

01-03-2016

Lineamientos sobre la Naturaleza Jurídica de la Jurisdicción Especial para la Paz

El 15 de Diciembre de 2015, las delegaciones del Gobierno Nacional y las FARC-EP en la Mesa de Conversaciones llegaron a un acuerdo sobre el punto de víctimas, anunciando la creación del "Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición" (SIVJRNR). Para la implementación de lo acordado será necesario elaborar una serie de proyectos normativos que deberán ser aprobados por las respectivas corporaciones. Dada la enorme complejidad de este trabajo es necesario poner en marcha un proceso para el desarrollo normativo participativo y técnico.

El desarrollo de este proceso debe tener en cuenta, por un lado, las reformas constitucionales y legales requeridas para garantizar la seguridad jurídica y legitimidad del Sistema y, en particular, de la Jurisdicción Especial para la Paz y de todas las decisiones adoptadas por sus órganos. Por el otro, la viabilidad de tramitar las mencionadas reformas constitucionales, a través del Proyecto de Acto Legislativo No. 4 de 2015-Senado/157 de 2015-Cámara (PAL N. 04).

1. En cualquier caso, se trataría de reformas que solo entrarían en vigencia con posterioridad a la refrendación popular del acuerdo final.
2. El desarrollo normativo del Acuerdo sobre la creación de la JEP implica reformas constitucionales. Son varios los temas que, en principio, requerirían reforma constitucional:
 - a. La creación de la Jurisdicción Especial para la Paz y los órganos que la componen, especialmente la Unidad de Investigación y Acusación de forma tal que se asegure que se encuentran autorizados constitucionalmente para administrar justicia. La Constitución Política en sus artículos 116, 246, 247 y 249 establece explícitamente cuáles son (a) los entes encargados de administrar justicia en Colombia y las (b) jurisdicciones especiales existentes. Esta creación implica necesariamente (i) la autorización constitucional de los órganos que componen la JEP de administrar justicia en los términos del artículo 116¹ de la Constitución, y (iii) la definición de la relación entre estos órganos y los otros entes encargados de administrar justicia en Colombia. Este segundo punto es de suma importancia en tanto se deben tener en cuenta, entre otros, los siguientes mandatos constitucionales:
 - (Art. 250) La Fiscalía General de la Nación (FGN) está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo.

¹ La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar.

- (Art. 250.6) Función de la FGN de solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito (la prohibición de la reparación como parte del proceso judicial)
- (Art. 277. 6 y 278) Funciones de la Procuraduría General de la Nación de (i) ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones; y (ii) desvincular del cargo, previa audiencia y mediante decisión motivada, al funcionario público que incurra en alguna de las faltas determinadas constitucionalmente. (La extinción de la responsabilidad disciplinaria y administrativa y la limitación de la competencia de la Procuraduría y la Contraloría).
- (Art. 268.8) Función de la Contraloría de promover ante las autoridades competentes, aportando las pruebas respectivas, investigaciones penales o disciplinarias contra quienes hayan causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado. (La extinción de la responsabilidad disciplinaria y administrativa y a limitación de la competencia de la Procuraduría y la Contraloría).
- La improcedencia de recursos ante las demás autoridades judiciales:

De acuerdo con lo señalado en el Acuerdo de Víctimas, la Jurisdicción Especial para la Paz prevalecerá sobre las actuaciones penales, disciplinarias o administrativas que tengan curso por los mismos hechos competencia de la Jurisdicción. Es así como la JEP tendrá la facultad de anular o extinguir la responsabilidad o la sanción disciplinaria o administrativa impuesta por conductas relacionadas directa o indirectamente con el conflicto armado, o bien a revisar dichas sanciones, todo ello a solicitud del sancionado o investigado.

Esta facultad de la JEP impone retos complejos en materia de: (i) límites al traslado de competencias judiciales y (ii) excepción de cosa juzgada. A continuación presentamos algunos de los pronunciamientos de la Corte Constitucional más relevantes para aproximarse a estas dos discusiones:

La Corte Constitucional señaló en sentencia C-755/13 (M.P. María Victoria Calle), en la que evalúa la constitucionalidad de la Ley 1564 de 2012 'Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones', que: *"La Constitución prevé expresamente que "[n]adie podrá ser juzgada sin [...] ante juez o tribunal competente" (CP art. 29). La inmodificabilidad es un atributo normativo de la competencia, pero ¿significa esa que hay un derecho constitucional a que el legislador no altere, en ningún supuesto, la competencia de los procesos judiciales en curso? En principio, y a partir del texto de la Constitución, parece que no es razonable introducir una prohibición con un alcance tan amplia, que le impida siempre y en cualquier caso al legislador alterar la competencia*

de las procesas en curso. La Constitución expresamente le adjudica al Congreso la potestad amplia de "reformular y derogar las leyes", y de "[e]xpedir códigos en todas las ramas de la legislación y reformar sus disposiciones" (CP art. 150 num 1 y 2), pero no establece de forma precisa que el legislador no pueda hacer reformas a las competencias judiciales de las procesas en curso. Lo cual supone que, al menos preliminarmente, el Congreso podría reformar incluso las normas sobre competencia previstos en leyes a códigos, para sustraerlos y reasignarlos, o en cualquier caso modificarlas dentro del marco constitucional, y ordenar a autorizar que se aplique a procesas en curso (CP art. 4). La jurisprudencia de la Corte, por lo demás, como se mostrará ha admitido: i en ciertos hipótesis, que el legislador, o incluso el Presidente de la República en ejercicio de competencias constitucionales especiales, faculten a determinadas autoridades para alterar la competencia de procesas en curso, con ciertos límites, y ii. que el legislador sea, directo o indirectamente, quien introduzca con reformas legales alteraciones igualmente aplicables a procesos pendientes." (Subrayado fuera de texto).

- La Corte Constitucional señaló en sentencia C- 979 de 2005 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), en la que evaluó la constitucionalidad de artículos de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, que: *"No obstante, la decidida importancia que en materia punitiva reviste el principio de la cosa juzgada, y su derivado, la prohibición de la doble incriminación fundada en un mismo hecho y respecto de un mismo sujeto, es evidente que no se trata de un derecho absoluto, particularmente cuando no se encuentra trascendido por el valor justicia. Ninguna cosa juzgada puede ser oponible válidamente en un asunto que envuelve un acto de intolerable injusticia.*
- *10. Según lo ha señalado la Corte el principio del non bis in idem prevista en el artículo 29 de la Carta, no reviste un carácter absoluto que excluya cualquier posibilidad de ponderación frente a otra principios a derecho constitucional, admitiendo por el contrario, limitaciones posibles, específicamente derivados del derecho internacional de los derechos humanos" (Subrayado fuera de texto).*

- b Eliminación de la inhabilidad de los excombatientes condenados por graves crímenes para (i) participar en política y (ii) contratar con el Estado. La Constitución Política en su artículo 67 transitorio (Marco Jurídico para la Paz) y 122 establece expresamente inhabilidades para aquellos condenados por crímenes graves para (i) participar en política y (ii) obtener empleos públicos. Ojo al fallo de la Corte Constitucional que si bien se inhibió, planteó una serie de argumentos sobre la no aplicación del 122 para delincuentes políticos. El punto se mantiene, sin embargo, para agentes del Estado, terceros y excombatientes paramilitares en el marco de Justicia y Paz y 1424.

- c. Admisibilidad de magistrados de nacionalidad extranjera en el Tribunal para la Paz (N. 65). La Constitución Política en su artículo 232 establece expresamente que uno de los requisitos para ser Magistrado de las altas Cortes es ser colombiano.
- d. La EVENTUAL no procedencia de la tutela contra las actuaciones en el marco de la JEP:

Riesgos de esta limitación: (i) El ejercicio de esta acción es de tal preponderancia para el ordenamiento jurídico colombiano que su interposición se garantiza aún bajo los estados de excepción (inciso 2° Artículo 1° Decreto 2591 de 1991). (ii) La acción de tutela, al ser una garantía judicial, hace parte de los derechos fundamentales que integran el bloque estricto de constitucionalidad. La Convención Americana sobre Derechos Humanos consagró en el numeral 1° de artículo 25, al referirse a los instrumentos de protección judicial, que “toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, (...)”. Concluye, que estas garantías no son susceptibles de suspensión en situaciones de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado.

Alternativa: Del ordenamiento jurídico vigente en la actualidad (jurisprudencia constitucional) resulta sí es posible introducir ciertas limitaciones o medidas de racionalización de la acción de tutela: (i) La posibilidad de ejercer la acción de tutela contra providencias judiciales solo es posible si el accionante es parte en el proceso judicial (ante las eventuales decisiones judiciales emanadas de la Sala de Amnistías o indultos. Es importante resaltar que en este supuesto las víctimas pueden ejercer su derecho a la acción de tutela en aras de salvaguardar su derecho al acceso a la administración de justicia o derecho a la tutela judicial efectiva). Ocurre lo mismo en aquellos supuestos en los que se pretenda elevar la acción de tutela contra actos administrativos de carácter individual, particular y concreto (Indultos o amnistías que sean otorgados a través de actos administrativos). (ii) Se podría eventualmente proponer la creación de una acción similar a la de tutela que tenga como fin proteger u obtener el reconocimiento de derechos fundamentales que eventualmente se puedan ver afectados por decisiones al interior de la Jurisdicción Especial para la Paz o que la tutela, como está hoy prevista en la Constitución proceda pero dentro de la misma JEP. De esta forma se tendrá una acción que puede ser analizada a la luz de los acuerdos de paz y con los objetivos y fines de la justicia transicional. Algo que evitaría que temas eminentemente transicionales sean estudiados bajo la lupa de la justicia ordinaria y por jueces de la misma índole que no tienen conocimientos sobre justicia transicional.

3. Existen algunos aspectos sobre los que no existe claridad frente a la necesidad de una reforma constitucional, tales como:
 - a. Investigación y sanción de los Agentes del Estado por parte de la Jurisdicción Especial para la Paz. La Constitución Política en su artículo 221 establece expresamente el fuero penal militar. Excepcionalmente se podría considerar la

aplicación del Marco Jurídico para la Paz, y de esta forma no sería necesaria una reforma constitucional. el primero de los artículos transitorios que incorporó el Acto Legislativo 01 de 2012 establece que: *... Una ley estatutaria podrá autorizar que, en el marco de un acuerdo de paz, se dé un tratamiento diferenciado para las distintas grupos armados al margen de la ley que hayan sido parte en el conflicto armado interno y también para los agentes del Estado, en relación con su participación en el misma.* (Art. 66 transitorio, Constitución Política).

Una lectura amplia de esta disposición constitucional podría dar lugar a sostener que esta es una autorización para crear esta Jurisdicción Especial para la Paz por medio de una Ley Estatutaria y, por ende, para la aplicación de esta jurisdicción a agentes del Estado. Las siguientes son algunas de las principales preguntas a resolver sobre la aplicación de esta cláusula constitucional transitoria en el caso de los agentes del Estado: ¿La cláusula del artículo 66 transitorio es tan amplia como la del Acuerdo de Víctimas? Es decir, ¿“Relación con su participación en el conflicto armado” es equivalente o incluye todos los “delitos relacionados con el conflicto armado y con ocasión de este”? ¿La nueva disposición de la Ley Estatutaria de creación de la JEP debería hacer explícito que se trata de una excepción al Fuero Penal Militar (constitucional)?

- b La “garantía de no extradición” (Numeral 72). De acuerdo con lo señalado en el artículo 35² de la Constitución Política, las condiciones de la concesión de la extradición las determinan los tratados públicos (con cada uno de los países) y, en su defecto, la Ley (como en el caso de los Estados Unidos, país con el que no hay tratado y las concesiones de extradición están determinadas por el artículo 490³ del Código de Procedimiento Penal – L. 906). Esto es una facultad del Ejecutivo, entonces podría interpretarse que la no concesión de la extradición no requiere reforma constitucional. Ahora, podría interpretarse que el espíritu del Numeral 72 exige una norma jurídica de prohibición, más allá de la facultad discrecional del Gobierno y su disposición al cumplir el Acuerdo de Buena Fe.

² ARTICULO 35- <Artículo modificado por el artículo 1o. del Acto Legislativo No. 1 de 1997. El nuevo texto es el siguiente:> La extradición se podrá solicitar, conceder u ofrecer de acuerdo con los tratados públicos y, en su defecto, con la ley.

<Aparte tachado INEXEQUIBLE> Además, la extradición de los colombianos por nacimiento se concederá por delitos cometidos en el exterior, considerados como tales en la legislación penal colombiana. La ley reglamentará la materia.

La extradición no procederá por delitos políticos.

No procederá la extradición cuando se trate de hechos cometidos con anterioridad a la promulgación de la presente norma.

³ ARTÍCULO 490. LA EXTRADICIÓN. La extradición se podrá solicitar, conceder u ofrecer de acuerdo con los tratados públicos y, en su defecto con la ley.

Además, la extradición de los colombianos por nacimiento se concederá por los delitos cometidos en el exterior, considerados como tales en la legislación penal colombiana.

La extradición no procederá por delitos políticos.

No procederá la extradición de colombianos por nacimiento cuando se trate de hechos cometidos con anterioridad al 17 de diciembre de 1997.

Por el rango constitucional actual de la prohibición respecto de delitos políticos, podría interpretarse que dicha norma jurídica de prohibición, debería tener el mismo rango constitucional.

4. El desarrollo normativo del Acuerdo sobre la creación de la JEP, implica la promulgación de leyes estatutarias. Son varios los temas que, en principio, deberían adoptarse mediante leyes de este tipo:
 - a. Principios sustanciales y procesales que deben guiar a los jueces de la Jurisdicción Especial para la Paz. La Corte Constitucional, en relación con los principios que guían la administración de justicia ha mencionado que: “una ley estatutaria encargada de regular la administración de justicia, como lo dispone el literal b) del artículo 152 superior, debe ocuparse esencialmente sobre la estructura general de la administración de justicia y sobre los principios sustanciales y procesales que deben guiar a los jueces en su función de dirimir los diferentes conflictos o asuntos que se someten a su conocimiento”.⁴ Es decir, según lo establecido por la Corte, una ley estatutaria, en los términos de la letra b) del art. 152, es aquella que afecta el núcleo esencial o básico de la estructura, la organización y el funcionamiento de la administración de justicia.⁵
 - b. La estructura de la JEP, conforme al literal b) del art. 152 de la C. Pol. se debe regular por ley estatutaria, los aspectos relacionados con “la administración de justicia”.
 - c. Definición y delimitación de las sanciones restrictivas o privativas de la libertad de la Jurisdicción Especial para la Paz. De acuerdo con lo desarrollado en la jurisprudencia constitucional es claro que se deben tramitar por medio de una Ley Estatutaria sólo aquellos asuntos que afecten el núcleo esencial de derechos fundamentales, bien sea porque restringen o limitan su ejercicio o su garantía.⁶
5. Existen, adicionalmente, otros aspectos cuya implementación – siguiendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la tradición legal colombiana – no requeriría ni reforma constitucional, ni trámite de ley estatutaria, tales como:

⁴ Sentencia C-037/96, M.P. Vladimiro Naranjo – Constitucionalidad de la Ley 4a de 1913, sobre Régimen Político y Municipal

⁵ Sentencia C-392 de 2000, M.P. Antonio Barrera, estudia la constitucionalidad de la ley 504/99 que crea los jueces del circuito especializado.)

⁶ Sentencia C-193/05, M.P. Manuel J. Cepeda, demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 890 de 2004, “por la cual se modifica y adiciona el Código Penal

- a. Procedimiento penal especial de la Jurisdicción Especial para la Paz. La Corte Constitucional ha señalado con claridad que la promulgación de los códigos de procedimiento o similares no es objeto de una ley estatutaria, sino de una ley ordinaria.⁷
6. Finalmente se deben evaluar las ventajas y riesgos de incluir la creación de la Jurisdicción Especial para la Paz en el Proyecto de Acto Legislativo No. 4 de 2015-Senado/157 de 2015-Cámara (PAL N. 04). Este proyecto prevé la puesta en marcha de tres tipos de herramientas: (i) un procedimiento legislativo especial para el desarrollo de las leyes y reformas constitucionales necesarias para implementar el Acuerdo Final; (ii) unas facultades para el Presidente de la República para el desarrollo de las medidas de estabilización a corto plazo, incluidas las leyes ordinarias que se necesiten para el efecto; y (iii) un componente de paz en el Plan Plurianual de Inversiones del Plan Nacional de Desarrollo para priorizar las poblaciones más afectadas por el conflicto armado.

a. Ventajas

- o La creación de la JEP debe hacerse por reforma constitucional. Su inclusión en el PAL No. 4 de 2015-Senado/157 de 2015-Cámara podría suplir este requisito y ahorraría una vuelta de debate en el Congreso, es decir 6 meses.
- o La inclusión de las reformas constitucionales de la JEP en el PAL ayudaría a no dilatar los tiempos del DDR.

b. Riesgos

- o *Riesgos de abrir el debate sobre los detalles muy temprano:* Incluso sobre la base de los elementos básicos de la JEP antes mencionados, es casi imposible pensar que será posible dar un debate en el Congreso sin tener que tocar temas tan sensibles para la negociación como el contenido de la restricción efectiva de la libertad y la verificación de condiciones. Aunque el Gobierno insista en mantener el proyecto en las generalidades, el Congreso va a exigir garantías, lo que podría poner en riesgo el proceso de DDR.
- o Posibles vicios *de forma:* Según los principios de consecutividad, identidad flexible y unidad de materia, en cada debate se pueden introducir a los proyectos de Ley y acto legislativo las modificaciones, adiciones y supresiones que se considere y se voten necesarias, incluyendo nuevos artículos. Sin embargo, para ser aceptables, estas modificaciones (adiciones, aclaraciones, supresiones) deben ser las que se “*juzguen necesarias*” y se refieran a “*lo misma*”

⁷ Sentencia C-037/96 (M.P. Vladimiro Naranjo), en la que analizó la constitucionalidad de la Ley 4a de 1913, sobre Régimen Político y Municipal, se refirió a lo que debe ser objeto de ley estatutaria y de ley ordinaria y Sentencia C-392 de 2000 (M.P. Antonio Barrera Carbonell) en la que analizó la constitucionalidad de la Ley 504/99 que crea los jueces del circuito especializado

materia” del proyecto, es decir que se correspondan con una *unidad temática*.⁸ En otras palabras, no se pueden introducir “temas autónomos, nuevos y separables”⁹

- o Respecto al principio de consecutividad e identidad flexible, durante los debates el Senador Roosevelt Rodríguez presentó la siguiente proposición respecto al artículo 2 del Proyecto: “La anteriores facultades también podrán ser utilizadas para que el Presidente de la República pueda expedir los contenidos normativos sobre justicia que están previstos para ser desarrollados a través de las leyes ordinarias o estatutarias en los artículos 66 y 67 transitorios del acto legislativo 1 de 2012”. Como se puede ver, esta proposición habla de ampliar las facultades extraordinarias para el desarrollo de la JEP, no de su creación constitucional lo que podría generar un riesgo de ausencia de consecutividad.
- o Adicionalmente, también podría alegarse falta de unidad normativa porque en la exposición de motivos del PAL, específicamente se dijo “No se trata de discutir aquí el contenido de esas normas, porque eso será objeto del Acuerdo Final y los ciudadanos tendrán la oportunidad de aprobarlo o improbarlo a través de la refrendación popular. Se trata de generar un mecanismo institucional y democrático en cabeza del Congreso de la República, con un procedimiento ágil y efectivo, para que este desarrolle el Acuerdo Final.”
- o En ese sentido podría alegarse que la introducción de las reformas constitucionales para la creación de la JEP es un tema *autónomo, nuevo y separable* de lo que se debatió en primera vuelta.

⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-273 de 2011: M.P María Victoria Calle.

⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-150 de 2015: M.P Mauricio González Cuervo.