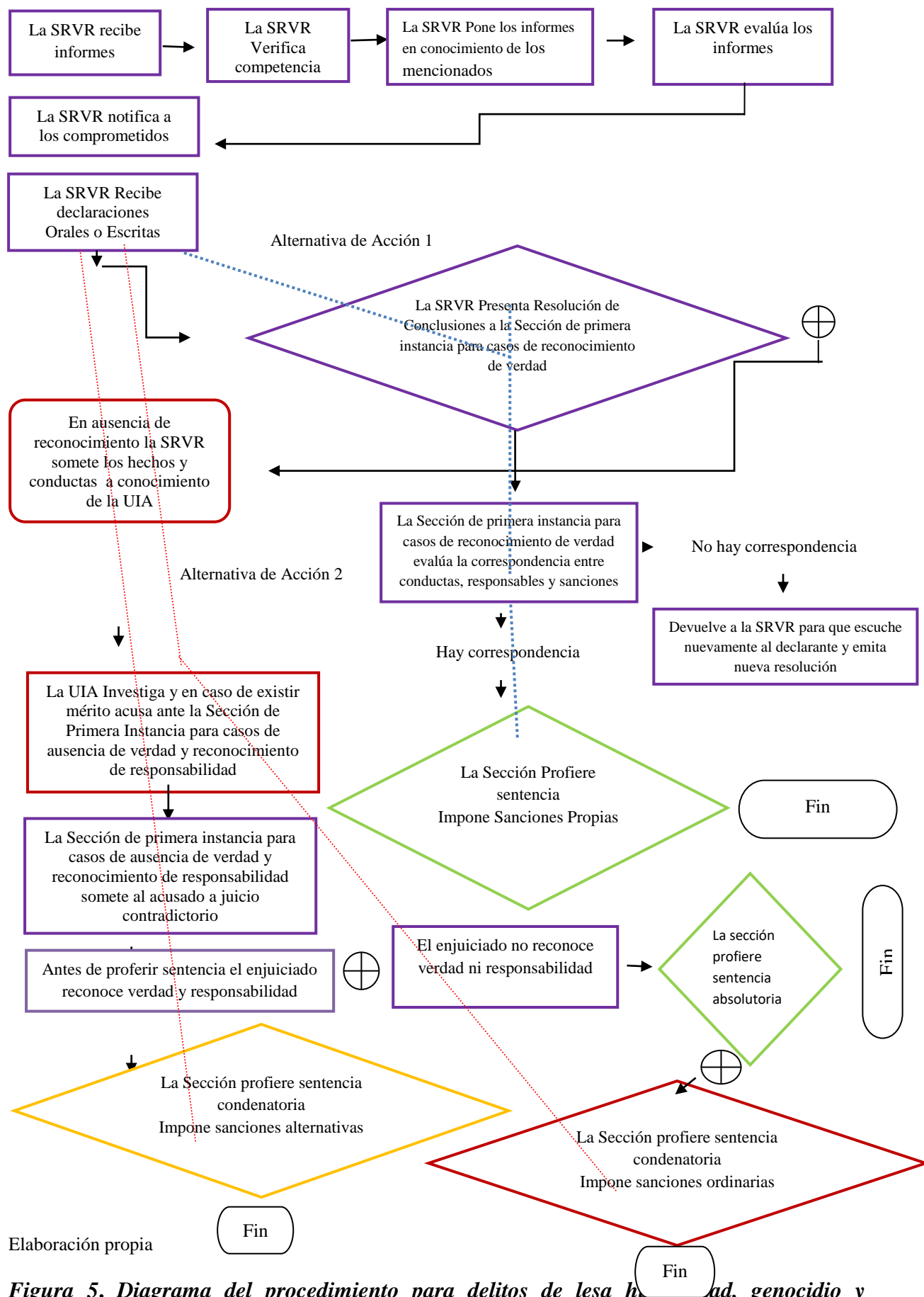
Para miembros de la fuerza pública, como se concibe en el artículo 142 de la LEJEP, las actividades, trabajos u obras efectuadas desde el momento en que se adoptó el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera por cualquier miembro de la Fuerza Pública que se someta a la competencia de la JEP y haya suscrito el acta de compromiso de que tratan los artículos 52 parágrafo 1 y 53 de la Ley 1820 de 2016 que tengan un contenido reparador o restaurador que pretendan la satisfacción de los derechos de las víctimas del conflicto armado interno, son consideradas, a solicitud del interesado, por la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad y por el Tribunal para la Paz al momento de proponer o imponer sanciones al solicitante, siempre y cuando dichos trabajos, obras o actividades hayan reparado a las víctimas o haya tenido un impacto restaurador, y sean compatibles con el listado de sanciones.

4.4 Valoración del diseño de la jurisdicción especial para la paz.

En este apartado se registran los resultados de la valoración del diseño de la JEP en función de las categorías de análisis y del contexto. Desde la perspectiva de Elster (2006) existen tres formas institucionales de justicia transicional: la justicia legal, la justicia administrativa y la justicia política. Tomando en cuenta el proceso diseño de construcción de la JEP y el resultado plasmado en normas de carácter constitucional y legal, se puede afirmar que la Jurisdicción Especial para la Paz es una forma de justicia transicional que se ubica en un punto intermedio entre la justicia legal pura y la justicia política pura. Se trata de una forma

de justicia legal porque cumple con las exigencias planteadas por Elster (2006) para esta forma de justicia transicional, está reglada por normas de rango constitucional, estatutario y legal, goza de independencia frente a los poderes del Estado, se impone a los magistrados el deber de imparcialidad en la interpretación de la ley y está sometida a los principios del debido proceso. De otra parte, está cercana a la justicia política porque ella es el resultado de un acuerdo político entre el gobierno colombiano y las FARC-EP. Desde el inicio del proceso de negociación la cúpula del grupo alzado en armas se mostró reticente a la creación de algún mecanismo judicial como forma de satisfacción del derecho a la justicia de las víctimas. En el contexto de los acontecimientos políticos de 2014 y para blindar el proceso frente a una eventual intervención de la Corte Penal Internacional, la cúpula de las FARC aceptó someterse a una jurisdicción especial diseñada - en su estructura, funciones, procedimientos y sanciones - por los negociadores del Gobierno colombiano y del grupo alzado en armas en la mesa de conversaciones de la Habana. El artículo 13 transitorio del A.L. 1 de 2017 que establece los tipos de sanciones explícitamente reenvía al listado de sanciones contenidas en el punto 5.1.2. del Acuerdo Final. La Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidades creada para recibir informes y declaraciones de reconocimiento de verdad y responsabilidad, evaluar el acervo probatorio y calificar las conductas, e incluir el proyecto de sanción en la resolución de conclusiones, es una suerte de Comisión de la Verdad con funciones judiciales que encamina la actuación procesal que se surtirá en el Tribunal para la Paz. Ella profiere Resoluciones que tienen carácter judicial susceptibles de apelación ante la Sección de Apelación del Tribunal para la Paz. La creación de la jurisdicción especial para la paz es por este aspecto una forma institucional de justicia política que adopta la forma de justicia legal con un doble propósito: de una parte lograr la terminación del conflicto de forma negociada y de otra blindar el proceso de paz frente a la eventual intervención de la Corte Penal Internacional. Sin poner en tela de juicio la garantía de independencia e imparcialidad y

sujeción a los principios del debido proceso en la JEP, las actuaciones de sus magistrados se surten en la ruta y bajo las condiciones establecidas en el ámbito de la política, aunque sin duda, tal como lo explica Goodin (2003) la configuración de la JEP que se deriva de las intervenciones de los negociadores en la mesa no es exactamente lo que ellos se proponían (Goodin, 2003). Ya se estableció en el capítulo 3 de este trabajo cómo no existe un único diseño ni un único diseñador de la JEP. Simplemente, dice Goodin (2003) “se trata de una gran cantidad de intentos localizados de diseño parcial que se superponen entre sí” (p.46). Para corroborar este aserto se ha verificado que en el proceso de creación de la JEP han concurrido diversos actores además de los negociadores de la Habana: El Congreso de la República, los partidos políticos, la ciudadanía, las Altas Cortes y las víctimas del conflicto armado interno de manera tangencial. Aun así, se puede apreciar un alto grado de correspondencia entre el diseño inicial de la JEP en lo referido al régimen sancionatorio para los responsables de delitos internacionales consignado en el borrador conjunto de 15 de diciembre de 2015 y el diseño final contenido en el A.L. 1 de 2017 y en la ley estatutaria de la JEP. Por ésta razón, desde la perspectiva de la elección racional, cualquier observador podría anticipar con cierta certidumbre, el resultado de los juicios que se adelantarán en esa jurisdicción tal como se puede apreciar en la Figura 5.



Elaboración propia

Figura 5. Diagrama del procedimiento para delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra.

Para Pettit (2003), es pertinente la aplicación al diseño institucional de ciertos supuestos de la teoría de la elección racional si se acepta que la conducta de los individuos es sensible a las oportunidades e incentivos disponibles. Los instrumentos más obvios para modificar las oportunidades e incentivos de los agentes individuales y por consiguiente su conducta agregada son para este autor las sanciones en sentido amplio (Pettit, 2003). Ellas operan sobre el conjunto de acciones que tiene un agente haciendo que algunas de ellas resulten más o menos atractivas de lo que serían de no existir tales sanciones. Estas obran entonces como recompensas o como penas. El diseño de sanciones en la JEP se sirve de este instrumento. La imposición de sanciones propias en su doble componente (de restricción de la libertad y restaurativo), recompensa al agente por elegir de manera adecuada, es decir por declarar tempranamente la verdad y reconocer la responsabilidad. La sanción negativa castiga duramente al agente por elegir incorrectamente, es decir, por hacer reconocimiento de verdad y responsabilidad tardíamente, pero antes de que se profiera sentencia, o por hacer un reconocimiento incompleto de la verdad o por abstenerse de reconocer la verdad y la responsabilidad en relación con los delitos que la U.I.A. le imputa. En el primer evento la sanción será alternativa (privación efectiva de la libertad de 5 a 8 años), en el segundo evento la sanción será ordinaria (privación efectiva de la libertad de 15 a 20 años).

Se observa que las sanciones en la JEP han sido diseñadas de una manera progresiva. En el nivel más bajo se encuentran las sanciones propias que alientan idealmente la deliberación para contribuir a la realización de los propósitos del SIVJRN. Desde la perspectiva de Pettit (2003), si estas sanciones resultan incapaces de mantener a alguien en la senda correcta, si se descubre que la persona incumple el régimen de condicionalidad y demuestra ser en cierto sentido, un canalla, se recurre a sanciones de nivel superior, más estricto, consistentes en la pérdida de los beneficios y el sometimiento a la jurisdicción ordinaria.

Pettit (2003) destaca la estrategia centrada en el cumplimiento. Se guía por la idea según la cual las personas no deliberan de manera egocéntrica en la mayoría de los contextos y que sólo centran su interés egoísta de una manera asociada con la presencia virtual de ese interés. Para Pettit ésta estrategia puede explicarse, entre otros, a través del principio según el cual antes que imponer sanciones hay que establecer filtros. Uno de ellos es el mecanismo de filtro centrado en los agentes. La estrategia consiste en filtrar la población de agentes pertinente incluyendo a determinados individuos de un marco dado de tal manera que, en general los involucrados se inclinen a deliberar acerca de sus opciones en la moneda que resulte contextualmente adecuada para la elección en cuestión. (Pettit, 2003).

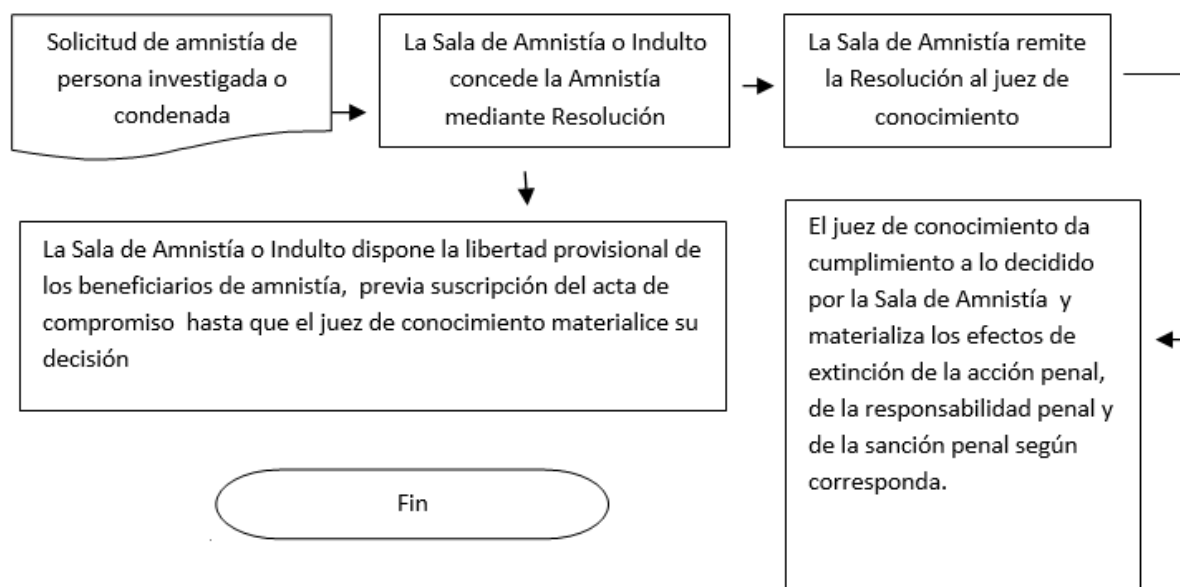


Figura 6. Procedimiento para delitos políticos y conexos

Para el caso de los delitos políticos los diseñadores se sirven del mecanismo de filtro, incluyendo en la clase de sujetos susceptibles de beneficiarse con la amnistía o el indulto aquellos que han desplegado conductas calificadas como conexas a los delitos políticos, con el fin de promover la decisión de dejación de las armas y reincorporación a la vida civil de los miembros del grupo rebelde. La inclusión de terceros y agentes del estado no miembros de la

fuerza pública en el ámbito de competencia personal de la JEP constituye también un filtro centrado en los agentes. Su propósito es construir confianza y cerrar el ciclo de violencia incluyendo a los no combatientes en el campo de aplicación del régimen de transición que es más benévolo que el régimen penal ordinario a condición del ofrecimiento de verdad, reconocimiento de responsabilidad y compromiso de reparación y no repetición.

Teniendo en cuenta las categorías de análisis y las definiciones operativas consignadas en la matriz de análisis documental se hizo una valoración del cumplimiento de los criterios del buen diseño institucional de la Jurisdicción Especial para la Paz a la luz de la teoría del diseño de Goodin (2003). Este autor plantea un criterio de evaluación interno que guarda relación con la coherencia interna de los elementos de la JEP y su potencialidad para cumplir su función y unos criterios de evaluación externos que dan cuenta de la justa correspondencia del objeto diseñado con su entorno. Para Goodin (2003) son principios que desde el punto de vista prescriptivo aseguran dicha relación armónica con el entorno son: revisión, solidez, sensibilidad a la complejidad motivacional, publicidad y variabilidad.

El criterio interno para evaluar el diseño de cualquier institución hace referencia a la potencialidad para cumplir su función y a la manera en que aquél promueve su funcionamiento sin tropiezo de manera coherente y armónica.

Al configurar el elemento justicia del SIVJRNR los diseñadores descartaron la creación de un Tribunal Nacional y en cambio, decidieron establecer una Jurisdicción Especial de estructura compleja y jerarquizada que recrea en menor escala la estructura y funciones de diversos órganos del Estado Colombiano. La jurisdicción no sólo cumple funciones de investigación, acusación y juzgamiento sino también funciones de administración, de defensoría pública y de policía judicial. La asignación de funciones de ésta índole favorece la autonomía de la jurisdicción y busca construir confianza frente a los actores del conflicto pero compromete la capacidad institucional para cumplir eficaz y prontamente su labor central que

es la administración de justicia y distrae la atención misional hacia actividades que hubieran podido realizarse por los órganos existentes en el Estado colombiano en aplicación del principio de colaboración armónica previsto en el inciso final del artículo 113 de la Constitución.

La estructura jerarquizada se advierte por la distinción injustificada entre las calidades y salarios de los magistrados del Tribunal para la Paz y los magistrados de las Salas. Los primeros se asimilan a los magistrados de las Altas Cortes, mientras que los segundos se equiparan a los Magistrados de los Tribunales de Distrito. Unos y otros cumplen funciones judiciales, todas relevantes para el cumplimiento de la misión institucional. También en la planta de personal se establece un trato diferenciado. Mientras que en cada despacho de Magistrado del Tribunal fueron creados tres empleos de Magistrado Auxiliar, en cada Despacho de los Magistrados de las Salas se crearon seis empleos de Profesionales Especializados. Tratándose de una institución llamada a impartir justicia, se reprocha que el constituyente haya provocado un tratamiento diferenciado injustificado entre los magistrados que van a cumplir esa función. Es probable que esta diferencia de trato afecte negativamente el clima organizacional en la institución e impacte el eficaz desempeño de la institución.

La planta de personal de la JEP establecida mediante Acuerdo 005 de 2018, suma 597 empleados, 20 magistrados de tribunal, 18 magistrados de sala, 60 magistrados auxiliares, 16 fiscales, 26 fiscales de apoyo, el Director de la UIA, y el Secretario Ejecutivo, para un total de 739 servidores públicos. Es muy pronto para hacer un juicio de valor sobre la suficiencia de esta planta para atender las competencias asignadas a la Jurisdicción, pero se considera desafortunada la decisión de distribuir los cargos por despacho judicial. Esta decisión recrea la estructura de las altas cortes, con despachos judiciales fuertes y unidades comunes débiles, en detrimento del trabajo colectivo y la consistencia jurisprudencial de la institución tal como lo señala Uprimny (2018).

En relación con los procesos y procedimientos, prácticamente cualquier asunto puede ser reenviado de una sala a otra, de una sala a la sección de revisión de sentencias, de la sala de revisión de sentencias a una sala o a la U.I.A. y de la U.I.A. a las salas cuando alguna de ellas estima que el asunto no es de su competencia o para que se surtan otras actuaciones (Ver Figuras 7 – 11), todo esto en detrimento del trámite eficaz y eficiente de los asuntos sometidos a conocimiento de la jurisdicción. En caso de colisión de competencias corresponde dirimir las a la Sección de Revisión del Tribunal para la Paz.

Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de Hechos y Conductas

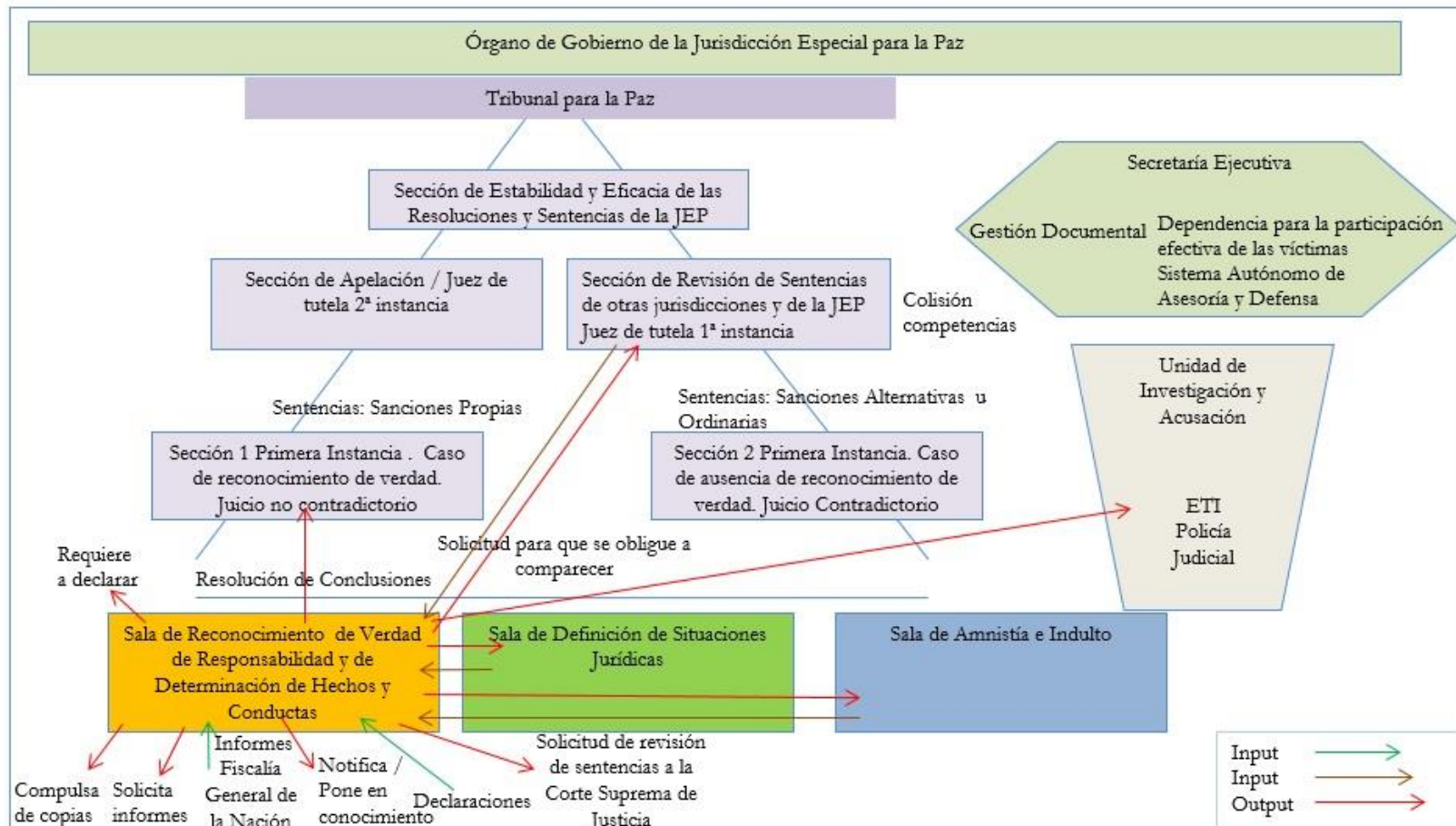


Figura 7. Diagrama de las actuaciones de la SRVR en relación con otras salas y secciones

Sala de Definición de Situaciones Jurídicas

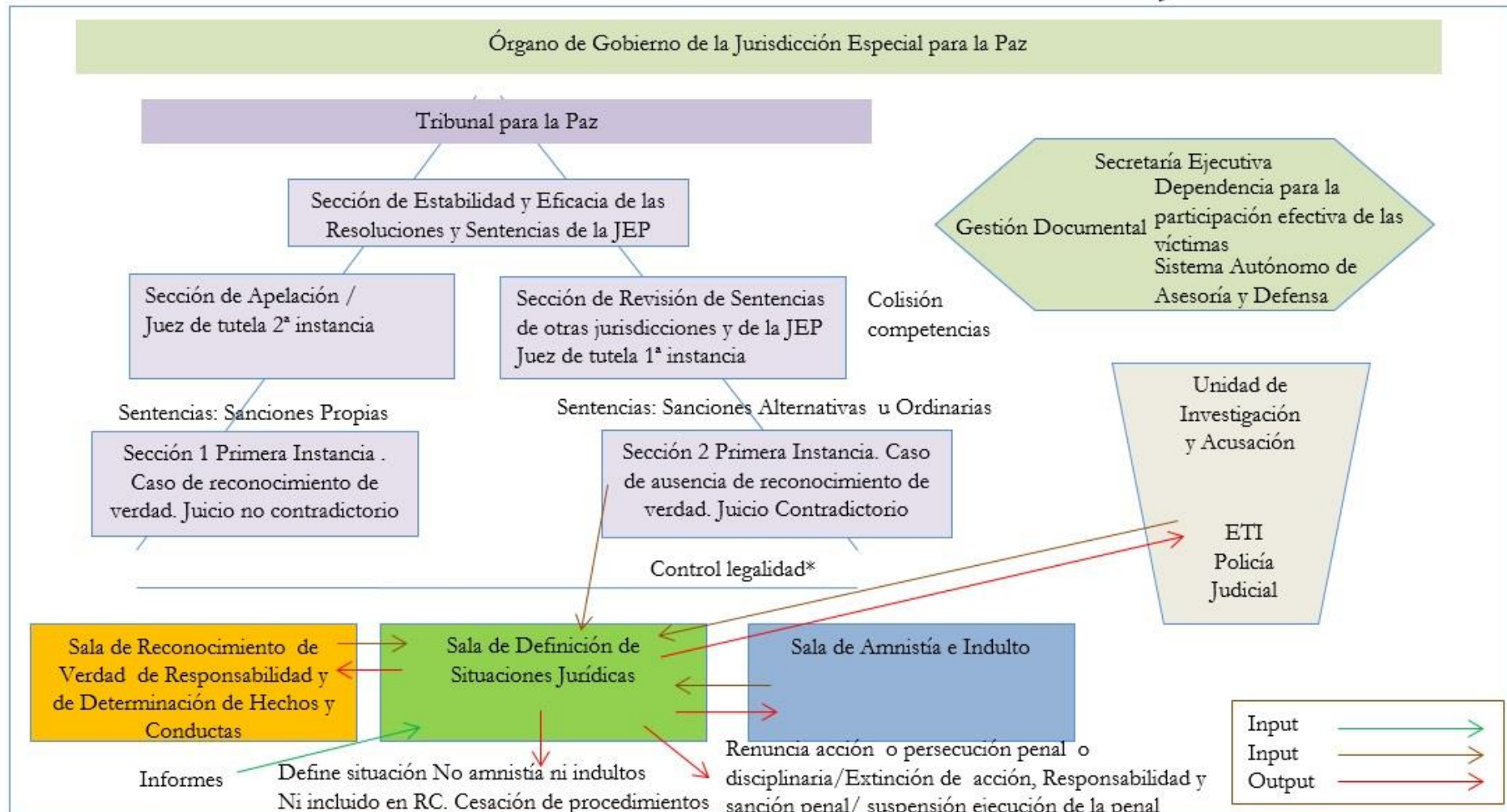


Figura 8. Diagrama de las actuaciones de la SDSJ en relación con otras salas y secciones

Sala de Amnistía e Indulto

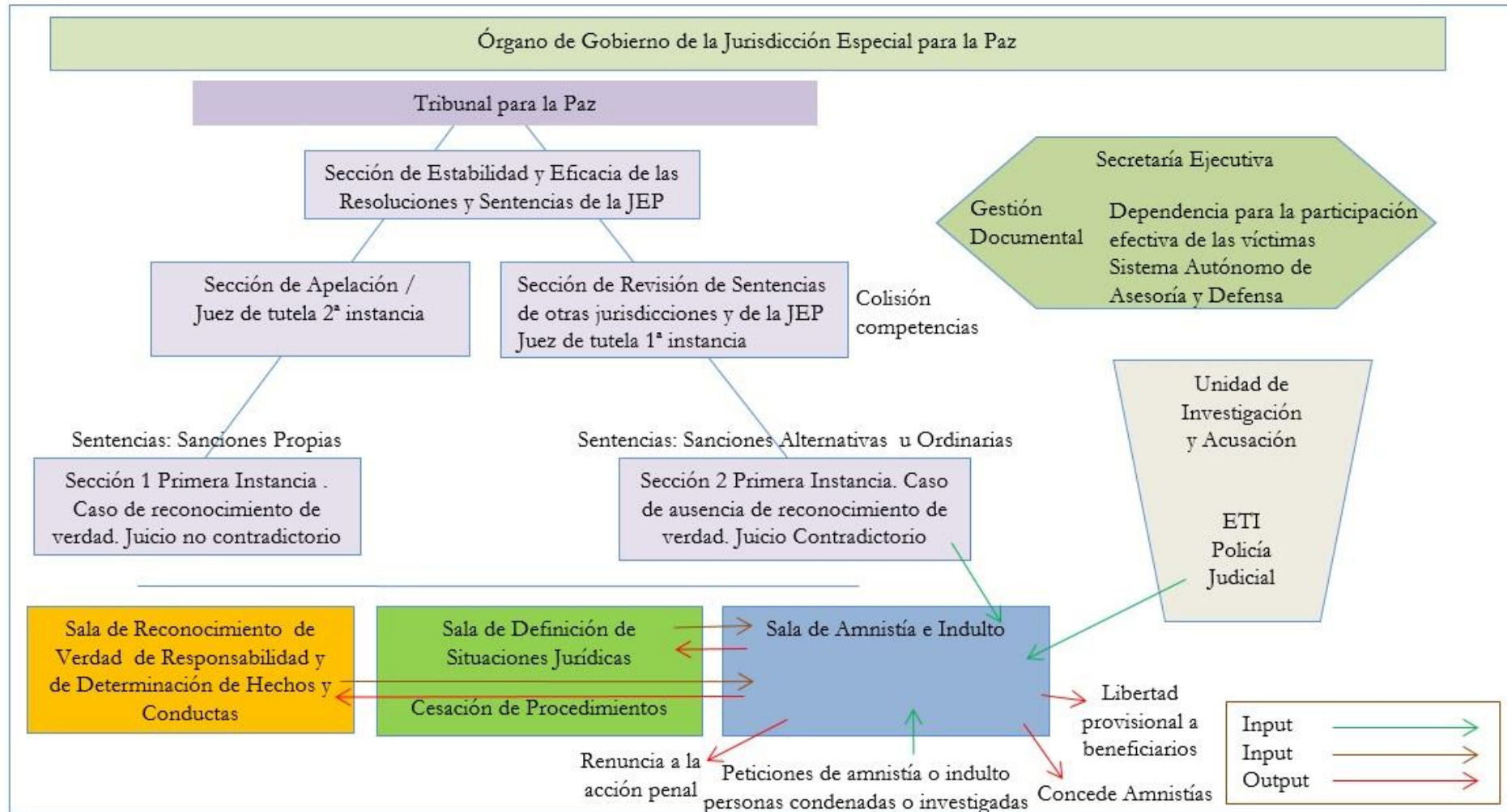


Figura 9. Diagrama de las actuaciones de la Sala de amnistía e indulto en relación con otras salas y secciones

Unidad de Investigación y Acusación

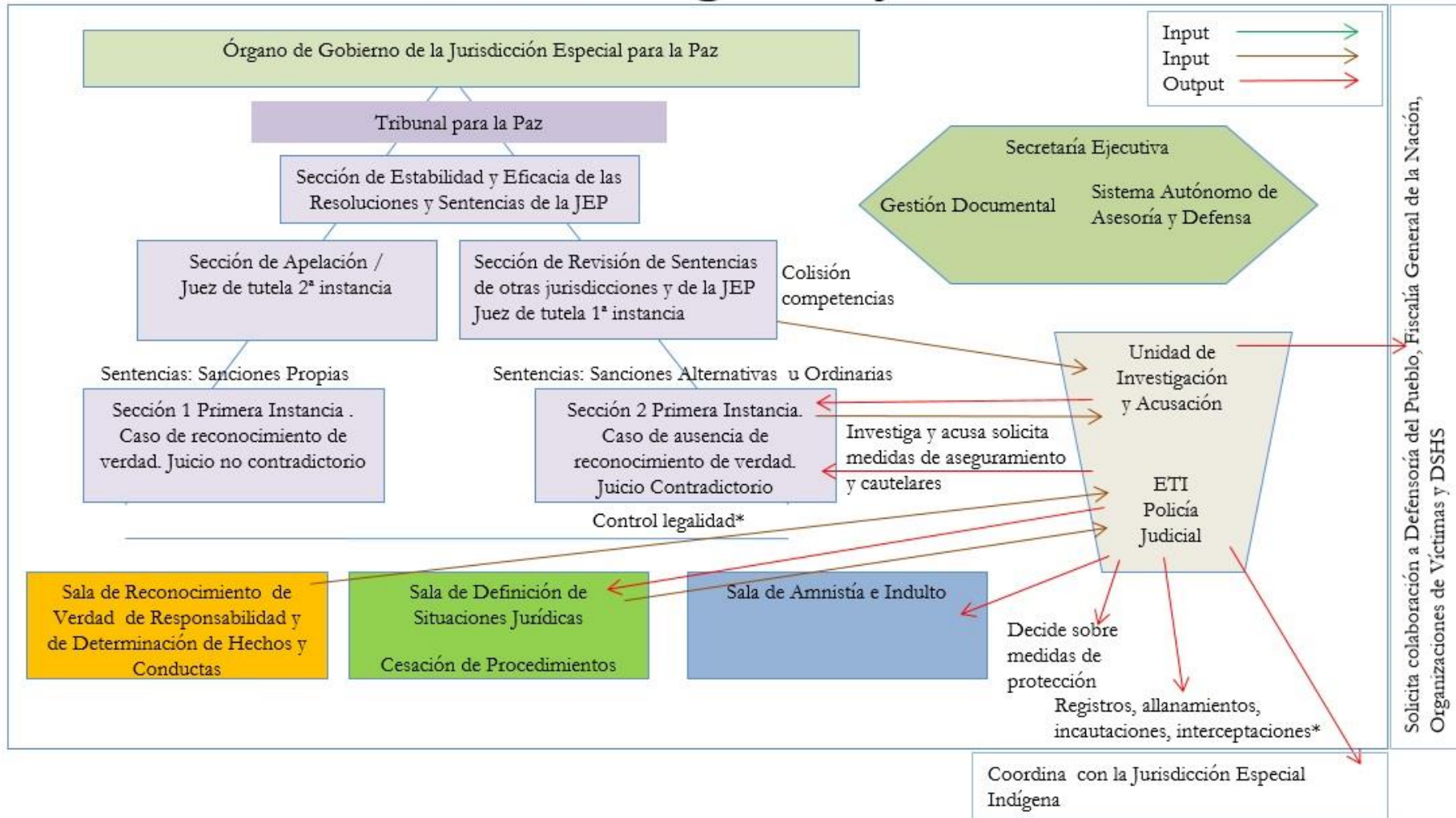


Figura 10. Diagrama de las actuaciones de la Unidad de Investigación y Acusación en relación con otras salas y secciones

Sección de Revisión de Sentencias

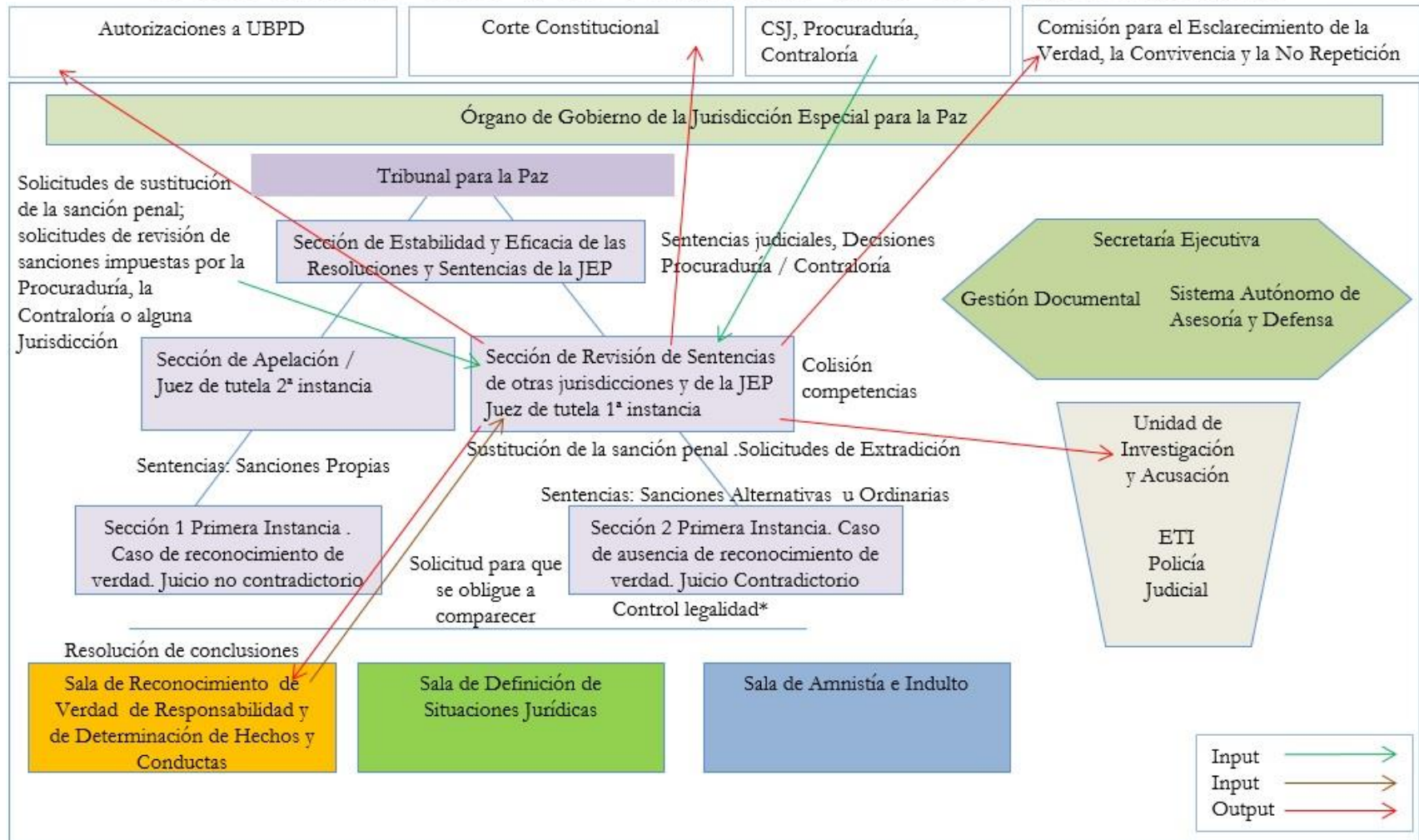


Figura 11. Diagrama de las actuaciones de la Sección de Revisión de Sentencias en relación con otras secciones y salas

Las normas que regulan la competencia de la jurisdicción especial no establecen un punto de partida en el tiempo. Todas las conductas anteriores al 1° de diciembre de 2016 cometidas por causa, con ocasión o relación indirecta con el conflicto armado por quienes participaron en el mismo, se encuentran en el ámbito de competencia de la JEP. Aun aplicando los criterios de selección establecidos en el Acto Legislativo 1 de 2017, ésta decisión de los diseñadores impone una tarea de dimensiones mayúsculas a la JEP si se tiene en cuenta que la cifra oficial de víctimas del conflicto llega a 8.760.290 (Unidad para la Atención y Reparación de Víctimas, Red Nacional de Información, 2018).

Finalmente, el artículo 15 transitorio del acto legislativo 1 de 2017 establece un plazo máximo de 20 años para la conclusión de las funciones de la JEP. Se puede considerar que éste plazo guarda coherencia con la magnitud de la tarea encomendada a esa jurisdicción, pero también puede ser apreciado como excesivo en particular por las víctimas del conflicto que han esperado décadas para ver satisfecho su derecho a la justicia. De otra parte, el otorgamiento temprano a los responsables de beneficios tales como la renuncia a la acción penal, la suspensión de órdenes de captura, la sustitución de la pena, la libertad anticipada y la privación de la libertad en unidades policiales o militares puede ser percibido por las víctimas como un acto injusto si las decisiones de cierre de los procesos no ocurren en un tiempo razonable.

De manera preliminar se puede afirmar que la Jurisdicción Especial para la Paz tiene la potencialidad de cumplir su función pero debido a su diseño ello no ocurrirá de manera pronta y eficiente.

Ahora bien, respecto a los criterios externos de evaluación, se puede decir que en un sentido prescriptivo, el buen diseño es la justa correspondencia del objeto diseñado con su entorno. Para ello se establecen principios normativos que dan cuenta de la armonía del

diseño con su entorno social más amplio (Goodin, 2003). Para este autor ellos son: revisión, solidez, sensibilidad a la complejidad motivacional, publicidad y variabilidad.

El principio de revisión, toma en cuenta la falibilidad humana y la naturaleza cambiante de la sociedad (Goodin, 2003). Ello significa que la JEP, como institución, debería contar con mecanismos de corrección de las fallas humanas y mecanismos de adaptación a los cambios en el entorno social.

El diseño permite la movilidad de los magistrados en la Jurisdicción. Este mecanismo de flexibilidad tiene la pretensión de adecuar el funcionamiento de la JEP a la carga de trabajo que será mayor para las salas de reconocimiento de verdad y responsabilidad, de amnistía e indulto y de definición de situaciones jurídicas y para la sección de revisión de sentencias hasta que inicien las investigaciones y se realicen los juicios en el Tribunal para la Paz. No obstante el reglamento general de la JEP restringe la movilidad de los magistrados al disponer que ella solo procede entre salas y entre secciones. Esta previsión es la consecuencia del tratamiento diferenciado que el constituyente dispuso entre los magistrados del tribunal y los magistrados de las salas.

De otra parte, tal como ocurre en toda jurisdicción, la posibilidad de incoar los recursos de reposición y apelación y la acción de tutela constituyen mecanismos relevantes para corregir los errores propios de la falibilidad humana.

La revisión de sentencias es un mecanismo calcado del previsto en materia penal en el ordenamiento jurídico colombiano (Art. 192 Código de Procedimiento Penal), solo que en este caso también procede la revisión por parte de la JEP de las sentencias y resoluciones proferidas por otras jurisdicciones y autoridades, excepto las de la Corte Suprema de Justicia que serían revisadas por ella misma. El ejercicio de ésta potestad puede desencadenar tensiones y conflictos con otras jurisdicciones y autoridades en desmedro de la relación armoniosa que debería establecer la JEP con todas ellas.

Como consecuencia de la decisión de los diseñadores de someter a la jurisdicción especial todas las actuaciones y decisiones judiciales, administrativas, disciplinarias y fiscales de otras jurisdicciones y autoridades en relación con las conductas que constituyen el objeto material de la JEP anteriores al 1º de diciembre de 2016, diversos órganos y autoridades deben presentar informes a la JEP en un plazo de 3 años contados a partir del 15 de enero de 2018. Algunos de ellos deben ser presentados por la Fiscalía General de la Nación, la Justicia Penal Militar, la Jurisdicción Especial indígena, la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la República y las otras jurisdicciones del poder judicial colombiano sobre todas las investigaciones por conductas ocurridas hasta el 1 de diciembre de 2016 de competencia de la JEP; otros deben ser presentados por el Consejo Superior de la Judicatura con las sentencias pertinentes proferidas por las otras jurisdicciones o por los condenados; la justicia penal militar con las sentencias proferidas por ella; los órganos administrativos con las resoluciones mediante las cuales se hayan impuesto sanciones por conductas relacionadas con el conflicto; las organizaciones de víctimas, indígenas, negros, afrocolombianos, raizales, palenqueros. Rrom y colombianas de derechos humanos informes relativos a conductas cometidas por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado. Se trata de un gran volumen de información que pone a prueba la capacidad de la institución para analizarla y darle el curso correspondiente en las salas y secciones de la JEP.

El cumplimiento de ésta función constituye un reto sin precedentes para los órganos y autoridades que deben enviar la información y para los órganos de la JEP que deben analizarlos. También es una amenaza para la relación armónica entre la JEP y los otros órganos y autoridades del Estado, si se presentan tropiezos en su realización.

La ubicación de la sede de la JEP en Bogotá, Distrito Capital es otra expresión del centralismo característico del estado unitario. Ésta decisión impide el acercamiento de los Magistrados de la JEP a las comunidades en los territorios. La autorización para su

funcionamiento itinerante en cualquier parte del país y el empleo de instrumentos administrativos, tecnológicos y financieros para procurar su presencia territorial (art.116 LEJEP) se aprecia positivamente pero ella no corrige el impacto negativo de una jurisdicción que ejerce sus funciones desde el centro para la periferia.

El principio de solidez guarda relación con la idea de compromiso y estabilidad (Goodin, 2003). Ello significa que el diseño de los procesos, procedimientos y decisiones de la JEP debe generar confianza y seguridad tanto para quienes se someten a ella como para la sociedad. Referido a la institución, este principio se materializa mediante el acto legislativo 2 de 2017 que blinda los acuerdos de paz por tres periodos presidenciales completos, es decir hasta el año 2030. Desde este punto de vista, cualquier cambio institucional orientado a corregir las fallas, va a ser interpretado como incumplimiento de lo acordado entre el Gobierno y las FARC-EP. Referida a la jurisdicción el blindaje jurídico derivado del acto legislativo 2 de 2017, no es suficiente para asegurar la integridad de la JEP si accede al poder estatal una fuerza política adversa al proceso de paz.

Finalmente, la Sección de Estabilidad del Tribunal para la Paz tiene como función garantizar el cumplimiento y seguimiento de sus sentencias.

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 22 de la LEJEP, las actuaciones y procedimientos que se surtan ante la JEP deben garantizar seguridad jurídica para promover una paz estable y duradera. Las sentencias del Tribunal para la Paz y las Resoluciones de las Salas de la JEP que definan situaciones jurídicas o concedan amnistías, indultos, extinciones de la acción penal o renuncia a la persecución penal, hacen tránsito a cosa juzgada cuando estén en firme y se garantiza su inmutabilidad. Dichas sentencias y resoluciones pueden ser invalidadas o dejadas sin efecto por el mismo Tribunal por las causales restrictivas expresamente determinadas en la ley y en las normas de procedimiento o como consecuencia del ejercicio de revisión de tutela ejercido por la Corte Constitucional.

El principio de sensibilidad a la complejidad motivacional se refiere a la atención a las motivaciones de los diseñadores (Goodin, 2003). Referido a la JEP, significa que el diseño institucional debería ser sensible frente a la complejidad motivacional de los alzados en armas (FARC-EP), del gobierno, de los agentes del Estado comprometidos en la comisión de conductas que se encuentran en el ámbito competencial de la JEP, de los legisladores, de los ciudadanos en general y de las víctimas en particular.

El diseño de la JEP es particularmente sensible a la complejidad motivacional del grupo alzado en armas, agentes del estado y terceros responsables de la comisión de delitos durante el conflicto y menos sensible a la complejidad motivacional de las víctimas del conflicto y de importantes sectores de la sociedad colombiana que expresaron su rechazo a los acuerdos en el plebiscito del 2 de octubre de 2016. Los negociadores del gobierno colombiano hicieron concesiones importantes a las FARC-EP en el entendido que el cese definitivo de hostilidades y la dejación de armas constituían en sí mismos un incentivo suficiente para la aceptación de lo acordado por parte de la ciudadanía y de las víctimas. Los filtros y sanciones establecidos en el acto legislativo 1 de 2017 y en la ley estatutaria para los responsables de graves delitos en casos representativos, incentivan el sometimiento de la cúpula de la organización a la nueva jurisdicción con la opción de ser sancionados con penas restrictivas de la libertad si se sujetan al régimen de condicionalidad.

El principio de publicidad alude a la importancia de que las intenciones de los diseñadores se discutan públicamente (Goodin, 2003). Significa que las intenciones de los diseñadores de la JEP, deberían haber sido conocidas y discutidas públicamente. Considerando que el acuerdo fue discutido en el marco de un proceso de negociación, no se podía exigir razonablemente que las deliberaciones fueran públicas en atención al principio de confidencialidad necesario para construir confianza. La publicación progresiva de los

resultados parciales de la negociación en un sitio virtual de acceso público brindó transparencia y legitimidad al proceso.

El principio de variabilidad alude a la necesidad de experimentar con estructuras diferentes en lugares distintos, y reflexionar sobre las lecciones aprendidas (Goodin, 2003). Este principio significa que es necesario tomar en cuenta a) las experiencias en otros contextos similares y b) la propia experiencia, a la hora de hacer un juicio de valor sobre el diseño. No existen criterios universales para la Justicia Transicional, pero si experiencias similares en otros países o experiencias anteriores en nuestro propio país, que inciden y deberían incidir en la manera como se ha diseñado la JEP.

El diseño de la JEP ha tenido en cuenta las experiencias de otros países porque configura un sistema que incluye diversos mecanismos de justicia transicional que justifican su calificación como integral. También parece haber tomado en consideración algunos errores del modelo de “*Justicia y Paz*” adoptado en el proceso con las Autodefensas Unidas de Colombia.

Capítulo 5: Repercusiones del diseño de la Jurisdicción Especial para la Paz en la realización de la Justicia

La comprensión de la manera como el *diseño de la Jurisdicción Especial para la Paz* repercute en la realización de la *Justicia*, para efectos de éste trabajo de investigación, pasa por la revisión de los sentidos o significados atribuidos a esa expresión contenidos en las proposiciones que conforman el marco teórico.

Desde la perspectiva de la justicia transicional se podrá afirmar que el diseño de la JEP realiza la justicia si cumple con las pautas, criterios y características que en el pasado han cumplido las sociedades que han pretendido transitar hacia la paz o hacia la democracia. No existe propiamente una teoría de la justicia transicional sino rigurosos estudios de las experiencias históricas a partir de los cuales reconocidos académicos como Elster (2006), Teitel (2017) o Druckman y Wagner (2015) han establecido generalizaciones que pueden servir como parámetro para valorar cualquier mecanismo de justicia transicional. Estas pautas o criterios son de carácter descriptivo y dan cuenta del mundo del ser.

Desde la perspectiva de la filosofía política la justicia se concibe como una categoría moral de lo político y por lo tanto como un criterio de validación moral del modo y contenido de las decisiones que adopta una sociedad (Grueso, 2010). Así por ejemplo, Rawls (2003) y Mill (2017), ofrecen criterios para valorar la justicia de las instituciones y de la sociedad y Sen (2010), propone criterios para reducir la injusticia social. Estas pautas o criterios son de carácter normativo o prescriptivo y se ubican en el mundo del deber ser. Desde ésta perspectiva se podrá afirmar que la JEP realiza la justicia en la medida en que su proceso de creación y los elementos que la configuran atienden dichos criterios. En este trabajo se privilegia la idea de justicia como equidad y equidad como imparcialidad.

Desde un punto de vista jurídico la jurisdicción es “la función pública de administrar justicia” (Devis, 2017, p. 66) y se podrá afirmar que la JEP tiene la potencialidad para cumplir

su función si en su diseño se establecen los mecanismos para la realización o declaración del derecho y la tutela de la libertad individual y del orden jurídico, mediante la aplicación de la ley en los casos concretos, para obtener la paz y la armonía sociales. (Devis, 2017, p.66). Las prescripciones a las que se encuentra sometida toda jurisdicción están contenidas en normas constitucionales, internacionales y legales; ellas se encuentran en el mundo del deber y tienen fuerza vinculante, por lo que su inobservancia desencadena consecuencias jurídicas para los Estados y para las personas.

En un sentido jurídico procesal *Justicia* es una idea de responsabilidad y equidad (fairness) en la protección y vindicación de derechos y la prevención y castigo de infracciones. Implica consideración de los derechos del acusado, de los intereses de las víctimas y del bienestar de la sociedad a largo plazo. (Ambos, 2009). En procesos de transición del conflicto a la paz la *justicia* se entiende como *derecho de las víctimas* a que el Estado investigue, persiga y sancione con penas apropiadas a los perpetradores de graves delitos. La Justicia así entendida, permite *consolidar la paz* y honrar *obligaciones convencionales* del Estado en el plano internacional (Botero, 2005).

5.1 Comprensión de las repercusiones del diseño de la JEP en la realización de la Justicia desde la perspectiva de los estudios de Justicia Transicional

Para definir el rol de la justicia en la justicia transicional Elster (2006) analiza la justicia como motivación y sus complejas relaciones con otras motivaciones (emociones, intereses), que pueden animar a los actores en este contexto. Su aproximación es positiva o explicativa y no una concepción normativa de la justicia. No obstante, el autor reconoce que razones de tipo normativo de quienes van a tomar decisiones fundamentales suelen ser relevantes a la hora de explicar el diseño de la justicia transicional. Desde esta perspectiva, el análisis de la justicia transicional es parte del estudio empírico de la justicia. Por ello parece ser relevante para este

autor identificar las concepciones de justicia y equidad que albergan los agentes, identificar sus causas e identificar sus consecuencias.

En cuanto a las concepciones de justicia es difícil definirla en términos abstractos, pero si es posible distinguir por medio de criterios morales la preocupación por la justicia de otras motivaciones como la imparcialidad y la universalidad. Incluso concepciones que violen la imparcialidad en el sentido que se permita a un agente otorgar más beneficios a unos que a otros, pueden respetar la universalidad, en el sentido de aceptar que otros agentes tienen derecho a reclamar los mismos privilegios para sus allegados. Elster (2006), se refiere a estos criterios (igualitaristas, utilitaristas, etc), con el término genérico de razón. En lo que tiene que ver con las causas dice Elster (2006), que ellas pueden estar relacionadas con características específicas de los agentes, o en la especificidad contextual o en sus intereses o en sus emociones. En cuanto a las consecuencias de adoptar alguna de estas concepciones, no siempre ellas se reflejan en el curso de acción de los agentes, o algunas veces dichas concepciones concurren con otras motivaciones como los intereses o las emociones. Elster (2006), ha encontrado que esas motivaciones (justicia, emociones, intereses), son casi universales en la justicia transicional.

De otra parte, “el deseo de que se haga justicia no es una simple motivación entre las muchas que pueden impulsar a los actores de la justicia transicional. En la mayor parte de las sociedades, existe una jerarquía normativa de motivaciones que crea meta motivaciones de primer orden” (Elster, 2006, p. 102).

En el trabajo de investigación histórica sobre justicia transicional, Elster (2006) ha encontrado que “el deseo de venganza de base emocional puede en cierto sentido ser más fuerte que el deseo de que se haga justicia de manera imparcial” (p. 103); sin embargo los agentes siempre van a querer mostrar su compromiso con la justicia debido al alto lugar que ésta suele ocupar en la jerarquía normativa de las sociedades.

Elster (2006), coincide con Rawls (2003) y Sen (2010) en la identificación de los principios de imparcialidad y universalidad como distintivos del principio de justicia y analiza la justicia como una de las motivaciones que concurre con los intereses y las emociones en los agentes involucrados en procesos de transición. Coincide también con la concepción de Sen (2010), según la cual no existe una sino una pluralidad de razones que compiten entre sí por determinar las acciones de los agentes.

Tabla 10.
Motivaciones de los agentes diseñadores de la JEP en relación con la elección de la forma de Justicia Transicional. Elster (2006).

| | Gobierno de Colombia | FARC-EP |
|--------------------|---|--|
| Intereses | Cese bilateral y definitivo de hostilidades Desarme de las FARC Consolidación de la paz Recuperación de control territorial Cumplimiento de obligaciones convencionales (Estatuto de Roma) investigar, acusar, juzgar y sancionar a los responsables de crímenes internacionales Aseguramiento del derecho de las víctimas al esclarecimiento de la verdad Establecimiento de mecanismos de reparación para las víctimas No repetición de las conductas victimizantes | Acceso al poder político Democratización del acceso al poder Participación ciudadana Sustitución o modificación del modelo económico Amnistía generalizada No judicialización de sus miembros No imposición de penas privativas de la libertad a sus miembros No extradición de sus miembros Reforma rural Reforma a la política antidrogas Ampliación de la participación |
| Justicia (razones) | Legal , Penal | Política , Social |
| Emociones | ¿? | ¿? |

Elaboración propia.

Elster identifica entre otras las siguientes emociones que pueden ser relevantes para la acción: enojo indignación, odio, desprecio, vergüenza, culpa, envidia, temor, amor y compasión. En particular, distingue cinco emociones retributivas específicas que a su juicio determinan las expresiones jurídicas de la justicia transicional: ira, indignación cartesiana, odio, desprecio e indignación aristotélica (Elster, 2006). No es ésta la oportunidad para interpretar las actuaciones de los diseñadores de la JEP en relación con sus emociones, pero si interesa dejar abierta la cuestión planteada por Elster (2006) en el sentido que la relación entre la emoción y la razón (deseo de justicia) es la fuerza que impulsa los procesos que conducen a

las decisiones sobre formas de justicia transicional. Afirma este autor que “tiende a producirse un conflicto entre esas dos motivaciones, que generalmente los actores tienden a resolver con un subterfugio que les permita quedarse con el pan y con la torta” (Elster, 2006, p. 254)

En el estudio empírico que Elster realiza con Malmin et. al (2012) se encuentra que las soluciones de justicia para superar el conflicto van desde los juicios hasta los exilios, pasando por las comisiones de verdad, las reparaciones, las amnistías y las purgas. (Ver Figura 12.). No es tarea fácil caracterizar el diseño de la JEP a la luz de las categorías de Malmin et. al (2012), porque la decisión de los diseñadores en Colombia fue crear, como su nombre lo indica, una Jurisdicción Nacional a la que se atribuyen funciones muy variadas que no se circunscriben a la realización de juicios, tal como se explicó en el capítulo 4 de éste trabajo. (Ver Tabla 3).

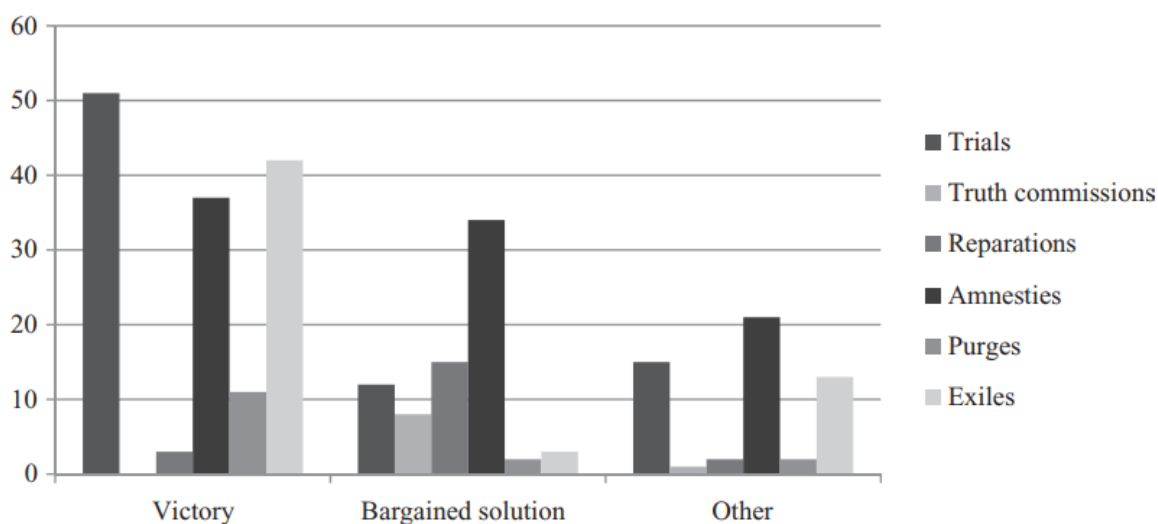


Figura 12. Número de procesos judiciales posteriores al conflicto por la terminación del conflicto. De “Armed conflict and post-conflict justice, 1946 – 2006” por B. Malmin, C. Loyle, S. Gates y J. Elster, 2012. p. 738.

El diseño de la JEP concede gran importancia a la verdad y a la reparación como forma de satisfacción de los derechos de las víctimas y por lo tanto, el tipo de sanción que se aplica depende del compromiso real de los responsables con la verdad, la reparación y la no

repetición. Si se califica el conflicto en Colombia como un conflicto de baja intensidad habría que concluir que la justicia del posconflicto no se inscribe en ninguna de las categorías propuestas por Malmin et. al. (2012) en su investigación (Figura 12.), ya que ella se realiza mediante un sistema complejo e integral (SIVJRNR), que incluye una comisión de la verdad, la concesión de amnistías, juicios adversariales o contradictorios que pueden culminar con sanciones privativas de la libertad, procesos dialógicos y deliberativos que pueden culminar con decisiones sancionatorias no privativas de la libertad, una unidad para la búsqueda de personas desaparecidas y mecanismos para garantizar la no repetición.

Desde el punto de vista de los diseñadores habría que concluir que tampoco se cumple en el caso colombiano el patrón según el cual cuando los conflictos terminan con un acuerdo negociado se tiende a omitir el castigo mediante la concesión de amnistías con la esperanza de preservar la paz, ya que la JEP dispone de rutas para la investigación, juzgamiento y castigo a los responsables de crímenes internacionales. No obstante, por la manera como se surtió el proceso de negociación y por las características peculiares de la jurisdicción, se puede afirmar que el diseño de la JEP se encuentra a medio camino entre la justicia legal y la justicia política frente a los graves delitos cometidos durante el conflicto. Ello se manifiesta en la gran cantidad de concesiones y beneficios que se acuerdan con los alzados en armas a cambio de verdad, reconocimiento de responsabilidad y compromiso de no repetición. El propósito de tales concesiones, desde la perspectiva del Gobierno colombiano es la interrupción de la violencia de más de 50 años y la construcción de una paz estable y duradera. Tal como lo señalan Malmim et. al. (2012), los verdaderos juicios de responsabilidad solo suelen ocurrir en el caso de una victoria militar decisiva, cosa que no ocurrió en el caso colombiano pese a los contundentes golpes que propinó el Estado colombiano a los rebeldes antes de iniciar el proceso de negociación.

Como se había anunciado, de las tres formas institucionales de justicia transicional a que hace referencia Elster (2006), la JEP puede ser calificada como *justicia legal impura* o si se quiere, una forma de justicia legal que por su génesis tiene características de justicia política. La justicia política ocurre cuando “un observador puede predecir el resultado de cualquier proceso con total certidumbre” (p. 109); la justicia legal en cambio exige “que exista cierta incertidumbre respecto de los resultados” (p. 109). En el caso de la JEP los procesos, procedimientos y especialmente las sanciones para los responsables de graves delitos, fueron acordados y definidos de manera precisa y detallada por el Gobierno de Colombia y el Secretariado de las FARC-EP en el ámbito de la negociación política en La Habana (Cuba) (Borrador conjunto acuerdo sobre las víctimas del conflicto, 2015), por lo cual existe cierta, aunque no total certidumbre sobre la suerte de los excombatientes de las FARC-EP y agentes del estado que deban ser investigados por la JEP (miembros de la fuerza pública) o que se acojan a ella (no miembros de la fuerza pública) si se realizan las condiciones previstas en el diseño, vale decir, si ofrecen verdad, reparación y garantía de no repetición. La JEP es, desde ésta perspectiva la manera como las partes negociadoras consideraron que deberían ser satisfechos los derechos de las víctimas para poner fin al conflicto (Declaración de Principios, 4. 2014), y por lo tanto una forma de lo que Elster (2006) denomina *justicia política*. Una vez que la JEP surge a la vida jurídica, ella se emancipa de la voluntad de los múltiples actores que participaron en el proceso inicial de diseño y toma la forma de lo que Elster (2006) denomina *justicia legal*. Es necesario dilucidar si en la JEP se realizan los aspectos que a juicio de Elster (2006), definen la justicia legal pura a saber: leyes lo más libres de ambigüedad que sea posible para reducir el alcance de la interpretación judicial, poder judicial aislado de las otras ramas del gobierno – vale decir independencia -, imparcialidad de los jueces y jurados en su interpretación de la ley (ni excesiva severidad, ni indulgencia excesiva), y debe acogerse a los principios del debido proceso (audiencias públicas y de

oposición, derecho a elegir un abogado defensor, derecho a apelar, irretroactividad de la ley, respeto de los plazos de prescripción, determinación de la culpabilidad individual, presunción de inocencia que coloque la carga de la prueba en la parte acusadora, derecho a una audiencia rápida, derecho a la debida deliberación).

El primer aspecto a revisar es la claridad de las normas. Se entiende que las normas son claras cuando están lo más libres de ambigüedad que sea posible Elster (2006). Para Guastini (2002)

Los problemas fundamentales de toda interpretación textual nacen de la vaguedad y de la ambigüedad de los textos sujetos a interpretación...la vaguedad concierne al significado y, por tanto, a la semántica de los vocablos y de los sintagmas. La ambigüedad, a su vez, puede depender del significado de los vocablos y de los sintagmas (ambigüedad semántica), de la sintaxis de los enunciados (ambigüedad sintáctica) o del contexto en que se usan los enunciados (ambigüedad pragmática). (p. 60).

Considerando que las normas se expresan a través del lenguaje y que el lenguaje tiene problemas de vaguedad y ambigüedad, todo enunciado normativo tiene problemas de este tipo. De tal manera que el atributo referido a la claridad de las normas que regulan la JEP, se entiende en el sentido razonable de la expresión, vale decir, que los enunciados que expresan las normas hayan sido construidos conforme a las reglas generales de la semántica y la sintaxis. Se puede afirmar que las normas constitucionales y legales que regulan la Jurisdicción Especial para la Paz, contenidas en el A.L. 1 de 2017, la ley estatutaria, la ley de procedimiento y el reglamento general ésa jurisdicción, se expresan a través de enunciados que en términos generales cumplen con dichas reglas aunque ello no significa que la mayor parte de ellos, por las razones antes expuestas, esté exento de problemas interpretativos en su aplicación. Un ejemplo de ambigüedad se deriva de la redacción del artículo transitorio 5° que

establece el ámbito de la competencia material y personal de la JEP. Atendiendo lo acordado en la mesa de negociaciones, el Congreso de la República, en su condición de poder constituyente derivado, no denominó en ésta disposición las conductas de competencia de la Jurisdicción Especial sino los atributos que las caracterizan: “...conductas cometidas con anterioridad al 1 de diciembre de 2016, por causa, con ocasión o en relación directa con el conflicto armado, por quienes participaron en el mismo” (Artículo transitorio 5 del acto legislativo 1 de 2017).

Este enunciado es semánticamente ambiguo y corresponderá a los Magistrados de las Salas dilucidar en relación con las conductas referidas en los informes, en las declaraciones o en las solicitudes, calificarlas y determinar si ellas son de competencia de la JEP. Por ejemplo, los magistrados de la Sala de Amnistía o Indulto tendrían que determinar si la conducta de un sujeto consistente en prender fuego a la cosecha de un vecino antes del 1° de diciembre de 2016, calificada como daño en bien ajeno, y prevista en el artículo 16 de la ley 1820 de 2016 como delito conexo, se realizó o no por causa, con ocasión o en relación directa con el conflicto armado para decidir si es o no competente para conocer de ella y derivar el beneficio de amnistía porque se trata de un delito conexo.

Para promover la seguridad jurídica y la unidad interpretativa el legislador estatutario estableció dos mecanismos tomados del ordenamiento jurídico colombiano: la Doctrina Probable y las sentencias de unificación de jurisprudencia proferidas por la Sección de Apelación del Tribunal como órgano de cierre hermenéutico de la JEP, tal como se menciona en el artículo 25 de la LEJEP.

El segundo aspecto tiene que ver con la independencia de los jueces. Se entiende que los jueces son independientes cuando solo están sujetos al orden jurídico, y no hacen parte de la estructura de otros poderes públicos (Elster, 2006). En el caso de la JEP, se encuentra que ella no hace parte de la estructura de otros poderes públicos (art.5° transitorio del A.L. 1 de 2017).

La selección de sus magistrados fue realizada por un Comité de Escogencia conformado mediante decreto por el Presidente de la República. Ésta forma de selección parece reñir con el principio de independencia, pero el Presidente de la República, legitimó su actuación al conformar el Comité con delegados de organismos nacionales e internacionales que gozan de cierto prestigio: un delegado designado por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, un delegado designado por el Secretario General de Naciones Unidas, un delegado designado por la Comisión Permanente del Sistema Universitario del Estado (SUE), un delegado designado por el Presidente de la Corte Europea de Derechos Humanos, y un Delegado designado por la delegación en Colombia del Centro internacional de Justicia Transicional. (Decreto 587 de 2017). Los magistrados seleccionados por el Comité de Escogencia se posesionan ante el Presidente de la República y cumplen su función por el periodo que les corresponda según la constitución y la ley estatutaria de la JEP.

Para la Corte Constitucional, la JEP “constituye una expresión de la división de poderes” (Corte Constitucional de Colombia, 2018) y por lo tanto, señala esa Corporación, la independencia consagrada en el artículo 228 de la Constitución Política, también es predicable de la JEP, y “lo propio cabe sostener del sometimiento de sus jueces al ordenamiento jurídico, principio contenido en el artículo 230 Constitucional” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-080 de 2018).

Por el lugar que ocupa la JEP en la estructura del Estado colombiano y por la manera como se reguló el proceso de selección de sus magistrados, se podría afirmar que una y otros gozan de independencia. No obstante, la decisión del Gobierno Nacional de poner en marcha la Jurisdicción sin que hubiesen sido designados sus Magistrados asignando recursos para su funcionamiento entre noviembre de 2017 y marzo de 2018 con cargo al Fondo Colombia en Paz (Presidencia de la República, 2017), desdibuja el carácter independiente de la JEP en éste tramo inicial porque sujeta su funcionamiento a las decisiones administrativas del Gobierno a

través del Ministerio de Hacienda Pública. Muy a pesar de la declaración de exequibilidad contenida en la sentencia C- 674 de 2017 (Corte Constitucional de Colombia, 2017), se aprecia que tampoco es compatible con el principio de independencia la asignación provisional de funciones judiciales al Secretario Ejecutivo de la JEP contenida en el inciso 9 del Artículo Transitorio 7 y en el parágrafo 2 del artículo transitorio 7 del Acto Legislativo 1 de 2017 (Acto Legislativo 1, 2017).

El tercer aspecto a tomar en cuenta es la imparcialidad de los jueces. Se entiende que los jueces son imparciales cuando cumplen su función sin predisposición a favor o en contra de los sujetos que participan en el proceso (Elster, 2006). Para Devis (2012), el principio de imparcialidad implica “la ausencia de interés en su decisión, distinto de la recta aplicación de justicia” (p.12).

Desde el punto de vista del diseño tanto el A.L. 1 de 2017 como la ley estatutaria imponen a los magistrados el deber de independencia e imparcialidad en el marco del respeto al debido proceso.

El cuarto aspecto es el respeto al Debido Proceso. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 12 del acto legislativo 1 de 2017 y 21 de la LEJEP, todas las actuaciones en la JEP deben respetar el principio del debido proceso, defensa, asistencia de abogado, presunción de inocencia, derecho a presentar pruebas, a controvertir ante el tribunal para la paz las que se alleguen en su contra, a impugnar las sentencias, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Mediante sentencia C-200 de 2002, la Corte Constitucional (2002), ha establecido los aspectos que integran el debido proceso. Ellos son el principio de legalidad, el principio del juez natural y el principio de favorabilidad. Devis (2012) por su parte considera como fundamentales el principio de igualdad de las personas ante la ley procesal penal y en el proceso, de contradicción, de publicidad, de verdad procesal, y de inmutabilidad de las sentencias (cosa juzgada). En el ámbito del DIDH estas garantías del debido proceso están

destinadas a “proteger la libertad individual, controlar la actividad judicial y asegurar la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo estatal”. (Corte Constitucional de Colombia, 2002).

El marco normativo del DIDH en relación con el principio de legalidad y el debido proceso está dado tal como lo señala O’Donnell (2012), por los artículo 10 y 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo XVIII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del hombre, el artículo 14 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos y los artículos 8° y 9° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad. La esencia del derecho al debido proceso legal es para O’Donnell (2012)

Un derecho de especial importancia porque, junto con el derecho a un recurso, tutela todos los demás derechos de la persona (...) Una parte de la normativa más pertinente contenida en el artículo 14.1 del PIDCP y el artículo 8.1 de la Convención Americana, es aplicable a la administración de justicia en general. Esta parte medular de la normativa consagra la independencia del Tribunal, la imparcialidad del mismo, el carácter público del proceso, la igualdad de las partes y la equidad de los procedimientos. La otra parte de la normativa pertinente, contenida en los demás párrafos del artículo 14 del PIDCP y del artículo 8^a de la convención, es aplicable principalmente a la justicia penal. (p.p. 88).

En los términos del artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, para atender el principio de legalidad nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se imputa; nadie puede ser juzgado sino por juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En relación con éstos principios el inciso 7° del artículo transitorio 5° del acto legislativo 1 de 2017 establece que la calificación jurídica

de las conductas de competencia de la JEP se basará en el Código Penal colombiano y/o en las normas de DIDH, DIH o Derecho Penal internacional, siempre con aplicación obligatoria del principio de favorabilidad. La exigencia de un juez competente remite a la noción de “juez natural” que a juicio de la Corte Constitucional es “aquél a quien la Constitución o la ley le ha atribuido el conocimiento de un determinado asunto” (Corte Constitucional de Colombia, 2002), lo cual no significa, como suele ocurrir con los Tribunales de Justicia Transicional, que el legislador o el constituyente no pueda modificar la competencia para conocer de ciertos delitos. En ése sentido la Corte Constitucional (2002) ha expresado que

El entendimiento del artículo 29 constitucional que hace ésta Corporación es en efecto el de que al momento de los hechos que configuran la conducta punible debe existir un tribunal competente y un procedimiento para juzgar a la persona que ha cometido un delito, pero ello no significa que ese procedimiento, o que la competencia de juzgamiento quede inmodificablemente definida. (p. 28).

Justamente el Acto Legislativo 1 de 2017 en su artículo transitorio 5° atribuye competencia a la JEP para administrar justicia de manera transitoria y autónoma y conocer de manera preferente sobre todas las demás jurisdicciones y de forma exclusiva de las conductas cometidas con anterioridad al 1° de diciembre de 2016, por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, por quienes participaron en el mismo, en especial respecto a conductas consideradas graves infracciones al DIH o graves violaciones de los Derechos Humanos.

Finalmente la Corte Constitucional (2002) ha señalado que

Las leyes sobre ritualidad de los procedimientos son de aplicación general inmediata (...) todo proceso debe ser considerado como una serie de actos procesales concatenados cuyo objetivo final es la definición de una situación a

través de una sentencia. Por ello, en sí mismo no se erige como una situación consolidada sino como una situación en curso. (p. 32).

Para el asunto que se estudia, dichas normas estén contenidas en la Ley Estatutaria de la JEP y en la ley 1922 de 18 de julio de 2018 (Congreso de la República de Colombia, 2018). Se puede afirmar entonces que el principio de legalidad, como expresión del principio del debido proceso se realiza en el diseño de la Jurisdicción Especial para la Paz.

Es de particular importancia el principio de igualdad de las personas ante la ley procesal y en el proceso. Según Devis (2012) se deducen tres consecuencias de este principio: en el curso del proceso las partes deben gozar de iguales oportunidades para su defensa, no son aceptables los procedimientos privilegiados ni se deben aplicar procedimientos más desfavorables a unas personas que a otras por hechos similares. Para que la igualdad en el proceso sea real, señala Devis (2012), se debe conferir a pobres y débiles oportunidades de fácil acceso a la justicia y de verdadera defensa.

Al igual que ocurre en el proceso penal en la justicia ordinaria, las víctimas en los procesos que se surten ante la JEP, no tienen la condición de partes, sino de intervinientes especiales (artículo 4 ley 1922 de 2018). Como ya lo ha señalado la Corte Constitucional ésta exclusión del legislador “genera una desigualdad injustificada entre los distintos actores del proceso penal en las etapas anteriores al juicio e impide asegurar una garantía efectiva de los derechos de las víctimas” (Corte Constitucional de Colombia, 2007). En particular, las víctimas tienen derecho a ser reconocidas como tales dentro del proceso judicial, a aportar pruebas e interponer recursos contra las sentencias que profiera la JEP, a recibir asesoría, orientación y representación judicial, a contar con acompañamiento psicológico y jurídico, a ser tratadas con justicia, dignidad y respeto, a ser informadas del avance de la investigación y del proceso y de la realización de audiencias y a intervenir en ellas, a ser vinculadas a programas de protección

cuando sus derechos a la vida y seguridad personal se encuentren amenazados por su participación en el proceso ante la JEP (artículos 15 y 17 de la LEJEP).

El artículo transitorio 12° del acto legislativo 1 de 2017 impone el deber de garantizar los principios de imparcialidad, independencia judicial, debida motivación, publicidad, debido proceso, contradicción, derecho a la defensa, presunción de inocencia, libertad de escoger abogado y participación de las víctimas como intervinientes. El párrafo de ésta disposición impone el deber de incluir garantías procesales, sustanciales, probatorias y de acceso, encaminadas a que las víctimas puedan satisfacer sus derechos a la verdad, justicia y reparación con medidas diferenciales y especiales para quienes se consideren sujetos de especial protección constitucional. El artículo 1° literal e) de la ley 1922 de 2018 mediante la cual se adoptan las reglas de procedimiento para la Jurisdicción Especial para la Paz establece el deber de garantizar el debido proceso entendido en principio como derecho a la participación en los actos procesales, derechos a la notificación oportuna, al ejercicio de la defensa y a la contradicción de las pruebas y en el literal f) se prescribe que en todas las actuaciones de la JEP se observará el principio de presunción de inocencia; en consecuencia nadie podrá ser considerado responsable, a menos que así lo haya reconocido o se haya demostrado su responsabilidad según el caso.

En relación con los procesos contradictorios o adversariales la LEJEP establece el deber de la unidad de investigación y acusación (U.I.A.) de comunicar al investigado los asuntos de su competencia para garantizar el derecho a la defensa. En la estructura de la JEP, como se advirtió en el capítulo 4 del trabajo fue establecido un Sistema Autónomo de Asesoría y defensa (SAAD) de los comparecientes y una Dependencia para promover la participación y el ejercicio de los derechos de las víctimas ante la JEP adscritas a la Secretaría Ejecutiva (Ver Figura 4.)

En los procesos no adversariales la Sala de reconocimiento de verdad tiene el deber de poner los informes a disposición de las personas u organizaciones mencionadas en los informes que recibe, notificar a las personas que resulten comprometidas en dichos informes para darles la oportunidad de rendir declaración voluntaria sobre los hechos. Si existen bases para entender que cierta conducta existió, que ella corresponde a tipos penales no amnistiables y que la persona mencionada participó, debe ponerlos a disposición de los presuntos responsables para que ellos decidan comparecer o no a efectuar aporte de verdad o para defenderse de las imputaciones formuladas (Ver Tablas 4. y 5.). De ésta manera se realiza en el diseño el principio de publicidad.

El derecho a la impugnación de las providencias que es también un principio relevante del debido proceso se surte ante la Sección de Apelación del Tribunal para la Paz (Ver tabla 6).

En fin, las dilaciones injustificadas son incompatibles con el debido proceso. Ya se advirtió en la valoración del diseño de la JEP (Capítulo 4.) que prácticamente cualquier asunto puede ser reenviado de una sala a otra, de una sala a la sección de revisión de sentencias, de la sala de revisión de sentencias a una sala o a la U.I.A. y de la U.I.A. a las salas cuando alguna de ellas estima que el asunto no es de su competencia o para que se surtan otras actuaciones, todo esto en detrimento del trámite eficaz y eficiente de los asuntos sometidos a conocimiento de la jurisdicción. Esta falla en el diseño puede dar lugar a dilaciones injustificadas que afecta negativamente la oportuna administración de justicia y por lo tanto el debido proceso.

La inmutabilidad de las sentencias se consagra como principio en el inciso 10° del artículo transitorio 7° del Acto Legislativo 1 de 2017 que reza: “todas las sentencias del tribunal para la paz, así como las resoluciones de las salas de la JEP que definan situaciones jurídicas, harán tránsito a cosa juzgada cuando estén en firme y se garantizará su inmutabilidad”. No obstante, al igual que lo que ocurre en la jurisdicción ordinaria se trata de un principio que admite excepciones. Tal es el caso de la potestad de revisión de las sentencia que ha

producido la misma JEP o que han sido producidas por otras jurisdicciones o autoridades administrativas por las razones previstas en los artículos transitorios 10° y 22° del Acto legislativo 1 de 2017 tal como se expuso en el capítulo 4 del trabajo (Ver Tabla 8).

En términos generales se puede afirmar que el diseño de la JEP atiende adecuadamente las garantías que se derivan de la aplicación del debido proceso y por lo tanto ésta dimensión de la Justicia, con las salvedades antes mencionadas.

Otro enfoque que sirve como parámetro para verificar la manera como repercute el diseño de la JEP en la realización de la Justicia lo ofrece Teitel (2017). Para esta autora

La concepción de justicia en períodos de cambio político es extraordinaria y constructivista: se constituye y se construye alternativamente por la transición. La concepción de justicia que surge es contextualizada y parcial: lo que es considerado justo es contingente e informado por la injusticia que le precede. (p.25).

Así como Elster (2006) propone una taxonomía de las justicias de transición, Teitel (2017) hace lo propio señalando que la forma de justicia para asegurar la paz o retornar a la democracia puede ser penal, histórica, reparadora, administrativa y constitucional. Para comprender la JEP resultan útiles sus reflexiones sobre la justicia penal y la justicia reparadora. Para Teitel (2017) la justicia penal plantea grandes problemas a la hora de decidir el tratamiento de irregularidades a menudo sistémicas y generalizadas. La responsabilidad individual es con frecuencia inaplicable por lo que han surgido categorías jurídicas no convencionales como las penas parciales (Teitel, 2017). Las prácticas de juicios investigados por Teitel (2017) revelan “un patrón de investigaciones penales y de enjuiciamiento caracterizados a menudo por una pequeña pena o por la ausencia de la misma” (p.126). Además según Teitel (2017), la imposición de sanciones “limitadas”, es lo singular de la justicia penal en periodos de transición. Por lo que

La “sanción penal limitada” comprende el procesamiento que no necesariamente termina con la aplicación de una pena en sentido estricto. En la sanción limitada, las fases de indagación de la tipicidad de la conducta y de la penalidad adscrita a la misma, están diferenciadas (...) Adicionalmente, las condenas están acompañadas de una pena leve o de ausencia de pena. De esta manera, en los periodos de transición la sanción penal puede verse limitada a una investigación por medio de la cual únicamente se establezca la existencia del daño. (Teitel, 2017, p. 127).

El diseño de la JEP en el contexto del Sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición, confirma éste patrón. Es así que el Acto Legislativo 1 de 2017 y la Ley Estatutaria de la JEP no utilizan la expresión *pena* sino *sanción* para referirse a la consecuencia jurídica de la comisión de conductas constitutivas de graves delitos durante el prolongado conflicto en Colombia. El tipo de justicia que administra la JEP es prevalentemente reparativa y restaurativa y excepcionalmente retributiva en los casos de ausencia de ofrecimiento de verdad, reparación y no repetición. Ello se constata en el tipo de sanciones previstas en el Acto Legislativo 1 de 2017 y en la Ley Estatutaria de la JEP (LEJEP) explicadas en el Capítulo 4 de éste trabajo. En efecto una sanción leve, limitada o mínima es la que la normativa denomina *propia* consistente en la restricción efectiva de la libertad y la imposición del deber de realizar un proyecto reparador en la comunidad. Ésta se impone en los casos de ofrecimiento temprano de verdad, compromiso de reparación y garantía de no repetición de las conductas constitutivas de graves delitos. Un tipo de sanción más grave es la *alternativa* que implica privación efectiva de la libertad en establecimiento carcelario hasta por 8 años de prisión para los casos de ofrecimiento procesalmente tardío de verdad, reparación y garantía de no repetición. Y finalmente la sanción *ordinaria* de las previstas en el

derecho penal colombiano consistente en pena privativa de la libertad en establecimiento carcelario hasta por 20 años. Al decir de Teitel (2017)

En la “sanción penal limitada”, el derecho es el mediador en la transición, sus propósitos miran hacia el pasado y hacia el futuro simultáneamente, de manera retrospectiva y prospectiva, discontinua y continua (...) la investigación penal permite que un país dividido construya un pasado mediante un rito público colectivo. (p.134).

Así, “la justicia penal transicional permite una forma altamente controlada y restringida de investigación del pasado” (Teitel, 2017, p. 134) y “la sanción de la transición sugiere un sentido alternativo de la idea retributiva” (Teitel, 2017, p. 135), lo cual es una forma de mediación, que no obstante, demuestra que los atributos del estado de derecho están en funcionamiento (Teitel, 2017). Para ésta autora, el derecho funge como un instrumento de estabilidad pero también como un instrumento de cambio social. En el caso colombiano la JEP no ha logrado cumplir esa catarsis simbólica, debido a la polarización de la sociedad civil constatada en los resultados del plebiscito del 2 de octubre de 2016, presentados en el capítulo 3 de éste trabajo.

Otra forma de justicia transicional que es relevante para la investigación sobre el diseño de la Jurisdicción Especial para la Paz es la que Teitel (2017), denomina “justicia de reparación” que

Reconcilia el aparente dilema en un contexto extraordinario en el que se ponderan los propósitos correctivos, por una parte, con las metas de transformación hacia el futuro, por otra. De igual manera, la justicia transicional de reparación media entre la responsabilidad individual y la colectiva. (Teitel, 2017, p. 296).

Teitel (2017), afirma que “con el paso del tiempo, los esquemas de reparación se parecen menos a la justicia correctiva convencional y más a asuntos de distribución social y política.” (p. 348). En este sentido, las experiencias revisadas por Teitel (2017), demuestran que “los gobiernos con frecuencia, asumen las obligaciones de reparación de las víctimas de una persecución perpetrada por regímenes anteriores y que, a menudo, tales obligaciones son asignadas con el paso del tiempo” (p. 351). En conclusión Teitel (2017), afirma que

El paradigma de la justicia transicional de reparación es una concepción compleja, como quiera que desarrolla múltiples propósitos de mediación y construcción de transición. Las reparaciones transicionales públicamente reconocen e instancian los derechos individuales que son, en un sentido, predominantemente simbólicos. A menudo, no resultan verdaderamente compensatorias, dando lugar a una pequeña o inexistente relación con el daño material. (Teitel, 2017, p. 361).

Éstas pueden ser ejemplificadas según Teitel (2017), en las reparaciones morales latinoamericanas o las rehabilitaciones postcomunistas. Afirma Teitel que “mientras en la concepción predominante, la reparación de las víctimas recae sobre los perpetradores del daño, las medidas transicionales de reparación proveen un reconocimiento oficial de los derechos de las víctimas, incluso sin la necesidad de individualizar necesariamente el daño” (Teitel, 2017, p. 362). En lugar de que la responsabilidad por los daños causados en el pasado sea asumida por el perpetrador individual, las reparaciones transicionales son generalmente obligaciones asumidas por el Estado (Teitel, 2017).

Tal como lo señalaba Elster (2006), Teitel (2017), afirma que las reparaciones transicionales toman diversas formas: “estas pueden ser en especie, como en las restituciones de propiedad, en pagos monetarios o en reparaciones no convencionales, tales como bonos

educativos u otro tipo de beneficios públicos colectivos, monumentos de conmemoración, rehabilitaciones legislativas y petición de disculpas” (Teitel, 2017, p. 361).

El sistema de justicia adoptado en Colombia, confirma también éste patrón registrado por Teitel (2017). El Nuevo Acuerdo Final (2016) configura políticas públicas de desarrollo rural, de lucha contra las drogas y de participación política cuyo coste no se imputa a los responsables de la comisión de graves delitos, sino a la sociedad toda, en un propósito global de hacer justicia social y las sanciones que está llamado a imponer el Tribunal para la Paz son prevalentemente reparadoras.

Por estos aspectos se puede afirmar que el modelo de justicia que subyace en el sistema de justicia, verdad, reparación y no repetición adoptado en Colombia y en particular el tipo de justicia que caracteriza la Jurisdicción Especial para la Paz confirma los hallazgos de Teitel (2017) en relación con la dificultad para establecer penas retributivas durante los procesos de transición así como las eventuales bondades de la justicia reparadora o reparativa para promover un cambio que va más allá de la responsabilidad individual de quienes participaron directamente en el conflicto.

5.2 Comprensión de las repercusiones del diseño de la JEP en la realización de la Justicia desde la perspectiva de la filosofía política

Si se piensa la justicia como una categoría moral de lo político, es necesario preguntar si existe un deber ser que trasciende las experiencias históricas en el tránsito de la guerra o del conflicto a la paz. Se trata aquí de hacer un ejercicio de reflexión metajurídica que es relevante para trascender las pautas y patrones que provienen de la realidad empírica y de la experiencia histórica.

Un elemento definitorio de la justicia, para autores como Rawls (2003), Mill (2017) o Sen (2010), es la imparcialidad. No se aviene con la justicia el ser parcial, el mostrar favoritismo o

preferencia en particular si se trata de dar a cada uno lo que le es debido en función del mérito o por consideraciones de interés público (Mill, 2017). Sólo razones de conveniencia social justifica para este autor las excepciones a la igualdad como sustrato de la imparcialidad.

Aplicado este principio a los acuerdos entre los negociadores sobre la manera como serían sancionados los responsables de la comisión de graves delitos, delitos de lesa humanidad o crímenes de guerra se podría afirmar en una primera impresión que se confiere un trato especial y preferente que no se compadece con el daño inflingido a las víctimas. Pero si se pondera que el beneficio de tales concesiones es la consecución de la paz como forma superior de la Justicia para impedir la comisión de nuevos delitos, para terminar el conflicto, se podría afirmar que, desde la perspectiva de Mill (2017), hay una razón de conveniencia social que justifica la decisión de los plenipotenciarios del gobierno colombiano tal manera que no es posible desde el punto de vista moral, calificar tal como injusta, dicha decisión. Interpretada así, como señala Mill (2017) la justicia

Es el nombre de determinados requisitos morales que, considerados colectivamente, tienen un valor más alto en la escala de la utilidad social y son por consiguiente, de una obligatoriedad más perentoria que ningunos otros, aun cuando se den casos particulares en los que algún otro deber social es tan importante como para estar por encima de cualquiera de las máximas generales de justicia...no es que la justicia deba ser suplantada por algún otro principio moral, sino que aquello que es justo en los casos ordinarios es, en virtud de algún otro principio, injusto en el caso en cuestión. (p. 166).

...y no hay nada más injusto que la guerra.

Por su parte, para Rawls (2003), la justicia es una entre muchas virtudes de las instituciones sociales y la concibe como equidad y ésta equidad consiste “en la eliminación de distinciones arbitrarias y el establecimiento, dentro de la estructura de una práctica, de un

apropiado equilibrio entre pretensiones conflictivas o intereses rivales que a juicio de cada cual, deben ser tomados en consideración” (Rawls, 2003, p.140). A partir de este presupuesto de imparcialidad, la justicia se construye sobre los principios de libertad, igualdad e incentivos o recompensas por servicios que contribuyan al bien común (Rawls, 2003, p.31). Dichos principios son definidos así:

Primero, cada persona que participa en una práctica, o que se ve afectada por ella, tiene un igual derecho a la más amplia libertad compatible con una similar libertad para todos; y segundo, las desigualdades son arbitrarias, a no ser que pueda razonablemente esperarse que redundarán en provecho de todos, y siempre que las posiciones y cargos a los que están adscritas, o desde los que pueden conseguirse, sean accesibles a todos. (Rawls, 2003, 131).

Por consiguiente, la idea de justicia de Rawls (2003) pone de relieve su carácter moral porque de una parte, se impone sobre agentes mutuamente auto interesados que se encuentran en circunstancias similares, y por otra parte subraya un concepto fundamental que es la equidad (*fairness*) en relación con el debido trato entre personas que están cooperando o compitiendo unas con otras, como cuando se habla de juegos equitativos (*fair games*), competencia leal (*fair competition*) y acuerdos justos (*fair bargains*) (Rawls, 2003). Por consiguiente, para Rawls (2003) la cuestión de la equidad surge cuando personas libres que carecen de autoridad las unas sobre las otras se embarcan en una actividad conjunta y establecen o reconocen entre ellas las reglas que definen esa actividad y que determinan las respectivas cuotas en los beneficios y cargas. Una práctica parecerá equitativa a las partes si ninguno siente que, por participar en ella, él o alguno de los demás está sacando ventaja, o está siendo forzado a ceder ante pretensiones que no considera legítimas.

En este sentido, actuar de forma inicua (*unfairplay*) para Rawls (2003)

No es tanto quebrantar alguna regla particular, incluso si la infracción es difícil de detectar (hacer trampa), cuanto sacar ventaja de subterfugios o ambigüedades contenidas en las reglas, aprovecharse de circunstancias especiales o inesperadas que hacen imposible hacerlas cumplir, insistir en que las reglas se hagan cumplir en beneficio propio cuando deberían dejarse en suspenso y, de forma más general, actuar contraviniendo la intención de una práctica... Por ésta razón se habla del sentido del juego limpio: actuar limpia o equitativamente (*fairly*) requiere más que el simple ser capaz de seguir reglas; uno diría que lo que es limpio o equitativo (*fair*) a menudo tiene que ser sentido o percibido. (p. 145).

El deber de juego limpio implica en casos concretos “una restricción del autointerés; llegado el caso, impone conductas por las que un egoísta racional estrictamente definido no se decidiría” (Rawls, 2003, p. 146). Dicho de otra manera, en situaciones particulares el deber de juego limpio puede implicar renunciar a ventajas particulares que normalmente podría haber tomado (Rawls, 2003). Esta sería para Rawls (2003), la consecuencia del compromiso con los principios de la justicia pero también otra de la empatía o primitiva reacción natural de la compasión sobre la que descansan las diversas formas de la conducta moral en la que se manifiesta el reconocimiento de los otros como personas (Rawls, 2003) .

En fin, para Rawls (2003) una práctica es justa

Si está de acuerdo con los principios que razonablemente podría esperarse que todos los que participan en ella propondrían o reconocerían unos ante otros, si se encontraran en circunstancias similares y se les requiriera hacer un firme compromiso de antemano sin conocer cuál sería su condición peculiar (velo de la ignorancia), y, por tanto, cuando satisface criterios que las partes podrían aceptar como equitativos si se les presentara la ocasión de discutir sus pro y

sus contras. Por lo que se refiere a los participantes, una vez que las personas se han embarcado a sabiendas en una práctica que reconocen como equitativa y aceptan los beneficios que de ello se derivan están vinculados por el deber de juego limpio a seguir sus reglas cuando les llega el turno, y esto implica una limitación de la persecución de su propio interés en casos particulares. (Rawls, 2003, p. 148).

Desde ésta perspectiva, ¿se podría afirmar que el proceso de diseño de la JEP fue justo? Es necesario recordar que dicho proceso tuvo una duración de 5 años que se surtió en varias etapas con la participación de diferentes actores. La primera de ellas va desde el inicio de las conversaciones en La Habana en 2012 hasta la firma del acuerdo final en Bogotá en noviembre de 2016 con el cual concluye la negociación entre el gobierno colombiano y las FARC-EP. La segunda etapa se traslapa con la primera. Inicia con el plebiscito del 2 de octubre de 2016 y termina con la aprobación de la ley 1922 de 18 de julio de 2018 por medio de la cual se adoptan las reglas de procedimiento de la JEP.

En la negociación las partes son iguales en el sentido que se toman en cuenta las necesidades y miedos de las dos partes y se les da igual peso en las deliberaciones independientemente de las asimetrías por razones morales o de poder en el nivel macro. En el acuerdo hay reciprocidad en el sentido que cada parte acepta para el otro lo que querría para sí mismo (Kelman, 1996).

Desde una perspectiva de la justicia procedimental rawlsiana el proceso de negociación que condujo a la creación de la JEP puede ser calificado como justo. El trato entre las partes registrado por los medios de comunicación da cuenta del mutuo reconocimiento y respeto; aunque las discusiones no se surtieron públicamente debido a las exigencias de confidencialidad, los avances fueron publicados periódicamente por lo cual se puede afirmar la transparencia limitada del proceso; las decisiones se adoptaron de manera libre y

voluntaria, en un plano de igualdad; y las partes estuvieron representadas por quienes ellas mismas escogieron como plenipotenciarios.

Para la comprensión de la primera etapa del proceso de diseño de la JEP, es decir, la etapa de negociación es pertinente revisar la manera como Druckman y Wagner (2015) relacionan los principios de justicia con la negociación orientada a terminar conflictos armados internos. Estos autores se enfocan en la manera como las preferencias referidas a la justicia guían el proceso y los resultados de los intercambios negociados. La distinción entre justicia distributiva y justicia procedimental es para, relevante para la negociación. La primera se refiere a los resultados o decisiones de asignación, la otra se refiere primariamente al camino por el cual se conduce el proceso. No obstante, según estos autores, la combinación de principios puede ser relevante para situaciones particulares, sobre todo en negociaciones complejas Druckman y Wagner (2015).

Para estos autores la justicia procedimental

Se refiere a principios que guían el proceso de negociación hacia los acuerdos. Estos incluyen: *fair treatment* (trato justo), *fair play* (juego limpio), *fair representation* (representación justa), *transparency* (transparencia) y *voluntary decisions* (decisiones libres). Uno o más de estos principios emergen durante el proceso de negociación positiva o negativamente. La adherencia positiva a uno o más de estos principios usualmente mueve el proceso en la dirección de un acuerdo, mientras que una adherencia negativa a menudo da lugar a impases. (Druckman & Wagner, 2015, p. 7).

En este sentido, existe una relación entre los modelos de justicia procedimental y los modelos de negociación. En aquellos casos en que el modelo de negociación es competitivo la adhesión a los principios de la justicia procedimental están motivados en el auto interés y la meta es maximizar los beneficios para cada cual. Si el modelo de negociación está orientado a

la solución cooperativa de problemas tendrán relevancia los valores compartidos y la meta será mantener y mejorar la relación entre las partes (Druckman & Wagner, 2015).

Aplicado al proceso de negociación entre el Gobierno de Colombia y las FARC-EP se puede afirmar que las partes se confirieron recíprocamente un trato justo, estuvieron justamente representadas y adoptaron decisiones libres aunque dicha libertad formal se vio constantemente afectada por los actos y operaciones de guerra que se surtían paralelamente a las conversaciones en La Habana. El modelo de negociación en el caso colombiano puede ser calificado como competitivo y por lo tanto orientado a maximizar los beneficios en particular en lo concerniente a los intereses de las FARC-EP. (Ver Tabla 12.) El juego limpio, como expresión de la justicia procedimental en el sentido explicado por Rawls (2003) y aplicado por Druckman y Wagner (2015), no caracterizó todos los momentos del proceso de negociación. El Secretariado de las FARC-EP pareciera haber tomado ventaja de la urgencia del gobierno colombiano de llegar a un acuerdo final antes de la terminación del periodo presidencial de Juan Manuel Santos, para asegurar aún después de realizado el plebiscito de octubre 2 de 2016, un trato benigno en la configuración del tipo de sanciones que les serían aplicadas por el Tribunal para la Paz. Por lo demás, tal como se señaló anteriormente los verdaderos juicios de responsabilidad solo suelen ocurrir en el caso de una victoria militar decisiva (Malmim et. al., 2012).

En la etapa del proceso de diseño de la JEP que se realizó a partir del plebiscito del 2 de octubre de 2016 se pueden identificar acciones de la clase política incompatibles con el principio de *fair play* tal como se explicará más adelante.

Sobre la Justicia distributiva, Druckman y Wagner (2015) señalan que ella,

Se refiere a principios para asignar beneficios o cargas entre los miembros de un grupo o comunidad. La literatura enfatiza cuatro principios de justicia distributiva: igualdad, proporcionalidad o equidad, compensación y

necesidades. Uno o más de estos principios sobresalen en los resultados de una negociación. (p. 5).

En el contexto del objetivo de ésta investigación, se debe realizar un ejercicio de interpretación de la manera como dichos principios se realizan para los sujetos procesales pero también para la sociedad colombiana y para la humanidad por la connotación universal que tienen los crímenes internacionales.

El principio de igualdad entendido como el derecho de las partes de gozar de igualdad de oportunidades participar en las diferentes etapas y actuaciones procesales (Devis, 2012), ya fue desarrollado en éste trabajo como expresión del debido proceso por lo cual no es del caso volver sobre ello. En relación con la igualdad real o material, también se encontró que el centralismo que caracteriza el diseño de la JEP, su ubicación en la ciudad capital, dificulta el acceso a la justicia de las víctimas del conflicto que no tienen la capacidad de agenciar sus derechos e intereses por lo que ellas se encuentran en condición de desigualdad frente a quienes tienen fácil acceso a la JEP en la ciudad de Bogotá. Pese a la existencia en la Secretaría Ejecutiva de una dependencia que les presta apoyo y asesoría, ellas están en condición de desigualdad por el solo hecho de residir fuera de Bogotá.

En relación con la exigencia de imposición de una pena acorde al delito, que tiene conexión con el principio de proporcionalidad es necesario tener en cuenta que la respuesta a ésta cuestión está ligada a una determinada concepción del derecho penal y de la pena. Ferrajoli (2001), explica las implicaciones que se derivan de una doctrina abolicionista, retribucionista o utilitarista del derecho penal y de la pena. Se puede afirmar que para la justicia transicional no suele ser aplicable una concepción retribucionista del derecho penal y de la pena ante la incapacidad del aparato judicial del Estado de perseguir y castigar a los responsables de la comisión de los delitos cometidos en conflictos prolongados como es el caso colombiano y por la pretensión de reconciliación que suele tener una paz negociada. Por

ello puede ser más pertinente una concepción utilitarista y en particular la doctrina de la prevención social en su versión positiva que atribuye a las penas funciones de integración social. Bentham (citado por Ferrajoli, 2001) dice que la idea en apariencia elemental de la proporcionalidad de la pena al delito no ofrece de por sí, ningún criterio objetivo de ponderación. Solo existen criterios pragmáticos, basados en valoraciones ético-políticas o de oportunidad para establecer la calidad y la cantidad de la pena adecuada a cada delito. “De ello se sigue que el problema de la justificación del tipo y de la medida aplicables en cada caso...es un problema moral y político, exclusivamente de legitimación externa” (Ferrajoli, 2001, p. 398)

Hart (citado por Ferrajoli, 2001) respalda un “utilitarismo sensato” que prescribe que ninguna pena procure un sufrimiento mayor que el producido por la transgresión incontrolada. Un criterio complementario dice que la pena no debe superar a la violencia informal que en su ausencia sufriría el reo por la parte ofendida o por otras fuerzas más o menos organizadas. Además, Ihering (citado por Ferrajoli, 2001) afirma que “la tarifa de las penalidades es la medida del valor de los bienes sociales” (p. 402). En el encuentro de víctimas del conflicto con los negociadores de La Habana, una de ellas afirmaba que el nivel de justicia no podía ser tan bajo, que incluso deteriorara la dignidad de las víctimas (Brett, 2017).

Si bien es cierto el paradigma orientador de la JEP no es la justicia retributiva sino la justicia restaurativa, que busca privilegiar la armonía en el restablecimiento de las relaciones de la sociedad, la restauración del daño causado y la garantía de los derechos de las futuras generaciones, ésta decisión no exime a los diseñadores de asegurar el principio de proporcionalidad como expresión de justicia distributiva. Si, como lo señala Botero (2005), las sanciones deben ser adecuadas o acordes para los delitos cometidos, un tratamiento extremadamente benigno para crímenes de guerra o delitos de lesa humanidad pone en tela de

juicio el sentido de justicia del diseño y eventualmente pone en peligro la consolidación de la paz.

La igualdad supone un trato semejante para casos semejantes y un trato diverso para tratos diversos. Pese a las peculiaridades de la justicia transicional, riñe con el principio de igualdad que en un mismo país se establezcan para los procesos que se surten ante la justicia ordinaria penas de prisión de hasta 90 años para conductas desligadas del conflicto interno¹ tal como se ilustra en la Figura 13, mientras que en los procesos que se surten ante la JEP se establecen sanciones de restricción de la libertad hasta por 8 años si se cumple el régimen de condicionalidad para conductas calificadas como crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra en el marco del conflicto interno.

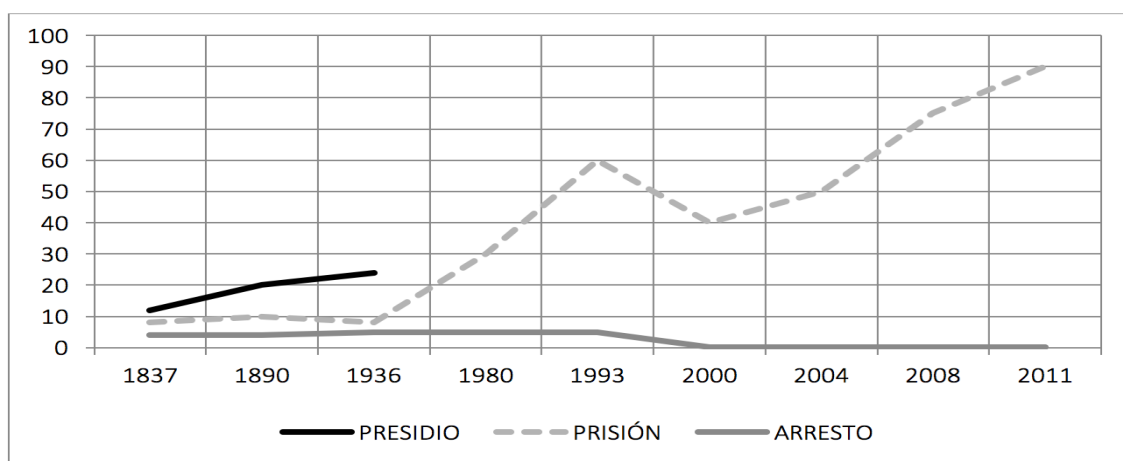


Figura 13. Evolución de la duración máxima de las sanciones penales privativas en Colombia, 1837-2016. De “La proporcionalidad de las penas en la legislación colombiana” por R. Cita, C. Medina y M. Amado, 2017. p. 21.

Por todas estas razones se estima que el régimen sancionatorio para los responsables de cometer crímenes internacionales por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con

¹ Un estudio de política criminal contratado por el Ministerio de Justicia en 2017 en el que se concluye que en el lapso de ochenta (80) años, el máximo de las penas privativas de la libertad en Colombia, se ha aumentado desproporcionadamente tanto en términos absolutos (de 24 a 90 años) como en función de la expectativa de vida de los colombianos, es decir, se incrementó en doscientos setenta y cinco por ciento (275%) en el marco de una política de endurecimiento punitivo (Cita, Medina y Amado, 2017).

el conflicto armado, contenido en el Nuevo Acuerdo Final (2016) y elevado a la categoría de norma constitucional y legal (Acto Legislativo 1 de 2017 y Ley Estatutaria de la JEP), riñe con los principios de proporcionalidad e igualdad que son expresiones del principio de justicia. Sólo la consolidación de la paz social justificaría este sacrificio, pero ésa es una condición cuya verificación está por fuera del alcance de éste trabajo.

Se realiza la justicia si se atiende el principio de compensación. Éste suele ser entendido como reciprocidad y tiene que ver con los beneficios sociales que se derivan del acuerdo resultado de la negociación. La principal compensación para el caso de la negociación de la Habana en Colombia, no sería entonces producir un acuerdo políticamente aceptable, sino, como lo señala Kelman (1996) proveer las bases para una paz estable y duradera y una relación cooperativa y de mutuo mejoramiento que contribuya al bienestar y desarrollo de las sociedad colombiana. El resultado esperado es una solución que provea la fundación de una nueva relación que tome en cuenta las necesidades fundamentales y los miedos de las dos partes. Para las víctimas del conflicto la compensación toma diferentes formas reparatoras que harán parte de la sentencia que imponga una sanción propia a los responsables de los delitos cometidos durante el conflicto², pero también se realiza mediante la acción de los otros elementos que conforman el Sistema de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición acordado en La Habana. El estadio óptimo de compensación para la sociedad y para las víctimas es la terminación del conflicto armado y la consolidación de una paz estable y duradera que es el propósito medular de la Jurisdicción Especial.

Se realiza la justicia si se cubren las necesidades de las partes negociadoras pero también de las víctimas del conflicto, de la sociedad colombiana y de la humanidad. Ellas se traducen en las demandas de justicia, reconocimiento, seguridad y satisfacción de mínimos vitales de las víctimas del conflicto; la demanda de paz, tranquilidad y seguridad de los colombianos y

² Ver los tipos de acciones reparatoras que hacen parte de las sanciones propias en el capítulo 4 de éste trabajo

de los que residen o se encuentran temporalmente en Colombia; las demandas de seguridad para asegurar su vida y la de sus familias, de reconocimiento, de participación política y legitimidad para acceder al poder de los integrantes de las FARC-EP; y la demanda de recuperación de control territorial y afirmación de soberanía por parte de los órganos y autoridades del Estado Colombiano. Como se aprecia, Kelman (2012) no solo se refiere a necesidades materiales, sino necesidades psicológicas como la seguridad, la identidad, el reconocimiento, la autonomía y un sentido de justicia, es decir que en un proceso de negociación no se trata de establecer quien ha obrado correctamente o se ha equivocado en términos jurídicos o históricos.

Además, como el acuerdo incluye compromisos que reflejan las fortalezas y debilidades de las partes, raramente se satisface de manera absoluta el principio de justicia. Se logra entonces una *justicia pragmática* que toma en cuenta los imperativos de equidad y realidad. La justicia que provea las bases de un cambio en la relación entre las partes, pasa por un amplio apoyo popular a lo acordado, de tal manera que un consenso nacional este a favor de la consolidación de esta nueva relación. El apoyo público depende fuertemente de la percepción de que lo que se ha negociado es justo (Kelman, 1996).

Cuando se trata de superar un largo conflicto, el sentido de justicia percibido por el pueblo, el sentimiento de que un mínimo de justicia se ha logrado, es en sí mismo una necesidad fundamental que el acuerdo debe satisfacer. La gente debe quedar con la convicción de que las necesidades de cada cual fueron seriamente consideradas, que ninguna de las partes tomó ventaja de la debilidad de los negociadores para imponer un acuerdo inaceptable; que terceros no interfirieron en la negociación en detrimento de las partes. El diseño de la JEP refleja ciertamente un tipo de justicia pragmática que atiende equidad y realidad en el sentido explicado por Kelman (1996). No se cumple sin embargo el requisito de un amplio respaldo popular a lo acordado en La Habana. Los ciudadanos mayoritariamente decidieron no apoyar

el acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera en un apretado resultado de 6.377.482 ciudadanos que votaron SI (49.78%) y 6.431.375 ciudadanos que votaron NO (50,21%). No está dentro de las posibilidades de este trabajo dilucidar si las motivaciones de los ciudadanos que no apoyaron el plebiscito fueron determinadas por intereses, emociones o por un determinado sentido de justicia que encontraron deficitario en el acuerdo, pero desde la perspectiva de las necesidades como sub principio de la justicia distributiva, el gobierno de Colombia y las FARC-EP debieron tomar en serio este resultado al adoptar decisiones sobre el cierre de la negociación y al configurar el contenido del nuevo acuerdo final. (Nuevo Acuerdo Final, 2016). Desde ésta perspectiva, conectada fuertemente con el principio democrático, la JEP carga con un déficit de legitimidad que afecta su capacidad para impartir justicia.

En la Tabla 11. se sintetizan los principios de justicia sugeridos por Rawls (2003), Sen (2010) y Druckman y Wagner (2015).

| Tabla 11. Principios de Justicia Procedimental | |
|--|--|
| Autor | Principio |
| Rawls | Equidad como Imparcialidad |
| Sen | Equidad como imparcialidad abierta |
| Rawls – Druckman y Wagner | Trato justo |
| Rawls – Druckman y Wagner | Juego limpio |
| Druckman et. Al | Transparencia |
| Rawls – Druckman y Wagner | Decisiones libres |
| Rawls | No discriminación / Ppio de Igualdad – Ppio de Distinción |
| Rawls | Equilibrio entre pretensiones conflictivas |
| Rawls | Renuncia a ventajas particulares |
| Sen | Tener en cuenta los intereses y preocupaciones de los otros – preocupación por el otro más allá de las preocupaciones de las partes en la negociación y más allá de las fronteras del territorio nacional. Compromiso con los ojos de la humanidad, superar el propio parroquialismo |
| Sen | Evitar el influjo de los propios intereses, prioridades, excentricidades y prevenciones |
| Sen | Objetividad entendida como escrutinio serio y atención a los diferentes puntos de vista. |
| Druckman et. Al | Representación justa |
| Sen | Tomar en cuenta otras experiencias |
| Sen | Universalidad |

Elaboración propia

La teoría de Sen (2010) tiene como propósito esclarecer cómo mejorar la justicia y cómo superar la injusticia en lugar de ofrecer respuestas sobre la naturaleza de la justicia perfecta o de sociedades perfectamente justas. Para Sen (2010) “no hay una sino distintas razones de justicia que deben ser sometidas a escrutinio imparcial que pueden conducir a priorizar algunas de ellas” (p.13). El enfoque de Sen (2010) ilumina la comprensión del diseño de la JEP y su relación con la justicia en la medida en que ella no solo puede entenderse en relación con los derechos de las víctimas, sino también con la búsqueda y consolidación de la paz que es un requisito imprescindible para la efectividad de los derechos de las víctimas del conflicto y de todos los colombianos. Otra razón potente para la realización de la Justicia es la verdad y la memoria para iluminar los horrores del pasado, superarlos y caminar con paso firme hacia el futuro. La verdad no solo contribuye a aliviar el dolor las víctimas del conflicto sino que tiene la capacidad de sanar una sociedad insensible que ha perdido la capacidad de asombro frente al dolor de quienes padecen de manera directa el conflicto y en general frente a la crueldad humana.

Para Sen (2010) las acciones de las personas son tan importantes como las instituciones para una concepción de la justicia remedial, pero al igual que Rawls (2003) confiere a las instituciones un rol esencial en la búsqueda de la justicia. Ellas pueden ser importantes a la hora de examinar valores y prioridades especialmente a través de las oportunidades de discusión pública. En su trabajo Sen (2010) evalúa la democracia desde el punto de vista de la razón pública, es decir, la democracia como gobierno por discusión inspirado en Mill (2017), y más allá, “la democracia como capacidad de enriquecer el encuentro razonado a través del mejoramiento de la disponibilidad de información y la viabilidad de discusiones interactivas” (Sen, 2010, p. 17). Por ello, la democracia debe juzgarse “no solo por las instituciones formalmente existentes sino también por el punto hasta el cual pueden ser realmente

escuchadas voces diferentes de sectores distintos del pueblo” (Sen, 2010, p. 17), que puede impulsar tanto la democracia global como la justicia global.

La teoría de Sen (2010) se inscribe en una tradición alternativa al institucionalismo trascendental de autores como Rawls y Kant (citados por Sen, 2010), concentrados en la *justicia perfecta* realizada en las instituciones. Dicha tradición alternativa representada por autores como Smith, Mill, Marx y Bentham (Citados por Sen, 2010), sirve como referente inspirador a Sen (2010) para tratar cuestiones relativas al mejoramiento de la justicia y a la abolición de la injusticia en el mundo a la luz de las teorías de la elección social por lo que se ocupa directamente de las sociedades reales (Sen, 2010).

Es aquí donde se debe abrir un espacio para el encuentro razonado de manera abierta e imparcial para la búsqueda de la justicia, aún si existieran varias posiciones razonables distintas. Para Sen (2010) “la razón desempeña un papel central en la comprensión de la justicia incluso en un mundo que contiene mucha sinrazón” (p.23).

El importante papel que Sen (2010) concede al razonamiento guarda relación con la necesidad del razonamiento objetivo al pensar en cuestiones de justicia e injusticia. Para este autor, el razonamiento buscado al analizar los requisitos de la justicia incluye algunas exigencias básicas de imparcialidad que son parte integral de la idea de justicia e injusticia (Sen, 2010).

A diferencia de Rawls (2003) Sen (2010) afirma la pluralidad de principios rivales para la evaluación de la justicia y por tanto a la necesidad de comparar alternativas factibles y no una situación perfecta posiblemente no disponible. Lo que a juicio de Sen (2010) se requiere es un acuerdo, basado en la razón, sobre la gradación de alternativas realizables. Otra crítica que plantea Sen (2010) frente al institucionalismo trascendental es que excluye la justicia global en la medida en que no existe un estado soberano global. La elección de un conjunto perfecto de instituciones se circunscribe a las sociedades de los estados nacionales y por lo tanto la

idea de una justicia global sin un gobierno mundial es “una quimera” o se reduce a “acuerdos generales de comportamiento humanitario”

Frente a la dicotomía entre la *justicia centrada en esquemas organizacionales* (instituciones, regulaciones, reglas de conducta) cuya presencia activa indicaría que se hace justicia y la *justicia centrada en realizaciones* es decir tomando en cuenta lo que surge de la sociedad, incluidas las vidas que las personas viven realmente con las instituciones y reglas existentes, así como otras influencias como el comportamiento real que afectaría ineludiblemente vidas humanas, Sen (2010) toma partido por éste última vertiente que se inspira en la teoría de la elección social.

Sen (2010) concuerda con Rawls (2003) que la búsqueda de la justicia debe vincularse a y en cierto modo depende de, la idea de *equidad*. Además para Sen (2010) uno de los elementos centrales de la equidad

Es la exigencia de *evitar prejuicios* en nuestras evaluaciones y *tener en cuenta los intereses y las preocupaciones de los otros*, y en particular la necesidad de evitar el influjo de nuestros intereses creados, o de nuestras prioridades, excentricidades y prevenciones. *En general la equidad puede verse como una exigencia de imparcialidad* (p. 83).

de la misma manera que lo hace Rawls (2003) pero Sen (2010) propone el enfoque del espectador imparcial de Smith para abocar la cuestión de la equidad. A juicio de Sen (2010) este enfoque permite abordar la *evaluación comparativa* en lugar de reducirse a la mera identificación de una *solución trascendental*. Ésta forma de entender la equidad guarda una cierta afinidad con los enfoques históricos y comparativos de justicia transicional de Elster (2006) y Teitel (2017) y por lo tanto refuerzan la idea según la cual una evaluación de la justicia del diseño de la JEP no debería realizarse en contraste esquemas ideales de instituciones perfectas sino en relación con experiencias de transición que ya han sido objeto

de investigaciones anteriores. Si ello es así, el diseño de la JEP, como ya se expresó en el acápite anterior, no es mejor ni peor que otras soluciones de justicia transicional en el mundo y habría que tomar nota de las realizaciones sociales en un mediano y largo plazo para hacer una valoración integral de la manera como ella es capaz de realizar o no la justicia. Evidentemente, ello podría ser objeto de investigaciones posteriores.

Para Sen (2010) lo que sucede en un país y la forma en que operan sus instituciones puede tener efectos enormes en el resto del mundo, y de otra parte cada país o sociedad puede tener creencias parroquiales que claman por más escrutinio global porque puede ampliar la clase de cuestiones consideradas en dicho escrutinio y porque las presunciones fácticas que subyacen en los juicios éticos y políticos concretos pueden cuestionarse con la ayuda de experiencias de otros países o sociedades. Desde ésta perspectiva, una valoración integral de la justicia del diseño de la JEP debe incluir el prisma del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, en particular para cumplir el objetivo de ésta investigación es necesario hacer una valoración a la luz del Estatuto de Roma, como se hará en el acápite siguiente.

Sen (2010) destaca la importancia de escuchar y prestar atención a las opiniones y sugerencias de otros, que pueden llevarnos o no a revisar algunas de nuestras propias conclusiones cuando tratamos de evaluar cómo deberíamos comportarnos, y qué clases de sociedades deben considerarse manifiestamente injustas. El diálogo y la comunicación, la discusión y el discurso ocupan un lugar primordial en las teorías de la justicia. Sen (2010) considera que “el lugar de la imparcialidad para la evaluación de la justicia social y los arreglos sociales es central para la comprensión de la justicia” (p.151), pero hay una distinción básica entre dos maneras de invocar la imparcialidad: En la *imparcialidad cerrada*, el procedimiento para hacer juicios imparciales invoca solo a los miembros de una sociedad o nación determinada para quien se hacen los juicios. En la *imparcialidad abierta*, el

procedimiento para hacer evaluaciones imparciales puede invocar juicios de fuera del grupo focal para evitar el prejuicio parroquial. Juicios desinteresados de agentes que no necesariamente pertenecen al grupo focal. Las opiniones imparciales pueden venir de lejos o de la propia comunidad, nación o cultura. Esto permite un escrutinio abierto de los valores locales y posiblemente parroquiales (Sen, 2010).

A propósito de la justicia en el diseño de la JEP es necesario evaluar la manera como se realiza el principio de imparcialidad abierta. A partir de la reconstrucción del proceso de diseño de la JEP presentada en el capítulo 3 de éste trabajo se puede afirmar que debido al contexto de negociación en el cuál se discutieron y acordaron los 5 puntos de la agenda y en particular los elementos que conforman la JEP, la evaluación de lo que era considerado justo, correcto o apropiado provenía exclusiva o prevalentemente de los negociadores en la Mesa de la Habana y sus asesores. Breves destellos de imparcialidad abierta se vislumbraron cuando la mesa escuchó grupos representativos de víctimas del conflicto y promovió la realización de foros regionales de víctimas (PNUD, 2014), pero ellas no fueron tomadas en serio en cuestiones fundamentales relacionadas con las formas de justicia sugeridas por las víctimas del conflicto (Ver Tabla 2), dando lugar a lo que Lind y Tyler, (citados por Druckman y Wagner, 2015) denominan *false justice*. En otras palabras, darle voz a quienes no están en la mesa y detentan poco poder no siempre realiza el principio de imparcialidad abierta. También resulta incompatible con el principio de imparcialidad abierta la falta de sensibilidad de las partes en la mesa de conversaciones frente a la humanidad ofendida por la comisión de graves delitos como el desplazamiento forzado, la privación grave de la libertad, la violación, la desaparición forzada, el homicidio, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura de los no combatientes, los ataques intencionados contra la población civil y contra edificios dedicados a la religión la educación y la salud, así como el reclutamiento y alistamiento de niños.

Por las anteriores razones se puede afirmar que, sin desconocer la evolución positiva que tuvo la participación de las víctimas durante su proceso de diseño (Ver Figura 3.) riñe con el principio de imparcialidad abierta y por lo tanto con el principio de justicia la renuencia de las partes a tomar en serio la voz de las víctimas y la opinión experta de reconocidas organizaciones de derechos humanos como HRW que expresó sus reservas particularmente frente al régimen sancionatorio para los responsables de cometer graves delitos durante el conflicto armado (El Tiempo, 2015).

La actuación de la Corte Constitucional en los procesos de revisión de los actos jurídicos que configuran la JEP, favoreció la realización del principio de imparcialidad abierta, al trascender los intereses de las partes en la negociación para prestar debida atención a las expectativas y derechos de las víctimas del conflicto (Corte Constitucional de Colombia, 2018).

Para Sen (2010) un marco más amplio y contingente para la razón pública puede ser ofrecido por la teoría de la elección social que tiene que ver con la exploración de los procesos formales de las decisiones públicas y sus subyacentes. En su versión moderna, la teoría de la elección social ha tomado el cariz de disciplina evaluativa.

Desde esta perspectiva es posible realizar una apreciación sobre el proceso de diseño de la JEP y su relación con la justicia a la luz de los criterios de la teoría de la elección social planteados por Sen (2010, p.p. 136 -141):

Dado que se privilegia el enfoque comparativo sobre el trascendental, no se debe pretender hacer una calificación sobre el diseño más justo para la JEP sino sobre el diseño menos injusto teniendo en cuenta las ofertas disponibles. Desde éste punto de vista es necesario tener en cuenta las limitaciones de los negociadores derivadas de los intereses contrapuestos de las partes, del tiempo razonable para llevar a feliz término el proceso, los intereses contrapuestos de diferentes sectores sociales y políticos de la sociedad colombiana, así como el deber moral

de procurar un arreglo que no volviera a frustrar el anhelado fin del prolongado conflicto armado en Colombia.

El reconocimiento de la ineludible pluralidad de los principios rivales que son mandatos de optimización plantea la eventual colisión entre ellos por lo cual es necesario ponderar sobre cuál de ellos ha de ser privilegiado para el caso concreto sin eliminar los otros. La teoría de la elección social ha dado considerable reconocimiento a la pluralidad de las razones, todas las cuales demandan atención cuando se plantean cuestiones de justicia social, y pueden entrar en conflicto unas con otras. Los principios que orientan el diseño del SIVJRN del que hace parte la JEP consignados en el Acuerdo (Nuevo Acuerdo Final, 2016) y en el Acto Legislativo 1 de 2017 son justicia, paz, verdad, reparación y no repetición. No era posible, dadas las condiciones fácticas, realizar de manera plena la justicia en el sentido retributivo de la expresión, sin sacrificar la paz. Ello es así, entre otras razones, porque para el Secretariado de las FARC la exclusión de algún tipo de pena privativa de la libertad para sus miembros se convirtió un punto de honor. Desde éste punto de vista el tipo de justicia que se diseñó fue la justicia posible entre las ofertas disponibles.

Si los juicios comparativos sobre la justicia no son definitivos y deben poder someterse a evaluación y escrutinio si se presentan obstáculos imprevistos, las decisiones adoptadas en 2016 sobre el diseño de la JEP deberían ser susceptibles de revisión. De otra parte, y atendiendo el principio de solidez como criterio del buen diseño (Goodin, 2003), la modificación del diseño sería interpretada como incumplimiento del principio *pacta sunt servanda* y podría verse comprometida la precaria paz lograda.

La idea de permisibilidad de las soluciones parciales pone de relieve el carácter imperfecto de la Justicia y en este caso de la justicia transicional. Pese a los reproches al diseño de la JEP en particular en lo referido al régimen sancionatorio de los responsables de la comisión de

graves delitos, constituye un logro de gran magnitud el compromiso de la cúpula de las FARC-EP de someterse voluntariamente a la nueva Jurisdicción

Sen (2010) destaca la importancia de la diversidad de interpretaciones e insumos. Las interpretaciones pueden ser alternativas, por ejemplo entre agregación de intereses individuales y la de juicios individuales. En el primer caso la voz de un agente puede contar porque sus intereses están directamente comprometidos (derecho de pertenencia), en el segundo caso la voz de un agente puede contar porque su perspectiva y razones aportan percepción y discernimiento a una evaluación sea o no la persona parte directamente implicada (relevancia para la ilustración). En el enfoque rawlsiano el derecho de pertenencia recibe toda la atención en el nivel político, mientras que en el enfoque del espectador imparcial de Adam Smith se concede un lugar importante a las voces distantes que equilibran o contrarestan el parroquialismo de perspectivas locales. En general Sen (2010) le da importancia a la diversidad de perspectivas y prioridades. Dado que la JEP se diseñó en primer lugar en el contexto de una negociación prevaleció la voz de los negociadores sobre la de cualquier otro agente o sector nacional o internacional a la hora de discutir y decidir sobre el diseño de la JEP. Éste rasgo del proceso es incompatible como ya se expresó con el principio de imparcialidad abierta propuesto por Sen (2010).

Sen (2010) privilegia el énfasis en articulación y razonamientos precisos. Pese a la compleja naturaleza de los valores humanos y el razonamiento rescata la claridad para que la discusión dialógica sea útil en términos generales. Debido al carácter reservado de las deliberaciones en la mesa de negociación en La Habana no es posible hacer un juicio de valor sobre éste requisito.

Un elemento clave en la elección social es el razonamiento público. Para Sen (2010), la conexión básica entre el razonamiento público, por una parte, y las exigencias de las decisiones sociales participativas, por la otra, es clave no sólo para el desafío práctico de

hacer más efectiva la democracia, sino también para el problema conceptual de fundar una idea articulada de justicia social sobre las exigencias de la elección social y la equidad. Éste se surtió en las etapas de discusión pública en el proceso de diseño de la JEP. Se destacan dos momentos de dicho proceso: la breve campaña del plebiscito del 2 de octubre de 2016 y la discusión de los proyectos de acto legislativo y leyes que le dieron forma jurídica a los acuerdos de La Habana. La campaña se vio ensombrecida por argumentos falaces o tendenciosos de los promotores del NO orientados a confundir a la opinión pública (El Tiempo, 2016) que riñen con el principio de *fair play*. De otras parte, el cambio en el equilibrio de fuerzas políticas en el Congreso de la República en razón de la elección como Presidente de la República del candidato del Centro Democrático, puso en riesgo la aprobación de la ley que establece las reglas de procedimiento de la Jurisdicción Especial para la Paz debido a las maniobras de ése partido para impedir, con argumentos deleznable, la aprobación de la ley (El Espectador, 2018). Las estrategias dilatorias empleadas por la bancada del Centro Democrático son incompatibles con el principio de *fair play* y por lo tanto con la justicia procedimental.

Finalmente, a juicio de Sen (2010), la universalidad de inclusión es parte integral de la imparcialidad, por lo tanto, la inclusión selectiva sobre una base arbitraria en una categoría protegida, entre aquellos cuyos interés importan o cuyas voces cuentan, sería la expresión de un prejuicio. En el proceso de diseño de la JEP, los negociadores, en aplicación del principio de universalidad incluyeron en el campo de aplicación de la competencia de la JEP a otros actores del conflicto tales como terceros civiles y agentes del Estado. Ésta decisión favorece el principio de universalidad de inclusión pero por otra parte afecta el principio de libertad porque extiende los efectos del acuerdo a una clase de sujetos que no participó en la negociación aun cuando dicha inclusión implique beneficios para los concernidos. En algunas de sus decisiones la Corte Constitucional vulnera el principio de universalidad al redefinir la

competencia de la JEP sobre las conductas de civiles terceros y agentes del estado no miembros de la fuerza pública quienes tienen la potestad de someterse a ella o sujetarse a su juez natural (Corte Constitucional de Colombia, 2018).

Tampoco es compatible con el principio de universalidad de inclusión la decisión de los negociadores de excluir de la competencia de la JEP a las personas jurídicas, en detrimento de las expectativas de justicia de quienes han padecido los daños causados por acciones ordenadas y contratadas por multinacionales o empresas nacionales.

Es incompatible con el principio de universalidad la exclusión de la competencia de la Jurisdicción Especial para la Paz de quienes hayan ejercido la Presidencia de la República. Ellos, en su condición de ex - Jefes de Estado, ex -jefes de gobierno, y ex - comandantes de las fuerzas armadas, pueden haber realizado o pueden haber determinado conductas que constituyen el objeto material de la competencia de la JEP.

De otra parte, en el contexto de la negociación se acordó darle un tratamiento especial simétrico pero diferenciado, equitativo, equilibrado y simultáneo a los agentes del Estado y conceder beneficios especiales a los agentes del estado miembros de la fuerza pública tales como la suspensión de las órdenes de captura, privación de la libertad en unidades policiales y militares y libertad transitoria, condicionada y anticipada a la entrada en funcionamiento de la JEP. Desde la perspectiva de la justicia como equidad de Rawls (2003), este trato diferenciado implica una vulneración del principio de igualdad justificado por los negociadores en la necesidad de ganar la confianza de los miembros de la fuerza pública, y facilitar su compromiso con el proceso de paz. No obstante, puede ser discutible la decisión de conceder tales privilegios a priori, antes de la entrada en funcionamiento de la JEP, por lo que el ofrecimiento de verdad no está asegurado.

En relación con la competencia material de la JEP el diseño realiza el principio de universalidad porque incluye todas las conductas cometidas por causa, con ocasión o en

relación directa o indirecta con el conflicto armado en especial respecto a conductas consideradas graves infracciones al DIH o graves violaciones de Derechos Humanos.

5.3 Comprensión de las repercusiones del diseño de la JEP en la realización de la Justicia desde la perspectiva jurídica

Desde una perspectiva jurídica Ambos (2009), afirma que para establecer lineamientos más o menos precisos para las negociaciones de paz en el marco de la transición es preciso primero determinar los contenidos del elemento justicia en la justicia de transición. Justicia en este sentido “ha de ser entendido de manera amplia, yendo más allá de la mera justicia penal e incluyendo ciertos elementos clave tales como responsabilidad, equidad (*fairness*) en la protección y vindicación de derechos y la prevención y el castigo de infracciones” (Ambos, 2009, p. 24). Por lo tanto, Justicia implica “consideración de los derechos del acusado, de los intereses de las víctimas y del bienestar de la sociedad a largo plazo”. (Ambos, 2009, p. 28).

De este modo, justicia en la justicia de transición supone mucho más que justicia penal retributiva, debe incluir la justicia restaurativa en cuanto apunta a restaurar o incluso reconstruir la comunidad (en el sentido de justicia “creativa”). En última instancia, la justicia de transición es una justicia de excepción que aspira a cambiar la situación de conflicto o posconflicto “de un peor a un mejor estado” (Ambos, 2009).

Tabla 12.

Estándares Internacionales de la Justicia Transicional. Ambos (2009).

Responsabilidad. Es deber de todo estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de este tipo de crímenes (genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra).

Equidad (*fairness*) en la protección y vindicación de derechos y la prevención y el castigo de infracciones.

Consideración de los derechos del acusado, de los intereses de las víctimas y del bienestar de la sociedad a largo plazo (imparcialidad abierta)

Más que justicia penal retributiva abarca a la justicia restaurativa de excepción; aspira a cambiar la situación de conflicto o posconflicto de un peor a un mejor estado.

Las exigencias de las víctimas de responsabilidad y justicia con frecuencia, si no siempre, entran en conflicto con los esfuerzos en su mayor parte oficiales por la paz y la reconciliación. Es crucial encontrar el justo equilibrio entre los valores contrapuestos de paz y justicia tomando en cuenta todos los intereses en juego. La admisibilidad de limitaciones al interés de justicia, en particular por medio de la abstención de una persecución penal, por parte de la CPI, depende del resultado de la ponderación de los intereses en

conflicto -paz y justicia-

Un concepto minimalista de reconciliación en el sentido de “coexistencia no letal” puede ser compatible con medidas como la renuncia a la persecución penal.

Un concepto sustantivo, más significativo de reconciliación, en el sentido de “reciprocidad democrática” o incluso armonía social, puede ser incompatible con la renuncia a la persecución penal.

La renuncia a la persecución penal a cambio de paz y reconciliación plantea la cuestión de las alternativas adecuadas que a su juicio deben ofrecer “un camino alternativo serio para tratar con el pasado y como tal tomar en consideración efectivamente los intereses de las víctimas”.

Toda transición es diferente y requiere tomar en consideración las circunstancias concretas de la situación concreta.

Una base común de normas y estándares internacionales permite distinguir las medidas que son admisibles de las que no lo son para atender la necesaria complementariedad de la justicia penal internacional ejercida por la CPI y la justicia penal nacional adoptada en tiempos de transición.

Un concepto amplio de justicia cuenta entonces con una gama de medidas para cumplir con un estándar mínimo de justicia que no se limita a la justicia penal. No obstante, el estatuto de Roma afirma “que la persecución de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional” “no deben quedar sin castigo” y que “la persecución efectiva” de estos crímenes “debe ser garantizada”.

El deber de perseguir es un principio que puede ser derrotado. Desde un punto de vista político, la necesidad práctica de un instrumento de negociación en procesos de paz o reconciliación internos exige un enfoque más flexible. Con respecto a las amnistías, a la luz del Estatuto de Roma, ellas estarían proscritas si son absolutas y podrían ser admisibles si son condicionales o limitadas.

Las víctimas son titulares de derechos y en particular tienen derecho a la justicia. Aunque esos derechos no se limitan a la justicia penal *strictu sensu*, por lo cual no se descarta la posibilidad de que operen mecanismos alternativos de justicia, ellos solo pueden complementar y no sustituir la justicia penal

Las víctimas tienen derecho a verdad, justicia y reparación

Respecto a las negociaciones concernientes al tratamiento de los crímenes cometidos, esto significa que la voz de las víctimas debe ser oída, su participación es indispensable para dar legitimidad a este proceso y hacerlo socialmente aceptable. Esta participación para Ambos (2009) es decisiva para que las medidas contribuyan efectivamente a la reconciliación nacional y para la reconciliación democrática e institucional. Como test de verificación de la participación Ambos (2009) plantea como interrogantes si tuvo lugar un proceso de consulta con la sociedad en su conjunto, si se han discutido las medidas públicamente y/o por órganos democráticos (parlamento), si ha sido posible una discusión abierta y libre, con inclusión de una crítica de las eventuales medidas, si tuvo lugar un referéndum, si tomaron parte expertos y/o negociadores de la ONU.

Elaboración propia.

De acuerdo con lo anterior, las víctimas tienen derecho a verdad, justicia y reparación. El derecho a la verdad implica esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, es un derecho colectivo de la sociedad y a la vez particular para las víctimas y sus familiares, por ejemplo en el caso de los desaparecidos. El derecho a la justicia es para la Corte Constitucional aquél que en cada caso concreto proscribiera la impunidad (C-370 de 2006), significa que existe

Alguna forma de protección judicial o algún mecanismo de acceso al sistema jurídico del Estado infractor que tiene el deber de investigar, perseguir y

sancionar a los responsables; o mediante un foro público alternativo donde la víctima pueda confrontar y desafiar a los autores. (Ambos, 2009, p. 43 - 44).

Ahora bien, reparación es un término genérico que abarca la restitución plena, la compensación, la rehabilitación, la satisfacción y garantías de no repetición y otras medidas a saber, las que tienden al pleno reconocimiento del estatus de víctima, y en el grado que sea posible, el restablecimiento de sus derechos (Ambos, 2009).

En principio, la justicia transicional adoptada en Colombia mediante un sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición cumple con los estándares internacionales relacionados por Ambos (2009). En particular la Jurisdicción Especial para la Paz incluye formas de justicia restaurativa y retributiva para derivar responsabilidad a los responsables de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra. En el diseño no se autoriza la renuncia a la persecución penal para estos delitos. El diseño toma en cuenta los derechos del acusado, los intereses de las víctimas y el bienestar de la sociedad a largo plazo mediante la terminación del conflicto. El proceso colombiano ha estado marcado por la tensión entre justicia y paz. Esta tensión que se expresó en los resultados del plebiscito el 2 de octubre de 2016, con una votación mayoritariamente adversa a los acuerdos de paz, aún no se ha resuelto. Medidas diferentes a la renuncia a la persecución penal tales como la libertad transitoria y anticipada, la privación de libertad en unidades policiales o militares, la revisión de sentencias, la sustitución de las penas y la eventual imposición de sanciones no privativas de la libertad por la realización de conductas constitutivas de crímenes internacionales han suscitado un ambiente de polarización y desconfianza que dificulta la reconciliación en un sentido sustantivo, orientada hacia la armonía social. La amnistía concedida por la comisión de delitos políticos y conexos es condicional pero la normativa no establece mecanismos precisos para la verificación del cumplimiento del régimen de condicionalidad de los amnistiados.

Para Ambos (2009), existen diversos criterios que limitan la potestad de apreciación de las medidas que pueden ser adoptadas en procura de la paz.

Tabla 13.

Criterios que limitan la potestad de apreciación de las medidas que pueden ser adoptadas en procura de la paz. Ambos (2009)

Limitación *ratione materiae* con respecto a crímenes internacionales nucleares. Dado el deber general de perseguir los crímenes de competencia de la CPI es, en principio, inadmisibles eximirlos de persecución y castigo.

Limitación *ratione personae* con respecto a los mayores responsables

Estadio del procedimiento en que la exención tiene lugar. Cuanto más avanzada se encuentre una investigación o un procedimiento penal, más aceptable será eximir al responsable de castigo, dado que el avance de la investigación permite establecer al menos una parte de la verdad y evitar la plena impunidad.

Alguna forma de responsabilidad (rendición de cuentas, accountability) y/o un procedimiento público (en el que las víctimas puedan confrontarse con los sospechosos) que resulte en la revelación de los hechos (derecho a la verdad) e identifique a los responsables, es decir, los posibles beneficios para los responsables (indultos parciales, atenuación del castigo, etc) presuponen una cooperación efectiva (beneficios por cooperación)

Deben ser evaluados los efectos políticos, sociales y económicos globales de las medidas. Es menester preguntarse si ellas contribuyen a lograr una paz estable y duradera, una verdadera reconciliación

Elaboración Propia.

En el caso colombiano ninguna de las medidas del SIVJRNR autoriza la renuncia a la acción penal para crímenes internacionales. Se establecen criterios de selección para investigar y juzgar los delitos más graves y las conductas más representativas. El sistema incluye mecanismos de verdad, justicia, reparación y no repetición. Es pronto para evaluar el sistema integral como un todo y en cada uno de sus elementos. El más importante logro de las medidas contenidas en el acuerdo de paz ha sido el cese de hostilidades, la reducción de muertes en combate y la dejación de las armas por parte de las FARC-EP. ¿Contribuirán esas medidas a lograr una paz estable y duradera, una verdadera reconciliación?...

Capítulo 6: Discusión y Conclusiones

El problema de las repercusiones del diseño de la Jurisdicción Especial para la Paz en la realización de la Justicia ha sido abordado desde un número limitado de perspectivas con el fin de reducir la complejidad que se deriva del alcance de la categoría Justicia objeto de indagación ético – política desde la antigüedad por pensadores tan disímiles como Platón y Hume, Marx y Rawls, Aristóteles y Kant.

Goodin (2003), considera que un primer criterio - que denomina interno - para evaluar el diseño de cualquier institución, hace referencia a la potencialidad que ella tiene para cumplir su función y a la manera en que aquél promueve su funcionamiento sin tropiezo de manera coherente y armónica. El criterio del diseño así entendido guarda similitud con la idea de justicia de Platón (2000) según la cual una institución podrá ser calificada como justa si realiza su tarea, si hace lo que le corresponde. De manera preliminar se puede afirmar que existen elementos del diseño referidos a la coherencia y armonía internas de la Jurisdicción Especial para la Paz, que pueden afectar la calidad y oportunidad de las decisiones que ella está llamada a producir en cumplimiento de sus funciones. Dichos elementos son entre otros, su estructura compleja y jerarquizada, su carácter centralizado; la multiplicidad de funciones asignadas, la regulación diferenciada en el régimen salarial de sus magistrados, la distribución de cargos por despacho judicial, los límites a la movilidad de los magistrados entre las salas y secciones, la posibilidad ilimitada de reenvío de asuntos entre salas, secciones y la U.I.A, la ausencia de un punto de partida en el tiempo para delimitar su competencia y el tiempo previsto para su existencia.

Un rasgo destacable del buen diseño es la justa correspondencia de la institución con su entorno social más amplio a partir de ciertos criterios que Goodin (2003) denomina de revisión, de solidez, de la sensibilidad a la complejidad motivacional, de publicidad y de variabilidad. Como todo principio, ninguno de ellos se realiza de manera perfecta en la JEP, y

algunos de ellos riñen entre sí, pero en términos generales fueron identificados diversos mecanismos que apuntan a su realización. En su relación con el entorno, se advierte que algunas amenazas contra la solidez de la JEP provienen del convulsionado ambiente político en el que surge a la vida jurídica.

Los filtros y sanciones establecidos para incentivar el sometimiento de los responsables de graves delitos a la nueva jurisdicción pueden ser interpretados, desde la teoría del diseño (Pettit, 2003), como mecanismos que promueven la adhesión a valores socialmente compartidos, pero también pueden ser interpretados como artificios que promueven un trato diferenciado incompatible con los principios de igualdad y de proporcionalidad y por lo tanto con la justicia que la JEP está llamada a impartir.

Desde la perspectiva de los estudios de justicia transicional se puede concluir que la JEP es una forma de justicia a medio camino entre la *justicia legal* y la *justicia política*. Es una forma de justicia política porque es el resultado de un proceso de negociación entre el Gobierno de Colombia y los alzados en armas. Es una forma de justicia legal porque al término de la negociación ella se emancipa de sus diseñadores para establecerse como una institución de rango constitucional que cumple con los criterios que según Élster (2006) se suelen realizar aunque de manera imperfecta en los procesos de justicia transicional, vale decir: claridad normativa, independencia e imparcialidad de los jueces y respeto al debido proceso. Tal como ha sucedido en otros procesos de transición (Teitel, 2017) las sanciones previstas por los diseñadores de la JEP para los responsables de la comisión de graves delitos son limitadas y parciales y el tipo de justicia que se privilegia es la restaurativa. En términos comparativos, el diseño de la JEP conjuga varios de los elementos característicos de justicia transicional que se han adoptado en el pasado en otros países y pese a los reproches que se pudieran derivar de la limitada participación de las víctimas del conflicto, el modelo colombiano se destaca por el lugar que los diseñadores le han querido dar a quienes han sufrido los rigores del conflicto.

Desde la perspectiva de la filosofía política es necesario distinguir los principios de la justicia procedimental de los principios de la justicia distributiva. Los principios de la justicia procedimental son aquellos que guían el proceso de negociación hacia los acuerdos: trato justo, juego limpio, representación justa, transparencia, imparcialidad y decisiones libres. Aplicado al proceso de negociación entre el Gobierno de Colombia y las FARC-EP se puede afirmar que las partes se confirieron recíprocamente un trato justo, estuvieron justamente representadas y adoptaron decisiones libres aunque dicha libertad formal se vio constantemente afectada por los actos y operaciones de guerra que se surtían paralelamente a las conversaciones en La Habana. El modelo de negociación en el caso colombiano puede ser calificado como competitivo y por lo tanto orientado a maximizar los beneficios en particular en lo concerniente a los intereses de las FARC-EP. El juego limpio, como expresión de la justicia procedimental en el sentido explicado por Rawls (2003) y aplicado por Druckman y Wagner (2015), no caracterizó todos los momentos del proceso de diseño de la JEP.

La justicia distributiva se refiere a principios para asignar beneficios o cargas entre los miembros de un grupo o comunidad. Se destacan la igualdad, la equidad como imparcialidad, la universalidad, la proporcionalidad la reciprocidad o compensación y el deber de satisfacer las necesidades.

Aplicados a la JEP y su entorno social más amplio, diferentes actuaciones y decisiones de los diseñadores de la JEP permiten afirmar la afectación de estos principios. Durante el proceso se aprecia la falta de sensibilidad inicial de los negociadores frente a los intereses y expectativas de las víctimas del conflicto y frente a la expresión de voluntad de los ciudadanos que no apoyaron el Acuerdo de Paz en las urnas el 2 de octubre de 2016.

En el diseño se confiere un tratamiento diferenciado para actores responsables de cometer crímenes internacionales que es incompatible con lo proporcionalidad e igualdad como

expresiones del principio de justicia. Sólo la consolidación de la paz social justificaría este sacrificio, pero ésta es una condición cuya verificación excede el alcance de éste trabajo.

Para las víctimas del conflicto la compensación toma diferentes formas reparatoras que harán parte de la sentencia del Tribunal para la Paz cuando imponga una sanción propia a los responsables de los delitos cometidos durante el conflicto, pero también se realiza mediante la acción de los otros elementos que conforman el Sistema de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición acordado en La Habana. El estadio óptimo de compensación para la sociedad y para las víctimas es la terminación del conflicto armado y la consolidación de una paz estable y duradera que es el propósito medular de la Jurisdicción Especial.

Se realiza la justicia si se cubren las necesidades de las partes negociadoras pero también de las víctimas del conflicto, de la sociedad colombiana y de la humanidad. Ellas se traducen en las demandas de justicia, reconocimiento, seguridad y satisfacción de mínimos vitales de las víctimas del conflicto; la demanda de paz, tranquilidad y seguridad de los colombianos y de los que residen o se encuentran temporalmente en Colombia; las demandas de seguridad para asegurar su vida y la de sus familias, de reconocimiento, de participación política y legitimidad para acceder al poder de los integrantes de las FARC-EP; y la demanda de recuperación de control territorial y afirmación de soberanía por parte de los órganos y autoridades del Estado Colombiano. La principal compensación para el caso de la negociación de la Habana en Colombia, no es entonces haber producido un acuerdo políticamente aceptable, sino, consolidar las bases para la construcción de una paz duradera. Es muy pronto para hacer un balance sobre la realización de la justicia entendida a la luz del principio de compensación referido a la consolidación de la paz.

Para evaluar la justicia del diseño de la JEP parece ser relevante no descartar una perspectiva comparativa como la de Sen (2010) fundada en la teoría de la elección social que toma en cuenta la justicia posible más que la justicia perfecta y la pluralidad de principios en

conflicto que se convierten en razones de la justicia. También es necesario considerar que la satisfacción de los derechos de las víctimas del conflicto es responsabilidad de todos los elementos del Sistema de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición del que la JEP hace parte.

Desde el punto de vista jurídico se concluye que el diseño de la JEP cumple en términos generales con los estándares internacionales de justicia en tiempos de transición. En particular, el diseño parece estar blindado frente a una eventual investigación por parte de la Corte Penal Internacional ya que en él se asegura el derecho de las víctimas a que el Estado Colombiano investigue, persiga y sancione con penas apropiadas a los perpetradores de graves delitos. Una eventual discusión sobre la proporcionalidad de las penas probablemente sea resuelta a favor del Estado colombiano si se consolida la Paz que constituye un interés superior de la Justicia en sentido amplio.

En fin, este trabajo ofrece luces sobre la relación entre el diseño institucional de la JEP y sus repercusiones Justicia y al mismo tiempo plantea interrogantes que pueden ser objeto de profundización en futuras investigaciones. En particular sería pertinente explorar el problema incorporando la Paz como categoría de análisis, habida cuenta que la Jurisdicción Especial tiene ese propósito fundamental para la sociedad colombiana.

Referencias

- Agencia EFE. (2015, 3 de marzo). Farc no aceptarán acuerdo que contemple cárcel por ejercer derecho a rebelión. *El Espectador*. Recuperado de <https://www.elespectador.com/noticias/paz/farc-no-aceptaran-acuerdo-contemple-carcel-ejercer-dere-articulo-547196>
- Ambos, K. (2009). El marco jurídico de la justicia de transición. En K. Ambos, E. Malarino y G. Elsner, *Justicia de transición, informe de América Latina, Alemania, Italia, España*. (pp. 23 – 129). Berlín: KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V. recuperado de https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=c6012f10-4557-5aa7-12dc-cac8ef7c350f&groupId=252038
- Análisis de HRW sobre el Acuerdo sobre “las víctimas del conflicto” alcanzado por el Gobierno de Colombia y las FARC. HRW, (19 de diciembre de 2015). *El Tiempo*. Recuperado de <https://www.eltiempo.com/contenido/mundo/ee-uu-y-canada/ARCHIVO/ARCHIVO-16464937-0.pdf>
- Azula, J. (2002). *Manual de derecho procesal Tomo I: teoría general del proceso*. Bogotá: Temis.
- Botero, C. & Restrepo, E. (2005). Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia. En A. Rettberg. (Ed.), *Entre el perdón y el paredón, preguntas y dilemas de la justicia transicional* (pp. 19 - 66). Bogotá: Ediciones Uniandes.
- Brett, R. (2017). *La voz de las víctimas en la negociación: sistematización de una experiencia*. Colombia: PNUD. Recuperado de <http://www.co.undp.org/colombia/docs/paz>
- Campamento por la Paz en la Plaza de Bolívar. (10 de octubre de 2016). *El Tiempo*. Recuperado de <http://images.et.eltiempo.digital/politica/proceso-de-paz/campamento-por-la-paz-en-la-plaza-de-bolivar/16722823>
- Centro Democrático rechazó petición de la ONU darle trámite a la ley de procedimiento de la JEP, (26 de junio de 2018), *El Tiempo*, Recuperado de <https://www.elespectador.com/noticias/politica/centro-democratico-rechazo-peticion-de-onu-de-darle-tramite-ley-de-procedimiento-de-la-jep-articulo-796723>
- Centro Nacional de Memoria Histórica y Observatorio de Memoria y Conflicto. (s,f). Balance del conflicto armado. Recuperado de <http://centrodehistoriahistorica.gov.co/observatorio/infografias/>

Cita, R., Medina, C. y Amado, M. (2017). *La proporcionalidad de las penas en la legislación colombiana*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

Colombia. Registraduría Nacional. Recuperado de https://elecciones.registraduria.gov.co/pre_plebis_2016/99PL/DPLZZZZZZZZZZZZZZZZZZZZZZ_L1.htm

Colombia. Corte Constitucional. (2006). Sentencia C-370 de 2006. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-370-06.htm>

_____. _____. (2007). Sentencia C-209 de 2007. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/c-209-07.htm>

_____. _____. (2002). Sentencia C-200 de 2002. M.P. Álvaro Tafur Gálvis. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-200-02.htm>

_____. _____. (2017). Sentencia C-309 de 2017. M.P. Hernán Correa Cardozo. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-309-17.htm>

_____. _____. (2017). Sentencia C-630 de 2017. M. P. Guerrero Pérez Luis Guillermo y Lizarazo Ocampo Antonio José. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-630-17.htm>

_____. _____. (2017). Sentencia C-674 de 2017. M.P. Luis Guillermo Guerrero Perez. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-674-17.htm>

_____. _____. (2018). Sentencia C-080 de 2018 M. P. Antonio José Lizarazo Ocampo. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/No.%2032%20comunicado%2015%20de%20agosto%20de%202018.pdf>

Congreso de la República de Colombia. (2002, 5 de junio). Ley 742 de 2002. Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0742_2002.html

_____. _____. (2016, 30 de diciembre). Ley 1820 de 2016. Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1820_2016.html

_____. _____. (2017) Estatutaria de la administración de justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz. Gaceta del Congreso Año XXVI – N° 1108 28 de noviembre de 2017, Recuperado de <http://svrpubindc.imprenta.gov.co/senado/view/gestion/gacetaPublica.xhtml>

- _____. (2017, 11 de mayo). Acto Legislativo 2 de 2017. Recuperado de <http://www.secretariassenado.gov.co/index.php/vigencia-expresa-y-sentencias-de-constitucionalidad>
- _____. (2017, 4 de abril). Acto Legislativo 1 de 2017. Recuperado de <http://www.secretariassenado.gov.co/index.php/vigencia-expresa-y-sentencias-de-constitucionalidad>
- _____. (2018, 18 de julio). Ley 1922 de 2018. Recuperado de <http://www.secretariassenado.gov.co/index.php/vigencia-expresa-y-sentencias-de-constitucionalidad>
- Devis, H. (2017). *Teoría General del Proceso*. Bogotá, Colombia: Temis.
- _____. (2012). *Principios Fundamentales del Derecho Procesal Penal*. Bogotá, Colombia: Ibáñez y Universidad Javeriana.
- Druckman, D. y Wagner, L. (2015). Justice and Negotiation. *Annual Review of Psychology*. Vol. 67:387-413 (Volume publication date January 2016) First published online as a Review in Advance on August 13, 2015 <https://doi.org/10.1146/annurev-psych-122414-033308>
- Elster, J. (2006). *Rendición de cuentas. La justicia transicional en perspectiva histórica*. Buenos Aires: Katz Editores.
- _____. (1998). *Democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa.
- FARC-EP rechaza marco para la paz y justicia transicional (+Texto). (2014, 8 de diciembre). *La Voz Del Sandinismo*. Recuperado de <http://www.lavozdelsandinismo.com/internacionales/2014-08-12/farc-ep-rechaza-marco-para-la-paz-y-justicia-transicional-texto/>
- Ferrajoli, L. (2001). *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Trotta.
- Flick, U. (2007). *Introducción a la investigación cualitativa*. Madrid, España: Morata.
- Fundación Ideas Para La Paz. (2016). *Propuestas de renegociación del Acuerdo de Paz*. Recuperado de <http://www.ideaspaz.org/especiales/posplebiscito/propuestas-renegociacion-acuerdo.pdf>
- Gadamer, H. (2012). *Verdad y método*. Salamanca, España: Sígueme
- García, F. (2015). *Investigación documental*. México D.F., México: Limusa
- García, H. y Laverde J. (2015, 26 de septiembre). Los arquitectos del acuerdo. *El Espectador*. Recuperado de <https://www.elespectador.com/noticias/politica/los-arquitectos-del-acuerdo-articulo-588936>

- Giddens, A. (1993). *Consecuencias de la modernidad*. Madrid, España: Alianza.
- Gómez Ceja, G. (1997). *Sistemas Administrativos, Analisis y Diseño*. México: Interamericana Editores S. A
- Goodin, R. (2003). Las instituciones y su diseño. En R. Goodin (Ed.), *Teoría del diseño institucional (pp 13 - 74)*. España: Gedisa.
- Guastini, R. (2002). Estudios sobre la interpretación jurídica. México: Porrúa
- Gruoso, D. (2010). La especificidad filosófico-política de la pregunta por la justicia, *Coherencia*, 7(13), 181-211. Recuperado de <http://www.redalyc.org/pdf/774/77416997008.pdf>
- Jurisdicción Especial para la Paz. (2018, 15 de enero). Resolución 001 de 2018 por la cual se fija la fecha de apertura al público de la JEP. Recuperado de https://www.jep.gov.co/Marco%20Normativo/Normativa_v2/05/03/PS01.pdf
- _____. (2018, 15 de enero). Acuerdo 001 de 2018 por el cual se adopta el reglamento general de la JEP. Recuperado de <https://www.jep.gov.co/Marco%20Normativo/Acuerdo%2001%20de%202018.pdf>
- _____. (2018, 8 de febrero). Acuerdo 005 de 2018 por el cual se establece la planta de personal de la JEP. Recuperado de http://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma_pdf.php?i=85511
- Kelman, H. (1996). Negotiation as interactive problem solving. *International Negotiation: A Journal of Theory and Practice*, 1,(1) 99 - 123. Recuperado de <https://scholar.harvard.edu/files/hckelman/files/NegotiationasIPS.pdf>
- Las cinco propuestas de los del 'No' en el plebiscito. (14 de octubre de 2016). *El Tiempo*. Recuperado de <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16727272>
- La histórica votación a la refrendación del acuerdo en el Congreso. (1 de diciembre de 2016). *El Tiempo*. Recuperado de <https://www.eltiempo.com/politica/proceso-de-paz/como-fue-la-votacion-en-congreso-para-refrendar-nuevo-acuerdo-de-paz-31402>
- Malmin, B., Loyle, C. Gates, S. & Elster J. (2012). Armed conflict and post-conflict justice, 1946 - 2006: A dataset, *Journal of Peace Research*. 49(5), 731-740. doi: 10.1177/0022343312450886
- Misión de la ONU finaliza actividades de inhabilitación de armamento de las FARC-EP (22 de septiembre de 2017), Misión de la ONU en Colombia. Recuperado de <https://unmc.unmissions.org/misi%C3%B3n-de-la-onu-finaliza-actividades-de-inhabilitaci%C3%B3n-del-armamento-de-las-farc-ep>

- Mill, J. (2017). *Sobre las conexiones entre justicia y utilidad en el utilitarismo*. Madrid: Alianza Editorial S.A.
- Naciones Unidas en Colombia y Universidad Nacional de Colombia. (2014). Foro Regional sobre las víctimas – Villavicencio (Informe preliminar). Recuperado de <http://www.co.undp.org/content/dam/colombia/docs/Paz/undp-co-informevillavicencio-2014.pdf>
- _____. (2014). Foro Regional sobre las víctimas – Barrancabermeja (Informe preliminar). Recuperado de <http://www.co.undp.org/content/dam/colombia/docs/Paz/undp-co-informebarranca-2014.pdf>
- _____. (2014). Foro Regional sobre las víctimas – Barranquilla (Informe preliminar). Recuperado de <http://www.co.undp.org/content/dam/colombia/docs/Paz/undp-co-informebarranquilla-2014.pdf>
- _____. (2014). Foro Regional sobre las víctimas – Cali (Informe general). Recuperado de <http://www.co.undp.org/content/dam/colombia/docs/Paz/undp-co-informefinalFNV-2014.pdf>
- Nohlen, D. (2007), *Ciencia Política. Teoría institucional y relevancia del contexto*. Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario.
- O'Donnell, D. (2012), El principio de legalidad y debido proceso legal (garantías judiciales). En *Derecho Internacional de los derechos humanos* (p.p. 81 – 160). México D.F., México: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal México D.F.
- Oficina del Alto Comisionado para la Paz. (2012). Acuerdo General para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera (Acuerdo general). Recuperado de http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/acuerdo-general/Documentos%20compartidos/Acuerdo_General_para_la_terminacion_del_conflicto.pdf.
- _____. (2015). Borrador conjunto Acuerdo Sobre las Víctimas del Conflicto. Recuperado de <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/mesadeconversaciones/PDF/borrador-conjunto-acuerdo-sobre-las-victimas-del-conflicto-1450190262.pdf>
- _____. (2014) Declaración de principios para la discusión del punto 5 de la Agenda: víctimas (Comunicado conjunto). Recuperado de <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/mesadeconversaciones/PDF/Comunicado>

- %20Conjunto%2C%20La%20Habana%2C%202007%20de%20junio%20de%202014%2C%20Versi_n%20Espa_ol.pdf
- _____. (2016). Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera (Acuerdo final). Recuperado de <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/mesadeconversaciones/PDF/24-1480106030.11-1480106030.2016nuevoacuerdofinal-1480106030.pdf>
- _____. (2016). Nuevo Acuerdo Final (Nuevo Acuerdo Final). Recuperado de <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf>
- Para los guerrilleros cero cárcel: Iván Márquez. (23 de octubre de 2015). *El Espectador*. Recuperado de <https://www.elespectador.com/noticias/politica/los-guerrilleros-cero-carcel-ivan-marquez-articulo-545665>
- Pettit, P. (2003), El diseño institucional y la elección racional. En R. Goodin (Ed.), *Teoría del diseño institucional* (pp 75 - 118). España: Gedisa
- Platón, (200). *La República o El Estado*. Madrid, España: Espasa, Calpe, S.A.
- Polémica forzó renuncia de gerente de campaña uribista. (6 de octubre de 2016), *El Tiempo*, recuperado de <https://www.eltiempo.com/politica/proceso-de-paz/renuncia-de-gerente-de-campana-uribista-juan-carlos-velez-57395>
- Presidencia de la República de Colombia. (2016). Decreto 1391 de 30 de agosto de 2016. Recuperado de <http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%201391%20DEL%2030%20DE%20AGOSTO%20DE%202016.pdf>
- _____. (2017). Decreto 1760 de 27 de octubre de 2017. Recuperado de <https://www.jep.gov.co/Documents/DECRETO%201760%20DEL%2027%20DE%20OCTUBRE%20DE%202017.pdf>
- _____. (2017). Decreto 1592 de 2017, por el cual se dictan disposiciones transitorias para la puesta en funcionamiento de la justicia especial para la paz. Recuperado de <http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%201592%20DEL%2029%20DE%20SEPTIEMBRE%20DE%202017.pdf>
- _____. (2018). Decreto 266 de 2018. Recuperado de <http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%20266%20DEL%2006%20FEBRERO%20DE%202018.pdf>

- Rawls, J. (2003). Justicia como equidad, *Revista Española de Control Externo*, 5 (13), 129 – 158.
- Sen, A. (2010). *La idea de la justicia*. Bogotá: Taurus.
- 'Timochenko' ratifica que Farc no quieren ir a la cárcel tras proceso de paz. (16 de agosto de 2013). El Espectador. Recuperado de <https://www.elespectador.com/noticias/paz/timochenko-ratifica-farc-no-quieren-ir-carcel-tras-proc-articulo-440430>
- Teitel, R. (2017). *Justicia Transicional*. Medellín, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Unidad para la atención y reparación integral de las Víctimas. Red Nacional de Información. (2018). *Reporte general de víctimas*. Recuperado de <https://www.unidadvictimas.gov.co/es/registro-unico-de-victimas-ruv/3739>
- Uprimny, D. (2018, 19 de enero). ¿Cuál estructura para la JEP? *El Espectador*. Recuperado de <https://www.elespectador.com/opinion/cual-estructura-para-la-jep-columna-734372>

Anexos

Anexo 1. Primera parte: Objetivos, Categorías de Análisis y Definiciones Operativas.

Pregunta de Investigación. *¿Cómo incide el diseño institucional de la Jurisdicción Especial de Paz en la realización del Principio de Justicia?*

| Objetivo General y Categorías de Análisis | | | |
|---|--|---------------------------------------|--|
| Objetivo General | Categoría | Subcategoría | Definición operativa |
| Interpretar la manera como el <i>diseño institucional</i> de la <i>Jurisdicción Especial de Paz</i> incide en la realización del principio de <i>Justicia</i> | 1. Diseño Institucional de la Jurisdicción Especial de Paz | 1.1. Jurisdicción Especial de Paz JEP | La Jurisdicción Especial de Paz JEP es definida por el artículo 5 del Acto Legislativo 1 de 2017, como una Jurisdicción nacional ad-hoc a la que se atribuye competencia para conocer de manera transitoria, autónoma y preferente de las conductas consideradas graves infracciones al DIH o graves violaciones a los Derechos Humanos cometidas por quienes participaron en el conflicto armado con anterioridad al 1 de diciembre de 2016, por causa, con ocasión, o en relación directa o indirecta con dicho conflicto. |
| | | 1.2. Diseño Institucional | Se entiende por diseño institucional, la acción intencional orientada a crear una <i>forma</i> de promover resultados valiosos, en un <i>contexto</i> en particular que sirve de base para la acción. Los diseñadores sociales son múltiples y los materiales con los que los diseñadores trabajan son <i>heredados del pasado</i> y, en cierta medida, moldeados de manera inalterable por este. La idea de “diseño” parte del supuesto que una institución social puede ser el producto de una intervención deliberada por parte de agentes dotados de una intención en busca de un objetivo. A la luz del nuevo institucionalismo, es necesario tomar en cuenta <i>los agentes, la estructura y el contexto</i> . Goodin (2003) |
| | 2. Principio de justicia | 2.1. Enfoque social de la | La <i>Justicia</i> , como una entre muchas virtudes de las |

| | | | |
|--|--|---|---|
| | <p>El principio de justicia no tiene un sentido unívoco, por ello las subcategorías dan cuenta de diferentes enfoques de aproximación conceptual que servirán de referencia para responder la pregunta de investigación.</p> | <p>justicia</p> <p>2.2. Enfoque democrático deliberativo de la justicia</p> <p>2.3. Enfoque jurídico procesal de la justicia</p> <p>2.3 Enfoque transicional de la justicia</p> | <p>instituciones sociales, se entiende como <i>Equidad</i>. Y la <i>Equidad</i> consiste en la eliminación de distinciones arbitrarias y el establecimiento, dentro de la estructura de una práctica, de un apropiado equilibrio entre pretensiones rivales. A partir de este presupuesto de <i>imparcialidad</i>, la justicia se construye sobre los principios de libertad, igualdad e incentivos (recompensas) por servicios que contribuyan al bien común. Rawls (2003)</p> <p>Desde el punto de vista de la democracia deliberativa, una decisión será <i>Justa</i> si se toma colectivamente, con la participación de todos los que han de ser afectados por ella, o por sus representantes por medio de <i>argumentos</i> ofrecidos por y para los participantes que están comprometidos con los valores de <i>racionalidad e imparcialidad</i>. Elster (1998)</p> <p><i>Justicia</i> es una idea de responsabilidad y equidad (fairness) en la protección y vindicación de derechos y la prevención y castigo de infracciones. Implica consideración de los derechos del acusado, de los intereses de las víctimas y del bienestar de la sociedad a largo plazo. Ambos (2009)</p> <p>La <i>Justicia</i> en procesos de transición del conflicto a la paz se entiende como <i>derecho de las víctimas</i> a que el Estado investigue, persiga y sancione con penas apropiadas a los perpetradores de graves delitos. La Justicia así entendida, permite <i>consolidar la paz</i> y honrar <i>obligaciones convencionales</i> del Estado en el plano internacional. Botero (2005)</p> |
|--|--|---|---|

| Objetivos Específicos y Categorías de Análisis | | | |
|---|--|---|--|
| Objetivo Específico | Categoría | Subcategoría | Definición operativa |
| I Reconstruir el <i>proceso</i> de diseño institucional de la Jurisdicción Especial de Paz JEP en el lapso comprendido entre agosto de 2012 y octubre de 2017 | 1. Proceso de diseño institucional de la JEP Hace referencia a las etapas, agentes y decisiones que concluyeron, en un contexto de transición con la creación de la Jurisdicción Especial de Paz. , | 1.1. Acciones y decisiones de los agentes (Negociadores del Gobierno de Colombia y de las FARC-EP) durante la negociación y al suscribir el Acuerdo 1.2. Acciones del Gobierno orientadas a legitimar lo acordado en la mesa de conversaciones 1.3. Acciones y Decisiones de la ciudadanía | Se entiende por acciones y decisiones de los agentes, las contenidas en las declaraciones, pronunciamientos, entrevistas y documentos suscritos por <i>las partes negociadoras en la mesa de conversaciones de la Habana, referidas a la Jurisdicción Especial de Paz (JEP)</i> : a) Acuerdo General para la terminación del conflicto 26 de agosto de 2012 a) Borrador conjunto Acuerdo sobre las víctimas del conflicto de 15 de diciembre de 2015. b) Punto 5 del Acuerdo Final de 24 de agosto de 2016 c) Punto 5 del Nuevo Acuerdo Final del 12 de noviembre de 2016 sobre la Jurisdicción Especial de Paz en el contexto del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición con el fin de consolidar una paz estable y duradera. a) Ley estatutaria 1806 de 2016 regula el plebiscito por la paz b) Decreto 1391 de 30 de agosto de 2016 que convoca a un plebiscito por la paz c) Sentencia de la Corte Constitucional C-379 de 2016 que declara la constitucionalidad de la ley estatutaria. Se entiende por acciones y decisiones de los ciudadanos: a) las expresiones y argumentos de los promotores del Si y del No durante la campaña previa al plebiscito por la paz; b) la decisión expresada por los ciudadanos en el Plebiscito por la paz el 2 de octubre de 2016; c) las propuestas y diálogos de los promotores del NO; las propuestas y diálogos de las víctimas del conflicto con el Gobierno Nacional; las Acciones y expresiones de los ciudadanos producidas de manera libre y espontánea en |

| | | | |
|--|---|--|---|
| | | <p>1.3. Acciones y decisiones del Congreso de la República</p> <p>1.4. Opiniones del Consejo de Estado</p> <p>1.5. Opiniones de la Corte Suprema de Justicia</p> <p>1.6. Opiniones de ONGs</p> <p>1.7. Decisiones de la Corte Constitucional</p> | <p>torno a los resultados del Plebiscito durante los meses de octubre y noviembre de 2016.</p> <p>a) Decisión del Congreso de Colombia del 30 de noviembre de 2016 de refrendar el Acuerdo de Paz suscrito el 12 de noviembre de 2016 entre el Gobierno de Colombia y las FARC-EP</p> <p>b) Decisión del Congreso, en su condición de poder constituyente derivado, de constitucionalizar la Jurisdicción Especial de Paz mediante Acto Legislativo 1 de 4 de abril de 2017</p> <p>c) Ley Estatutaria de la JEP en discusión en el Congreso de la República</p> <p>a) Documentos que expresan las sugerencias y observaciones en relación con el diseño de la JEP</p> <p>b) Documentos que expresan las sugerencias y observaciones en relación con el diseño de la JEP</p> <p>Documentos presentados ante la Corte Constitucional</p> <p>Pendiente de producción. Sentencia de revisión del Acto Legislativo 1 de 2017</p> |
| <p>II. Comprender y valorar , en <i>contexto</i>, los <i>elementos</i> de la Jurisdicción Especial de Paz, como <i>producto o resultado</i> del proceso complejo de <i>diseño institucional</i>.</p> | <p>1. Elementos de la Jurisdicción Especial para la paz</p> | <p>1.1. Elemento <i>subjetivo</i> de la Jurisdicción Especial de Paz</p> | <p>El elemento subjetivo de toda jurisdicción está constituido por los <i>sujetos</i> que participan en el proceso. Azula (2002). Referido a la JEP está constituido de una parte, por <i>quienes participaron en el conflicto armado con anterioridad al 1 de diciembre de 2016</i>, por causa, con ocasión, o en relación directa o indirecta con dicho conflicto y de otra parte por <i>los magistrados que integran la JEP</i> en a) La Sala de Reconocimiento de Verdad, de responsabilidad y de determinación de hechos y conductas, b) la Sala de</p> |

| | | | |
|--|---|---|--|
| | <p>2. Atributos <i>exigibles</i> de toda Jurisdicción en procesos de transición</p> | <p>1.2. Elemento <i>objetivo o material</i> de la Jurisdicción Especial de Paz</p> <p>1.3. Elemento <i>formal o de actividad</i> de la Jurisdicción Especial de Paz</p> <p>2.3. Claridad de las normas regulatorias</p> | <p>Definición de situaciones jurídicas, c) la sala de amnistía o indulto, d) la Unidad de investigación y acusación, e) El Tribunal para la Paz en sus diferentes secciones: Dos secciones de Primera instancia, una sección de Apelación, una sección de Revisión de Sentencias y la Sección de Estabilidad y Eficacia.</p> <p>El objetivo de la JEP es satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia. Dilucidar si las víctimas tienen alguna participación en el proceso y si están legitimadas para hacerse parte como sujetos procesales.</p> <p>El elemento objetivo o material de toda jurisdicción está integrado por los <i>asuntos</i> sobre los cuales tiene competencia la jurisdicción. Azula (2002). Referido a la JEP, este elemento está constituido por las conductas cometidas por causa o con ocasión o relación directa o indirecta con el conflicto armado, en especial las consideradas graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario o graves violaciones de derechos humanos con anterioridad al 1 de diciembre de 2016.</p> <p>Es el <i>proceso</i> propiamente dicho mediante el cual la jurisdicción cumple su función. Azula (2002). Referido a la JEP está conformado por las actuaciones, etapas y procedimientos que deberán surtir los sujetos que participan en el proceso, tal como fueron acordados por las partes negociadoras y tal como lo desarrolle la ley estatutaria de la JEP, en discusión.</p> <p>Se entiende que las normas son claras cuando están los más libres de ambigüedad que sea posible. Elster (2006). En lo referido a la JEP dichas normas son las contenidas en el Acto Legislativo 1 de 2017 y la ley estatutaria de la JEP, en discusión en el Congreso.</p> |
|--|---|---|--|

| | | | |
|--|---|--|--|
| | 3. Principios del buen diseño institucional | <p>2.4. Independencia de los jueces</p> <p>2.5. Imparcialidad de los jueces</p> <p>2.6. Respeto al debido proceso</p> <p>3.1. Criterio de evaluación interno Tiene que ver con la coherencia interna de los elementos de la JEP y su potencialidad para cumplir su función</p> | <p>Se entiende que los jueces son independientes cuando solo están sujetos al orden jurídico, y no hacen parte de la estructura de otros poderes públicos. Elster (2006). En el caso de la JEP, se debe dilucidar su el diseño previsto en el Acto Legislativo 1 de 2017 atiende esta exigencia.</p> <p>Se entiende que los jueces son imparciales cuando cumplen su función sin predisposición a favor o en contra de los sujetos que participan en el proceso. Elster (2006). Para efectos de esta investigación no es relevante este atributo porque el objeto de análisis se agota en el diseño institucional.</p> <p>Significa sujeción al principio de legalidad (nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se imputa; nadie puede ser juzgado sino por juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio). Para Elster, el debido proceso implica entre otras cosas un cierto grado de incertidumbre respecto de los resultados del juicio. Elster (2006). Es una condición verificable a partir del diseño del proceso que se surte ante la JEP, en particular en lo que tiene que ver con las sanciones acordadas por los negociadores de la mesa.</p> <p>Armonía en los elementos de la institución, en la relación entre ellos, y en la promoción de funcionamiento sin tropiezo. Goodin (2003). En referencia a la JEP la armonía debería presentarse en los elementos subjetivo, objetivo y formal que la integran, en la relación entre ellos, y en la manera como unos y otros promueven el funcionamiento sin tropiezo de la JEP.</p> |
|--|---|--|--|

| | | | |
|--|--|---|---|
| | | <p>3.2. Criterios de evaluación externos:</p> <p>En un sentido prescriptivo, el buen diseño es la justa correspondencia del objeto diseñado con su entorno. Para ello se establecen <i>principios normativos</i> que dan cuenta de la armonía del diseño con su entorno social más amplio. Goodin (2003). Para este autor ellos son : revisión, solidez, sensibilidad a la complejidad motivacional, publicidad y variabilidad.</p> | <p>El <i>principio de revisión</i>, toma en cuenta la falibilidad humana y la naturaleza cambiante de la sociedad. Goodin (2003) Ello significa que la JEP, como institución, debería contar con mecanismos de corrección de las fallas humanas y mecanismos de adaptación a los cambios en el entorno social.</p> <p>El <i>principio de solidez</i> guarda relación con la idea de compromiso y estabilidad. Goodin (2003). Ello significa que el diseño de los procesos, procedimientos y decisiones de la JEP debe generar confianza y seguridad tanto para quienes se someten a ella como para la sociedad.</p> <p>El principio de <i>sensibilidad a la complejidad motivacional</i> se refiere a la atención a las intenciones de los diseñadores. Goodin (2003) Referido a la JEP, significa que el diseño institucional debería ser sensible frente a la complejidad motivacional de los alzados en armas (FARC-EP), del gobierno, de los agentes del Estado comprometidos en la comisión de conductas que se encuentran en el ámbito competencial de la JEP, de los legisladores, de los ciudadanos en general y de la víctimas en particular.</p> <p><i>El principio de publicidad</i> alude a la importancia de que las intenciones de los diseñadores se discutan públicamente. Goodin (2003). Significa que las intenciones de los diseñadores de la JEP, deberían ser conocidas y discutidas públicamente. Este principio, en la etapa de negociación entre el Gobierno y las FARC-EP, debe ser objeto de ponderación, dado que la <i>confidencialidad</i> también es un principio característico de los procesos de negociación para la terminación de un conflicto.</p> <p>El <i>principio de variabilidad</i> alude a la necesidad de</p> |
|--|--|---|---|

| | | | |
|---|--|---|--|
| | | | experimentar con estructuras diferentes en lugares distintos, y reflexionar sobre las lecciones aprendidas. Goodin (2003). Este principio significa que es necesario tomar en cuenta a) las experiencias en otros contextos similares y b) la propia experiencia, a la hora de hacer un juicio de valor sobre el diseño. No existen criterios universalistas para la Justicia Transicional, pero si experiencias similares en otros países o experiencias anteriores en nuestro propio país, que inciden y deberían incidir en la manera como se ha diseñado la JEP. |
| <p>III. Interpretar la manera como incide el <i>diseño de la JEP</i> en la realización del <i>principio de justicia</i> en sus diferentes enfoques siguiendo el método de la Hermenéutica Analógica de Mauricio Beuchot.</p> <p>Beuchot (2005) Beuchot (2013)</p> | <p>Diseño de la Jurisdicción Especial para la paz</p> <p>Principio de justicia</p> | <p>Las subcategorías y sus definiciones operativas son las mismas registradas para el Objetivo Específico I</p> <p>Las subcategorías y sus definiciones operativas son las registradas para la categoría 2 Principio de Justicia en el Objetivo General</p> | |

Referencias Bibliográficas

- Ambos, Kai. (Ed) (2009) El marco jurídico de la justicia de transición en Justicia de transición. Recuperado de http://www.kas.de/wf/doc/kas_18236-544-4-30.pdf
- Azula, Camacho. (2002). Manual de Derecho Procesal. *Bogotá*: Temis
- Beuchot, Mauricio. (2005). Tratado de Hermenéutica Analógica. *México D.F.* :Itaca
- Beuchot, Mauricio. (2013). Perfiles esenciales de la Hermenéutica. *México D.F.* Fondo de Cultura Económica
- Botero Catalina y Restrepo Esteban. (2005), “Estándares Internacionales y procesos de transición en Colombia” en Entre el perdón y el paredón, preguntas y dilemas de la justicia transicional, Rettberg Angelika, compiladora, Universidad de los Andes
- Elster, Jon. (2006) Rendición de cuentas. La justicia transicional en perspectiva histórica. *Buenos Aires*: Katz Editores
- Elster, Jon. (Ed) (1998) La democracia deliberativa. *Barcelona*: Gedisa
- Goodin, Robert E, (2003), Las instituciones y su diseño en Teoría del Diseño Institucional, R. Goodin (compilador), Gedisa
- Rawls, John, (2003), Justicia como equidad, Revista Española de Control Externo, 5 (13), 129 – 158

SEGUNDA PARTE: MATRIZ DE ANÁLISIS DOCUMENTAL (VERSIÓN PRELIMINAR)

| Tipo de documento | Fuente | Año | Aspecto a interpretar | Identificación de Categorías |
|---|---|-----------------------|---|---|
| Acuerdo General para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera | http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/acuerdo-general/Documentos%20compartidos/Acuerdo_General_para_la_terminacion_del_conflicto.pdf | 26 de agosto de 2012 | 5. Víctimas Resarcir a las víctimas está en el centro del acuerdo Gobierno Nacional - FARC-EP. En ese sentido se tratarán: 1. Derechos humanos de las víctimas. 2. Verdad. | Proceso de Diseño institucional de la JEP Principio de sensibilidad a la complejidad motivacional. En esta hoja de ruta no se expresa la intención de los negociadores de incluir algún mecanismo de justicia para resarcir a las víctimas. |
| Artículo de prensa Guerrilleros de las FARC no irán a prisión si se firma acuerdo | http://www.elpais.com.co/judicial/guerrilleros-de-las-farc-no-iran-a-prision-si-se-firma-la-paz-timochenko.html | 16 de agosto de 2013 | Opinión de la cúpula de la FARC-EP sobre justicia retributiva | Proceso de diseño institucional Principios del buen diseño Principio de sensibilidad a la complejidad motivacional |
| Artículo de prensa Para los guerrilleros cero cárcel | https://www.elespectador.com/noticias/politica/los-guerrilleros-cero-carcel-ivan-marquez-articulo-545665 | 23 de febrero de 2015 | Opinión de la cúpula de la FARC-EP sobre justicia retributiva | Proceso de diseño institucional Principios del buen diseño Principio de sensibilidad a la |

| | | | | |
|---|---|-------------------------|--|---|
| | | | | complejidad motivacional |
| Borrador conjunto Acuerdo sobre las víctimas del conflicto de 15 de diciembre de 2015 | http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/mesadeconversaciones/PDF/borrador-conjunto-acuerdo-sobre-las-victimas-del-conflicto-1450190262.pdf | 15 de diciembre de 2015 | Las partes llegan a un acuerdo sobre la creación de un sistema de Verdad, justicia, reparación y no repetición que incluye la creación de la JEP | Identificación de los elementos subjetivo, material y formal de la JEP. Valoración de los atributos de claridad de las normas regulatorias, independencia e imparcialidad de los jueces, respeto al debido proceso. Valoración de los principios del buen diseño institucional (criterios de evaluación interno y externos) |
| Punto 5 del Acuerdo Final de 24 de Agosto de 2016 | http://www.urnadecristal.gov.co/sites/default/files/acuerdo-final-habana.pdf | 24 de agosto de 2016 | En este texto se reafirma la creación de la JEP | Proceso de Diseño institucional de la JEP Elementos de la JEP Identificación de los elementos subjetivo, material y formal de la JEP. Valoración de los atributos de claridad de las normas regulatorias, independencia e imparcialidad de los jueces, respeto al |

| | | | | |
|---|---|----------------------|---|--|
| | | | | debido proceso. Valoración de los principios del buen diseño institucional (criterios de evaluación interno y externos) |
| Discurso del Presidente de la República en la entrega al congreso del Acuerdo con las FARC e informe sobre convocatoria al Plebiscito | http://es.presidencia.gov.co/discursos/160825-Palabras-del-Presidente-Juan-Manuel-Santos-en-la-entrega-al-Congreso-de-la-Republica-del-Acuerdo-Definitivo-con-las-Farc-y-del-informe-sobre-la-convocatoria-al-plebiscito | 25 de agosto de 2016 | Informe al Congreso sobre la convocatoria de un plebiscito por la paz | Proceso de Diseño institucional de la JEP Acciones del gobierno orientadas a legitimar lo acordado en la mesa de conversaciones |
| Ley Estatutaria 1806 de 2016 | http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/LEY%201806%20DEL%2024%20DE%20AGOSTO%20DE%202016.pdf | 24 de agosto de 2016 | Regula el plebiscito para la refrendación del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera | Proceso de Diseño institucional de la JEP Acciones del gobierno orientadas a legitimar lo acordado en la mesa Reglas del plebiscito, Carácter y consecuencias de la decisión. |
| Sentencia C-379 de 2016 Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva | http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/c-379-16.htm | 18 de julio de 2016 | Revisa la ley estatutaria 1806 de 2016 para decidir si es compatible con la Constitución | Proceso de Diseño institucional de la JEP Decisiones de la corte constitucional Contenido del Fallo y consideraciones de la Corte constitucional para declarar la exequibilidad de la |

| | | | | |
|--|---|-------------------------|--|--|
| Las FARC no van a dejar las armas para irse a la cárcel | 37558603 | | canciller colombiana sobre la justicia retributiva | institucional Principios del buen diseño Principio de sensibilidad a la complejidad motivacional |
| Artículo de prensa Polémicas revelaciones del promotor del no sobre estrategia en el plebiscito | http://www.elpais.com.co/proceso-de-paz/las-polemicas-revelaciones-de-promotor-del-no-sobre-estrategia-en-el-plebiscito.html | 6 de octubre de 2016 | Estrategias de campaña de los promotores del No en el plebiscito | Proceso de diseño institucional Acciones de los ciudadanos promotores del No |
| Artículo de prensa Jóvenes hacen vigilia en plaza de bolívar por acuerdos de paz | http://www.rcnradio.com/locales/ciudadanos-acampan-plaza-bolivar-pedir-salven-acuerdo-farc/ | 7 de octubre de 2016 | | Proceso de diseño institucional Acciones y expresiones de los ciudadanos de apoyo al acuerdo de paz |
| Artículo de prensa Propuestas de los del NO en el plebiscito | http://www.eltiempo.com/politica/proceso-de-paz/propuestas-de-los-del-no-en-el-plebiscito-50893 | 15 de octubre de 2016 | Propuestas de reforma a lo acordado en la mesa | Diseño institucional de la JEP Propuestas de los promotores del NO |
| Artículo de prensa El Congreso no está sustituyendo al pueblo | http://www.eltiempo.com/politica/proceso-de-paz/mauricio-lizcano-explica-la-refrendacion-del-acuerdo-de-paz-en-el-congreso-33286 | 23 de noviembre de 2016 | Argumentos del Presidente del congreso para la refrendación del acuerdo | Diseño institucional de la JEP Acciones y decisiones del congreso de la república |
| Punto 5 del Nuevo Acuerdo Final de 24 de noviembre de 2016 | http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf | 24 de noviembre de 2016 | Se reitera la voluntad de las partes de creación de la JEP pero se introducen modificaciones como consecuencia del resultado adverso del | Diseño institucional de la JEP. Elementos de la JEP. Identificación de los elementos subjetivo, material y formal de la JEP. |

| | | | | |
|--|---|------------------------|--|---|
| | | | plebiscito del 2 de octubre de 2016 | Valoración de los atributos de claridad de las normas regulatorias, independencia e imparcialidad de los jueces, respeto al debido proceso. Valoración de los principios del buen diseño institucional (criterios de evaluación interno y externos) |
| Artículo de prensa La histórica votación a la refrendación del acuerdo en el congreso | http://www.eltiempo.com/politica/proceso-de-paz/como-fue-la-votacion-en-congreso-para-refrendar-nuevo-acuerdo-de-paz-31402 | 1 de diciembre de 2016 | Decisión del congreso de Colombia de refrendar el acuerdo de paz 30 de noviembre de 2016 | Diseño institucional de la JEP Acciones y decisiones del congreso de la república |
| Artículo de prensa Los peros de la Corte Suprema de Justicia frente a la JEP | http://www.semana.com/nacion/articulo/propuestas-de-la-corte-suprema-de-justicia-frente-al-proceso-de-paz-con-las-farc/500090 | 24 de octubre de 2016 | Propuestas del consejo de estado sobre el diseño de la JEP | Proceso de diseño institucional de la JEP Opinión de la Corte Suprema de Justicia |
| Documento Intervención ante el congreso Consejo de Estado sobre la JEP | http://consejodeestado.gov.co/documentos/publicaciones/IntervencJEPCongreso.pdf | 27 de febrero de 2017 | Propuestas de la Corte Suprema de Justicia sobre el diseño de la JEP | Proceso de diseño institucional de la JEP Opinión del Consejo de Estado |
| Capítulo III del Acto Legislativo 4 de 2017 | http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/ACTO%20LEGISLATIVO%20N%C2%B0%2001%20DE%2 | 4 de abril de 2017 | Mediante este acto reformativo de la Constitución se crea la Jurisdicción Especial para la paz | Proceso de Diseño institucional de la JEP Elementos de la JEP Identificación de los elementos subjetivo, material y formal de la JEP. |

| | | | | |
|---|---|------------------------|--|---|
| | | | | <p>Valoración de los atributos de claridad de las normas regulatorias, independencia e imparcialidad de los jueces, respeto al debido proceso.</p> <p>Valoración de los principios del buen diseño institucional (criterios de evaluación interno y externos)</p> |
| Video Audiencia pública Acto Legislativo 1 de 2017 convocada por la Corte Constitucional | https://www.youtube.com/watch?list=PLIXmT4OzTCv52C3DawzresaRji33J33VV&v=g1JTrNTmAiE | 5 y 6 de julio de 2017 | Opinión de autoridades y expertos sobre JEP ante la Corte Constitucional | Proceso de diseño institucional de la JEP Opinión de autoridades y expertos |
| Artículo De prensa. El acuerdo de paz de Colombia demanda respeto pero también responsabilidad | http://www.semana.com/nacion/articulo/deseo-corte-penal-internacional-justicia-transicional-en-colombia/512820 | 21 de enero de 2017 | Opinión de Fatou Bensouda fiscal de la Corte Penal Internacional | Proceso de diseño institucional de la JEP Opinión de la Fiscal de la CPI |
| Intervención de Human Rights Watch ante la Corte Constitucional | https://www.hrw.org/es/news/2017/07/17/colombia-amicus-curiae-sobre-la-jurisdccion-especial-para-la-paz | 17 de Julio de 2017 | Reparos de HRW al diseño de la JEP | Proceso de diseño institucional de la JEP Opinión de una ONG internacional de derechos humanos |
| Proyecto de ley estatutaria de la JEP | http://www.mininterior.gov.co/sites/default/files/noticias/proyecto_de_ley_estatutaria_de_la_administracion_de_justicia_en_la_jurisdccion_especial_para_la_paz.pdf | Sin fecha | Desarrolla el acto legislativo 1 de 2017 | Proceso de diseño institucional de la JEP Elementos de la JEP. Identificación de los elementos subjetivo, |

| | | | | |
|--|--|--|--|---|
| | | | | <p>material y formal de la JEP.</p> <p>Valoración de los atributos de claridad de las normas regulatorias, independencia e imparcialidad de los jueces, respeto al debido proceso.</p> <p>Valoración de los principios del buen diseño institucional (criterios de evaluación interno y externos)</p> |
|--|--|--|--|---|

La interpretación de los diferentes documentos producidos por múltiples agentes permitirá reconstruir el proceso de diseño institucional de la JEP y hacer un juicio de valor sobre la realización del principio de justicia, tal como se definió en la tabla de objetivos y categorías de análisis, siguiendo el método de la hermenéutica analógica de Mauricio Beuchot.

Anexo 2. Formato Validación de Contenido por Jueces Expertos 1

FORMATO VALIDACIÓN DE CONTENIDO POR JUECES EXPERTOS

Nombre del evaluador: Alexander Montoya R. Ocupación: Mounte Unicacca.
 Profesión: Soc./Hist. Fecha: 23/10/17

Claridad: hace referencia a la revisión lingüística o construcción gramatical (sintáctica y semántica) de las preguntas que componen el instrumento, en aspectos relacionados como: redacción, puntuación, ortografía, uso de términos adecuados y apropiados de acuerdo a nivel de escolaridad, edad, contexto, adaptación cultural, etc., de la población objetivo de la investigación.

Dónde:

- (1) No cumple: El ítem no es claro.
- (2) Cumple moderadamente: Se requiere una modificación muy específica de algunos de los términos del ítem.
- (3) Si cumple: El ítem es claro.

Pertinencia / Esencial: hace alusión al grado de correspondencia o coherencia entre lo que evalúa el reactivo y la categoría a evaluar. Y a la inclusión de la pregunta con relación a la estructura general del cuestionario y su propósito.

Dónde:

- (1) No cumple: El ítem no tiene relación con la dimensión.
- (2) Cumple moderadamente: El ítem tiene una relación moderada con la dimensión que está midiendo.
- (3) Si cumple: El ítem se encuentra completamente relacionado con la dimensión que está midiendo.

Ubicación: se refiere al orden lógico en el que se ubica cada reactivo con relación a las dimensiones.

Dónde:

- (1) No cumple: El ítem no está bien ubicado en la escala.
- (2) Si cumple: El ítem está bien ubicado en la escala.

Suficiencia: aporte o contribución individual del ítem a la comprensión de cada categoría, de forma que los ítems que la conforman sean suficientes, necesarios y haya equilibrio entre las categorías propuestas para su medición. Puede sugerir preguntas complementarias que midan en mejor forma la característica.

Dónde:

- (1) No cumple: Los ítems no son suficientes para medir la dimensión.
- (2) Cumple moderadamente: Se deben incrementar algunos ítems para poder evaluar la dimensión completamente.
- (3) Si cumple: Los ítems son suficientes para medir la dimensión.

| OBJETIVO GENERAL | OBJETIVOS ESPECIFICOS | CATEGORÍA /DEFINICIÓN en documento adjunto | SUBCATEGORÍA/DEFINICIÓN en documento adjunto | PREGUNTAS | CRITERIOS DE EVALUACIÓN | | | | | | | | | OBSERVACIONES COMENTARIOS | | | |
|---|---|--|--|--|-------------------------|---|---|----------------------|---|---|-----------|---|---|---------------------------|-------------|---|---|
| | | | | | Claridad | | | Pertinencia Esencial | | | Ubicación | | | | Suficiencia | | |
| | | | | | 1 | 2 | 3 | 1 | 2 | 3 | 1 | 2 | 3 | | 1 | 2 | 3 |
| Interpretar la manera como el diseño institucional de la JEP incide en la realización del principio de justicia | Reconstruir el proceso de diseño institucional de la JEP en el lapso comprendido entre agosto de 2012 y diciembre de 2017 | Proceso de diseño institucional de la JEP | Acciones y decisiones de los agentes Gobierno Nacional FARC-EP | ¿Qué intención expresan conjuntamente las partes en cada una de las etapas del proceso de paz en relación con la creación de algún mecanismo de justicia transicional? | | | X | | | X | | | X | | | | |
| | | | Acciones del Gobierno | ¿Qué decisiones produjo la mesa de conversaciones en relación con la creación de algún mecanismo de justicia transicional? | | | X | | | X | | | X | | | | |
| | | | Acciones y Decisiones de la ciudadanía | ¿Qué intención expresan separadamente las partes en relación con la creación de algún mecanismo de justicia transicional? | | | X | | | X | | | X | | | | |
| | | | Acciones y decisiones del Congreso de la República | ¿Qué decisiones adoptó el Gobierno y El Congreso para legitimar el acuerdo de paz? | | | X | | | X | | | X | | | | |
| | | | Opiniones de Altas Cortes | ¿Qué argumentos plantearon las campañas, los ciudadanos y los políticos para defender el Si o el No en el plebiscito por la paz? | | | X | | | X | | | X | | | | |
| | | | Opiniones de ONGs | ¿Qué implicaciones tuvo en el proceso de diseño de la JEP el resultado del plebiscito por la paz? | | | X | | | X | | | X | | | | |
| | | | Opinión de la fiscal de la CPI | ¿Cómo incidió la opinión de la sociedad civil en el diseño de la JEP después del 2 de octubre de 2016? | | | X | | | X | | | X | | | | |
| | | | Opinión de las víctimas del conflicto | ¿Cómo incidió la decisión del Congreso de la República de referendar el acuerdo de paz en | | | X | | | X | | | X | | | | |

| | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
|--|---------------------------------------|---|--|--|--|--|---|--|---|--|---|--|--|--|--|--|--|---|
| | | | Decisiones de la Corte Constitucional | el proceso de diseño de la JEP? | | | | | | | | | | | | | | |
| | | | Decisiones de la Corte Constitucional | ¿Qué decisión adoptó el Congreso de la República en relación con la creación de la JEP en el contexto del proceso de paz ? | | | X | | X | | Y | | | | | | | X |
| | | | Decisiones de la Corte Constitucional | ¿Cómo incide la opinión de las altas cortes en el diseño de la JEP? | | | X | | X | | X | | | | | | | X |
| | | | Decisiones de la Corte Constitucional | ¿Cómo incide la opinión de ONGs de DSHS en el diseño de la JEP? | | | X | | X | | X | | | | | | | X |
| | | | Decisiones de la Corte Constitucional | ¿Cómo incide la opinión de la Fiscal de la Corte Penal Internacional en el diseño de la JEP? | | | X | | X | | Y | | | | | | | X |
| | | | Decisiones de la Corte Constitucional | ¿Cómo incide la opinión de las víctimas en el diseño de la JEP? | | | X | | X | | Y | | | | | | | X |
| | | | Decisiones de la Corte Constitucional | ¿Cómo inciden las decisiones de la corte Constitucional en el diseño de la JEP? | | | X | | X | | Y | | | | | | | X |
| | | | Decisiones de la Corte Constitucional | ¿Qué modificaciones se introducen en el diseño de la JEP en el transcurso de su construcción? | | | X | | X | | X | | | | | | | Y |
| | | | Decisiones de la Corte Constitucional | ¿Qué implicaciones tienen las modificaciones introducidas para las categorías de análisis seleccionadas? | | | X | | X | | Y | | | | | | | X |
| | Comprender y valorar en contexto, los | Elementos de la Jurisdicción Especial para la paz | Elemento <i>subjetivo</i> de la Jurisdicción Especial de | ¿Cuáles son los elementos subjetivos de la JEP? | | | X | | Y | | Y | | | | | | | X |
| | | | | ¿Cuáles son los elementos materiales de la JEP? | | | X | | Y | | X | | | | | | | X |

| | | | | | | | | | | | | | |
|---|--|---|--|--|--|---|--|---|---|--|--|--|---|
| elementos de la JEP como producto o resultado del proceso de diseño institucional | Atributos exigibles de toda Jurisdicción en procesos de transición | Paz | ¿Cuáles son los procesos y procedimientos que se surten en la JEP? | | | X | | X | X | | | | X |
| | | Elemento objetivo o material de la Jurisdicción Especial de Paz | ¿Cómo se realiza el principio de claridad de las normas expedidas por el Congreso de la República en relación con la Jurisdicción Especial de Paz JEP? | | | X | | X | X | | | | X |
| | | Elemento formal o de actividad de la Jurisdicción Especial de Paz | ¿Cómo incide el diseño en la independencia de los magistrados de la JEP? | | | X | | X | X | | | | X |
| | | | ¿Cómo incide el diseño en la imparcialidad de los magistrados de la JEP? | | | X | | X | X | | | | X |
| | | Claridad de las normas regulatorias | ¿Cómo incide el diseño en el respeto al debido proceso en la JEP? | | | X | | X | X | | | | X |
| | | Independencia de los jueces | ¿Cómo se realiza en la JEP el principio de incertidumbre? | | | X | | X | X | | | | X |
| | | Imparcialidad de los jueces | ¿En qué medida se realiza la coherencia entre los elementos de la JEP? | | | X | | X | X | | | | X |
| | | Respeto al debido proceso | ¿Cómo incide el diseño de la JEP en su la potencialidad para cumplir su función? | | | X | | X | X | | | | X |
| | | | ¿De qué manera el diseño incorpora mecanismos de corrección de las fallas humanas y de adaptación a los cambios en el entorno social? | | | X | | X | X | | | | X |
| | | Criterio de evaluación interno: coherencia | ¿De qué manera el diseño de la JEP genera seguridad y confianza para quienes se someten a ella como para la sociedad? | | | X | | X | X | | | | X |

Anexo 3. Formato Validación de Contenido por Jueces Expertos

FORMATO VALIDACIÓN DE CONTENIDO POR JUECES EXPERTOS

Nombre del evaluador: Alexander Castillo Gordo's Ocupación: Profesor Universitario Unicauca
 Profesión: Politólogo Fecha: 25/10/17

Claridad: hace referencia a la revisión lingüística o construcción gramatical (sintáctica y semántica) de las preguntas que componen el instrumento, en aspectos relacionados como: redacción, puntuación, ortografía, uso de términos adecuados y apropiados de acuerdo a nivel de escolaridad, edad, contexto, adaptación cultural, etc., de la población objetivo de la investigación.

Dónde:

- (1) No cumple: El ítem no es claro.
- (2) Cumple moderadamente: Se requiere una modificación muy específica de algunos de los términos del ítem.
- Si cumple: El ítem es claro.

Pertinencia / Esencial: hace alusión al grado de correspondencia o coherencia entre lo que evalúa el reactivo y la categoría a evaluar. Y a la inclusión de la pregunta con relación a la estructura general del cuestionario y su propósito.

Dónde:

- (1) No cumple: El ítem no tiene relación con la dimensión.
- (2) Cumple moderadamente: El ítem tiene una relación moderada con la dimensión que está midiendo.
- Si cumple: El ítem se encuentra completamente relacionado con la dimensión que está midiendo.

Ubicación: se refiere al orden lógico en el que se ubica cada reactivo con relación a las dimensiones.

Dónde:

- (1) No cumple: El ítem no está bien ubicado en la escala.
- Si cumple: El ítem está bien ubicado en la escala.

Suficiencia: aporte o contribución individual del ítem a la comprensión de cada categoría, de forma que los ítems que la conforman sean suficientes, necesarios y haya equilibrio entre las categorías propuestas para su medición. Puede sugerir preguntas complementarias que midan en mejor forma la característica.

Dónde:

- (1) No cumple: Los ítems no son suficientes para medir la dimensión.
- (2) Cumple moderadamente: Se deben incrementar algunos ítems para poder evaluar la dimensión completamente.
- Si cumple: Los ítems son suficientes para medir la dimensión.

| OBJETIVO GENERAL | OBJETIVOS ESPECIFICOS | CATEGORÍA /DEFINICIÓN en documento adjunto | SUBCATEGORÍA/DEFINICIÓN en documento adjunto | PREGUNTAS | CRITERIOS DE EVALUACIÓN | | | | | | | | | OBSERVACIONES COMENTARIOS | | | |
|---|---|--|--|--|-------------------------|---|---|----------------------|---|---|-----------|---|---|---------------------------|-------------|---|---|
| | | | | | Claridad | | | Pertinencia Esencial | | | Ubicación | | | | Suficiencia | | |
| | | | | | 1 | 2 | 3 | 1 | 2 | 3 | 1 | 2 | 3 | | 1 | 2 | 3 |
| Interpretar la manera como el diseño institucional de la JEP incide en la realización del principio de justicia | Reconstruir el proceso de diseño institucional de la JEP en el lapso comprendido entre agosto de 2012 y diciembre de 2017 | Proceso de diseño institucional de la JEP | Acciones y decisiones de los agentes Gobierno Nacional FARC-EP | ¿Qué intención expresan conjuntamente las partes en cada una de las etapas del proceso de paz en relación con la creación de algún mecanismo de justicia transicional? | | | X | | | X | | X | | | | | |
| | | | Acciones del Gobierno | ¿Qué decisiones produjo la mesa de conversaciones en relación con la creación de algún mecanismo de justicia transicional? | | | X | | | X | | X | | | | | |
| | | | Acciones y Decisiones de la ciudadanía | ¿Qué intención expresan separadamente las partes en relación con la creación de algún mecanismo de justicia transicional? | | | X | | | X | | X | | | | | |
| | | | Acciones y decisiones del Congreso de la República | ¿Qué decisiones adoptó el Gobierno y El Congreso para legitimar el acuerdo de paz? | | | X | | | X | | X | | X | | | |
| | | | Opiniones de Altas Cortes | ¿Qué argumentos plantearon las campañas, los ciudadanos y los políticos para defender el Si o el No en el plebiscito por la paz? | | | X | | | X | | X | | X | | | |
| | | | Opiniones de ONGs | ¿Qué implicaciones tuvo en el proceso de diseño de la JEP el resultado del plebiscito por la paz? | | | X | | | X | | X | | X | | | |
| | | | Opinión de la fiscal de la CPI | ¿Cómo incidió la opinión de la sociedad civil en el diseño de la JEP después del 2 de octubre de 2016? | | | X | | | X | | X | | X | | | |
| | | | Opinión de las víctimas del conflicto | ¿Cómo incidió la decisión del Congreso de la República de referendar el acuerdo de paz en | | | X | | | X | | X | | X | | | |

| | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
|--|--------------------------------------|---|--|--|--|--|---|--|---|---|--|--|--|--|--|--|--|---|
| | | | Decisiones de la Corte Constitucional | el proceso de diseño de la JEP? | | | | | | | | | | | | | | |
| | | | Decisiones de la Corte Constitucional | ¿Qué decisión adoptó el Congreso de la República en relación con la creación de la JEP en el contexto del proceso de paz ? | | | X | | X | X | | | | | | | | X |
| | | | Decisiones de la Corte Constitucional | ¿Cómo incide la opinión de las altas cortes en el diseño de la JEP? | | | X | | X | X | | | | | | | | X |
| | | | Decisiones de la Corte Constitucional | ¿Cómo incide la opinión de ONGs de DSHS en el diseño de la JEP? | | | X | | X | X | | | | | | | | X |
| | | | Decisiones de la Corte Constitucional | ¿Cómo incide la opinión de la Fiscal de la Corte Penal Internacional en el diseño de la JEP? | | | X | | X | X | | | | | | | | X |
| | | | Decisiones de la Corte Constitucional | ¿Cómo incide la opinión de las víctimas en el diseño de la JEP? | | | X | | X | X | | | | | | | | X |
| | | | Decisiones de la Corte Constitucional | ¿Cómo inciden las decisiones de la corte Constitucional en el diseño de la JEP? | | | X | | X | X | | | | | | | | X |
| | | | Decisiones de la Corte Constitucional | ¿Qué modificaciones se introducen en el diseño de la JEP en el transcurso de su construcción? | | | X | | X | X | | | | | | | | X |
| | | | Decisiones de la Corte Constitucional | ¿Qué implicaciones tienen las modificaciones introducidas para las categorías de análisis seleccionadas? | | | X | | X | X | | | | | | | | X |
| | Comprender y valorar en el contexto, | Elementos de la Jurisdicción Especial para la paz | Elemento <i>subjetivo</i> de la Jurisdicción Especial de | ¿Cuáles son los elementos subjetivos de la JEP? | | | X | | X | X | | | | | | | | X |
| | | | | ¿Cuáles son los elementos materiales de la JEP? | | | X | | X | X | | | | | | | | X |

