



Uptc[®]
Universidad Pedagógica y
Tecnológica de Colombia



FACULTAD
DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ACREDITADA EN ALTA CALIDAD
UPTC



CIEDE
Centro de Gestión de Investigación y Extensión
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

VIGILADA MINEDUCACIÓN

Tercer Encuentro Nacional e Internacional de Investigación Socio Jurídica: “La Justicia Restaurativa y la Justicia Retributiva en el Derecho Penal”

Memorias 2021

Primera Edición

Tercer Encuentro Nacional e Internacional de Investigación Socio Jurídica: "La Justicia Restaurativa y la Justicia Retributiva en el Derecho Penal"

Memorias

Primera Edición

Tunja, 22 y 23 de septiembre de 2021

El Tercer Encuentro Nacional e Internacional de Investigación Socio Jurídica: “La Justicia Restaurativa y la Justicia Retributiva en el Derecho Penal”, es una publicación que recoge las conferencias y el poster científico ganador, resultado de un proyecto de investigación vinculado a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Evento organizado por el CIEDE y el Grupo de Investigación de Derecho Penal y Derecho Internacional Humanitario DPyDIH

Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia
ISSN (en línea)
<https://www.vieupc.net/fac-derecho>

Enrique Vera López

Vicerrector de Investigación y Extensión- VIE

Leonel Antonio Vega Pérez

Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

Edgar Fernando Cervantes Díaz

Director de Centro de Investigación y Extensión- CIEDE

Henry Torres Vázquez

Líder del Grupo de Investigación Derecho Penal y
Derecho Internacional Humanitario DPyDIH

Corrección de estilo

Aura Patricia Sarmeinto Hernández

Diseño y diagramación

Andrés A. López Ramírez

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Escuela de Derecho
Avenida Central del Norte 39-115
PBX: (57) 8 7405626 Ext.: 2516 - 2517
derecho@uptc.edu.co
ciede@uptc.edu.co

Presentación

El Centro de Gestión de la Investigación y Extensión CIEDE, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UPTC, en cumplimiento de su proyecto académico, desarrollo investigativo y la vinculación activa con el medio, tiene como objetivo fundamental la construcción y desarrollo de la investigación formativa y científica en el entorno académico; ha trabajado arduamente en el crecimiento y fortalecimiento de la participación de la comunidad educativa que la compone, demostrando el compromiso con la Sociedad, el Estado y Sector Externo.

Para el presente año (2021), organizó junto con el Grupo de Investigación Derecho Penal y Derecho Internacional Humanitario DPyDIH, el *Tercer Encuentro Nacional e Internacional de Investigación Socio Jurídica*, teniendo como tema central “La Justicia Restaurativa y la Justicia Retributiva en el Derecho Penal”, evento dirigido a estudiantes, docentes, administrativos y egresados de esta Alma Mater. Dicho evento contó con la participación de 17 conferencistas, 6 de índole internacional y 11 nacionales, todos con amplia trayectoria en derecho penal, la mayoría de ellos miembros de la Jurisdicción Especial para la Paz JEP e invitados especiales de Comisión de la Verdad. Entre los más destacados conferencistas se contó con la participación del Dr. ALEJANDRO RAMELLI ARTEAGA, Magistrado de la Jurisdicción especial para la Paz JEP; Dr. CARLOS MARTIN BERISTAIN, Comisionado de la Verdad; y el Dr. ALBERTO POVEDA RODRÍGUEZ, Magistrado Auxiliar de Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, entre otros. De la misma forma, durante el evento se llevó a cabo el Tercer Concurso de Póster Científico, en donde se mostraron a la comunidad académica los proyectos de investigación más importantes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.

Contenido

Presentación.....	3
--------------------------	----------

Amnistías e indultos en el posacuerdo. Algunas reflexiones en el marco de los pronunciamientos de la Jurisdicción Especial para la Paz.....	6
Resumen.....	6
1. Generalidades de la amnistía desde la Ley 1820 de 2016.....	8
2. Marco internacional y estándares en materia de amnistías e indultos.....	9
3. Reflexiones sobre los pronunciamientos de la Sala de Amnistía e Indulto en relación con el otorgamiento de beneficios en aplicación de los criterios de conexidad.....	11
Referencias bibliográficas.....	17

El debate entre Justicia Transicional y Justicia Restaurativa. El principio de selección y su relación con la responsabilidad penal por el mando en la JEP.....	21
Resumen.....	21
1. Introducción.....	22
2. El conflicto armado y el modelo de Justicia Restaurativa.....	23
3. La responsabilidad penal por el mando.....	26
4. El principio de selección establecido en la JEP.....	29
5. Los criterios de selección de la conducta en la JEP.....	32
6. Los crímenes de lesa humanidad en la JEP.....	33
Conclusiones.....	35
Referencias bibliográficas.....	36

Justicia Restaurativa desde un enfoque inter étnico. Delitos sexuales contra niños, y niñas indígenas.....	39
Resumen.....	39
1. Introducción.....	39
Referencias bibliográficas.....	49

La responsabilidad del Superior en el Derecho Penal Colombiano.....	53
Resumen.....	53
1. Introducción.....	53
2. La Responsabilidad del Superior en el Estatuto de Roma.....	55
3. La Responsabilidad del Superior en el Derecho Penal Colombiano.....	57
Referencias bibliográficas.....	60

La reparación simbólica en la Justicia Transicional.....	62
Resumen.....	62
1. Introducción.....	63
2. La reparación simbólica en la Justicia Transicional.....	64
3. La reparación mediada por las expresiones artísticas y culturales.....	65
4. El modelo de Justicia Transicional y su relación con la Justicia Retributiva.....	67
Conclusiones.....	68
Referencias bibliográficas.....	69
Las formas de reparación en la Justicia Transicional.....	70
Resumen.....	70
1. Introducción.....	71
2. El Papel de la Justicia Restaurativa en la Justicia Transicional.....	73
3. Garantías de No Repetición.....	74
Conclusiones.....	77
Referencias bibliográficas.....	78
Póster Científico.....	80
El Lago de Tota su cota máxima de inundación y su ronda de protección bajo los postulados de la propiedad privada.....	81
1. Introducción.....	81
2. Hipótesis.....	81
3. Objetivos.....	81
4. Justificación.....	82
5. Metodología - Método.....	85
6. Resultado.....	85
Conclusiones.....	86

Amnistías e indultos en el posacuerdo. Algunas reflexiones en el marco de los pronunciamientos de la Jurisdicción Especial para la Paz¹

Jennifer Pinilla León²

Yenifer Yeraldín Rodríguez Castillo³

Daniela Carolina Forero Dueñas⁴

Resumen

La ponencia realiza un recorrido por el concepto, antecedentes y marco normativo de las amnistías e indultos, como medidas para superar la complejidad de los conflictos armados, así, como realiza una revisión de los estándares internacionales que se derivan de las diferentes fuentes de Derecho Internacional, en los que se procura no solo el tránsito del conflicto hacia la paz, sino además, la garantía de los derechos de las víctimas a la justicia, verdad, reparación y No Repetición, desde la lógica de la Justicia Restaurativa y la Justicia Transicional. Lo anterior, con el fin de presentar algunas reflexiones en torno a los factores de conexidad fijados en la Ley 1820 de 2016, desde pronunciamientos importantes de la Sala de Amnistías e Indultos de la Jurisdicción Especial para la Paz como parte del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (en adelante SIVJRNR).

Palabras clave: Amnistía; Posacuerdo; Sala de Amnistías e Indultos; Jurisdicción Especial para la Paz.

1 La ponencia es producto derivado del proyecto de alto impacto IMP-DER 2928, financiado por la Vicerrectoría de Investigaciones de la Universidad Militar Nueva Granada.

2 Abogada de la Pontificia Universidad Javeriana, con Maestría en Derecho Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia y con estudios de Maestría en Literatura en la Pontificia Universidad Javeriana. Docente investigadora en el área de derecho penal, la argumentación jurídica y la Justicia Transicional. Profesora de carrera de la Universidad Militar Nueva Granada y de cátedra de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Correo electrónico: jennifer.pinilla@unimilitar.edu.co

3 Abogada, Especialista en Derechos Humanos y Sistemas de Protección, con estudios de Maestría en Educación de la Universidad Militar Nueva Granada. Joven investigadora del proyecto de alto impacto con código IMP-DER 2928, Universidad Militar Nueva Granada. Correo electrónico: u0601633@unimilitar.edu.co

4 Abogada y Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Militar Nueva Granada. Joven investigadora de la Universidad Militar Nueva Granada. Correo electrónico: danielacforerod@gmail.com

El conflicto armado en Colombia, ha sido el escenario de diversos actores, víctimas y repertorios violentos, los cuales han ocasionado una fragmentación de las dinámicas políticas, jurídicas, económicas y sociales del país. Los comienzos de este conflicto, se ubican entre las décadas de 1920 a 1960, pasando por el periodo de La Violencia (1948 - 1966), hasta llegar a la conformación de los grupos del M-19, el ELN, el EPL y las FARC- EP (1964) (Giraldo, 2015, pp. 12 – 16).

No obstante, es importante aclarar, que, la conformación de estos grupos guerrilleros fue antecedida por décadas de disputas agrarias y sociales, las cuales se recrudecieron con la aparición del fenómeno del paramilitarismo y la financiación del narcotráfico, complejizando así, las dinámicas del conflicto entre el Estado, las guerrillas y la población. La situación condujo al Estado, a implementar fuertes operativos militares en un intento de desestabilizarlas, lo cual ocasionó la continuidad del conflicto con un incremento significativo de la violencia armada (Plazas, 2017).

Ante la crítica situación social y política, desde el gobierno de Belisario Betancourt (1982 – 1986), se han realizado múltiples intentos de paz, en los que se destacan tres componentes importantes: la amnistía amplia, la apertura democrática y la instalación de conversaciones con los grupos guerrilleros. De esta forma, en el gobierno de Virgilio Barco (1986 – 1990), se logró la desmovilización del grupo guerrillero M-19 y, posteriormente, durante el gobierno de Andrés Pastrana (1998 – 2002), se dio inicio a los diálogos con las FARC-EP, con la concesión de una zona desmilitarizada del Cagúan, en la búsqueda de una salida negociada, pero, esta fracasa por el auge del paramilitarismo y las políticas poco asertivas de su gobierno.

De igual forma, en el periodo presidencial de Álvaro Uribe (2002 – 2010), se logró la desmovilización de las AUC, bajo los criterios establecidos por la Ley 975 de 2005, la cual facilitó la reincorporación individual y colectiva a través de la amnistía e indulto para los delitos políticos y conexos. Sin embargo, su gobierno continuó con una fuerte ofensiva política, militar y jurídica contra los grupos guerrilleros, lo que ocasionó el debilitamiento de la institucionalidad democrática con consecuencias perversas como los “falsos positivos” (CNMH, 2013, pp. 165, 178).

Finalmente, en el gobierno de Juan Manuel Santos (2010 – 2018) se instauró la Mesa de Diálogos para la Paz, en la Habana, Cuba, tomando en cuenta los aciertos y desaciertos de sus antecesores, para poner fin al conflicto armado de más de 50 años de duración. El Acuerdo de Paz, fue firmado en diciembre de 2016, entre el gobierno y las FARC-EP, configurándose como un hito histórico para Colombia, cuyo eje central es la garantía de los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y No Repetición, lo cual permitió dar paso a la Justicia Transicional y a la recomposición del tejido social.

La Justicia Restaurativa fue la base del Acuerdo de Paz, teniendo en cuenta las connotaciones sociales y políticas del conflicto armado, puesto que se encuentra íntimamente relacionada con la Justicia Transicional, en la medida, que las sanciones previstas, así como los beneficios contemplados, permiten contribuir a la reparación de las víctimas del conflicto. Por lo tanto, el Acuerdo Final, es el resultado de un largo proceso de diálogo, que, permitió las transformaciones necesarias para tramitar los conflictos sociales por vías políticas, y es por ello, que establece en el punto 5 la creación del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR), del cual hace parte la Jurisdicción Especial para la Paz, regulada por el artículo Transitorio 5, del Acto Legislativo 01 de 2017. La jurisdicción, está conformada por salas y secciones dentro de las cuales se encuentra la Sala de Amnistías e Indultos (en adelante SAI) (Martínez, 2017, pp. 148).

La SAI, es una de las Salas encargadas de garantizar la seguridad jurídica a todos aquellos que participaron de forma directa o indirecta en el conflicto armado, y solicitan ante ella, los beneficios de amnistía o indulto, conforme a los requisitos y criterios consagrados en la Ley 1820 de 2016. De esta manera, la SAI, permite solucionar la tensión que se crea entre la justicia y la impunidad, y facilita la articulación de los mecanismos de la Justicia Transicional (Ambos, 2019, pp. 17).

1. Generalidades de la amnistía desde la Ley 1820 de 2016

La Ley 1820 de 2016 (en adelante Ley de Amnistía), generó en el escenario nacional fuertes debates, pues, se trataba de la primera ley expedida que iniciaba la implementación del Acuerdo Final⁵, y tiempo después, sería la fuente normativa para las decisiones que adoptará la Sala de Amnistías e Indultos de la JEP. Entre otros asuntos, esta Ley, desarrolló el concepto, principios y tipos de amnistía.

En primer lugar, definió la amnistía como un mecanismo de extinción de la acción penal, disciplinaria, administrativa y fiscal, como forma de otorgar a los integrantes de las FARC- EP una seguridad jurídica sobre lo pactado en el Acuerdo Final⁶.

En relación con este concepto, es importante resaltar que esta figura no es nueva, sino que por el contrario ha sido adoptada por varios Estados en distintos momentos de la historia, en donde se ha reconocido como concepto lo establecido por la doctrina,

5 Esta ley incluso tuvo lugar tres años antes a la expedición de la Ley Estatutaria de la JEP (Ley 1957 de 2019).

6 Artículo 7. Prevalencia (...) La amnistía será un mecanismo de extinción de la acción penal, disciplinaria, administrativa y fiscal, cuya finalidad es otorgar seguridad jurídica a los integrantes de las FARC-EP o a personas acusadas de serlo, tras la firma del Acuerdo Final de Paz con el Gobierno nacional y la finalización de las hostilidades, todo ello sin perjuicio de lo establecido en el artículo 41 sobre extinción de dominio.

según la cual se entiende por amnistía, la institución jurídica que permite extraer del plano jurídico el delito cometido, evitando la intervención de juez y desde luego, la aplicación de la pena establecida (Jescheck & Weigend, 2002). Es una medida para poner fin tanto a los procesos penales que pueden iniciarse, como a las condenas ya impuestas (Velásquez, 1994). Para la profesora Martha Minow (2011), "la amnistía es una forma de perdón oficial que no sólo implica exención del castigo, sino también del reconocimiento colectivo de los daños y de los males" (p.88).

En consideración con este concepto, la Ley de Amnistía establece como uno de los principios de aplicación, la contribución a la satisfacción de los derechos de las víctimas, exhortando al cumplimiento del deber del esclarecimiento colectivo e individual de la verdad y del cumplimiento de las obligaciones de reparación impuestas por la JEP⁷.

Esta Ley, contempla dos categorías de amnistía: la amnistía de *iure* y la amnistía que es otorgada por la SAI o denominada de sala. La primera, es aquella que se concede a quienes hayan pertenecido a las FARC-EP sobre los tipos penales relacionados con los delitos políticos (Art.16),⁸ esta amnistía es generalizada y se materializa mediante Decreto Presidencial, siendo este el Decreto 288 de 2017. Y la segunda, tiene lugar, cuando no es procedente la amnistía de *iure* es decir, en aquellos casos en los que la persona desmovilizada, además de haber cometido un delito político, también tiene responsabilidad penal por delitos diferentes a los mencionados en el artículo 16. En este último caso, se requiere un análisis y valoración para conceder la amnistía, dado que, el otorgamiento de beneficios, tal como lo ha señalado la sección de apelaciones de la JEP, es de intensidad alta, pues, debe pasar por la aplicación de unos criterios de conexidad que, definidos en el artículo 23 de la ley 1820 de 2016, permiten orientar el otorgamiento de beneficios acorde con los parámetros internacionales.

2. Marco internacional y estándares en materia de amnistías e indultos

En virtud de la Norma Constitucional Integrada o Bloque de Constitucionalidad, es claro que Colombia y todas sus instituciones, en este caso la JEP, junto con la SAI, deben conocer y respetar los instrumentos internacionales que integran el llamado

7 Artículo 14. Contribución a la satisfacción de los derechos de las víctimas. <Artículo condicionalmente exigible> La concesión de amnistías o indultos o de cualquier tratamiento especial, simétrico, simultáneo, equilibrado y equitativo no exime del deber de contribuir individual o colectivamente al esclarecimiento de la verdad o del cumplimiento de las obligaciones de reparación que sean impuestas por la Jurisdicción Especial para la Paz.

8 Los tipos penales mencionados en el Art. 15 de la Ley de Amnistía como delitos políticos (rebelión, sedición, asonada, conspiración y seducción, usurpación y retención ilegal de mando).

Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, en el momento de valorar y conceder el beneficio de amnistía o indulto, cumpliendo con las obligaciones adquiridas en el plano internacional.

En este sentido, los estándares del Sistema Universal de los Derechos Humanos que deben aplicar, se resumen en las siguientes prohibiciones: 1) Amnistiar actos de tortura, establecida a partir de la Observación General No. 20 de 1992 sobre el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 2) Otorgar amnistías generalizadas que impidan la investigación de violaciones de derechos humanos, a partir de las Observaciones Finales respecto del Líbano en 1997, 3) Eximir de responsabilidad penal a los autores de actos de privaciones de vida sumarias y arbitrarias -las cuales están prohibidas en virtud del artículo 6 del Pacto- y las desapariciones forzosas -de conformidad con los artículos 6, 7 y 9 del PIDCP-, en virtud de la Observación General No. 31 del Comité de DH; 4) Conceder amnistía respecto de crímenes de lesa humanidad en consonancia con la interpretación del artículo 7 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y 5) Eximir de enjuiciamiento o castigo por hechos de tortura, en virtud de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles.

En lo referente al Sistema Regional Interamericano de Protección de Derechos Humanos, se tiene de manera enfática la posición de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en dirección a la necesidad de garantizar los derechos de las víctimas, especialmente, para aquellas víctimas de actos atroces durante los conflictos armados internos para que obtengan justicia y conozcan la verdad, respetando los derechos consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

A partir del caso *Barrios Altos Vs Perú*, se concretó que, en ningún evento, los Estados sometidos a la jurisdicción de la Corte IDH, puede conceder amnistía a los responsables de graves violaciones de derechos humanos, entendidos como: acto de tortura, ejecuciones extrajudiciales y el delito de desaparición forzada, so pena de incurrir en actos de impunidad que configuran incumplimiento de las obligaciones establecidas en la Convención. Así mismo, en el caso *Herzog y otros vs Brasil*, la Corte IDH, indica que, los crímenes de lesa humanidad no pueden ser objeto de amnistías o cualquier otra disposición que conlleve la exención de responsabilidad penal que impida investigar y sancionar a los autores de actos reprochables a la luz del DIDH y el Derecho Internacional Humanitario (Corte IDH, 2018, párr., 232).

Por último, en relación con los estándares del DIH y DPI, se encuentran todas las convenciones de Ginebra del año 1949, con sus respectivos protocolos, que buscan

fixar estándares para hacer más humana la guerra, los 4 Convenios de Ginebra de 1949, el Protocolo II adicional a los Convenios, y el Estatuto de Roma, en los cuales se incluyen disposiciones que implica el deber estatal de investigar y sancionar todo acto que constituya una transgresión a dichos postulados.

3. Reflexiones sobre los pronunciamientos de la Sala de Amnistía e Indulto en relación con el otorgamiento de beneficios en aplicación de los criterios de conexidad.

El presente acápite, parte de las resoluciones emitidas por la SAI, en las cuales se determina si procede o no la concesión del beneficio de amnistía, a partir de los factores de competencia: personal, temporal y material.

En primer orden, se advierte que el facto personal y temporal resultan relativamente sencillos en su verificación, dado que, los criterios que le dan fundamento cuentan con insumos verificables en reportes y documentos institucionales. En efecto, frente al factor personal, la SAI comprueba si el compareciente perteneció o fue colaborador de las FARC- EP, ya sea mediante una sentencia judicial o porque se encuentra registrado en el listado entregado por los líderes de esta organización, o excepcionalmente de la presunción que pueda derivarse de los testimonios, procesos judiciales u otros medios probatorios allegados por la Unidad de Investigación y Acusación (en adelante UIA).

En cuanto al factor temporal, la SAI, constata que la fecha de la ocurrencia de los hechos sea anterior a la entrada en vigor del Acuerdo Final, es decir, el 01 de diciembre de 2016, salvo aquellas conductas que guarden una relación estrecha con el proceso de dejación de armas, comprendido este entre el 01 de diciembre de 2016 y el 27 de junio de 2017.

Una vez la SAI verifica el cumplimiento de estos dos factores, analiza el fondo del asunto, situándose en el marco de la competencia material el cual representa desafíos interpretativos que no pueden considerarse arbitrarios. En el marco de este factor material, en un primer momento, se define si la conducta o conductas objeto de análisis fueron cometidas por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, comprobando si “el conflicto jugó un papel importante en la capacidad, la decisión, la manera o el objetivo para el cual se cometió la conducta”.⁹

9 SAI (2019). Caso radicado No. SAI-SUBA-AOI-001-2019. Sentencia del 13 de febrero de 2019. Resolución que decide sobre concesión de amnistía o indulto.

Agotado este análisis, la SAI, procede a examinar el carácter amnistiable de la conducta, con base en los criterios de conexidad con los delitos políticos (1), o de exclusión por aquellas conductas que no pueden ser amnistiables (2).

(1) Criterios de conexidad de los delitos comunes con los delitos políticos

Primero, la SAI, debe verificar que la conducta cometida no se encuentre en uno de los delitos enlistados en el parágrafo del artículo 23 de la Ley 1820 de 2016, puesto que, no son amnistiables, en razón del deber internacional de respetar "los derechos de las víctimas y la obligación estatal de investigar, juzgar y sancionar las violaciones de derechos humanos"¹⁰.

Después, si la conducta es potencialmente amnistiable, la SAI, procede a determinar si existe alguno de los siguientes criterios señalados en el artículo 23 de la Ley de Amnistía, para definir si el delito común es conexo con el delito político:

- a) Aquellos delitos relacionados específicamente con el desarrollo de la rebelión cometidos con ocasión del conflicto armado, como las muertes en combate compatibles con el Derecho Internacional Humanitario y la aprehensión de combatientes efectuada en operaciones militares, o
- b) Aquellos delitos en los cuales el sujeto pasivo de la conducta es el Estado y su régimen constitucional vigente, o
- c) aquellas conductas dirigidas a facilitar, apoyar, financiar u ocultar el desarrollo de la rebelión.

Estos criterios permiten ampliar la lista de los delitos comunes que pueden ser conexos con delitos políticos, prevista en el artículo 16 de la Ley 1820 de 2016, por cuanto no es una lista restrictiva o cuya taxatividad impida el análisis de la sala, toda vez, que, esta posee la facultad de conceder amnistía por otros delitos, con base en el estudio que realice del caso, de cara a estos criterios.

A partir de las resoluciones revisadas, se evidenció que la SAI estudia las características del conflicto armado con el fin de establecer si la conducta cometida estaba dirigida al financiamiento o desarrollo de las FARC-EP y así poder establecer su conexidad con el delito político.

10 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-007 de 2018. M.P. Diana Fajardo Rivera, párr. 774.

Así, la Sala, ha llegado a señalar en algunas de sus providencias, que, incluso, existiendo un beneficio personal para el compareciente, si la organización de las FARC-EP fue quien obtuvo el mayor provecho es viable conceder la amnistía para el delito de concierto para delinquir en conexidad con el delito político de rebelión dada la relación de esta conducta con el conflicto armado¹¹.

En otra providencia, y con ocasión de los delitos de utilización ilícita de equipos transmisores o receptores y lavado de activos, se estableció la conexidad con el delito político de rebelión, por cuanto estas conductas estaban “dirigidas a facilitar, apoyar, financiar u ocultar el desarrollo de la rebelión”¹² y, en este mismo sentido, para el delito de fabricación y tráfico de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas¹³.

Igualmente, y en relación con el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, la Sala reitera que, “esta práctica delictiva era una de las principales fuentes de financiación” de las FARC-EP, por ende, es clara su conexidad con el delito de rebelión¹⁴.

En contraste, tratándose de delitos como homicidio en grado de tentativa, la SAI, en uno de sus fallos, ha negado la amnistía de *iure*, al considerar que si bien puede ser conexo a un delito político, este requiere un análisis más riguroso y por eso, ha preferido proseguir con su trámite por amnistía de Sala, de conformidad con lo establecido en el artículo 46 de la Ley 1922 de 2018¹⁵, con el fin de fundamentar con una carga mucho mayor, la posibilidad de otorgar el beneficio.

Estas providencias reflejan, que, la SAI ejerce de manera clara su competencia para conceder la amnistía de *iure*, para aquellos delitos comunes que se encuentren enlistados en el artículo 16 de la Ley de Amnistía y que, por sus características y formas de comisión, no requieren de un mayor análisis para establecer su conexidad con los delitos comunes.

(2) Criterios excluyentes para la concesión de amnistías o indultos

Ahora bien, para los casos en que la SAI estableció que el delito común no puede ser

11 SAI (2019). Resolución SAI-SUBA-AOI-009-2019. Sentencia del 29 de abril de 2019.

12 SAI (2019). Resolución SAI-SUBB-AOI-D-022-2019. Sentencia del 28 de junio de 2019.

13 SAI (2020). Resolución SAI-AOI-D-RJC-0053-2020. Sentencia del 14 de abril de 2020.

14 SAI (2019). Resolución SAI-SUBA-AOI -011- 2019. Sentencia del 19 de marzo de 2019.

15 SAI (2020). Resolución SAI-AOI-D-RJC-0035-2020. Sentencia del 28 de febrero de 2020.

conexo con el delito político, se procede a verificar si es viable otorgar la amnistía bajo un estudio de caso a caso, siempre y cuando no esté incurso en alguno de los criterios de exclusión señalados en el parágrafo del artículo 23 de la Ley de Amnistía.

Es importante aclarar, que, si bien, en principio, no procede la amnistía de *iure*, para los crímenes internacionales y graves violaciones de derechos humanos, la SAI valora estos delitos en el marco de un conflicto armado no internacional (en adelante CANI), teniendo en cuenta los fines de la Justicia Transicional, que implica avanzar en gestiones que permitan la reconciliación entre los actores del conflicto armado y contribuir a la construcción de una paz estable y duradera¹⁶.

Así las cosas, la SAI, posee la potestad de conceder la amnistía más amplia a las personas que han cometido delitos con ocasión o en relación con el conflicto armado, siguiendo lo dispuesto en el artículo 6, numeral 5 del Protocolo adicional II de los convenios de Ginebra de 1949.

Esta potestad, tuvo como escenario ejemplificativo el caso de Marilú Ramírez Baquero, radicado No. SAI-AOI-D-003-2020, donde se presentó ante la SAI, una solicitud de amnistía por los hechos acaecidos el 19 de octubre de 2006, bajo la operación que fue denominada con el nombre "Graduación", en la que se produjo una explosión de un carro bomba en las instalaciones de la Escuela Superior de Guerra, que causó daños materiales a las instalaciones y lesiones a 33 personas que se encontraban tanto en la Escuela como en la Universidad Militar Nueva Granada, acreditando la presencia de civiles en sus alrededores.

Este hecho se le atribuyó a la entonces perteneciente a las FARC-EP Marilú Ramírez Baquero, en cuyo proceso penal en la jurisdicción ordinaria, le fueron imputados los delitos de terrorismo, tentativa de homicidio y lesiones personales agravadas. Frente al delito de terrorismo, pese a que, en principio, se está frente a un criterio de exclusión por tratarse de un crimen de guerra, la SAI mantiene la calificación y resuelve conceder el beneficio de amnistía.

En esta decisión, la SAI fundamenta su fallo en 4 criterios, a saber: i) El DIH como marco jurídico para analizar el caso, dado que los hechos se enmarcaron como una acción propia de la conducción de las hostilidades, siendo dirigidos por la guerrilla de las FARC-EP contra la Fuerza Pública; ii) El carácter de objetivo militar específico y concreto de la Escuela Superior de Guerra, en el contexto del CANI, que representaba una ventaja militar de alto valor por ser en ese entonces, la institución

16 Corte constitucional (2018). Sentencia C-007 del 01 de marzo de 2018. M.P. Diana Fajardo Rivera.

más importante de formación militar en el país; iii) El uso de un carro bomba no como una arma trampa sino como un artefacto explosivo improvisado, sin ser manifiestamente excesivo; y iv) La no vulneración de los principios de precaución, distinción y proporcionalidad.

No obstante, lo anterior, al verificar líneas decisorias en relación con conductas de terrorismo o aquellas en las que se emplean cierto tipo de armas, la SAI ha procedido a negar el beneficio, analizando la naturaleza del ataque, el respeto a los principios del DIH, el tipo de arma empleada o la forma de ejecución de la conducta.

En el caso de Didier Gómez Rengifo, Resolución No. SAI-SUBA-AOI-D-067-2019, se estudia la amnistía para los delitos de terrorismo, empleo, producción, comercialización y almacenamiento de minas antipersonas y contaminación ambiental agravada.

Los hechos ocurrieron el 24 de octubre de 2013, en los que se produjo un atentado con un artefacto explosivo improvisado en la línea de conducción del Oleoducto San Miguel- Orito-Oso, como parte de una operación militar, consistente en causar daños a las instalaciones de conducción de crudo y, posteriormente, de forma premeditada activar los campos minados que tenían como propósito segar la vida y/o atentar contra la integridad personal. El solicitante, desmovilizado en ese momento, "dio aviso de la existencia de los artefactos explosivos ante lo cual los miembros de la comisión sexta que observaban a lo lejos procedieron a activar algunas minas que detonaron sin alcanzar a ningún objetivo"¹⁷.

En este caso, la Sala establece, que, el uso de minas antipersonas está proscrito como método de guerra por la Convención Ottawa, además de no respetar el principio de distinción del DIH, por cuanto generó afectaciones a la población civil no participante de las hostilidades, implicando la instrumentalización de bienes civiles protegidos por el DIH.

Por su parte, en el caso del ataque de las FARC-EP contra el puesto de policía ubicado en el casco urbano del municipio de San José del Fragua (Caquetá), la SAI determinó, que, pese a no existir una prohibición expresa del DIH sobre la fabricación y uso de los cilindros bomba, hubo un incumplimiento del principio de distinción, por ser un arma que no tiene la capacidad de identificar el objetivo militar, dado que se trató de un "artefacto explosivo improvisado", que impide ser dirigido con precisión, por tanto, la planeación y ejecución de este ataque, se hizo aun

17 SAI.(2019). Resolución No. SAI-SUBA-AOI-D-067-2019. Sentencia del 02 de diciembre de 2019.

conociendo de la afectación que produciría sobre las personas y bienes protegidos por el DIH (artículo 3 común de los Convenios de Ginebra). En consecuencia, la SAI, niega la amnistía de los delitos de homicidio agravado y terrorismo por tratarse de un crimen de guerra a la luz del derecho consuetudinario¹⁸.

Por otra parte, en la Resolución No. SAI-SUBA-AOI-014-2019, se analiza los delitos de rebelión, secuestro simple agravado y homicidio. La SAI, resuelve negar el beneficio de amnistía en los dos últimos casos, al considerar que existieron malos tratos físicos en contra de un soldado secuestrado, estando dentro de la causal de exclusión del literal a del artículo 23 de la Ley 1820 de 2016, dado que la privación de la libertad conllevó a un riesgo cierto de vulneración de otros derechos fundamentales, como la integridad personal y la vida del soldado¹⁹.

En igual sentido, la SAI niega la amnistía por el delito de secuestro extorsivo, dado que constituyó una privación grave de la libertad y a su vez, se enmarca en la categoría de toma de rehenes, con lo cual cae dentro de uno de los criterios de exclusión del párrafo del artículo 23 de la Ley de amnistía²⁰.

En conclusión, podemos observar que las resoluciones de la SAI, evidencian hasta el momento un esfuerzo por cumplir los parámetros establecidos en la Ley 1820 de 2016, y los estándares internacionales sobre la prohibición de amnistía de los crímenes de guerra y graves violaciones de derechos humanos, lo cual, no solamente se da en el ejercicio escalonado de verificación del cumplimiento de los requisitos, sino en las exclusiones que llevan a su no concesión en casos donde se quiebran pautas fijadas de manera clara por el DIH. La carga argumentativa de la Sala evidencia que no sólo se ha buscado cumplir las finalidades del sistema, sino acatar en el ejercicio narrativo que realizan las limitaciones a estos beneficios, documentando las circunstancias que rodean las conductas delictivas, sus motivaciones, analizando incluso la tipicidad para revisar la procedencia de avanzar por ejemplo en modificaciones a la calificación jurídica.

No obstante, es claro el desafío al que se enfrenta la Sala, dado que si bien existen conceptos que pueden ser uniformes, la casuística de los hechos que son sometidos a su conocimiento reflejan la variedad del conflicto armado, sus graves efectos, así como las dinámicas internas de un grupo que por su dimensión y prolongación en el tiempo no logró en algunos casos un pleno control de sus miembros o en otros,

18 SAI. (2019). Resolución No. SAI-SUBA-AOI-009-2019. Sentencia del 29 de abril de 2019.

19 SAI. (2019). Resolución No. SAI-SUBA-AOI-001-2019. Sentencia del 13 de febrero de 2019.

20 SAI. (2019). Resolución No. SAI-SUBA-AOI-014-2019. Sentencia del 18 de marzo de 2019.

apeló a un sinnúmero de métodos que impiden la aplicación de estos beneficios y exigen un esfuerzo mancomunado y real para que la sociedad civil pueda avanzar en procesos de reconciliación nacional.

Referencias bibliográficas

Ambos, Kai. (2019). Ley de amnistía. Comentario completo y sistemático. Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung.

CNMH, (2013). Informe General Grupo de Memoria Histórica, ¡BASTA YA! Colombia: Memorias de guerra y dignidad. Bogotá: Imprenta Nacional.

CIDH. (1999). Informe No. 1/99. Caso 10.480. Fondo. Lucio Parada Cea y otros. Estados Unidos de América, 27 de enero de 1999.

CIDH. (1999). Informe No. 136/99. Caso 10.488. Fondo. Caso 10.488, Ignacio Ellacuría

S.J. y otros. Estados Unidos de América, 22 de diciembre de 1999.

CIDH. (2020). Informe No. 29/20. Caso 12.865. Fondo. Djamel Ameziane. Estados Unidos de América, 22 de abril de 2020.

CIDH. Comunicado de prensa del 22 de abril de 2020. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunica> Corte IDH. (2001). Caso Barrios Altos vs. Perú. Sentencia de 14 de marzo de 2001 (Fondo).

Corte IDH. (2006). Caso La Cantuta vs. Perú. Sentencia de 29 de noviembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas).

Corte IDH. (2006). Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

Corte IDH. (2006). Caso García Lucero y otras, ambos vs. Chile. Sentencia de 28 de agosto de 2013 (Excepción Preliminar, Fondo y Reparaciones).

Corte IDH. (2010). Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil.

Sentencia de 24 de noviembre de 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

Corte IDH. (2011). Caso Gelman vs. Uruguay. Sentencia de 24 de febrero de 2011 (Fondo y Reparaciones).

Corte IDH. (2012). Caso Masacres de El Mozote y Lugares Aledaños vs. El Salvador.

Sentencia de 25 de octubre de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas)

Corte IDH. (2018). Caso Herzog y otros vs. Brasil. Sentencia de 15 de marzo de 2018 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

CICR. (1949). Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña ("Primer Convenio de Ginebra"), 12 de agosto de 1949.

CICR. (1949). Convenio de Ginebra para proteger, durante la guerra, a los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar ("Segundo Convenio de Ginebra"), 12 de agosto de 1949.

CICR. (1949). Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra ("Tercer Convenio de Ginebra"), 12 de agosto de 1949.

CICR. (1949). Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra ("Cuarto Convenio de Ginebra"), 12 de agosto de 1949.

CICR. (1977). Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional.

Organización de Estados Americanos - OEA. (1969). Convención Americana de Derechos Humanos.

OEA. (1948). Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 30 abril 1948.

ONU. (2006). Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas. Resolución aprobada por la Asamblea General el 20 de diciembre de 2012.

ONU. (1969). Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. A/CONF.39/27.

ONU: Asamblea General. (1948). Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. Resolución 260 A (III), de 9 de diciembre de 1948.

ONU: Asamblea General. (1984). Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes. Resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984.

ONU: Asamblea General. (1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

ONU: Asamblea General. (1998). Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 17 Julio 1998.

ONU: Comité contra la Tortura (CAT), Observación general No. 2: *Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes*, 24 de enero de 2008, CAT/C/GC/2, disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8782.pdf?view>

ONU: Comité contra la Tortura (CAT), Observaciones finales: Ex República Yugoslava de Macedonia, 21 Mayo 2008, CAT/C/MKD/CO/2, disponible en: <https://www.refworld.org/es/docid/4885f6762.html>

ONU: Comité de Derechos Humanos (CDH), Observación General No. 20: *eempla a a la observación general 7, prohibición de la tortura los tratos o penas crueles (art.7)*, 10 de marzo de 1992, disponible en: <https://www.refworld.org/docid/453883fb0.html>

ONU: Comité de Derechos Humanos (CDH), Comunicación individual No. 322/1988, Rodríguez vs. Uruguay. CCPR/C/51/D/322/1988 (1994), disponible en: <http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/spanish/322-1988.html>

ONU: Comité de Derechos Humanos (CDH), Observación general No. 31: *Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, 26 Mayo 2004, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, disponible en: <https://www.refworld.org/es/docid/478b26ea2.html>

ONU: Comité de Derechos Humanos (CDH), Observaciones finales: Líbano, 5 de mayo de 1997, CCPR/C/79/Add.78, disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G97/163/84/PDF/G9716384.pdf?OpenElement>

ONU: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2009). Instrumentos del estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Amnistías. [versión pdf]. Recuperado de: https://www.ohchr.org/documents/publications/amnesties_sp.pdf

Organización de las Naciones Unidas - ONU. Protocolo Adicional II (8 de junio de 1977). Jescheck, H. y Weigend, T. (2002). *Tratado de Derecho penal general*. Granada: Comares. Martínez, J. (2017). Jurisdicción especial para la paz y su relevancia en la convulsa coyuntura política colombiana. *Ratio Juris*, 12 (25), pp. 131 – 150. Minow, M. (2011). *Memoria y Olvido: ¿Se pueden encontrar lecciones por el mundo?* Bogotá: Siglo del Hombre Editores - Universidad de los Andes.

Plazas, F. (2017). Historia reciente y enseñanza del conflicto armado reciente y actual de Colombia en colegios y universidades del país. *Revista Latinoamericana de Estudios Educativos*, 13 (1), 179 – 200. Doi: <https://doi.org/https://dx.doi.org/10.17151/rlee.2017.13.1.9>.

Velásquez, F. (1994). *Derecho penal. Parte general*, 3.ª ed., Bogotá: Temis.

El debate entre Justicia Transicional y Justicia Restaurativa. El principio de selección y su relación con la responsabilidad penal por el mando en la JEP¹

Henry Torres Vásquez²

Resumen

En Colombia, hay un debate entre el modelo de Justicia Transicional y el esquema de Justicia Restaurativa, utilizado especialmente porque se cree que no hay justicia para las víctimas, ya que, no hay reparación, tratándose de la aplicación del principio de selección consagrado en la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), con el cual se procura tener un instrumento que construya las formas de adelantar la acción penal respecto a delitos graves. Como es sabido, el conflicto armado interno colombiano, dejó millones de víctimas, y hay seguramente, miles de mandos o superiores responsables penalmente que cometieron conductas punibles antes del 1 de diciembre de 2016, delitos que son de competencia de la JEP. Establecer la responsabilidad penal por el mando, teniendo en cuenta el principio de selección, parece ser la mejor forma de conseguir resultados plausibles en escenarios de macrocriminalidad, a pesar de esto, tal como está diseñado el referido principio en las normas colombianas que le dan sustento legal a la JEP, la responsabilidad penal por el mando, se convierte en una utopía, y la reparación a víctimas en materia de justicia en esa jurisdicción, es distante.

Palabras clave: Justicia Transicional; Justicia Restaurativa; Principio de selección; Responsabilidad penal por el mando; JEP.

1 Esta ponencia hace parte del proyecto de investigación "La Justicia Transicional colombiana frente al Derecho Penal Internacional dentro del Grupo de Investigación "Derecho Penal y Derecho Internacional Humanitario", reconocido por la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia.

2 Doctor en Sistema penal de la Universidad Jaime I de Castellón, España. Tesis doctoral: análisis del terrorismo de Estado, máxima calificación "Cum Laude" por unanimidad, 2008. Abogado de la Universidad Nacional de Colombia, Licenciado en Derecho en España. Par académico e investigador Asociado (1) de Colciencias. Profesor Asociado de Derecho Penal de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. Correo electrónico: henry.torres01@uptc.edu.co. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5299-8269>. Google académico: <http://scholar.google.es/citations?user=vFrIjJ8AAAAJ&hl=es>

1. Introducción.

Partiendo de que en el Derecho Internacional hay una serie de normas estatales y supra estatales que específicamente son preceptos que regulan los crímenes de naturaleza internacional, entre los que caben los de lesa humanidad. La protección al Derecho Internacional Humanitario (DIH) y a los Derechos Humanos (DDHH), se convierte en una exigencia internacional, en la que siguiendo un plexo normativo y jurisprudencial, existe la obligación de perseguir esos graves crímenes en Colombia.

En esta ponencia, se van a analizar varios aspectos problemáticos y por supuesto, muy polémicos; en *primer lugar*, como se estableció en las normas que le dan vida la JEP, la responsabilidad penal por el mando (RPM). En *segundo lugar*, si un crimen de lesa humanidad responde a los criterios señalados en la Ley Colombiana 1957 en el artículo 19 que refiere al criterio de selección³; es de considerarse si violencia y sistematicidad, el modus operandi y los patrones criminales son asimilables a un crimen de lesa humanidad.

3 ARTÍCULO 19. PRINCIPIO DE SELECCIÓN. La Sala de Definición de Situaciones Jurídicas y la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad de la JEP, aplicarán criterios para concentrar el ejercicio de la acción penal en quienes tuvieron participación determinante en los hechos más graves y representativos. Con respecto a las personas y hechos que no sean objeto de selección, se podrá renunciar al ejercicio de la acción penal.

Constituyen criterios de selección:

- 1) Gravedad de los hechos: Grado de afectación de derechos fundamentales individuales y colectivos; modalidad de la comisión de los hechos en términos de violencia y sistematicidad.
- 2) Representatividad: Efectos de la investigación y judicialización de los hechos: capacidad de ilustración del modus operandi y/o prácticas o patrones criminales de los hechos.
- 3) 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.
- 4) Características de los responsables: Participación activa o determinante en la comisión de los crímenes de competencia de esta jurisdicción y/o la prueba de su autoría y participación en los hechos concretos.
- 5) Disponibilidad probatoria: Calidad y cantidad de las pruebas disponibles, las requeridas para probar el hecho y su dificultad para conseguirlas.

Los criterios de selección dispuestos en este artículo no constituyen criterios para imputar responsabilidad.

PARÁGRAFO 1o. Con respecto a las personas y hechos que no sean objeto de selección, se podrá renunciar condicionadamente al ejercicio de la acción penal cuando:

1. Contribuyan de manera eficaz a las medidas del SIVJRNR, en particular la contribución al esclarecimiento de la verdad en el marco de dicho Sistema.
2. Haya cumplido todas las demás condiciones impuestas por la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas o la Sala de reconocimiento de verdad y responsabilidad y de determinación de los hechos y conductas.
3. Haya suscrito acta de compromiso de No Repetición y de abstenerse de cometer nuevos delitos.

PARÁGRAFO 2o. Aparte subrayado CONDICIONALMENTE constitucional. En ningún caso podrá renunciarse al ejercicio de la acción penal cuando se trate de delitos no amnistiables, según lo establecido en el parágrafo del artículo 23 de la Ley 1820 del 30 de diciembre de 2016.

PARÁGRAFO 3o. Las personas cuya competencia revierta a la jurisdicción ordinaria de conformidad con lo normado en el artículo 63 de esta ley, no podrán recibir ningún beneficio, amnistía, renuncia de la acción penal, mecanismo especial o prerrogativa producto del acuerdo y su implementación y en el evento de haberlo recibido, lo perderán, en los términos del artículo 20 de la presente ley.

En *tercer lugar*, es aquel que se desprende de este último, en otros términos, si es un crimen de lesa humanidad el cometido por un mando o un superior ya sea civil o militar, y esta conducta es de competencia de la JEP, ¿cuál sería el castigo en esta jurisdicción? o ¿hay posibilidades de que sea su conducta de competencia de un Tribunal Internacional de la Corte Penal Internacional?

2. El conflicto armado y el modelo de Justicia Restaurativa

Como primer punto, es necesario señalar que el conflicto armado interno colombiano plantea serios retos a la sociedad y al mundo del derecho penal universal. Esto, en razón a que se buscan mínimos aceptables de justicia, en términos de reparación, por supuesto, que se busca la verdad inmersa en un conflicto de muchos años. De igual modo, en una atmosfera de un país polarizado por el pos-acuerdo con las Farc-Ep que señala varios desafíos a la misma JEP.

La Justicia Transicional hizo su aparición en Colombia, luego de un proceso de paz en 2016, entre las Farc-Ep y el gobierno del expresidente Santos. Tal como dice Uprimny y Saffon, la Justicia Transicional “hace referencia a aquellos procesos transicionales mediante los cuales se llevan a cabo transformaciones radicales de un orden social y político determinado, que enfrentan la necesidad de equilibrar las exigencias contrapuestas de paz y justicia” (2005, p. 4) Dentro de los cambios que se dieron tanto constitucionales como legales para implementar el Acuerdo de Paz, se creó el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR), de ahí trascendió la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) a la que se le dotó de normas como la Ley 192 de 2018 y la ley 1957 de 2019, entre otras, que proporcionan las herramientas fundamentales para lograr hacer realidad la centralidad de las víctimas dentro de ese sistema y que estas fueran reparadas. En la JEP, se privilegia la verdad y en consecuencia el sistema de sanciones hace una puntualización sobre la estrecha relación entre el reconocimiento de la participación en conductas punibles y principalmente el aporte a la verdad de quien comparece a la JEP; siendo esta la más importante razón para hablar de justicia, la cual ligada a la No Repetición de las conductas criminales son la principal forma de reparación en medio de una Justicia Restaurativa, la que es propia de la JEP.

El modelo de Justicia Restaurativa hace parte de la estructura penal alternativa que se requiere en la JEP para solucionar un conflicto en el que llegando a un acuerdo, con la participación activa del victimario, se repara a la víctima, por tanto Méndez, alude a la Justicia Restaurativa como aquella en la cual “se trata de una nueva forma de interpretar la justicia y las vías para llegar a ella, otorgando a la

víctima el lugar que le corresponde como protagonista del conflicto ocasionado y reconociendo que no solo ella sufrió un menoscabo en sus intereses, sino que el conflicto también trascendió a la comunidad. Asimismo, pretende que el autor de la conducta lesiva asuma la responsabilidad del daño que causó, mediante el despliegue del acto, dándole la oportunidad para que repare las consecuencias adversas" (Méndez, 2015). Por su parte, Díaz, define la Justicia Restaurativa como aquella que: "consiste en un medio de gestión de conflictos que coloca al dialogo como la base del proceso, favorece el restablecimiento de la paz social fracturada por el conflicto, reduce la respuesta estatal violenta y permite la participación protagónica de la sociedad civil" (Díaz Madrigal, 2013).

Para las Naciones Unidas, la Justicia Restaurativa se orienta hacia la "compensación del daño a las víctimas, haciendo a los delincuentes responsables de sus acciones y también, a menudo, involucrando a la comunidad en la resolución del conflicto. La participación de las partes es esencial al proceso y enfatiza la construcción de relaciones y reconciliaciones así como el desarrollo de acuerdos en torno a un resultado deseado por las víctimas y los delincuentes" (Naciones Unidas, 2006).

Con todo esto, el esquema de Justicia Restaurativa que impera en la JEP, no está exento de críticas, especialmente porque se cree no hay justicia para las víctimas; lo que no concuerda con la realidad, ya que, llegar a reparar a más de 9 millones de víctimas es muy complejo, y por otro lado, en un modelo de justicia de transición se precisa de seleccionar algunos casos de los miles que ocurrieron durante el conflicto armado interno. Pretender crear unas sólidas bases para la reconciliación y la construcción de paz estable y duradera a través de las decisiones de la JEP en sus diversas salas y secciones y el Tribunal para la Paz, no es tarea fácil. El lograr paz estable y duradera, cimentada en el reconocimiento de la participación y en decir la verdad de lo ocurrido, conlleva una tarea titánica en aras de probar extremos relativos al derecho penal individual. Lo ideal, es evitar en sumo grado las retaliaciones, y en general, minimizar las posibilidades de resurgimiento del conflicto. En efecto, si se lleva a cabo con acierto y satisfacción social la Justicia Transicional servirá como medio para lograr paz, esta como se sabe, "hace referencia a aquellos procesos transicionales mediante los cuales se llevan a cabo transformaciones radicales de un orden social y político determinado, que enfrentan la necesidad de equilibrar las exigencias contrapuestas de paz y justicia" (Uprimny y Saffon, 2005, p. 4).

Este último matiz, es de más difícil comprensión por parte de la sociedad, ya que esta no vislumbra una Justicia Restaurativa en la que la justicia pasa a un segundo plano, y el primero, lo ocupa la verdad. Las voces inconformes van respecto a

que no hay reparación tratándose de la aplicación del principio de selección consagrado en la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) y cuando este se aplica a los jefes, mandos o superiores de una organización, es decir, cuando se apunta a la responsabilidad penal del superior. La selección de los casos “es un mecanismo para establecer cuáles asuntos se procesan y cuáles se descartan” (JEP. Disponible en: <https://www.jep.gov.co/Documents/CriteriosYMetodologiaDePriorizacion.pdf>), p. 6)

Este principio se encuentra en el artículo 19 de la Ley 1957 de 2019 “La Sala de Definición de Situaciones Jurídicas y la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad de la JEP, aplicarán criterios para concentrar el ejercicio de la acción penal en quienes tuvieron participación determinante en los hechos más graves y representativos. Con respecto a las personas y hechos que no sean objeto de selección, se podrá renunciar al ejercicio de la acción penal” (Ley 1957 de 2019, artículo 19). Como afirma Martínez, “la Justicia Restaurativa como paradigma de la Jurisdicción (está) dirigida no solo a repararlas integralmente sino también a reconstruir el tejido social” (Martínez, 2019, p. 442).

Lo que viene a ser el gran objetivo del SIVJRNR es la consolidación importante de regulación interpretativa de delitos, que por su gravedad y magnitud, llegan a lesionar derechos de gran importancia para toda la sociedad, crímenes atroces como son los delitos de lesa humanidad, que al ser de creación del Derecho Internacional, y que son adoptados por la legislación penal interna permiten evitar las violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional humanitario, impidiendo que queden en la impunidad, en virtud de la factible intervención del Derecho Penal Internacional a través de tribunales como la Corte Penal Internacional o bien la aplicación de principio de justicia universal, fundamentados en un principio de solidaridad internacional.

Los requisitos para fijar que un crimen es de lesa humanidad se plantean de acuerdo con el Estatuto de la Corte Penal Internacional: “sea cometido como parte de un ataque generalizado y sistemático contra una población civil o con conocimiento de dicho ataque” (Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículo 7).

La Corte Suprema de Justicia ha definido los delitos de lesa humanidad como aquellos que:

- i) Corresponden a ultrajes especialmente lesivos de la dignidad humana que degradan de forma grave los más caros intereses del ser humano, como la vida, la libertad, la integridad física, la honra, entre otros.

- ii) Se trata de eventos sistemáticos y generalizados o aislados o esporádicos, que representan una política deliberada del Estado ejecutada por sus agentes o una práctica inhumana, tolerada por el mismo, desplegada por actores no estatales.

Que el ataque sea generalizado significa que puede ser un acto a gran escala o múltiples actos que involucran un número importante de víctimas. Por su parte, la sistematicidad resulta de que la conducta sea el resultado de una planificación metódica, inmersa en una política común.

- iii) Pueden ser cometidos en tiempo de guerra o de paz.
- iv) El sujeto pasivo primario de las conductas es, fundamentalmente, la población civil y, en un plano abstracto pero connatural a la ofensiva contra la individualidad del ser humano y su sociabilidad, la humanidad en general.
- v) El móvil debe descansar en criterios discriminatorios por razón de raza, condición, religión, ideología, política, etc. (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado 45795, M.P. Eyder Patiño Cabrera, 15/07/2015)

Ante este panorama, cabe preguntarse: *¿el principio de selección establecido en la JEP como norma rectora impide que se pueda establecer la responsabilidad penal por el mando en Colombia en conductas de lesa humanidad?*

3. La responsabilidad penal por el mando

Ha sido discutida la manera en que la ley colombiana consagra la responsabilidad del mando, especialmente cuando se alude a militares inmersos en conductas punibles "por graves omisiones en situaciones de graves violaciones de los derechos humanos y al DIH (Acto Legislativo 01 de 2017, artículo transitorio 24) que, en criterio de expertos en la materia, no atiende a los estándares internacionales, en particular a lo dispuesto en el Tratado de Roma, suscrito y ratificado por Colombia" (Arango, 2019, p 32 y 33). En este punto hay que destacar que las víctimas no se sienten reparadas cuando se impone el principio de selección ya que esta "es una herramienta inherente a la Justicia Transicional que busca centrar los esfuerzos de la acción penal en los más responsables de los delitos más graves" (Insumos técnicos sobre selección y sanciones para partícipes no determinantes, 2021, p. 2). Su preocupación es entendible ya que para lograr paz y justicia, estas, paradójicamente se cruzan, es más en el SIVJRNR, se contraponen verdad, justicia y paz. ¿Como lograr reconciliar y contentar a un país que anhela justicia,

empezando por conocer la verdad y así llegar a una paz estable y duradera? Pues procurando castigar a quienes cometieron conductas punibles, al menos las más graves. Esta solución es muy difícil, conseguir, porque a menos responsables menos posibilidades de reparar el daño que tienen las víctimas.

Ciertamente, luego de un largo conflicto armado con millones de víctimas y miles de victimarios no es sencillo lograr unos niveles amplios de justicia, al contrario, se debe recurrir al castigo solamente de aquellos máximos responsables, eso sí, en el mejor de los casos. Las razones son muchas, una de ellas, es que por mandato del artículo 6.5 del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949, "A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado". Ya finalizado el conflicto armado interno colombiano se han concedido miles de amnistías. Asimismo y para lograr un trato equitativo, el sistema les brinda a los agentes del Estado integrantes de la fuerza pública (ejército y policía) especial, equilibrado simétrico y equitativos. Todo esto, redundando en otorgar un igual trato, a quienes se enfrentaron en medio o con ocasión, en desarrollo del conflicto armado no internacional, antes del 1 de diciembre de 2016.

La RPM está consagrada desde el año 1946 con el famoso caso Yamashita, nace del Derecho Penal Internacional por medio del cual se le puede imputar a un jefe militar o civil conductas efectuadas por parte de sus subordinados, ya sea por acción u omisión. La omisión, como forma de adjudicar responsabilidad penal al mando, se cumple "siempre que se den los siguientes requisitos: 1. Una relación legal entre el superior y el subordinado. 2. El superior hubiera o debiera haber tenido conocimiento o debiera conocer que el subordinado iba o cometió un crimen. 3. Que el crimen cometido haya sido sobre su jurisdicción. 4. Que no hubiere tomado medidas para evitarlo" (Torres, 2018, p. 145).

En el Acuerdo Final de Paz, concretamente en los numerales 44 y 59 del punto 5º, se indicaba todo lo relacionado con la responsabilidad de los miembros de la fuerza pública.

Así es que, en cuanto a los agentes del Estado, "se establece un tratamiento especial, simultáneo, equilibrado y equitativo basado en el Derecho Internacional Humanitario. Dicho tratamiento diferenciado valorará lo establecido en las reglas operacionales de la fuerza pública en relación con el DIH. En ningún caso la responsabilidad del mando podrá fundarse exclusivamente en el rango, la jerarquía o el ámbito de jurisdicción.

La responsabilidad de los miembros de la fuerza pública por los actos de sus subordinados deberá fundarse en el control efectivo de la respectiva conducta, en el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante y después de la realización de la respectiva conducta, así como en los medios a su alcance para prevenir, y de haber ocurrido, promover las investigaciones procedentes.

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 ejecución de la conducta delictiva, tal y como indica el artículo 28 del Estatuto de Roma” (Acuerdo final de paz, numeral 44).

Ahora bien, en cuanto los integrantes de las FARC-EP y para establecer la RPM “se tendrá en cuenta como referente jurídico el Derecho Internacional Humanitario, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Penal. El componente de justicia del SIVJRNR tendrá en cuenta la relevancia de las decisiones tomadas por la anterior organización que sean pertinentes para analizar las responsabilidades. La responsabilidad de los mandos de las FARC-EP por los actos de sus subordinados deberá fundarse en el control efectivo de la respectiva conducta, en el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante y después de la realización de la respectiva conducta, así como en los medios a su alcance para prevenirla, y de haber ocurrido adoptar las decisiones correspondientes. La responsabilidad del mando no podrá fundarse exclusivamente en el rango o la 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 ejecución de la conducta delictiva, tal y como indica el artículo 28 del Estatuto de Roma” Acuerdo final de paz, numeral 59).

Como se lee, para los integrantes de la Fuerza Pública y miembros de las FARC-EP, se estableció desde el Acuerdo Final que la responsabilidad solo recae en el conocimiento efectivo de la respectiva conducta, sin tomar en cuenta el relacionado con la expresión “*tenía razones para saber*” del artículo 28 del Estatuto de Roma. Lo que fija de por sí límites a probar la RPM y provoca impunidad.

Unido a lo anterior, el artículo 19 de la Ley 1957 de 2019. establece la necesidad de concentrar el ejercicio de la acción penal para lo cual señala varios criterios de selección, en aquellas personas que ya sean integrantes de las Farc-Ep, de la fuerza pública o terceros civiles, tuvieron participación determinante en los hechos más

graves y representativos cometidos durante el conflicto armado interno y de los cuales la JEP es competente.

La “ventaja” de no ser seleccionado por la “participación determinante”, es que respecto a estas personas se podrá renunciar al ejercicio de la acción penal. No obstante, es claro que el haber tenido una participación determinante en conductas punibles muy graves, no representa por sí mismo un castigo diferente al establecido en la ley, esto es ser acreedor de una de las sanciones que establece el título IX de la Ley 1957, es decir propias (artículo 128), alternativas (artículo 129) u ordinarias (artículo 130).

Dicho de otro modo, la RPM en casos en los que el subordinado haya cometido conductas contra toda la humanidad; el superior, en caso de no aceptar responsabilidad y no decir la verdad, respondería por acción u omisión y sería acreedor a una sanción máxima de 20 años. Esto en el peor de los casos, pero es necesario analizar qué sucede con la RPM en la Justicia Transicional colombiana. En la responsabilidad penal del superior jerárquico se puede adjudicar responsabilidad penal al superior descendiendo en la línea de mando llegando a quienes la ejecutaron, y en la que el superior responde por acción u omisión en la comisión de conductas por parte de sus subordinados, aunque es de aclararse que cada uno de los integrantes de la cadena puede responder penalmente de forma diferenciada.

Recuerda García, al profesor Olásolo, al referirse al control efectivo sobre la conducta del subordinado y sus requisitos que esto “implicaría trasladar criterios de otras formas de autoría en las que se exige el dominio del hecho como es el caso de la autoría mediata, modalidad de autoría que difiere de la de responsabilidad de mando, al configurarse como un delito de omisión propia o, en el caso del incumplimiento de la obligación de prevenir, como una forma de participación por complicidad dolosa o imprudente” (García, 2019, p. 44).

4. El principio de selección establecido en la JEP

El principio de selección contiene rasgos objetivos y subjetivos. Aunque la ley intenta dejar de lado el parámetro subjetivo, este integra ese proceso de elección del caso a llevar por la JEP. En definitiva, es tanto objetiva como subjetiva ya que “se da respecto de hechos y sujetos” (Insumos técnicos sobre selección y sanciones para partícipes no determinantes, 2021, p 2).

Ciertamente, tiene unos fines que la Ley busca, y los que tienen su principal consideración en factores similares a los delitos de lesa humanidad. Tal como

indica Kai Ambos “el transgresor, es decir, el criminal de lesa humanidad, llega a convertirse, en ese sentido, en un enemigo y objetivo legítimo de toda la humanidad, un *hostis humani generis*, el cual, en principio, cualquier persona (“el pueblo”) puede llevar a la justicia (Ambos, p. 100).

En la Constitución, en el artículo transitorio 66, se establece que “tanto los criterios de priorización como los de selección son inherentes a los instrumentos de Justicia Transicional” (Constitución Política, artículo transitorio 66).

El principio de selección, teóricamente, proporciona la oportunidad de castigar las conductas más graves y representativas de crímenes graves. Lo es de tal manera, que permite la penalización de tales crímenes lo que corresponde con el objetivo de castigar a los máximos responsables y así evitar a toda costa la impunidad de los mismos.

El juzgamiento en la JEP de los casos más graves y representativos es viable, aunque necesariamente hay que pasar por el tamiz de la priorización y selección o viceversa. Nuestra Corte Constitucional, ha considerado que para lograr el juzgamiento y la sanción la JEP de dirigir sus esfuerzos “a los máximos responsables. Aunado a lo anterior (iii) ha admitido la posibilidad de adoptar criterios de priorización y selección en la investigación y juzgamiento, con el fin de cumplir objetivos tales como desvelar estructuras y patrones de macrocriminalidad” (Corte Constitucional, sentencia C-007 de 2018, M.P. Diana Fajardo Rivera, párr. 394. Inciso quinto, artículo transitorio 12, artículo 1). Quizás, no son muchos los casos en los que se funde la RPM bajo los lineamientos alusivos en esta jurisprudencia, en virtud a que la selección de los casos va ligada a la priorización “mientras que la selección corresponde a la conformación del universo de casos a través de un sistema de inclusión y exclusión para el conocimiento judicial, la priorización se trata de una forma de ordenar los casos para su procesamiento por el sistema” (Concepto JEP criterios y metodología priorización y selección).

El mismo artículo 66, transitorio constitucional ya señalado, expresa, “mediante ley estatutaria determinar criterios de selección que permitan centrar los esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables de todos los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio, o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática; establecer los casos, requisitos y condiciones en los que procedería la suspensión de la ejecución de la pena; establecer los casos en los que proceda la aplicación de sanciones extrajudiciales, de penas alternativas, o de modalidades especiales de ejecución y

cumplimiento de la pena; y autorizar la renuncia condicionada a la persecución judicial penal de todos los casos no seleccionados. La ley estatutaria tendrá en cuenta la gravedad y representatividad de los casos para determinar los criterios de selección” (Constitución Política, artículo transitorio 66). Con esa finalidad, la Ley 1957 desarrolla los criterios para seleccionar un caso en su artículo 19. En la JEP, la selección es la que eventualmente puede permitir la renuncia a la acción penal, como se indica al instituir los criterios y metodología de priorización de casos y situaciones en la Sala de reconocimiento de verdad, de responsabilidad y de determinación de los hechos y conductas en la JEP “A diferencia de la priorización, la selección no establece un orden estratégico sino un filtro, que permite “establecer si un determinado caso queda comprendido en una categoría especificada a los efectos de la investigación o el procesamiento” (JEP. Disponible en: <https://www.jep.gov.co/Documents/CriteriosYMetodologiaDePriorizacion.pdf>).

Al estudiarse las conductas en la JEP, y de conformidad con el principio de selección provoca que los magistrados de esa jurisdicción investiguen a los más altos responsables que ejecutaron crímenes graves. Siendo así muy importante que exista una debida diligencia “el concepto de la debida diligencia aborda dos dimensiones: Aquella necesaria para la construcción de patrones en los que se debe propender por incluir la mayor cantidad de hechos posible. Aquella orientada a garantizar que como mínimo, se imputen estos patrones a los máximos responsables y partícipes determinantes” (Insumos técnicos sobre selección y sanciones para partícipes no determinantes, 2021, p.8).

La participación determinante implica buscar máximos responsables los que serán los únicos castigados. Ya que cuando una persona ha cometido conductas punibles, y esta participación no ha sido determinante, la JEP no lo castiga; en otros términos, se renuncia a la acción penal, lo que da lugar a visiones sociales contrarias a los fines de la JEP. Cabe recordar, que, hay lugar a priorizar y seleccionar los casos, ya que no todas las conductas punibles acaecidas en medio, con ocasión o en desarrollo del conflicto armado, al ser tan numerosas, se pueden castigar. El propósito de esta jurisdicción y su componente de Justicia Restaurativa, es que las partes logren un acuerdo en el cual se garantice la solución del conflicto, y tanto la víctima, como, persona que cometió el delito, queden complacidos, todo con la intervención activa de la JEP. Situación en la que hay un proceso participativo dialógico dentro de la JEP en el que intervienen el autor, la víctima y a través del cual, llegan a un acuerdo en el que se reparen los perjuicios ocasionados a las víctimas, ya sea porque el compareciente a la JEP lo haga o bien el Estado, pero, en el que la verdad prevalece frente a la clásica justicia ordinaria.

5. Los criterios de selección de la conducta en la JEP

El primer elemento que se estipula en la Ley, es referido a la gravedad de los hechos como criterio de selección de la conducta en la JEP, está probado en la justicia ordinaria la comisión de conductas punibles extremadamente graves, así por ejemplo, se han efectuado por todos los actores armados, delitos como homicidios en persona protegida, desapariciones y desplazamientos forzados, genocidio (de la Unión Patriótica) y otros muchos delitos.

El segundo componente tenido en cuenta y que la lleva a analizar la violencia y la sistematicidad como criterios de selección de quienes tuvieron una participación determinante en la comisión de conductas punibles. Se considera que hay violencia cuando se usa la fuerza para conseguir un fin, en el caso colombiano, se ha utilizado con el fin de dominar a una parte de la sociedad y de imponer regímenes de terror. La sistematicidad refiere al conjunto de partes o elementos que interactúan ordenadamente, de tal manera, que logran sus fines a mediano y largo plazo. En Colombia, la violencia no solamente ha sido sistemática sino generalizada contra ciudadanos y poblaciones inermes en un escenario de violencia indiscriminada y se han producido millones de víctimas por todo tipo de delitos. Así pues, cuando se une la violencia y la sistematicidad, se tiene uno de los elementos de los crímenes de lesa humanidad, esto, es una violencia generalizada y sistemática dirigida contra la población civil.

Ahora bien, el tercer elemento obliga a detenerse en el estudio de las víctimas y sus condiciones de vulnerabilidad o necesidad; es obvio, que, ante delitos atroces perpetrados por actores armados es obligatorio tomar medidas diferenciales respecto a las víctimas, de tal modo, que se procure reparar adecuadamente el daño sufrido en décadas.

El cuarto mecanismo señalado en la Ley, como criterio para seleccionar un caso, alude a las características de los responsables de las conductas punibles. En ese sentido, se investiga si su participación fue activa, o determinante en la comisión de los crímenes de competencia de la JEP.

Unido a esto se indica una exigencia, que no es fácil de lograr, establecer la prueba de autoría o participación en las conductas en concreto.

Pero el más importante, es el quinto elemento a tener en cuenta, que contiene la disponibilidad probatoria: Calidad y cantidad de las pruebas disponibles, las requeridas para probar el hecho y su dificultad para conseguirlas, que contiene

que, para instaurar la responsabilidad penal tiene que hacer todo un conjunto probatorio, de lo contrario, impera el principio de favorabilidad. En este sentido, indica el artículo 19 de la Ley 1957 de 2019, en su párrafo final que “los criterios de selección dispuestos en este artículo no constituyen criterios para imputar responsabilidad”

Como se colige de lo señalado en las anteriores líneas, la posibilidad de establecer la responsabilidad por el mando, se diluye bajo los criterios de selección que de no ser por acudir a los criterios establecidos en la ley y en la jurisprudencia internacional para señalar un delito como crímenes de lesa humanidad, difícilmente se puede en Colombia señalar, que se es máximo responsable. Pero, aún falta señalar un requisito importante de la responsabilidad por el mando, debido a la participación determinante.

Lo anterior, se puede fundar en las sabidas posibilidades de lograr justicia en Colombia a través de la tesis de la autoría mediata la que en opinión de Torres y Guevara se podría complementar con la Empresa criminal Conjunta (ECC) la que “para su ejecución se advierte la confluencia de un grupo de individuos que diseñan un plan criminal que es ejecutado por otros. Estos individuos puede que no pertenezcan a ninguna estructura administrativa, militar, económica o política y siempre que libremente acuerden realizar de manera conjunta uno o más delitos. La ECC se basa en la teoría del dominio el hecho y en ella todos responden y se tiene en cuenta la relación que tenía el individuo con la ECC el rango que asumía en la misma y cuánto tiempo estuvo vinculado” (2021. p. 61).

6. Los crímenes de lesa humanidad en la JEP.

Algunos delitos muy graves acaecidos en Colombia, han sido y serán considerados crímenes de lesa humanidad. Este aspecto hace parte de la implementación de las disposiciones internacionales dentro del ordenamiento jurídico interno. De igual forma, los crímenes de lesa humanidad contribuyen a evitar la impunidad, ya que, no hay un tiempo límite para el ejercicio de la acción penal, lo que contribuye en las posibilidades de encontrar justicia. Así pues, la legislación internacional busca a toda costa perseguir y eventualmente castigar a los responsables por los delitos en contra de la humanidad, por esta vía y aplicando el principio de imprescriptibilidad de estos crímenes, se consigue el castigo de mandos o superiores que cometieron conductas por acción, inclusive por omisión.

Los delitos de lesa humanidad exteriorizados en el Derecho Penal Internacional, son una expresión de la humanización que caracteriza las legislaciones modernas.

Con el avance de la doctrina y jurisprudencia, se ha logrado avanzar para incorporar en las legislaciones internas el Derecho Internacional relativo a los crímenes de lesa humanidad, esto se consigue por medio de tratados y convenios internacionales. Lo que vendría luego sería el estatuto de la Corte Penal Internacional, una jurisdicción penal internacional para que aquellos delitos se estudien y se juzguen allí, y se evite así la impunidad en delitos considerados muy graves.

En ese sentido, la creación de una jurisdicción internacional como la CPI o la utilización del principio de justicia universal para que tales delitos se les persiga no solo nacional sino también internacionalmente como uno de los grandes avances de la comunidad internacional. Los delitos cometidos en Colombia a lo largo de décadas de violencia efectuados por integrantes de las Farc y agentes del Estado (ejército y policía), como Torres advierte, son crímenes de lesa humanidad, los que "se subsumen en la categoría de delitos que podrían ser llevados a la jurisdicción universal" (Torres, 2013).

En aplicación de la justicia universal, se permite que un juez o tribunal, pueda juzgar a quien comete conductas delictivas graves, al perseguir al infractor por fuera de su jurisdicción, luego, evita en gran manera la impunidad. Lo que unido a la imprescriptibilidad de los crímenes como son los de lesa humanidad, llegan ser la forma más moderna de castigo a grandes ejecutores de crímenes que ofenden a toda la humanidad.

En opinión de Olásolo, la responsabilidad penal del superior "se construye en torno al principio de responsabilidad penal por omisión cuando existe una obligación jurídica de actuar. Su fundamento se encuentra en la obligación jurídica que, conforme al DIP y al DIH, tiene todo superior, civil o militar, en razón del control efectivo que despliega sobre sus subordinados, de adoptar las medidas necesarias y razonables a su disposición para prevenir, reprimir y someter a las autoridades competentes los crímenes internacionales cometidos por los mismos" (2018).

La Corte Suprema de Justicia, ha diferenciado los crímenes de lesa humanidad de otros crímenes, ya que: "a) no puede tratarse de un acto aislado o esporádico de violencia, sino que debe hacer parte de un ataque generalizado, lo que quiere decir que está dirigido contra una multitud de personas; b) es sistemático, porque se inscribe en un plan criminal cuidadosamente orquestado, que pone en marcha medios tanto públicos como privados, sin que, necesariamente, se trate de la ejecución de una política de Estado; c) las conductas deben implicar la comisión

de actos inhumanos, de acuerdo con la lista que provee el mismo Estatuto; d) el ataque debe ser dirigido exclusivamente contra la población civil; y e) el acto debe tener un móvil discriminatorio, bien que se trate de motivos políticos, ideológicos, religiosos, étnicos o nacionales.” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado 45110, M.P César Augusto Reyes Medina, 19/03/2020).

Al respecto, Ambos refiere que, existen cuatro requisitos fundamentales que se derivan de la “lista de actos inhumanos, es decir,

- La prueba disyuntiva o test sistemático;
- El elemento “población civil” como objeto del ataque;
- Un requisito mental especial;
- La existencia de actos individuales que se cometan en el marco del ataque” (Ambos, p. 101)

Conclusiones.

Es claro que existe una obligación legal y constitucional en la JEP de investigar y juzgar las graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional humanitario.

El debate entre modelos de Justicia Transicional, restaurativa o retributiva propia del derecho penal, no terminará nunca, ya que cada uno asume una posición diferente, asumiendo que hay o no impunidad en cualquiera de los modelos de justicia aquí referidos.

En cualquier modelo de justicia las víctimas sienten que no hay reparación, posición comprensible.

En Colombia, en la JEP y con la aplicación del principio de selección, está contemplado pretender ser la mejor forma de adelantar la acción penal respecto a delitos execrables, buena parte de la sociedad no va entender que no hay impunidad en razón a que, hubo un acuerdo de paz, por lo tanto, un acuerdo político que surgió luego de un largo periodo de guerra en la que no hubo ni vencedores ni vencidos.

Como es sabido, el conflicto armado interno colombiano, dejó millones de víctimas y hay seguramente, miles de mandos o superiores responsables

penalmente, que cometieron conductas punibles antes del 1 de diciembre de 2016, delitos que son de competencia de la JEP. Establecer la RPM, teniendo en cuenta el principio de selección, parece ser la mejor forma de conseguir resultados plausibles en escenarios de macrocriminalidad. En esa selección no existe una secuencia "que exija que primero se agote la selección antes de la priorización, ni al contrario. Ambos procesos (selección y priorización) pueden concurrir en el tiempo" (JEP. Disponible en: <https://www.jep.gov.co/Documents/CriteriosYMetodologiaDePriorizacion.pdf>, p.7).

A pesar de esto, tal como está diseñado el referido principio en las normas colombianas y aunado a la obligación legal de probar el control efectivo sobre la conducta y no sobre el subordinado, esto con un sustento legal en la JEP, hace que la RPM se convierta en una utopía y la reparación a víctimas en materia de justicia en esa jurisdicción sea distante. Cuando en una sociedad hay una falta de sanción al individuo infractor y esta impunidad se ha dado por razones relativas a un modelo de justicia como el imperante en la JEP, se entiende como la Justicia Restaurativa, la cual tiene incluidos los factores internos de un Estado, que como colombiano necesitaba lograr un acuerdo de paz estable y duradero, pero, en el que el gobierno actual no brinda los recursos a la JEP y no se ha preocupado por adelantar una campaña publicitaria y pedagógica sobre sus fines. Lo anterior, da como resultado que la expectativa frente a la JEP y en general el SIVJRNR sea escasa.

El prestigio institucional de la JEP al emitir su jurisprudencia y del Estado colombiano en la necesaria publicidad sobre la justicia de transición debería ser una exigencia interna e internacional al estado y no una política del gobierno de turno.

Referencias bibliográficas.

Arango Rivadeneira R. (2018). Justicia Transicional, emociones morales y reconciliación social: un frágil equilibrio en: La JEP vista por sus jueces (2018-2019).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado 45110, M.P César Augusto Reyes Medina. 19 marzo 2020.

Díaz Madrigal (2013). Mediación y Justicia Restaurativa.

García Atehortúa, A. K. (2019). Concepto restringido de la responsabilidad de

- mando en el marco jurídico transicional en Colombia ¿puerta giratoria hacia la intervención de la Corte Penal Internacional? ANIDIP 7, pp.32-68. Doi: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.8490>. Ifit-transitions.org. Insumos técnicos sobre selección y sanciones para partícipes no determinantes, 2021. Disponible en: <https://www.jep.gov.co/Documents/CriteriosYMetodologiaDePriorizacion.pdf>
- Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa, Naciones Unidas 2006. Disponible en: <https://www.hchr.org.co/index.php/informacion-publica/pronunciamientos/intervenciones-de-la-direccion/434-ano-2018/8919-concepto-jep-criterios-y-metodologia-priorizacion-y-seleccion>
- Martínez Vargas, J. Estándares internacionales para el diseño y la fijación de las sanciones propias en la Jurisdicción Especial para la Paz, en: La JEP vista por sus jueces (2018-2019).
- Méndez, V. (2015). Restauración: más allá del castigo. Revista Nova et Vetera, Volumen 1 - N° 10 noviembre 2015.
- Olasolo, H. (2013). El principio nullum crimen sine iure en el Derecho Internaciona Contemporáneo”, Bogotá. Anuario Ibero-Americano de Derecho Internacional Penal, ANIDIP, vol. 1, pp. 18-42.
- Olasolo, H., & Cantor, J. C. (2018). La Responsabilidad del Superior en el Acuerdo de Paz en Colombia a la luz del Derecho Internacional. Política criminal, 13(25), pp. 444-500.
- Torres Vásquez, H. (2018). La responsabilidad por el mando en la Justicia Transicional colombiana. Revista Academia & Derecho, 9(16), pp.137-162.
- Torres Vasquez, H. (2013). La extraterritorialidad de la ley penal: el principio de justicia universal, su aplicación en Colombia. Prolegómenos [online]. 2013, vol.16, n.31, pp.99-115. ISSN 0121-182X. <https://doi.org/10.18359/dere.722>.
- Torres, H. & Guevara, Y. (2021). La empresa criminal conjunta y su posibilidad de aplicación en el sistema integral de verdad, justicia, reparación y No Repetición en Colombia para evitar masivas violaciones a derechos humanos. Revista Saber, Ciencia y Libertad, 16(1),pp.51-65. <https://doi.org/10.18359/scyl.16.1.51-65>.

[org/10.18041/2382-3240/saber.2021v16n1.75161](https://doi.org/10.18041/2382-3240/saber.2021v16n1.75161).

Uprimny, R., & Saffon, M. P. (2005). Capítulo 7 Justicia Transicional y Justicia Restaurativa: tensiones y complementariedades. Entre el perdón y el perdón: preguntas y dilemas de la Justicia Transicional, p.211.

Justicia Restaurativa desde un enfoque inter étnico, delitos sexuales contra niños y niñas indígenas¹

Misael Tirado Acero²

Resumen

En el caso de los delitos sexuales en contra de niños y niñas en comunidades indígenas, es necesario tener un acercamiento previo del problema, desde una óptica que reconozca la existencia de estos hechos, el subregistro del problema, la necesidad de evaluarlo desde la interculturalidad y la necesidad de promover acciones al respecto en consonancia con una Justicia Restaurativa que parta desde un enfoque inter étnico.

Palabras clave: Delitos sexuales; NNA; Pueblos indígenas; Interculturalidad; Justicia Restaurativa.

1. Introducción

Si bien, la Justicia Constitucional, a partir de 1991, en un intento incluyente, ha diseñado gubernamentalidades que buscan el uso de enfoques diferenciales: étnicos, etarios y de género al interior de su institucionalidad, su implementación dista de la comprensión interseccional necesaria para realizar acciones en materia de atención, mitigación y protección adecuadas a las distintas poblaciones. Una comprensión

1 El presente texto es producto del Proyecto de Investigación INV-DER 3160 "Eficacia Simbólica de las Decisiones Judiciales en el SRPA" financiado por la Universidad Militar Nueva Granada, para la vigencia 2020 y del Proyecto de Alto Impacto IMP-DER 3401 "Género y Seguridad" para la vigencia 2021-2023 (Bogotá – Colombia). Un agradecimiento especial a Giovanni Monroy Quecán y Laura Camila Rodríguez Sánchez, miembros de la comunidad Muisca de Fonquetá y Cerca de Piedra, Chía - Cundinamarca, y Dodoringumu Miguel Ángel Chaparro Izquierdo, miembro del pueblo Arhuaco, Nabusimake - Pueblo Bello – Cesar, por el diálogo intercultural y el poder (re)aprender desde la Ley de Origen que enmarcan los pueblos indígenas.

2 Postdoctor en Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Doctor en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Evaluación Social de Proyectos. Especialista en Economía de la Universidad de los Andes. Sociólogo de la Universidad Nacional. Investigador Grupo Red de Estudios Sociojurídicos Comparados y Políticas Públicas – RESCYPP, línea de Investigación Política Criminal, Derecho Penal y Criminología. Docente de carrera, Universidad Militar Nueva Granada, Facultad de Derecho Sede Campus. Correo electrónico: misael.tirado@unimilitar.edu.co misaeltirado@gmail.com

que permita reconocer las múltiples dimensiones que se afectan al vulnerar a la niñez indígena, que logre discernir entre afectaciones psicosociales, espirituales, territoriales, individuales y colectivas permitiría entender el grado de vulneración en el que se encuentra la niñez y podría dilucidar un diálogo intercultural e interlegal sobre delitos sexuales.

Entender que la niñez indígena es la semilla de todo un pueblo, y que su cuidado y concepción deviene desde el primer momento en que se sembró en pensamiento para que su cuerpo se materializara, es detenerse y entender que una violencia sexual no solo atenta el cuerpo físico y emocional de la niñez, sino que afecta profundamente su espíritu y el de sus ancestros, lo que se traduce en desarmonías territoriales con afectaciones colectivas, este tipo de agravios podrían generar inundaciones, sequías, muerte de animales de cacería etc., porque los espíritus cuidadores del/ la niño/a indígena o los espíritus que habitan los territorios también se manifiestan y toman acciones que se reflejan en la naturaleza.

En este sentido, al pensar en una interlegalidad en materia de niñez indígena víctima de delitos sexuales, se deberían vincular acciones que den garantías de derechos individuales, como infante, y colectivos, como indígena; materializar el diálogo intercultural en términos interjurisdiccionales es un desafío que podría concretarse al implementar acciones como:

- i. Legislar por gobierno propio rutas de atención y protección a la niñez, donde se garantice que agresores y niñez agredida no sean cohabitantes del mismo territorio mientras se adelanta la investigación precedente.
- ii. Que se permita el acompañamiento permanente de la persona de confianza del/ la menor agredida en el tránsito de la ruta por justicia ordinaria.
- iii. Garantizar los mínimos vitales de el/la menor agredido/a como: alimentación, vestuario, vivienda, salud espiritual y psicosocial.
- iv. Que las autoridades indígenas puedan mandar acciones vinculantes en materia de reparación, siempre y cuando se garantice el goce efectivo de la niñez indígena.
- v. Es vital contemplar la limpieza espiritual de lo sucedido de acuerdo a la cosmovisión del pueblo indígena al que pertenece el/la menor, siempre y cuando sea de manera voluntaria.

Ahora bien, desde la lógica de la sociedad occidental, hemos visto como el derecho penal se ha replicado sobre "los delitos y las penas" no bajo una perspectiva preventiva, propositiva, sino mas bien policiva, y punitiva, imponiendo la coerción

y corrección como castigo. En los diferentes tipos penales es generalizado el especial repudio que generan en la población los delitos sexuales en contra de los niños, niñas y adolescentes o contra cualquier persona, por lo cual, no es extraño que a su vez este tipo de hechos sean tomados como motivos para la promoción de políticas de tipo punitivo apoyadas por la atención mediática, las cuales frecuentemente obedecen al paradigma del populismo punitivo o el punitivismo con su incremento de penas (Tirado, Cacéres, Velandia y Sanchez, 2021).

Si bien son llamativas las fuertes reacciones de la población en contra de este tipo de hechos, cuando estos son llevados a los medios de comunicación, no despierta las mismas voces de indignación cuando estos no son cubiertos de esta manera, conllevando en ocasiones, a un populismo mediático y a una presión a las autoridades o instituciones para que se prioricen acciones judiciales en contra de quien o quienes perpetraron dichas transgresiones a la integridad sexual y reproductiva de un niño, niña o adolescente, sin pensar mucho en la revictimización a la que se le somete o a su familia al exponerlos mediáticamente, donde estos hechos también involucran a los pueblos indígenas, caso reciente los hechos que ocurrieron en junio de 2020, en el resguardo Dobaku con una niña Embera de 13 años en Risaralda, donde 7 militares fueron condenados por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado (Semana, 1 de agosto de 2021).

Ante esta denuncia y tratamiento mediático, circularon acusaciones contra el Batallón José Joaquín París en San José del Guaviare, por hechos perpetrados contra niñas del pueblo Nukak-Maku, y que, habían quedando a la deriva, momento en el que la vicefiscal Martha Mancera, señaló que las denuncias que involucraban casos en los que la víctima era menor de edad perteneciente a comunidades indígenas eran priorizados, teniéndose como resultado 40 casos en etapa de juicio y 9 casos en investigación (El Tiempo, 1 de julio de 2020).

La magnitud de la noticia y su cubrimiento, conlleva a revisar en todo el territorio nacional la violencia sexual contra los menores de edad, ya que, si bien se reconocen por parte de la fuerza pública algunas cifras, queda en la incertidumbre de cuántos casos acontecieron antes de 2016, cuántos de ellos se les abrió investigación y cuantos se judicializaron; en especial, aquellos que tienen que ver con los 115 pueblos indígenas reconocidos en Colombia. Por su parte, el comandante en jefe del Ejército, General Eduardo Zapateiro, informó "que 118 miembros de esa institución han sido investigados -desde 2016- por presuntos abusos sexuales a niños y niñas y que 45 de ellos ya fueron retirados. Entre estas 118 personas hay oficiales, suboficiales y soldados, pero también civiles que trabajan con la institución" (Deutsche Welle, 3 de julio de 2020).

Diferentes informes señalan, que el enfrentamiento armado entre las fuerzas militares y las guerrillas por el control del territorio, sobre todo, a mediados de los 90s, y los asentamientos que se dieron tras el desplazamiento a este último pueblo nómada, un sinnúmero de niñas Nukak, han sido sometidas a tener relaciones sexuales con militares “una niña del pueblo nukak de cinco años, del resguardo El Refugio en San José del Guaviare, fue víctima de abusos sexuales, presuntamente cometidos por un soldado del Batallón Joaquín París. Otras cuatro niñas del mismo pueblo, de edades entre los 13 y 17 años, habrían sufrido actos de violencia y explotación sexual por soldados de la misma unidad militar” (Naciones Unidas, 2010).

A lo anterior, se suma la violencia sexual de hombres no indígenas quienes abusan sexualmente de niñas Nukak, las han prostituido y las vuelven adictas a la marihuana, al pegante, y otros alucinógenos (CNMH, 2010). Así mismo, aquellos actos de violencia sexual y de barbarie, dados en medio de la guerra, y que, internacionalmente son catalogados como crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad y cuya insurgencia o contrainsurgencia, así como las bacrim, han cometido.

El no diálogo desde la interculturalidad y la interlegalidad, o desde las jurisdicciones, conlleva a que desde la Justicia Ordinaria, no se conozcan estos hechos, en particular los de la ocurrencia de delitos sexuales en contra de niños, niñas y adolescentes cometidos por sus comuneros, es decir, por miembros de su propia comunidad indígena o de otras etnias— a no ser que se pongan en conocimiento desde su jurisdicción —, así como un especial falta de planes, medidas, proyectos... La Justicia Especial Indígena, se enlaza desde un sistema de valores diferente y diverso que se construye desde la espiritualidad y la territorialidad en consonancia con su ley de origen, donde la justicia precisamente puede considerarse como armonización, equilibrio... La justicia es la parte viva de los territorios, es memoria, no está codificada, no está contenida en palabras escritas... por tanto las Justicias Propias se encaminan a resarcir el daño al individuo y al colectivo tanto en lo espiritual como en lo material, restaurando el orden y armonía en el entorno vital, en el diario y buen vivir, donde la palabra deviene del consejo que se pide a la naturaleza y se transforma en fuente de justicia (Tirado, Pinilla, 2021).

Por tanto, en palabras de Boaventura de Sousa Santos (2020), hay que descolonizar la justicia estatal en un escenario de Justicia Transicional lo cual conlleva a procesos restaurativos que dignifican los derechos de los pueblos indígenas, en este sentido “La justicia estatal deberá aprender y reconocer en la justicia étnica un interlocutor válido. En materia de Justicia Transicional, la justicia estatal deberá estar en la capacidad de aprender las formas de concebir el daño y la reparación que por siglos han manejado los pueblos étnicos” (De Sousa Santos, 2020, p. 8).

Como se acotaba al comienzo, la situación en materia penal en Colombia desdibuja los preceptos de una política criminal encaminada a la resocialización y pese a que de manera general puede señalarse que existe un marco normativo, en el cual los delitos sexuales en contra de niños, niñas y adolescentes pueden ser juzgados, es amplia la tipificación de conductas dentro del ordenamiento legal, y en consecuencia errónea la concepción de que, en Colombia, estas conductas se siguen presentando por falta de tipos penales, argumento ampliamente utilizado para promover causas como la implementación de la cadena perpetua para delincuentes sexuales de niños, niñas y adolescentes o la creación de más tipos penales al respecto, y por ende la promoción de un proyecto de ley puede entenderse como un esfuerzo en la lucha contra estos flagelos, ya que materialmente no se logra avanzar en esta lucha.

El Acto Legislativo 01 de 2020 “por medio del cual se modifica el artículo 34 de la Constitución Política, suprimiendo la prohibición de la pena de prisión perpetua y estableciendo la prisión perpetua revisable”, conllevó a un debate desde sectores de la sociedad civil y desde la academia, por claros vicios de constitucionalidad y donde la Sala Plena de la Corte Constitucional con ponencia de la Magistrada Cristina Pardo Schlesinger, declaró inconstitucional dicha reforma el 2 de septiembre de 2021 (Sentencia C-294/21).

Lo anterior, conlleva a repensar nuestra sociedad y nuestra política pública y entender que el punitivismo no necesariamente es el mejor camino a seguir como salida a un panorama general que enmarca la existencia de una ineficacia del modelo de política criminal en Colombia, la cual se encuentra reflejada en:

- La percepción ciudadana sobre el Sistema Judicial colombiano, la cual en los últimos años ha empeorado; se ha pasado de una consideración Favorable del 38% y Desfavorable del 55%, en el año 2010, a una consideración Favorable del 12% y una Desfavorable del 84%, en el año 2020. (Gallup Poll Invamer, 2020)
- La tasa de denuncias realizadas en Colombia, la cual entre 2012-2018, no llegó a superar el 30% (DANE, 2020).
- “La cifra oculta, es decir, el número de delitos ocurridos pero que no fueron denunciados ante ninguna autoridad competente, se ubicó en 71,3% para el total nacional”. (DANE 2019)
- El índice de congestión del aparato jurisdiccional en Colombia, “el número de procesos judiciales que se acumulan en el año al inventario del sector”. (Consejo Superior de la Judicatura -CSJ 2020), entre los años 2016-2019 estuvo arriba del 50%.
- El índice de libertades por vencimiento de términos, que para el año 2019, fue del 10% (Instituto Nacional Penitenciario 2020), es decir del total de libertades

otorgadas (50.707) durante ese año, (5.089) fueron otorgadas por vencimiento de términos.

En tal sentido, consecuentemente, podría aseverarse, que Colombia, atraviesa por una falta de confianza por parte de la población en las autoridades e instituciones, donde podría estar produciéndose un menor número de denuncias por delitos de manera general, motivando a un subregistro de información sobre estos hechos, limitando con ello la respuesta institucional, con lo cual dicha desconfianza por parte de la población en acudir a las autoridades, encuentra una correspondencia con los altos niveles de congestión del sistema judicial y las bajas tasas de judicialización por delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes.

La población no acude a las autoridades, ya que cuando acude no encuentra una respuesta efectiva, lo cual se ve reflejado en la alta tasa de congestión del sistema judicial.



Este fenómeno es de especial atención, en lo referente a los pueblos indígenas, que independientemente de su cosmovisión, prácticas, usos y costumbres, o de sus justicias propias ancladas a la armonización, al equilibrio no solamente individual sino colectivo, cuando se comete una transgresión al orden, se dirimen los conflictos bajo su Justicia Especial Indígena, ante el fuero jurisdiccional con que cuentan constitucionalmente y cuyo pluralismo jurídico les permite tener competencia

(Tirado, Bahamón, Cujabante 2020), y no ven en el Estado colombiano una autoridad, bien sea porque geográficamente se encuentran alejados de las ciudades y de las autoridades estatales, o por factores lingüísticos al no existir un entendimiento al comunicar estos hechos ya que solo hablan su lengua nativa, o no ven una justicia expedita, o no comprenden cómo en la sociedad mayoritaria la privación de la libertad en establecimiento carcelario, conlleva a una solución que no es necesariamente efectiva porque no resocializa.

En el 2014, Cuesta et al (2014), en una revisión de literatura de la poco más de la última década acerca de explotación y trata de personas, encontraron en Hernández et al (2010), una conclusión "sobre la trata de personas en los pueblos indígenas colombianos, en la cual denuncian el desconocimiento de esta problemática y la inexistencia de estudios detallados"; una situación que en la actualidad se perpetua, y no se tienen datos que permitan precisar la magnitud y las características de los delitos sexuales contra los niños, niñas y adolescentes, entre ellos la ESCNNA.

Conclusión similar, acerca de la falta de diagnósticos, la establecen Castillo M. y Durán I. (2015), quienes aducen que "en definitiva los grupos marginales como los indígenas y los campesinos, (...) (que se encuentran casi huérfanas de estudios e investigaciones) son los más vulnerables junto a las mujeres, los niños y las niñas."

El manejo y la concepción de las poblaciones indígenas respecto a la integridad sexual y reproductiva – como ya se acotó –, cada comunidad indígena representa una cultura única, una cosmovisión propia, que en muchos casos difiere de la que tiene la mayoría de la población no indígena, como es el caso de las concepciones respecto a la sexualidad.

En consecuencia, en lo referente a la valoración y comprensión de esta, en las comunidades indígenas se destaca que para los pueblos indígenas las prácticas sexuales, resultan ser algo sagrado, cotidiano, no distinguen edades valoradas para iniciar una vida sexual y productiva activa, como en la cultura occidental, o lo que las comunidades indígenas denominan "la ley blanca o la de los mestizos", por ende su condicionante según la cultura, es posiblemente "adolescentes" menores de edad que estén listos en su desarrollo fisiológico y que pueden formar una familia³.

En este entendido, es frecuente las uniones como pareja en edades tempranas, donde las mujeres oscilan en edades de 12, 13, 14 años, con posiblemente jóvenes u hombres en edades mas avanzada, y el hecho que hayan tenido relaciones sexuales,

3 Haciéndose la salvedad, que en algunos pueblos indígenas no se pasa de la niñez a la adolescencia o juventud, y el tránsito se hace directamente a la adultez, en cuanto se valora la comprensión del mundo y sus cosmovisiones.

hace parte del cumplimiento y ordenamiento que marca la ley de origen de cada pueblo, de acuerdo con su manera de interpretar la vida y recrear el mundo donde la fertilidad juega un rol diferente a como entendemos desde lo occidental la integridad sexual y reproductiva de sus comunidades.

Respecto a la dificultad que puede presentarse por parte de un externo a la comunidad para entender estas concepciones, el Peritaje Antropológico, se ha convertido en una de las principales herramientas utilizadas desde el mundo occidental, mediante el cual un experto o perito, tiene la difícil tarea de compaginar la comprensión de esos dos mundos, cuya valoración adecuada de una prueba se constituye en un elemento necesario para ese diálogo que debe surgir desde la interculturalidad y la interlegalidad, con el reto que dicho perito pese a ser externo a la comunidad o pueblo indígena, o al ámbito de sus valores, cultura, sistemas, símbolos, significados, significantes..., pueda realizar una valoración holística y ésta no sea sesgada o errada, para lo cual puede servirse de interpretes de las mismas comunidades.

Acciones como las siguientes son realizadas por pueblos indígenas, y evaluarlas sin un contexto adecuado poco aportaría a un debate jurídico:

Dejar a niños u'wa gemelos en un hormiguero para que la madre naturaleza –una deidad– los recoja, asesinar un hombre nasa a otro porque es brujo, organizarse para tomar tierras más allá del resguardo, sacar los nukak makú a los niños huérfanos o con defectos físicos de los territorios donde habitan sus clanes y bandas tribales, tener bajo reclusión reservada a un joven ladrón... (Sánchez Botero, 2006, p. 41)

Vemos como la concepción de justicia, delito y pena por parte de los pueblos indígenas, en muchos casos difieren de la que poseen la mayoría de la población colombiana, con lo cual la determinación de la ocurrencia o no de un delito en contra de un niño o niña menor de 18 años, parte de las condiciones contextuales en la que se realizan determinados actos y no en la realización del mero acto como se predica en nuestro ordenamiento jurídico, esto mismo puede considerarse respecto al criterio de administrar o no justicia por parte de la comunidad. Un ejemplo lo encontramos en una entrevista radial que llamó la atención del público y cuya temática en palabras de su realizador, puede ser resumida. “Toda la vida se ha dicho que, en la Alta Guajira, venden a las chinitas. ¿Todavía venden las chinitas?”, pregunta (...) al entrevistado, quien responde afirmativamente” (El Tiempo, 14 de mayo de 2020).

La respuesta a esta pregunta, y comentarios de índole sexual respecto a las niñas de la etnia Wayuu, fueron realizados en una entrevista radial a un palabrero de la

misma etnia, el cual asegura que esta práctica se realiza “en toda la región, lo que es Uribia, Maicao, Riohacha, el Cabo de la Vela, Media Luna y la Alta Guajira”, y que el precio sería de Cinco Millones de Pesos Colombianos por una “chinita”; dichas declaraciones llevaron al pronunciamientos de parte de la Presidente de la Republica, la Vicepresidente, la Fiscalía General de la Nación y todo tipo de organizaciones.

El conflicto no deja de ser evidente cuando se aborda desde otra versión estas prácticas, las cuales también son defendidas por integrantes de la comunidad, como por Ana Iguarán, autoridad tradicional del territorio Ipapüle “Para nosotros es Paünaa, es matrimonio ancestral wayuu. Es la tradición de sellar alianzas entre familias, procurando garantizar largos ciclos de paz entre los wayuus. Los animales y las joyas de la alianza, suministrados por los mayores de la familia, velarán para que a esta nueva alianza no les falte nada. No es compra y venta, no es trata de mujeres”. (Ardila, 2020).

Estas confrontación en el significado real de las prácticas que se dan en un contexto en el cual “de 107 millones de niñas que hay en América Latina y el Caribe, 60 millones de ellas estarán casadas antes de cumplir los 18 años” (Rojas Hernández, 2020); situación que se encuentra aún más agudizada en las zonas rurales donde “son madres el 55 por ciento de las niñas entre los 10 y los 14 años que están en unión matrimonial o unión informal, y el 75 por ciento de las adolescentes de entre 15 y 19 años son madres.” (Rojas Hernandez, 2020).

Lo que indica que para la Justicia Ordinaria y la Indígena, aplican tratamientos distintos, en el entendido que para la primera se ancla con la Constitución Colombiana y sus leyes y la segunda de conformidad con la consmovisión, normas, usos y costumbres de cada pueblo indígena, donde la diversidad cultural es “la aceptación de la alteridad ligada al asentimiento de la multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental” (Rouland, 2000, Citado en Gutierrez, 2011, p. 89) con lo cual “el principio de diversidad étnica y cultural se articula desde la igualdad” y en palabras de Gutiérrez: “igualdad de derechos de ciudadanía” en consonancia con “su historia y riqueza ancestral, que debe ser protegida” (p. 89).

La representación constitucional de los pueblos indígenas desplegada en la Constitución de 1991 reconoce el principio fundamental del pluralismo jurídico, el predominio y la conservación de una cultura diversa (Tirado, 2021), por ende la protección internacional de los niños, niñas y adolescentes y la jurisdicción de pueblos indígenas “dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias

normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República" (Constitución Política de 1991, art. 246).

Mismas consideraciones podrían acudir respecto a la imposición de pena, donde es común en la cultura occidental el uso de la privación de la libertad en un centro penitenciario y carcelario, como mecanismo imperante del modelo penal; esta alternativa no puede resultar más que extraña a algunos pueblos indígenas, para los cuales la idea de mantener una persona desconectada de la comunidad y sin realizar labores productivas, no cumple realmente el propósito de una pena, un ejemplo de ello lo encontramos en los miembros de comunidades indígenas privados de la libertad en centros carcelarios.

Al salir de la cárcel (...) se encuentran en el vacío: no son de la cultura occidental ni de la cultura indígena. La ausencia de diálogo serio en torno al reconocimiento del pluralismo jurídico igualitario ha propiciado la polarización identitaria, donde la inexistencia de redes individuales y colectivas es otro factor central en el análisis de este fenómeno. (Gutiérrez Quevedo 2020).

Actualmente el Sistema Penal Penitenciario y Carcelario colombiano, no cuenta con un tratamiento con un enfoque étnicamente diferenciado, "lo cual es un problema pues según la Corte Constitucional 39 pueblos indígenas están en riesgo de extinción física y cultural, es decir que cuentan con menos de 200 personas y su idioma y sus tradiciones ancestrales están a punto de desaparecer. La situación se agrava por el hacinamiento carcelario" (Cruz Rodríguez, 2020).

La actual Constitución Política, reconoce las diferentes formas de administrar justicia de los pueblos indígenas, si bien desde el pluralismo jurídico se ha podido interlocutar bajo diferentes sistemas en un mismo territorio, en lo que respecta a la transgresión sexual contra niños, niñas y adolescentes por no indígenas o estos cometen delitos contra no indígenas fuera de su territorio, estos se juzgan bajo la Justicia Ordinaria, pero el debate se suscita desde la sociedad civil o desde los tribunales caso altas cortes si los Pueblos Indígenas tienen competencia o no, fuero penal o no, a pesar de tener tribunales propios, para juzgar delitos sexuales contra menores de edad de 18 años, donde podemos tener posiciones distintas⁴, por tanto como muy bien lo precisa la Corte Suprema de Justicia, se considera que en materia de delitos sexuales contra menor de edad, el debate se suscita en que priman los

4 Corte Constitucional: Sentencias: T-254 de 1994, T-617 DE 2010, T-844 de 2011, T- 921 de 2013. T-196 de 2015, entre otras. Consejo Superior de la judicatura: Consejo Superior de la Judicatura, Sentencia 19001110200020120042701, oct. 18 de 2012, M. P. Pedro Alonso Sanabria. Sentencia 11001010200020140001100 (2178), ene. 22 de 2014, M. P. Ovidio Claros, entre otras.

derechos y la integridad sexual de los niños como un bien jurídico compartido por encima de las comunidades indígenas, y por tanto estos deben ser de conocimiento de la Justicia Ordinaria (STC 7111-2018).

Referencias bibliográficas.

Ardila, María Paula. (2020). "La lucha por la reivindicación de las mujeres en la cultura wayuu." *El Espectador*, junio 19.

Castillo Murillejo, N., & Durán Ibatá, Ó. (2015). Caracterización de las formas de explotación de niños, niñas y adolescentes en once países de América Latina. *Revista Analisis Internacional* (6), 143-156.

Consejo Superior de la Judicatura -CSJ. Corporación Excelencia en la Justicia. (2020). Índice de Congestión por jurisdicción en Colombia. Mayo 27. <https://cej.org.co/indicadores-de-justicia/efectividad/indice-de-congestion-sector-jurisdiccional-y-por-jurisdiccion-en-colombia/>

Congreso de la República (1991). *Constitución Política de Colombia*. <http://www.secretariassenado.gov.co/index.php/constitucion-politica>

Corte Constitucional (2021). Sentencia C-294 (2 de septiembre). M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

Corte Suprema de Justicia. (2018). STC 7711 Rad. 00411-01 de 31 de mayo. Sala de Casación Civil. M.P. Margarita Cabello Blanco. <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2018/06/Tutela-STC7111-2018.pdf>

Cruz Rodríguez, M. (2020) "Indígenas en prisión, forzados a cambiar su cultura." *Periodico UN*. Febrero 17

Cuesta M, O., Castillo M., N., Cárdenas P., G., & Gutiérrez V., A. (2014). Propuestas de sensibilización para la prevención y medios de comunicación. *Hallazgos* (23), pp. 251-273.

CNMH (2010). *Informe nacional de violencia sexual en el conflicto armado*. Bogotá: CNMH

- DANE. Corporación Excelencia en la Justicia. (2020). *Tasa de Denuncias en Colombia*. Abril 14, <https://cej.org.co/indicadores-de-justicia/demanda-de-justicia/tasa-de-denuncia-en-colombia/>.
- DANE. (2019). *Encuesta de Convivencia y Seguridad Ciudadana (ECSC) Periodo de referencia año 2018*. Boletín Técnico, Bogotá D.C.: DANE.
- DE SOUSA SANTOS, Boaventura. (2020). *Para una articulación descolonizadora entre la justicia estatal y la justicia propia*. Bogotá D.C.: Instituto Colombo-Alemán para la Paz – CAPAZ y el Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano – CEDPAL, 3.
- Deutsche Welle, (3 de julio de 2020). Colombia retira del Ejército a sargento que denunció a soldados que violaron niña. <https://www.dw.com/es/colombia-retira-del-ej%C3%A9rcito-a-sargento-que-denunci%C3%B3-a-soldados-que-violaron-ni%C3%B1a/a-54044722>
- El Tiempo. (24 de mayo de 2020). "Gobierno pide a la Fiscalía indagar venta de niñas Wayuu". <https://www.eltiempo.com/vida/mujeres/gobierno-pide-a-la-fiscalia-indagar-venta-de-ninas-wayuu-499152>
- El Tiempo (1 de julio de 2020). Fiscalía indaga 13 casos de violencia sexual en comunidad Nukak-Maku <https://www.eltiempo.com/justicia/delitos/fiscalia-indaga-13-casos-de-violencia-sexual-en-comunidad-nukak-maku-514368>
- Fundación Universidad de las Américas Puebla (2019). Índice Global de Impunidad de Colombia. La impunidad subnacional en Colombia y sus dimensiones (IGI-Col) Fundación Universidad de las Américas, Puebla.,p. 168.
- Gallup Poll Invaer. Corporación Excelencia en la Justicia. (2020) *Percepción ciudadana sobre el Sistema Judicial colombiano*. Mayo 4, <https://cej.org.co/indicadores-de-justicia/confianza-y-corrupcion/opinion-ciudadana-acerca-del-sistema-judicial-colombia/>
- Gutierrez Quevedo, M. 2020 "Pluralismo jurídico y cultural extinto en los muros carcelarios" En: *Pluralismo Jurídico y Derechos Humanos: Perspectivas Críticas desde la Política Criminal*. Bogota D.C. Universidad Externado de Colombia.
- Hernández, A., Luna, B., Soto, C., Castro, J., & García, N. (2010). La trata de personas y los pueblos indígenas: un acercamiento ante la desconocida

situación de los indígenas en Colombia. *VII Congreso Internacional: "Un reto para nuestras sociedades: Identidades, Interculturalidad, Pluralismo Jurídico y Derechos Colectivos"*. Red Latinoamericana de Antropología Jurídica. Pontificia Universidad Católica del Perú

Instituto Nacional Penitenciario. Corporación Excelencia en la Justicia.(2020) *Libertades por vencimiento de términos en Colombia*. Marzo 19.

Naciones Unidas. (2010) *Informe Anual de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos*. <https://www.hchr.org.co/index.php/informes-y-documentos/informes-anales>

Ramírez, M C. (2018) "Asuntos Legales". *La corrupción vuelve a ser el principal tema de preocupación para los colombianos*. Mayo 03.

Rojas Hernández, T. (2020). "Colombia, el puesto 9 en América Latina con más niñas en unión marital" *El Tiempo*, junio 30.

Sánchez Botero, E. (2006). Entre el juez Salomón y el dios Sira : decisiones interculturales e interés superior del niño. Ed. Gente Nueva.

Semana, (1 de agosto de 2021). Condenan a siete militares involucrados en abuso sexual de niña indígena embera en Risaralda. <https://www.semana.com/nacion/articulo/condenan-a-siete-militares-involucrados-en-abuso-sexual-a-nina-indigena-embera-en-risaralda/202146/>

Tirado, M. Pinilla, J. (2021). *Eficacia simbólica de las decisiones judiciales. Diálogo intercultural e interjurisdiccional entre la justicia especial indígena (JEI) y la justicia ordinaria (JO)*. Bogotá. ILAE

Tirado, M. (2021). La construcción de los derechos sexuales de los NNA en la jurisdicción indígena. En L. Lora (Comp.), *Infancias, narrativas y derechos*. Ediciones Departamento de Publicaciones; Facultad de Derecho UBA.

Tirado, M. Cáceres, V. Velandia, R. Sánchez, R. (2021). Delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes frente al populismo mediático y punitivo. *Revista VIEI (16)1*

Tirado, M. Bahamón, M. Cujabante, X. (2020). "Retos en el pluralismo jurídico colombiano: Diálogos jurisdiccionales sobre los delitos sexuales contra

menores niños, niñas y adolescentes en comunidades indígenas para la garantía de una protección especial”, En: Gutiérrez, M. Olarte, A. (Editoras) (2020). *Pluralismo jurídico y derechos humanos: perspectivas críticas desde la política criminal*. Universidad Externado de Colombia.

La responsabilidad del Superior en el Derecho Penal Colombiano

Iván Ricardo Morales Chinomé¹

Resumen

La responsabilidad del Superior, es una figura *sui generis* del Derecho Internacional, diferente a las formas tradicionales de autoría y participación, la cual fundamenta la responsabilidad penal del Superior Civil o Militar por los crímenes de Derecho Internacional cometidos por sus subordinados. El Acuerdo de Paz de 2016 de Colombia, y las leyes que regulan el funcionamiento de la Jurisdicción Especial para la Paz, establecen un tipo particular de responsabilidad del Superior aplicable a los comandantes de las Fuerzas Armadas de Colombia y las FARC-EP; sin embargo, su regulación no corresponde a lo establecido en el Derecho Internacional consuetudinario y el artículo 28 del Estatuto de Roma respecto a esta figura.

Palabras clave

Responsabilidad del Superior; Derecho Penal Internacional; Corte Penal Internacional; Derecho Penal Colombiano; Jurisdicción Especial para la Paz; Estatuto de Roma.

1. Introducción

La presente conferencia, resume las conclusiones que fueron el resultado de mi trabajo de maestría presentado en la Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg (FAU) en Alemania. La tesis de maestría se tituló: "la Responsabilidad del Superior según el Derecho Penal Internacional y el Derecho Colombiano".²

1 (LL.M.) Universidad de Núremberg, Alemania. Investigador Universidad Nacional de Colombia. Correo autor, irmoralesc@unal.edu.co.

2 Die Vorgesetztenverantwortlichkeit nach Völkerstrafrecht und kolumbianischem Recht.

La responsabilidad del Superior es una forma de responsabilidad del Derecho Internacional y una creación jurídica, la cual funda la responsabilidad penal del superior por delitos de Derecho Internacional de sus subordinados que no fueron ordenados por él (Safferling, 2011).

El término "responsabilidad del Superior" es más apropiado que el término "responsabilidad de mando" (Ambos, 2018) y (Werle & Jeßberger, 2020), toda vez que, la responsabilidad del Superior incluye tanto a los superiores militares como a los superiores civiles, y es el término que adopta el Derecho Internacional, mientras que la responsabilidad de mando se refiere solamente a los superiores militares.

Muchos códigos de derecho militar nacional, así como el derecho consuetudinario internacional y el derecho humanitario, han reconocido la responsabilidad del Superior. Por ejemplo, el Código Lieber de 1873 de Estados Unidos de América y las Convenciones de La Haya de 1907, describen esta figura de responsabilidad. Sin embargo, la doctrina de la responsabilidad superior, que castiga a un comandante por no prevenir, investigar o sancionar los crímenes de sus subordinados, no se incorporó realmente al Derecho Internacional hasta después de la segunda guerra mundial (Cassese, 2003).

Para muchos académicos, el origen de la responsabilidad del Superior tuvo lugar en el caso Yamashita. En este caso, una comisión militar estadounidense condenó a muerte al general japonés Tomoyuki Yamashita, en diciembre de 1945, por los crímenes cometidos por sus subordinados en la ocupación de Manila durante la Segunda Guerra Mundial. Posteriormente, en los juicios de Núremberg, esta figura fue utilizada nuevamente para condenar criminales de guerra y de lesa humanidad del régimen nazi (Karsten, 2010).

Después de la Segunda Guerra Mundial, esta figura fue consagrada en el artículo 7, párrafo 3 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, en el artículo 6, párrafo 3 del Tribunal Penal Internacional para Ruanda y en el artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma).

El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, desarrollaron esta forma de responsabilidad en la década de 1990 (Safferling, 2011). Años más tarde, la Corte Penal Internacional también se ocupó de esta figura jurídica en el caso Bemba (CPI, 2009, Fiscal vs. Bemba).

2. La Responsabilidad del Superior en el Estatuto de Roma

La Responsabilidad del Superior es una forma *sui generis* de responsabilidad (Ambos, 2018) y no debe confundirse con las formas de participación tradicionales del derecho penal. Así pues, esta figura es diferente a la autoría directa, coautoría, autoría mediata, complicidad o determinación, por cuanto tiene su propia naturaleza y requisitos únicos, por tal razón se encuentra consagrada en el artículo 28 del Estatuto de Roma, como una figura independiente a las descritas en el artículo 25 del mismo estatuto. El texto del artículo 28 es el siguiente:

Responsabilidad de los jefes y otros superiores

Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte:

- a) El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando:
 - i) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y
 - ii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.
- b) En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando:
 - i) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos;
 - ii) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y

iii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

La opinión dominante, subdivide los requisitos de la responsabilidad del Superior del artículo 28 del Estatuto de Roma en requisitos objetivos y subjetivos. Desde un punto de vista objetivo, esta forma de responsabilidad tiene cuatro requisitos: (1) la relación entre superiores y subordinados; (2) liderazgo y control efectivos; (3) la omisión del superior; y (4) la causalidad. Desde un punto de vista subjetivo, se pueden establecer tres estándares: (1) conocimiento positivo (para superiores militares y no militares); (2) ignorancia negligente (para superiores militares) y (3) negligencia especial (para superiores no militares) (Ambos, 2018), (Safferling, 2011) y (Satzger, 2013). Estas características se describen a continuación:

Requisitos objetivos

(1) La relación entre superiores y subordinados. La relación superior-subordinado solo existe en estructuras jerárquicas, ya sean militares o no militares. Las estructuras jerárquicas militares pueden ser tropas gubernamentales regulares, como el ejército y la policía y tropas irregulares como guerrillas, grupos paramilitares, movimientos de resistencia armada y milicias, que representan una organización militar o siguen una cadena de mando. Por otro lado, los superiores no militares pueden ser líderes políticos y otros superiores civiles en posiciones de dirección, por ejemplo, funcionarios públicos y empresarios privados (CPI, 2009, *Fiscal vs. Bemba*).

(2) Liderazgo y control efectivos. De acuerdo al artículo 28 a) del Estatuto de Roma, el control efectivo se refiere a la capacidad material de un superior para tomar todas las medidas necesarias para prevenir o reprimir la comisión de los delitos de subordinados o para llevar el asunto a las autoridades competentes (CPI, 2009, *Fiscal vs. Bemba*).

(3) La omisión del superior. Del artículo 28 del Estatuto de Roma se desprenden los siguientes tres elementos de la responsabilidad del superior: el delito básico, las medidas necesarias y adecuadas y los deberes del superior.

El delito básico, se refiere a los crímenes bajo la jurisdicción de la Corte Penal Internacional (CPI, 2016, *Fiscal vs. Bemba*), es decir los mencionados en el artículo 5 del estatuto de la CPI: genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y agresión.

El Superior debe tomar todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o castigar la comisión de delitos o llevar el asunto a las autoridades competentes para su investigación y enjuiciamiento (CPI, 2016, Fiscal vs. Bemba).

Finalmente, tres obligaciones son enumeradas en el Art. 28 a) (ii) del Estatuto de Roma: deber de prevenir, deber de reprimir y deber de remitir el caso. Debe probarse que el superior ha incumplido al menos una (CPI, 2009, Fiscal vs. Bemba).

(4) La causalidad. De acuerdo con el artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, la causalidad es un requisito para declarar la responsabilidad del superior, por tanto los crímenes cometidos por los subordinados deben ser el resultado de la omisión del superior para ejercer un control adecuado sobre sus tropas.

Requisitos subjetivos

(1) Conocimiento positivo (para superiores militares y no militares). El artículo 28 a) (i) y b) (i) exige que el superior civil o militar tenía conocimiento positivo del hecho. Es decir el superior puede ser condenado si sabía que las tropas estaban cometiendo o estaban a punto de cometer los crímenes .

(2) Ignorancia negligente (para superiores militares). El superior militar también puede ser condenado si por negligencia, no tuvo conocimiento de la comisión del delito por parte de sus subordinados. Este criterio exige un comportamiento activo por parte del superior para tomar las medidas necesarias para asegurarse de estar informado de las acciones de sus tropas (CPI, 2009, Fiscal vs. Bemba).

(3) Negligencia especial (para superiores no militares). El tercer estándar establecido en el artículo 28 b) (i) corresponde a una negligencia especial por parte de los superiores civiles (Ambos, 2018). El superior debe haber ignorado deliberadamente cualquier información que claramente indicaba que los subordinados habían cometido o estaban a punto de cometer delitos.

3. La Responsabilidad del Superior en el Derecho Penal Colombiano

Colombia ha implementado parcialmente el Estatuto de la CPI (Ávila Roldán, 2015), y su sistema legal contiene un tipo particular de responsabilidad del superior, el cual está descrito en el Acuerdo de Paz de 2016, las normas que crean y desarrollan la Jurisdicción Especial para la Paz y la jurisprudencia de los tribunales colombianos.

El gobierno colombiano y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia - Ejército del Pueblo - FARC-EP firmaron un acuerdo de paz el 24 de noviembre de 2016, que creó la Jurisdicción Especial para la Paz - JEP. La JEP es un tribunal especial responsable de investigar los delitos de Derecho Internacional cometidos por miembros de las Fuerzas Armadas de Colombia y miembros de las FARC-EP.

El Acuerdo de Paz y las leyes que regulan el funcionamiento de la JEP, establecen un tipo de responsabilidad del superior aplicable a los comandantes de las Fuerzas Armadas de Colombia y las FARC-EP cuando sus subordinados han cometido delitos de competencia de ese tribunal. Esta figura se encuentra regulada en los numerales 44 y 59 del punto 5 del Acuerdo de Paz, en el artículo transitorio 24 del Acto Legislativo 01 de 2017 y en los artículos 67 y 68 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz - LEAJEP.

El texto de los numerales 44 y 59 del punto 5 del Acuerdo de Paz establece:

44.(...) En ningún caso la responsabilidad del mando podrá fundarse exclusivamente en el rango, la jerarquía o el ámbito de jurisdicción. La responsabilidad de los miembros de la fuerza pública por los actos de sus subordinados deber fundarse en el control efectivo de la respectiva conducta, en el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante y después de la realización de la respectiva conducta, así como en los medios a su alcance para prevenir, y de haber ocurrido, promover las investigaciones procedentes.

59. (...) La responsabilidad de los mandos de las FARC-EP por los actos de sus subordinados deberán fundarse en el control efectivo de la respectiva conducta, en el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante y después de la realización de la respectiva conducta, así como en los medios a su alcance para prevenirla, y de haber ocurrido adoptar las decisiones correspondientes. La responsabilidad del mando no podrá fundarse exclusivamente en el rango o la 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 ejecución de la conducta delictiva, tal y como se establece en el Derecho Internacional.

Por su parte, el artículo transitorio 24 del Acto Legislativo 01 de 2017 establece la «responsabilidad de mando» de la siguiente manera:

Artículo transitorio 24. Responsabilidad del Mando.

Para la determinación de la responsabilidad del mando, la Jurisdicción Especial para la Paz aplicará, en el caso de los miembros de la Fuerza Pública, el Código Penal colombiano, el Derecho Internacional Humanitario como ley especial, y las reglas operacionales de la Fuerza Pública en relación con el DIH siempre que ellas no sean contrarias a la normatividad legal. La determinación de la responsabilidad del mando no podrá fundarse exclusivamente en el rango, la jerarquía o el ámbito de jurisdicción. La responsabilidad de los miembros de la Fuerza Pública por los actos de sus subordinados deberá fundarse en el control efectivo de la respectiva conducta, en el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante, o después de la realización de la respectiva conducta, así como en los medios a su alcance para prevenir que se cometa o se siga cometiendo la conducta punible, siempre y cuando las condiciones fácticas lo permitan, y de haber ocurrido, promover las investigaciones procedentes.

Se entenderá 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 rea 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 adecuadas 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.

Finalmente, el artículo 67 de la LEAJEP reproduce el contenido del numeral 59 del punto 5 del Acuerdo de Paz y el artículo 68 de la LEAJEP remite al artículo transitorio 24 del Acto Legislativo 01 de 2017.

A partir del análisis de la responsabilidad del superior consagrada en las normas colombianas anteriormente citadas frente al artículo 28 del Estatuto de Roma y la jurisprudencia internacional sobre esta materia, es posible concluir lo siguiente:

El Acuerdo de Paz y las leyes de la JEP enuncian explícitamente la "responsabilidad de mando" aplicable a los comandantes militares de las fuerzas armadas colombianas y las FARC. Sin embargo, estas normas no incluyen la "responsabilidad del superior", la cual es aplicable también a los superiores no militares.

Las normas de la JEP determinan diferencias en la aplicación de la responsabilidad de mando para los comandantes de las fuerzas armadas y los comandantes de la guerrilla de las FARC, sin embargo este trato diferencial no está reconocido por el Derecho Internacional. El artículo 28 del Estatuto de Roma diferencia solamente los superiores civiles de los militares.

Adicionalmente, se establece que la responsabilidad de mando «no debe basarse únicamente en el rango, jerarquía o área de responsabilidad» del comandante. Esta restricción es contraria al Derecho Penal Internacional, por cuanto el rango, la jerarquía y el área de responsabilidad hacen referencia al mando militar formal, en cambio el artículo 28 del Estatuto de Roma exige que el mando militar sea *de facto*, pues son comandantes militares las "personas que actúan efectivamente como tales".

Finalmente, en el sistema legal colombiano el comandante debe ejercer un control efectivo sobre "la conducta delictiva" de sus subordinados. Sin embargo, este no es un elemento del artículo 28 del Estatuto de Roma, pues este solamente requiere que el comandante ejerza un control efectivo sobre sus «subordinados» que están cometiendo los crímenes, no sobre los delitos cometidos.

Por todo lo anterior, considero que la responsabilidad del superior en el derecho colombiano se desvía tanto del Derecho Internacional consuetudinario como del artículo 28 del Estatuto de Roma, y en consecuencia es probable que las actividades de la JEP se vean afectadas por esta situación cuando los comandantes de las Fuerzas Armadas colombianas y las FARC-EP sean juzgados por los crímenes de Derecho Internacional cometidos por sus subordinados.

Referencias bibliográficas.

Ambos, K. (2018). *Internationales Strafrecht*. C.H.Beck.

Ávila Roldán, M. (2015). *La adecuación del derecho interno al Estatuto de la Corte*

Penal Internacional en el marco de la complementariedad y la cooperación. Universidad Externado de Colombia.

Cassese, A. (2003). *International Criminal Law*. Oxford University Press.

Fiscal vs. Bemba, ICC-01/05-01/08, Decisión sobre la sentencia de conformidad con el

Artículo 76 del Estatuto de Roma, (Jun 21, 2016), https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016_04476.PDF.

Fiscal vs. Bemba, ICC-01/05-01/08-424, Decisión sobre la confirmación de cargos de

conformidad con el Artículo 61(7) (a) y (b) del Estatuto de Roma, (Jun 15, 2009), https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2009_04528.PDF.

Karsten, N. (2010). *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des nicht-militärischen Vorgesetzten*. Duncker & Humblot.

Safferling, C. (2011). *Internationales Strafrecht: Strafanwendungsrecht-Völkerstrafrecht-Europäisches Strafrecht*. Springer-Verlag,

Satzger, H. (2013). *Internationales und Europäisches Strafrecht*. Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG.

Werle, G. & Jeßberger, F. (2020). *Völkerstrafrecht*. Mohr Siebeck,

La reparación simbólica en la Justicia Transicional

Jonatan Yesid Amado¹

Resumen

La ponencia, parte de la Justicia Retributiva, en donde la reparación simbólica surge como una respuesta y medio para reparar la grave y sistemática transgresión a los derechos humanos, pasando por la importancia de las víctimas, que son el foco principal, en donde la justicia, verdad, reparación y garantías de No Repetición son pilares fundamentales. Teniendo en cuenta la importancia de las víctimas en este proceso, se tiene la reparación simbólica como una herramienta indispensable para lograr la un resarcimiento en el marco de una Justicia Transicional y Retributiva.

Se menciona la relación entre reparación simbólica y el derecho, y como esta es necesaria para contar e interpretar sucesos históricos que hacen parte hoy día de la realidad de un país que ha salido de un conflicto armado interno de más de 50 años, y que actualmente atraviesa por un periodo que ha sido denominado por muchos como posconflicto.

Palabras Clave

Justicia Transicional, Arte; Cultura; Posconflicto; Justicia Retributiva.

Abstract

The paper starts from retributive justice where symbolic reparation emerges as a response and means to repair the serious and systematic transgression of human rights, passing through the importance of the victims, who are the main focus, where justice, truth, reparation and guarantees of non-repetition are fundamental pillars. Taking into account the importance of the victims in this process, symbolic reparation is seen as an indispensable tool to achieve redress within the

¹ Estudiante de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, adscrito a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Hace parte del Grupo de Investigación Derecho Penal y Derecho Internacional Humanitario UPTC. jonatan.amado@uptc.edu.co

framework of transitional and retributive justice.

The relationship between symbolic reparation and law is mentioned, and how it is necessary to recount and interpret historical events that are now part of the reality of a country that has emerged from an internal armed conflict of more than 50 years, and is currently going through a period that has been referred to by many as post-conflict.

Key Words: Transitional justice; Art; Culture; Post-conflict; Restorative justice.

1. Introducción

Se puede iniciar con una concreta definición de lo que se interpreta como Justicia Transicional, según lo define *Félix Reátegui* en su obra denominada "Justicia Transicional, Manual para América Latina", la Justicia Transicional es un proceso de cambio en la política que enfrenta sociedades salidas de periodos de violencia en que se han cometido graves violaciones de los derechos humanos y en las que se busca llegar a una reconciliación nacional.²

Como se puede ver, no hay definición que se ajuste más a la realidad nacional que esta, y de conocimiento general, Colombia es un país que históricamente se ha visto envuelto en conflictos políticos que trascienden a la toma de armas, y por consiguiente, a la guerra, pero que gracias al diálogo y a la voluntad de las partes, Estado y grupos al margen de la ley, se ha podido llegar a un acuerdo de paz, imperfecto, pero, que ha logrado dar fin a una guerra de más de medio siglo, al menos como se conocía, sin dejar de lado el papel que cumplen las víctimas; en este modelo de Justicia Transicional, el enfoque debe estar centrado en la reparación integral de las mismas, garantizando así su, dignificación y reivindicación en la sociedad.

El hecho de que no existe una única fórmula para afrontar la transición, no significa que no existan algunos parámetros básicos de Justicia Transicional o en transición, como son los derechos a la justicia, a la verdad, a la reparación y a las garantías de No Repetición.

2 Reátegui, F. (Ed.). (2011). Justicia Transicional: manual para América Latina. Ministerio de Justicia de Brasil, Comisión de Amnistía.

Conforme a la reparación que es el tema central de la justicia, en concordancia con los estándares del Derecho Internacional, esta se compone de varias medidas, las cuales se interrelacionan: la restitución, indemnización, rehabilitación y satisfacción.

2. La reparación simbólica en la Justicia Transicional

En Colombia, hacia el año 2019, la JEP, en conjunto con la universidad Nacional de Colombia, desarrollan el seminario denominado Experiencias Estéticas, Arte y Cultura en la Paz y la Justicia Transicional; cuyo fin era hallar la reflexión sobre el lugar que ocupan las artes en la Justicia Transicional y su importancia en cuanto a recepción e impacto de testimonios, además de la reparación de las víctimas del conflicto armado, teniendo como fin último la traducción de las verdades judiciales a los lenguajes del arte para que éstas puedan hacer parte de la memoria pública compartida.³

En este seminario y en la voz de varios expertos, se resalta el hecho de que en el marco de la Justicia Transicional, el arte es realmente necesario para la narración de hechos y esclarecimiento de la verdad, y es que el arte, es un idioma más legible y universal que facilita contar todo este proceso de reparación y verdad.

Martha Nubia Bello, Directora de Investigaciones de la Universidad Nacional de Colombia, en su discurso de apertura del evento, señala que “el arte tiene una posibilidad enorme para reivindicar, reconocer y dignificar a las víctimas, de esto hablan las pinturas, los cantos, el teatro”, y es que, las víctimas como parte pasiva en el conflicto armado, nunca han tenido el protagonismo y la atención que merecen, por eso es necesario el arte como medio para escuchar y atender a lo que ellas quieren manifestar, ya que por medio de dichas manifestaciones artísticas han buscado incesablemente de contar su historia.

En el marco de la Justicia Transicional, apenas joven como la nuestra, se ve necesario e imprescindible, ya que, a través de todos estos medios artísticos, fotografía, teatro, pintura, cuentos y demás, que buscan transmitir ese sentimiento de dolor, de injusticia y de memoria; ya que no muere quien se entierra sino quien se olvida. También por esto, es que se busca dar un mensaje de aliento, de resistencia, de conciliación y perdón.

3 Arte y Cultura en la Paz y la Justicia Transicional.

3. La reparación mediada por las expresiones artísticas y culturales

Yolanda Sierra (2014), menciona la importancia de la reparación como forma de transformación de las relaciones y desigualdades que favorecieron a la violación de Derechos Humanos y así mismo, resalta lo que parece ser lo más relevante de la reparación desde el arte y sus formas de enmendar.

Por otro lado, podemos mencionar lo que constituye que hace parte de las garantías de satisfacción lo que son:

1. Elementos de verdad
2. Memoria
3. Dignificación de las víctimas

Estos elementos recogidos en múltiples expresiones artísticas, como el canto, poesía indígena, algunos ejemplos de ello, los alabos del pacífico donde mujeres despiden a sus muertos, acompañados de oraciones y plegarias, aquellas que han sido una forma de despedir la muerte la natural, ahora se han transformado para despedir la "mala muerte", aquella que ha sido en el marco del conflicto armado, convirtiéndose en una forma de memoria pero sobre todo de resistencia, de duelo colectivo por las circunstancias del mismo conflicto en el que se han arrebatado múltiples vidas en un mismo espacio durante mucho tiempo.

Yolanda Sierra, docente investigadora del Departamento de Derecho Constitucional, de la Universidad del Externado de Colombia, hace referencia a la urgente necesidad de traducir a otros lenguajes, más digeribles. Tomando estas palabras es que buscamos poder demostrar la relevancia y significativa importancia que desempeña el arte en la dignificación y reparación de las víctimas del conflicto armado.

Siempre propendiendo a que se dé una reconciliación entre las partes del conflicto armado, reconciliación que tendrá su base en la verdad y la voluntad de hallarla, pero vista desde otro tópico, no desde la formalidad de los pactos en papel, sino desde las bases del arte y la cultura, en palabras de Laura Rodríguez, en su ponencia "*Reconciliación y arte performativo: más allá de la Justicia Transicional*", afirma que, el proceso de reconciliación se construye desde perspectivas no necesariamente formales, como los mecanismos tradicionales de la Justicia Transicional, sino desde "abajo", mediante expresiones artísticas cotidianas, lo cual permitiría dar una orientación y perspectiva totalmente distinta y revolucionaria a una reparación

integral de víctimas, en concordancia con lo anteriormente mencionado, me permitiré nombrar un proyecto de arte y cultura teatral denominado *Victus*, que en palabras escritas por Laura Rodríguez, autora de la ponencia ya mencionada, *Victus* surge en respuesta a una propuesta de un coronel de las fuerzas armadas de Colombia, en crear un proyecto, enfocado al reconocimiento a las víctimas al ser consideradas un grupo perdido en medio del conflicto.

Victus (víctimas victoriosas), es una obra de teatro para la reconciliación, obra desarrollada por un grupo particular de actores e intérpretes artísticos, digo particulares, porque es un grupo en el que por primera vez convergen exguerrilleros de las FARC, exparamilitares, sociedad civil y exmiembros de la fuerza pública. En la obra, la vida se vuelve sagrada a través de un ritual, en el que el fuego es la luz en medio de la oscuridad, el agua refleja la fluidez de los participantes, la tierra simboliza el principio y el motivo del conflicto, y el viento es el aliento de la vida para continuar.⁴

Toda esta simbología es realmente conmovedora e impactante, en el entendido de que hace alusión a las tragedias de la guerra y a lo que realmente ha sido el conflicto armado en el diario vivir de las víctimas, además de ser emotivo en cuanto a que en algún otro momento histórico distinto al que nos encontramos hoy, verdaderamente sería imposible el poder reunir personas que eran enemigas entre sí.

Dani R. Merriman, en su escrito "El arte y la condición de víctima; lo político y lo estético de hacerse visible", afirma que los académicos también han destacado el arte profesional en Colombia como uno de los medios que más ha permitido la transición de memoria, a su vez menciona que María victoria Uribe, en su ensayo denominado "arte y violencia en Colombia desde 1948" considera que la riqueza y la complejidad yacen en los márgenes y no en el hecho violento explícito, esta afirmación trasciende el territorio nacional a los pactos internacionales, y es que la víctima siempre ha sido ese "daño colateral" en guerras que no quieren pelear y de las cuales solo reciben dolor y sufrimiento, es así como Myriam Jimeno Arguye que en un ambiente de silencio y censura la literatura fue un recurso, un lenguaje cultural bien conocido por las capas letradas, para narrar y denunciar.⁵

4 ACR (19 de mayo de 2016). VICTUS abre el telón para la reconciliación.

5 El arte y la condición de Víctima: lo Político y lo estético de "hacerse visible" Merriman D.03 de junio del 2016, p.10. Universidad Nacional de Colombia.

En concordancia con lo anteriormente mencionado, se puede evidenciar que el arte y la cultura, en este caso transmitido por medio de la literatura vista como manifestación artística en el conflicto y en modelos de Justicia Transicional, cumplen un papel fundamental en el relato de hechos, situaciones y acontecimientos que son necesarios para el esclarecimiento de la verdad que es obligatoria en la reparación de las víctimas, verdad que llevará de a poco a la redignificación, reparación y reivindicación de la víctima en el conflicto armado.

4. El modelo de Justicia Transicional y su relación con la Justicia Retributiva

La ONU, define la Justicia Restaurativa en cualquiera de los escenarios que en Colombia se puede aplicar, es decir, por medio del derecho penal, más concretamente del derecho procedimental penal, como: "un proceso para resolver el problema de la delincuencia enfocándose en la compensación del daño a las víctimas, haciendo a los delincuentes responsables de sus acciones y también, a menudo, involucrando a la comunidad en la resolución del conflicto. La participación de las partes es esencial al proceso y enfatiza la construcción de relaciones y reconciliaciones, así como el desarrollo de acuerdos en torno a un resultado deseado por las víctimas y los delincuentes. Los procesos de Justicia Restaurativa pueden adaptarse a varios contextos culturales y a las necesidades de comunidades diferentes (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2006)⁶.

Para la Corte Constitucional en Sentencia C 112 del 2019, la Justicia Transicional es "una institución jurídica "...constituida por un conjunto de procesos de transformación social y política profunda en los cuales es necesario utilizar gran variedad de mecanismos para resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de lograr que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación (Corte Constitucional. Sentencia C 112, M.P. José Fernando Reyes Cuartas, Bogotá D.C., 13 de marzo, 2019)⁷.

Colombia, con sus varios millones de víctimas a raíz del conflicto armado, ha marcado un hito internacional en cuanto a la implementación de la Justicia Transicional se refiere, toda vez que ésta está encaminada hacia la búsqueda

6 El modelo de Justicia Transicional y su relación con la Justicia Retributiva en Colombia, Torres H, Echeverry R, Ortiz D. 4 de Febrero de 2021, p. 4, REVISTA BOLETÍN REDIP

7 Op. Cit.

la verdad, la reparación a las víctimas directas o indirectas en el marco de un conflicto armado y por supuesto la No Repetición de tal barbarie.

Daly, viene a reconocer que los defensores de la Justicia Restaurativa incluyen en su discurso al menos cuatro mitos, el primero de ellos es que la Justicia Restaurativa es lo opuesto a la justicia retributiva; el segundo es que la Justicia Restaurativa utiliza prácticas de justicia indígena y fue la forma dominante de justicia premoderna; el tercero es que este modelo de justicia es la respuesta o femenina al crimen en comparación con una respuesta de "justicia" de tipo masculino; y por último que la Justicia Restaurativa produce cambios importantes en las personas. (Daly, 2002)⁸.

Conclusiones

Se hizo énfasis en la urgencia de la participación de las víctimas en este proceso de reconciliación en el marco de la Justicia Transicional colombiana, es así como se resalta la función social que cumplen las expresiones culturales como medio de reparación simbólica a las víctimas del conflicto armado.

El Estado colombiano ostenta una deuda histórica para con las víctimas directas e indirectas del conflicto armado en Colombia.

Por medio de la Justicia Transicional, su amplitud y la Justicia Retributiva en el marco del posconflicto armado, las víctimas y victimarios por medio de expresiones simbólicas resisten de la intención de ser borrados de la historia de nuestro país.

Creando los diálogos intersubjetivos por medio de las denuncias, de las expresiones artísticas que dan a conocer lo sucedido crean conciencia, forman el tejido social en la medida que el reconocimiento entre víctimas directas e indirectas de conflicto armado, todas como víctimas de una misma guerra.

La reparación simbólica como herramienta de reparación concebida no como algo secundario, algo decorativo sino como un elemento con un alto componente político con capacidad de organizar y transformar.

8 El modelo de Justicia Transicional y su relación con la Justicia Retributiva en Colombia, Torres H, Echeverry R, Ortiz D. 4 de Febrero de 2021, pg 8, REVISTA BOLETÍN REDIP .

Referencias bibliográficas.

ACR (19 de mayo de 2016). VICTUS abre el telón para la reconciliación.
Recuperado de:

[http://www.reintegracion.gov.co/es/sala-deprensa/noticias/
Paginas/2016/05/19052016-B.aspx](http://www.reintegracion.gov.co/es/sala-deprensa/noticias/Paginas/2016/05/19052016-B.aspx)

Arte y Cultura en la Paz y la Justicia Transicional'. Recuperado de:

[https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Paginas/La-JEP-invita-al-primer-
seminario-sobre-experiencias-art%C3%ADsticas-y-justicia-transicional.
aspx](https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Paginas/La-JEP-invita-al-primer-seminario-sobre-experiencias-art%C3%ADsticas-y-justicia-transicional.aspx)

Ministerio de Justicia. Reparaciones: una oportunidad para transformar vidas.
Recuperado de

<http://www.justiciatransicional.gov.co/Justicia-Transicional/Reparaciones>

Reátegui, F. (Ed.). (2011). *Justicia Transicional*

Rodríguez L. (2016) Reconciliación y arte performativo: más allá de la Justicia Transicional.

Torres H, Echeverri R, Ortiz D.(4 de Febrero de 2021). *REVIST Manual para América Latina.*

Ministerio de Justicia de Brasil, Comisión de Amnistía. A BOLETÍN REDIP, El modelo de Justicia Transicional y su relación con la Justicia Retributiva en Colombia.p.8.

Las formas de reparación en la Justicia Transicional

Ingrith Lorena Verdugo Pasachoa¹

Resumen

La ponencia parte del conflicto armado que en países como el nuestro, ha estado presente durante muchos años, y por consiguiente, es necesario buscar mecanismos que contribuyan a generar transformaciones estructurales de manera que, al final del proceso, las personas que estuvieron involucradas en el conflicto sea víctimas o victimarios puedan vivir en paz y compartir los mismos espacios, generando una transformación social y política profunda para resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala; con lo anterior, encontramos la Justicia Transicional que podemos explicar como una receta que tiene ingredientes de justicia pero también incluye ingredientes de búsqueda de la verdad y un ingrediente importante de reparación y con ésta se busca que se pueda lograr tránsito hacia la paz y que esta situación de paz perdure en el tiempo para que no haya una repetición a las violaciones graves de derechos humanos.

En la presente ponencia, se tienen dos momentos clave, el primero donde se resalta la importancia de la Justicia Restaurativa en la Justicia Transicional, pues, se determinan unos pasos importantes hacia una justicia transformadora, ya que, las víctimas están regresando al centro del debate, recupera el rol protagónico, pues su participación en el proceso es esencial para detener la violencia que destruye el tejido social, y diseñando programas de prevención del delito por medio de la inclusión social y de respuestas que buscan diálogo entre infractor y víctima rompiendo el ciclo de odio. Finalmente, el otro momento clave, es la importancia de las garantías de *No Repetición* que se encargan de construir los lazos de reconciliación, evitar el surgimiento de nuevos actores armados, siendo así la *No Repetición* fundamental en un país como el nuestro, que lleva 50 años de conflicto con un grupo armado, transformar las condiciones de tipo político, económico, social y cultural que

1 Estudiante de derecho, Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Grupo de investigación Derecho Penal y Derecho Internacional Humanitario UPTC. ingrith.verdugo@uptc.edu.co

propiciaron las vulneraciones a los Derechos Humanos y las infracciones al Derecho Internacional Humanitario.

Palabras claves: Justicia Transicional; Víctimas; Reparación; Justicia Restaurativa; No Repetición.

Abstract:

The paper starts from the armed conflict that in countries like ours has been present for many years and therefore it is necessary to seek mechanisms that contribute to generate structural transformations so that at the end of the process the people who were involved in the conflict whether victims or perpetrators can live in peace and share the same spaces, generating a deep social and political transformation to solve the problems arising from a past of abuses on a large scale, With the above we find transitional justice that we can explain as a recipe that has ingredients of justice but also includes ingredients of truth-seeking and an important ingredient of reparation and with this is seeks to achieve transit to peace and that this situation of peace lasts over time so that there is no repetition of serious violations of human rights.

In this paper there are two key moments, the first one where the importance of restorative justice in transitional justice is highlighted, as important steps towards a transformative justice are determined, since the victims are returning to the center of the debate, recovering the leading role, as their participation in the process is essential to stop the violence that destroys the social fabric, and designing crime prevention programs through social inclusion and responses that seek dialogue between offender and victim, breaking the cycle of hatred. Finally, the other key moment is the importance of the guarantees of non-repetition, which are responsible for building the bonds of reconciliation, preventing the emergence of new armed actors, thus being the non-repetition fundamental in a country like ours that has 50 years of conflict with an armed group, transforming the political, economic, social and cultural conditions that led to the violations of Human Rights and breaches of International Humanitarian Law.

1. Introducción

Colombia es un país que ha sufrido un conflicto armado de gran magnitud, intensidad y crueldad durante muchos años, y que ha tenido consecuencia muy desfavorables para la comunidad, para estos casos de violencia generalizada, se crea la Justicia Transicional que entendida como mecanismos tanto legales como políticos que se

aplican en países como el nuestro que están transitando de una situación de conflicto a una de paz, estos se aplicarán para quienes han cometido graves violaciones de derechos humanos, respondan por sus crímenes ante la sociedad y las víctimas, para entender mejor esta Justicia Transicional podemos explicarla como una receta que tiene ingredientes de justicia pero también incluye ingredientes de búsqueda de la verdad y un ingrediente importante de reparación y con ésta se busca que se pueda lograr tránsito hacia la paz y que esta situación de paz perdure en el tiempo para que no haya una repetición a las violaciones graves de derechos humanos.

Ruti G. Teitel, expone que la Justicia Transicional es "...la concepción de justicia asociada con periodos de cambio político, caracterizados por respuestas legales que tienen un objetivo de enfrentar los crímenes cometidos por regímenes represores anteriores...".² La Corte Constitucional Colombiana ha dicho que la Justicia Transicional,

"...está constituida por un conjunto de procesos de transformación social y política profunda en los cuales es necesario utilizar gran variedad de mecanismos para resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de lograr que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación".³

En Colombia, funcionará creando la jurisdicción especial para la paz, que se encarga de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de crímenes atroces, masacres, violaciones y desplazamientos, cometidos en el conflicto, esta jurisdicción tiene un reto importante en la implementación de las sanciones restaurativas donde se pueden alcanzar sus objetivos creando programas de Justicia Restaurativa en el estado colombiano como por ejemplo proyectos masivos de reparación y reinserción puestos al servicio de la JEP y un sistema de atención a las comunidades que atienda a la eliminación de las desigualdades sociales tal como se deriva del modelo de estado que tenemos.

La reparación integral a las víctimas se viene realizando desde hace varios años, sin embargo, el acuerdo de paz contiene disposiciones que fortalecen la reparación y, en especial, comprometen a las Farc Ep en su responsabilidad con las víctimas, este "acuerdo de paz fortalece los mecanismos de reparación que ya existen desde la Ley 1448 de 2011, en especial, la reparación colectiva, la rehabilitación psicosocial, la restitución de tierras, el retorno y la reubicación de víctimas de desplazamiento

2 Ruti G. Teitel *Transitional Justice Genealogy*. Harvard Human Rights Journal AT.69 (2021). Consultado el 6 de septiembre de 2021 en https://biblioteca.cejamerica.org/bitstream/handle/2015/2059/Teitel_Genealogy.pdf?sequence=1&isAllowed=y

3 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 579 de 2013 (M.P.: José Ignacio Pretelt Chaljub: agosto 28 de 2014).

y la reparación de víctimas en el exterior”⁴. Así mismo, el acuerdo promueve el compromiso de todos los involucrados en el conflicto con la reparación del daño causado y la realización de actos tempranos de reconocimiento de responsabilidad, en los que las Farc y otros actores que hayan tenido responsabilidad en el conflicto, la reconozcan, pidan perdón y se comprometan a contribuir en acciones concretas de responsabilidad (Unidad para la Atención y la Reparación Integral a las Víctimas, 2019).

La JEP, como componente de justicia del acuerdo final de paz, se caracteriza por prever una sanción propia para personas seleccionadas como máximos responsables de los crímenes más graves, que reconozcan responsabilidad, colaboren con la verdad plena, retribuyan a la reparación y se comprometan con la No Repetición, una pena entre 5 y 8 años no privativa de libertad en centro reclusión, pero sí restringe derechos y libertades tenido un componente retributivo y que consistirá en la realización de trabajos en beneficio de víctimas y la comunidad.

2. El Papel de la Justicia Restaurativa en la Justicia Transicional

Este papel determina unos pasos importantes hacia una justicia transformadora ya que las víctimas están regresando al centro del debate, recupera el rol protagónico, pues su participación en el proceso es esencial para detener la violencia que destruye el tejido social, entendiéndose que no todas las víctimas requieren que se le imponga una sanción penal a su victimario para poder cerrar su duelo, pues otra forma de hacerlo es mediante reconocimiento de la necesidad de proteger el entorno de la víctima, concentrándose en la comunidad, en las relaciones rotas y en las afectaciones a las víctimas, diseñando programas de prevención del delito por medio de la inclusión social y de respuestas que buscan diálogo entre infractor y víctima rompiendo el ciclo de odio.

Como lo menciona el magistrado Eduardo Cifuentes, en la conferencia dada en la Universidad Antonio Nariño el pasado 21 de mayo

“El campo de la Justicia Transicional surge de una movilización social contra la impunidad de los perpetradores de graves violaciones de derechos humanos pues la Justicia Retributiva se hacía más compleja en las transiciones al post conflicto ya que en ellas la masividad de las conductas criminales de los perpetradores de las víctimas se

4 Sanchez Riquett, L., Rodríguez Sarabia, S. (2021). Justicia Transicional en el Marco de las Funciones por la Justicia Especial. Monografía de derecho Recuperado el 6 de septiembre de 2021, de <https://repositorio.cuc.edu.co/bitstream/handle/11323/7893/JUSTICIA%20TRANSICIONAL%20EN%20EL%20MARCO%20DE%20LAS%20FUNCIONES%20POR%20LA%20JUSTICIA%20ESPECIAL.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

hacía más difícil adoptar un modelo de Justicia Retributiva sobre todo, conociendo las limitaciones de la justicia penal para alcanzar sus objetivos declarados, por esta razón se hizo evidente la necesidad de acudir a otro tipo de mecanismos que garantizarán un adecuado balance entre paz, justicia, verdad y reparación, evidenciando que el recurso a la Justicia Retributiva es limitado por cuanto es incapaz de tramitar todos los casos con una perspectiva de sancionarlos a todos y a todo, siendo esto una tarea de difícil cumplimiento y frustrando los esfuerzos constitucionales que sí podrían conducir a resultados concretos e importantes tal como sucedería si se prioriza la investigación de los hechos más graves y representativos y se selecciona para juicio y sanción a los más responsables de los crímenes”.

Por lo tanto, la Justicia Restaurativa, exige la renovación del ejercicio judicial y busca encontrar arreglos apropiados para las particularidades de los casos luego de mucho diálogo e intercambios, con una mirada restaurativa, la Justicia Transicional se ha mostrado más efectiva para poder garantizar la participación de las comunidades afectadas y garantizar que los fines de una Justicia Transicional se cumplan de mejor manera.

Estos procesos ocurren en medio de un contexto el cual se deben dar transformaciones estructurales de manera que la desigualdad social sea objeto de atención especial del estado para garantizar que al final del proceso las personas que estuvieron involucradas en el conflicto sean víctimas o victimarios puedan vivir en paz y compartir los mismos espacios.

Esta concepción transformadora de la justicia es muy importante pues no se limita al proceso de adjudicación de responsabilidad, sino que demanda al estado y a la sociedad una activa participación para transformar la realidad social que hizo posible la comisión de tales acciones.

3. Garantías de No Repetición

La No Repetición es un derecho y garantía que tienen las víctimas, derivado de instrumentos internacionales de lucha contra la impunidad por graves violaciones a los derechos humanos, estas garantías “son las encargadas de construir los lazos de reconciliación, evitar el surgimiento de nuevos actores armados y conseguir legitimar nuevamente el Estado Social de Derecho, las instituciones y la democracia, lo que a su vez es una obligación del Estado”.⁵ Siendo así la No Repetición fundamental en

5 Uprimny Yepes et al. (2006). ¿Justicia Transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia. Página 50. Ed. Dejusticia.

un país como el nuestro que lleva 50 años de conflicto con un grupo armado.

“Las garantías de No Repetición comprenden una amplia gama de medidas institucionales, pero también cierto tipo de reformas culturales y de disposiciones individuales que aumenten la solidaridad y la tolerancia entre los ciudadanos”: Pablo de Greiff, relator de ONU; al tener un componente institucional, pero también un componente cultural y personal y se debe entender como un proyecto colectivo que involucra a todos, por esa razón se debe hacer un trabajo integral para evitar la continuación del conflicto y violencia que nos ha persistido durante años.

La Cidh ha entendido las garantías de No Repetición como integrantes del derecho a la reparación integral, partiendo del análisis del artículo 63-1 de la Convención Americana de Derechos Humanos,⁶ que consagra el deber del Estado de reparar el daño causado a partir de la violación de un derecho o libertad, “pero no lo ha llevado a la reestructuración de las instituciones ni a exhortar a los Estados a tomar medidas de fondo que resuelvan las causas que produjeron el conflicto”⁷, por esta razón las garantías de No Repetición deberían adquirir un carácter permanente y no solo con un carácter coyuntural, dentro del ordenamiento jurídico de un Estado, pues estas son indispensables para garantizar el goce de los derechos humanos que se vieron vulnerados y a su vez para legitimar el Estado y sus instituciones, consiguiendo reconstruir el tejido social, consiguiendo restaurar la confianza en el Estado que es un presupuesto básico para un proceso de Justicia Transicional eficaz y legítimo.

Según la Unidad para la atención y reparación integral de víctimas, las Garantías de No Repetición son consideradas tanto una de las formas de reparación a las víctimas como uno de los principios generales de responsabilidad internacional de los Estados. Estas garantías a diferencia de las medidas de restitución, indemnización, rehabilitación y satisfacción, van dirigidas a la sociedad con el propósito que no se repitan la vulneración de los derechos de las víctimas, así como eliminar y superarlas causas estructurales de la violación masiva a los derechos humanos y/o al Derecho Internacional humanitario al interior de la sociedad. (Ministerio del Interior, 2019)

En el pasado, los procesos de reparación a cargo del Estado por la violación grave de Derechos Humanos sólo tenían en cuenta medidas de indemnización o restitución

6 Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 63 (1). (Noviembre de 1969). “Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado

7 Duque Morales, C.R, Torres Restrepo, L. M. (diciembre 2015).Las Garantías de No Repetición Como Mecanismo Permanente Para la Obtención de la Paz .Consultado el 6 de septiembre de 2021 en <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/44505/13%20Duque-Torres.pdf?sequence=2&isAllowed=y>

por los perjuicios causados a los afectados. En la actualidad esto ha cambiado. Hoy, como componentes esenciales de la reparación integral, se han incluido las garantías de No Repetición, cuyo fin último es transformar las condiciones de tipo político, económico, social y cultural que propiciaron las vulneraciones a los Derechos Humanos y las infracciones al Derecho Internacional Humanitario. (Ministerio del Interior, Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, 2014).

Ahora bien, las garantías de No Repetición comprenden dos dimensiones: una preventiva y otra reparadora:

La dimensión preventiva surge de la obligación internacional que tienen los Estados de prevenir las violaciones a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional humanitario, y cobra especial importancia en procesos transicionales como el que vive nuestro país, donde el riesgo persiste y no basta con reparar los daños ya infligidos sino prevenir los futuros. Por ejemplo, el desplazamiento, el desminado y la prevención de reclutamiento. (OCHA, 2017).

La dimensión reparadora se refiere a estas acciones que correspondan a mitigar los daños infringidos a las víctimas en violación a sus derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional humanitario, teniendo en cuenta acciones de carácter institucional, político, económico y social que beneficien a la sociedad en general. Por ejemplo, la socialización de la verdad judicial, pedagogía social en derechos humanos, eliminación de patrones culturales, entre otras. (United Nations Office for the Coordination of Humanitarian Affairs (OCHA) 2017, párr.8)

Con lo anterior las Garantías de No Repetición se pueden entender como un propósito concreto ya que va guiado a que no vuelvan a suceder los daños contra las víctimas y, a su vez, como un proceso de largo plazo porque con la implementación de las Garantías de No Repetición se busca contribuir con la construcción de convivencia pacífica entre los ciudadanos y el fortalecimiento de la confianza entre éstos y en las instituciones del Estado, como ya se había mencionado.

Por otro lado, encontramos La Unidad para las Víctimas que por mandato de ley debe crear estrategias de garantías de No Repetición, por lo tanto, en el año 2013 se crea el grupo de garantías de No Repetición adscrito a la Dirección de Reparación, bajo el mandato de las órdenes del artículo 149 de la Ley 1448 de 2011, podemos encontrar los objetivos, que dan nacimiento a las medidas que garantizan la No Repetición:

1. Disolver definitivamente los grupos armados ilegales que persisten.

2. Derogar o cambiar disposiciones, dispositivos y conductas que favorezcan la ocurrencia de tales violaciones.
3. Construir y difundir la verdad y la memoria histórica.
4. Continuar fortaleciendo las políticas de promoción y protección de los derechos humanos y aplicación del Derecho Internacional Humanitario en la Fuerza Pública.

A partir de los anteriores objetivos, parte las siguientes medidas de No Repetición enunciadas en los artículos 149 y 150 de la Ley de Víctimas:

Garantías relacionadas con la prevención de nuevas violaciones

Garantías relacionadas con la finalización del conflicto armado

Garantías relacionadas con la difusión de la verdad y la memoria histórica

Garantías relacionadas con la promoción y protección de los Derechos Humanos y la aplicación de Derecho Internacional Humanitario

Conclusiones

Estos procesos ocurren en medio de un contexto el cual se deben dar transformaciones estructurales de manera que la desigualdad social sea objeto de atención especial del estado para garantizar que al final del proceso las personas que estuvieron involucradas en el conflicto sea víctimas o victimarios puedan vivir en paz y compartir los mismos espacios, por esta razón en países como Colombia el acuerdo de paz ha sido de suma importancia para las víctimas que durante mucho tiempo fueron dejadas de ser vista como el núcleo esencial en el proceso, esta concepción transformadora de la justicia es muy importante pues no se limita al proceso de adjudicación de responsabilidad, sino que demanda al estado y a la sociedad una activa participación para transformar la realidad social que hizo posible la comisión de tales acciones.

Tanto la Justicia Restaurativa como la transicional persiguen, la reintegración de los victimarios, la reconstrucción del tejido social, la reconciliación y, especialmente, la reparación de las víctimas y las comunidades afectadas, pues esta Justicia Restaurativa, al ofrecer una consideración de los factores, actores y dinámicas presentes en las violaciones, no pretende crear una dinámica justificativa de las violaciones, ni negar su gravedad, responsabilidad o dimensión, sino que busca dar respuesta al conflicto (en

lugar de dirigirse contra el ofensor), pero enfatizando en la importancia de la víctima en el proceso, y con todo lo anterior es cuando entra a tomar gran importancia las garantías de No Repetición en procesos como el colombiano que ha sido marcado durante muchos años por la violencia, pues con la implementación efectiva de las garantías se aseguran el logro de la paz y una reconstrucción del tejido social.

Referencias bibliográficas.

Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 63 (1). (Noviembre de 1969). Consultado el 6 de septiembre de 2021 en https://w32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm#:~:text=Nadie%20debe%20ser%20sometido%20a,dignidad%20inherente%20al%20ser%20humano.&text=excepcionales%2C%20y%20ser%20C3%A1n%20sometidos%20a,condici%20C3%B3n%20de%20personas%20no%20condenadas.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 579 de 2013 (M.P.: José Ignacio Pretelt Chaljub: agosto 28 de 2014). REP BLICA DE COLOMBIA. (2021). Consultado el 6 de septiembre de 2021 en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-579-13.htm>

Duque Morales, C.R, Torres Restrepo, L. M. (diciembre 2015).Las Garantías de No Repetición Como Mecanismo Permanente Para la Obtención de la Paz. Consultado el 6 de septiembre de 2021. <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/44505/13%20Duque-Torres.pdf?sequence=2&isAllowed=y>

Ministerio del Interior, Unidad para la Atención y la Reparación Integral a las Víctimas. (2019). Medidas de Reparación. Garantías de No Repetición. Bogotá. Colombia

Ministerio de Justicia y del Derecho. (2015). Justicia Transicional. Bogotá. Colombia. Recuperado de <http://www.justiciatransicional.gov.co/Nosotros/Funciones>

Ministerio del Interior, Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas (2014). Guía práctica de garantía de No Repetición para los Comités Territoriales de Justicia Transicional. Bogotá. Colombia. Recuperado de https://gapv.mininterior.gov.co/sites/default/files/guia_practica_de_garantias_de_no_repeticion.pdf

Ruti G. Teitel. (2021). Transitional Justice Genealogy. Harvard Human Rights Journal. At. 69. Consultado el 6 de septiembre de 2021 en https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/2059/Teitel_Genealogia.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Sánchez Riquett, L., Rodríguez Sarabia, S. (2021). Justicia Transicional En El Marco De Las Funciones Por La Justicia Especial. Monografía de derecho. Recuperado el 6 de septiembre de 2021. <https://repositorio.cuc.edu.co/bitstream/handle/11323/7893/JUSTICIA%20TRANSICIONAL%20EN%20EL%20MARCO%20DE%20LAS%20FUNCIONES%20POR%20LA%20JUSTICIA%20ESPECIAL.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Unidad para las Víctimas. (2021). Consultado el 6 de septiembre de 2021 en <https://www.unidadvictimas.gov.co/>

United Nations Office for the Coordination of Humanitarian Affairs, OCHA, (2017). Garantía de No Repetición. Colombia. Recuperado de https://wiki.salahumanitaria.co/wiki/Garant%C3%ADa_de_no_repetici%C3%B3n
Unidad para la Atención y la Reparación Integral a las Víctimas. (2019) Reparación Recuperado de <https://www.unidadvictimas.gov.co/es>

Uprimny Yepes et al. (2006) ¿Justicia Transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia.p. 50. Ed. De Justicia.

Póster Científico

EL LAGO DE TOTA SU COTA MÁXIMA DE INUNDACIÓN Y SU RONDA DE PROTECCIÓN BAJO LOS POSTULADOS DE LA PROPIEDAD PRIVADA.



-Código: I-FP-P03- F01

-Autores: Leonel Antonio Vega Pérez, Danniela Ávila Mejía, Lorena Martínez Patiño .
 -Institución: Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, Facultad de Derecho.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación busca abordar de manera jurídica uno de los principales problemas que se suscitan en el lago de Tota, el cual es el nivel de las aguas de su embalse. Es grande la incidencia que tiene el hecho de que las aguas cubren o descubran en las tierras aledañas al lago. Si las aguas inundan los cultivos, sus propietarios reclaman el pago de perjuicios. Las zonas que van quedando libres y son ocupadas con especies que tienen como principal virtud la de favorecer la formación rápida de terreno firme, seguramente con el propósito de alegar la propiedad sobre dichos terrenos (accesión), máxime cuando los mismos son objetos de cultivo y siembra. **C O R P O B O Y A C A**, se ha pronunciado sobre este tema, pero los ribereños desconocen las decisiones alegando falta de publicidad de las mismas. Se estudiará a fondo la ponderación de derechos colectivos versus el derecho de propiedad de los ribereños, hasta qué punto priman unos sobre otros.

METODOLOGIA

La metodología que será utilizada en esta investigación es de tipo teórico- práctica, ya que profundiza nuestro conocimiento de la realidad, debido a que explica la razón o el fundamento de la problemática. De tal forma tendremos un acercamiento real, permitiéndonos evidenciar la problemática que se está dando en el municipio de Aquitania, con base a esto se implementará la utilización de medios virtuales buscando un acercamiento a la población debido a la crisis sanitaria que el país está pasando. Complementario a esto, se harán peticiones a la administración y autoridades competentes para que nos suministre la información necesaria.

RESULTADO

Se intenta Verificar la gestión y trabajo adecuado a cargo de las entidades encargadas en el proceso de deslinde y clarificación predial de los terrenos ribereños al Lago de Tota, y así establecer su delimitación predial y amojonamiento del mismo en cumplimiento a lo establecido en la Constitución Política Colombiana respetando la propiedad privado; de esta forma se pretende realizar la Radicación de Acción popular de ser viable, luego de haber realizado un Análisis profundo y concluyendo si la resolución No. 1786 vulnera o no el derecho a la propiedad privada de los habitantes ribereños y sus derechos colectivos.

CONCLUSIONES

“El Lago de Tota surte de agua a aproximadamente 400.000 personas entre los departamentos de Boyacá, Meta, Casanare y Arauca y representa el 13, 55% del agua a nivel nacional”. (Corte Constitucional, 2010) Luego de un proceso de más de cinco años, la Corporación Autónoma Regional de Boyacá, **CORPOBOYACA**, estableció en 3.015,65 metros sobre el nivel del mar, la cota de máxima inundación de las aguas del Lago de Tota y al mismo tiempo instituyó la Ronda de Protección, en treinta metros paralelos a la cota de máxima inundación, alrededor del cuerpo de agua.

Al día de hoy los ribereños, deslegitiman la resolución antes nombrada, aduciendo su falta de publicidad y de transparencia en el momento de establecer la cota y ronda de protección del lago, pues se realizó de manera arbitraria y dependió fundamentalmente de la operación de las obras de control de nivel, ingresos y salidas del lago (compuertas y túneles), que debió ser concertado con la comunidad de usuarios del lago.

HIPÓTESIS

¿Respeta jurídicamente la resolución N°1786 del 29 de Junio de 2012, emanada por la Corporación Autónoma Regional de Boyacá (**C O R P O B O Y A C Á**) al definir la cota de inundación y ronda de protección del lago de Tota los postulados de la propiedad privada sobre los predios ribereños?

3.1 OBJETIVO GENERAL

-Analizar si la resolución No. 1786 vulnera o no el derecho a la propiedad privada al establecer la cota máxima de inundación del lago de Tota y la ronda de protección del mismo en lo referente a los predios ribereños y respeta los postulados del Decreto Único Reglamentario del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible, 2245 del 2017, en lo relacionado con el acotamiento de rondas hídricas.

CONTACTO

Leonel Antonio Vega Pérez.
 Decano facultad de Derecho UPTC. leonel.vega@uptc.edu.co.
 Danniela Ávila Mejía, mania.avila03@uptc.edu.co.
 Lorena Martínez Patiño angie.martinez27@uptc.edu.co

El Lago de Tota su cota máxima de inundación y su ronda de protección bajo los postulados de la propiedad privada.

Leonel Antonio Vega Pérez

Danniela Ávila Mejía

Lorena Martínez Patiño¹

1. Introducción

El presente trabajo de investigación busca abordar de manera jurídica uno de los principales problemas que se suscitan en el Lago de Tota, el cual es el nivel de las aguas de su embalse. Es grande la incidencia que tiene el hecho de que las aguas cubren o descubran en las tierras aledañas al lago. Si las aguas inundan los cultivos, sus propietarios reclaman el pago de perjuicios. Las zonas que van quedando libres y son ocupadas con especies que tienen como principal virtud la de favorecer la formación rápida de terreno firme, seguramente con el propósito de alegar la propiedad sobre dichos terrenos (acesión), máxime cuando los mismos son objetos de cultivo y siembra. CORPOBOYACA, se ha pronunciado sobre este tema, pero los ribereños desconocen las decisiones alegando falta de publicidad de las mismas. Se estudiará a fondo la ponderación de derechos colectivos versus el derecho de propiedad de los ribereños, hasta qué punto priman unos sobre otros.

2. Hipótesis

¿Respetar jurídicamente la resolución N°1786 del 29 de Junio de 2012, emanada por la Corporación Autónoma Regional de Boyacá (CORPOBOYACÁ) al definir la cota de inundación y ronda de protección del Lago de Tota los postulados de la propiedad privada sobre los predios ribereños?

3. Objetivos

a) General

Analizar si la resolución No. 1786 vulnera o no el derecho a la propiedad privada al establecer la cota máxima de inundación del Lago de Tota y la ronda de protección

¹ Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. Facultad de Derecho.

del mismo en lo referente a los predios ribereños y respeta los postulados del Decreto Único Reglamentario del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible, 2245 del 2017, en lo relacionado con el acotamiento de rondas hídricas.

b) Específicos

- Determinar si la resolución No.1786 delimita o no el lecho lacustre del lago como lo ordena el decreto ley 2811 de 1974 y su decreto reglamentario 1541 de 1978.
- Solicitar por medio de derechos de petición a la administración municipal el informe de todos los propietarios, poseedores o tenedores de predios que se hallen dentro de la zona de ronda del Lago de Tota, incluidos los que se hallen dentro del área con limitación de dominio de su EOT, teniendo en cuenta las órdenes impartidas en la acción popular del 10 agosto del 2006, para identificar a cada uno de los ribereños que se ven afectados por los límites definidos para la ronda de protección.
- Determinar si se garantizó el debido proceso al proferirse la resolución No.1786
- Verificar si se han reconocido los predios baldíos que se hallan alrededor del Lago de Tota, y de ser así, proceder a solicitar el deslinde de los terrenos cubiertos de aguas y sus líneas de mareas máximas, todo esto para contribuir a la clarificación predial de los terrenos ribereños.

4. Justificación

La constitución política en el marco de la democracia y de la organización gubernamental se convierte en el soporte jurídico del Estado, por un lado, busca proclamar y garantizar el ejercicio pleno de los derechos sustanciales de los individuos que integran dicha comunidad, y por el otro, organiza los poderes y órdenes de gobierno bajo los principios de autonomía, división y control recíproco.

La constitución política de Colombia fue promulgada luego de realizar una Asamblea Nacional Constituyente liderada por diversos sectores de la ciudadanía, con su entrada en vigor los fundamentos del Estado colombiano se modificaron de manera sustancial. Uno de los puntos de mayor trascendencia que introdujo la nueva carta política, tiene que ver con la gran cantidad de disposiciones de contenido ambiental que se consagraron, llevando a establecer lo que para la jurisprudencia se conoce como "la Constitución ecológica" título que le fue

otorgado porque modificó la relación normativa de la sociedad colombiana con la naturaleza. En el ordenamiento colombiano la protección del Ambiente no resulta de un interés por la sola protección de la naturaleza, sino que se es consciente de la relación inescindible que existe entre un entorno adecuado y la efectiva consecución del derecho a la vida y la calidad de vida.

Conforme a la Sentencia T-299 de 2008 La Constitución Política de 1991 le otorgó al medio ambiente el carácter de interés superior, a través de un amplio catálogo de disposiciones que configuran la denominada Constitución Ecológica. El objetivo de este conjunto de mandatos es asegurar que el ser humano, como fundamento del ordenamiento constitucional, pueda vivir dentro de un entorno apto y adecuado que le permita desarrollar su existencia en condiciones dignas y con mayor calidad de vida. En cuanto a su categorización jurídica se ha entendido que el medio ambiente es un bien constitucional que se expresa como principio, derecho colectivo y derecho- deber, que brinda los presupuestos básicos a través de los cuales se reconcilian las relaciones del hombre y de la sociedad con la naturaleza, a partir del mandato específico que apela por su conservación y protección.

De las sentencias de la corte constitucional se infiere que la posición del Medio Ambiente dentro de la Constitución colombiana tiene tres dimensiones principales, la primera se define como un principio que irradia a todo el ordenamiento jurídico, la segunda como un derecho en cabeza de los ciudadanos y la última como deber del que es titular todo el conglomerado social.

Colombia es uno de los países de Latinoamérica que más ha evolucionado en materia de legislación sobre Ambiente y Recursos Naturales y reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, su diversidad cultural y territorial, la libre determinación de Idiomas, la lenguas indígenas y su participación, todo esto bajo el principio de la multiculturalidad, estas disposiciones se materializan en los artículos constitucionales 7, 8, 49, 58, 63, 79, 80, 88, 95, 330.

En la constitución política de Colombia se hace alusión al saneamiento ambiental como un servicio público a cargo del Estado, lo cual garantiza su organización, dirección y reglamentación, la garantía de que la propiedad privada y los demás derechos adquiridos; el Estado adquiere la obligación de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, a fin de garantizar su desarrollo sostenible, conservación, restauración o sustitución, además de prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponiendo las sanciones legales y exigiendo

la reparación de los daños causados, se establece la regulación mediante la Ley, de las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos,

La Cuenca hidrográfica del Lago de Tota está situada en la región centro oriental del departamento de Boyacá, Colombia a 3.015 metros sobre el nivel del mar, cubre un área de 6000 Ha con un perímetro de 55 Km, convirtiéndose en el lago más grande de Colombia. Es el mayor abastecedor de agua del valle de Sogamoso, siendo utilizado por más de 500.000 habitantes de los municipios aledaños como fuente de agua para consumo humano, agrícola e industrial (Molina, 2007)

La principal actividad agrícola de la zona es el cultivo de la cebolla larga (*Allium fistulosum*), que representa aproximadamente el 70% de la producción nacional (Pinzon, 2004, pág. 40). Las condiciones generales de producción son el cultivo intensivo, que incluyen, riego por aspersión, labranza del suelo, aplicación de elevadas dosis de fertilizantes (Herrera, Sanchez, & Peña, 2006, pág. 2740)

Resaltando de igual manera que, esta fuente abastece de agua al 20% de la población boyacense; además de ostentar la calidad de área internacional de conservación de aves, y estar situado a 3015 M.S.N.M haciendo parte de la categorización de páramos, no solo su belleza es de resaltar sino su vital importancia en pocas palabras sus aguas se alzan como elemento de vida, como bien menciona la Corte Constitucional (Corte Constitucional). M.P. Jorge Iván Palacio. "Desconocer la importancia que tiene el medio ambiente sano para la humanidad es renunciar a la vida misma, a la supervivencia presente y futura de las generaciones"

En el Lago de Tota frecuentemente se ha vivenciado un conflicto por el señalamiento de una "cota" hasta la cual puede "llegar" el Lago, en sus niveles máximos, para proteger los cultivos que se hacen en sus inmediaciones, después de un proceso extenso CORPOBOYACA, estableció en 3.015,65 metros sobre el nivel del mar, la cota de máxima inundación de las aguas del Lago de Tota y al mismo tiempo instituyó la Ronda de Protección, en treinta metros paralelos a la cota de máxima inundación, alrededor del cuerpo de agua, decisión tomada mediante la promulgación de la Resolución N° 1786 del 29 de junio del 2012, la cual se encuentra ejecutoriada y en firme y con ella se definen los límites del cuerpo de agua del Lago de Tota lago y desde donde empieza el Lago de Tota, de esta forma el INCODER en convenio con CORPOBOYACA, dio inicio al proceso de deslinde y clarificación predial de los terrenos ribereños al Lago de Tota, para de esta manera establecer su delimitación predial y amojonamiento del mismo.

Al día de hoy los ribereños, desestiman la resolución antes nombrada, aduciendo su falta de publicidad y de transparencia en el momento de establecer la cota y ronda de protección del lago, si bien es cierto la función ecológica y social que tiene la propiedad privada, también es de recordar que se debe respetar los límites legales y constitucionales, ya que derechos ciertos e indiscutibles de la comunidad ribereña se encuentran en total incertidumbre; La relevancia de la realización de un proyecto de investigación sobre este enfoque ambiental- privado, se enmarca dentro del contexto comunitario, al tener en cuenta que el problema en mención está afectando a un gran número de ciudadanos, siendo objeto de trascendencia procurar medios investigativos para lograr su conservación, protección y preservación y la falta de acción o negligencia de la administración, encargada de la política ambiental, puede desencadenar en toda una serie de cargas y limitaciones que deben soportar los ciudadanos en sus propias personas y bienes, al no ver satisfechos sus derechos

5. Metodología - Método

1. La metodología que será utilizada en esta investigación es de tipo teórico-práctica, ya que profundiza nuestro conocimiento de la realidad, debido a que explica la razón o el fundamento de la problemática. De tal forma tendremos un acercamiento real, permitiéndonos evidenciar la problemática que se está dando en el municipio de Aquitania, con base a esto se implementará la utilización de medios virtuales buscando un acercamiento a la población debido a la crisis sanitaria que el país está pasando. Complementario a esto, se harán peticiones a la administración y autoridades competentes para que nos suministre la información necesaria.

6. Resultado

Se intenta Verificar la gestión y trabajo adecuado a cargo de las entidades encargadas en el proceso de deslinde y clarificación predial de los terrenos ribereños al Lago de Tota, y así establecer su delimitación predial y amojonamiento del mismo en cumplimiento a lo establecido en la Constitución Política Colombiana respetando la propiedad privado; de esta forma se pretende realizar la Radicación de Acción popular de ser viable, luego de haber realizado un Análisis profundo y concluyendo si la resolución No. 1786 vulnera o no el derecho a la propiedad privada de los habitantes ribereños y sus derechos colectivos.

Conclusiones

“El Lago de Tota surte de agua a aproximadamente 400.000 personas entre los departamentos de Boyacá, Meta, Casanare y Arauca y representa el 13,55% del agua a nivel nacional”. (Corte Constitucional, 2010)

Luego de un proceso de más de cinco años, la Corporación Autónoma Regional de Boyacá, CORPOBOYACA, estableció en 3.015,65 metros sobre el nivel del mar, la cota de máxima inundación de las aguas del Lago de Tota y al mismo tiempo instituyó la Ronda de Protección, en treinta metros paralelos a la cota de máxima inundación, alrededor del cuerpo de agua.

Al día de hoy los ribereños, deslegitiman la resolución antes nombrada, aduciendo su falta de publicidad y de transparencia en el momento de establecer la cota y ronda de protección del lago, pues se realizó de manera arbitraria y dependió fundamentalmente de la operación de las obras de control de nivel, ingresos y salidas del lago (compuertas y túneles), que debió ser concertado con la comunidad de usuarios del lago.

Las entidades públicas son las responsables de garantizar la sostenibilidad del recurso hídrico, mediante la gestión y el uso eficiente y eficaz de sus atribuciones administrativas, dicha gestión se debe articular a los procesos de ordenamiento y uso del territorio y a la conservación de los ecosistemas que regulan la oferta hídrica, considerando el agua como factor de desarrollo económico y de bienestar social, e implementando procesos de participación equitativa, siempre y cuando no se ponga en riesgo el interés general sobre el particular.