



04182

Bogotá D.C., 21 NOV 2017



DESPACHO FISCAL GENERAL DE LA NACION
DFGN - No. 2017100022001
Fecha Radicado 2017-11-21 21:46:32
Anexos SIN ANEXOS

Doctor
GUILLERMO RIVERA
Ministro
MINISTERIO DEL INTERIOR
Ciudad.-

Asunto: PROYECTO DE LEY ESTATUTARIA JEP

Señor Ministro:

Con el fin de coadyuvar al buen suceso del trámite del proyecto de la referencia y luego de haber contribuido en todos los debates a la consolidación del mismo, la Fiscalía estima útil someter a su consideración algunas reflexiones finales sobre esta iniciativa, a partir de la ponencia que en buena hora le fue encomendada al Representante Hernán Penagos y que ha aportado, de manera notoria, al mejoramiento de la iniciativa:

1. Los beneficios no pueden convivir con nuevos delitos

A lo largo del trámite legislativo de implementación del Acuerdo Final, hemos reiterado ante el Congreso de la República que uno de los postulados esenciales del mismo, es la GARANTÍA DE NO REPETICIÓN, a cuyas voces es insostenible la coexistencia de un régimen de beneficios otorgados por la Jurisdicción Especial de Paz, con la comisión de nuevos delitos por parte de sus beneficiarios.

En tal sentido, registramos con complacencia que el Congreso haya excluido de los beneficios de la Jurisdicción Especial de Paz a los desertores y disidentes.

Ocurre, sin embargo, que algunos intérpretes del Acuerdo de Paz, cuyos conceptos han permeado el proyecto desde sus inicios, han sostenido una tesis minimalista del principio de NO REPETICION, según la cual los reinsertados se han obligado a no volver a alzarse en armas contra el Estado, en calidad de rebeldes, pero no a cometer otros delitos comunes, al punto de señalar que, por ejemplo, la comisión de cualquier nuevo hecho punible, no conlleva la pérdida de beneficios, dejando abierta la discusión acerca del tratamiento que debería darse a los reincidentes.



04182

Nuestro criterio inicial fue diametralmente opuesto. Entendemos que el *principio de no repetición* obliga a los beneficiarios del sistema de justicia transicional a alejarse totalmente del delito, a comportarse como ciudadanos íntegros, como contrapartida natural por beneficiarse del régimen preferente de la JEP. De allí que hayamos sostenido en los primeros debates que quienes reincidan en grupos armados organizados o grupos delincuenciales organizados, deben perder los privilegios de la reinserción.

Esta controversia permaneció latente en el proyecto hasta el debate que se inicia. Sin embargo, a partir del reciente fallo de la Corte Constitucional, ha quedado inequívocamente establecido que los excombatientes que se acojan a la JEP no pueden cometer un nuevo delito o, de lo contrario, perderán todos los beneficios que consagra la ley. Al efecto, en la sentencia de constitucionalidad se establece un Régimen de Condicionalidad para los excombatientes, que – en lo que interesa- se expresa en los siguientes términos:

“9. [...] la Corte entendió que toda vez que el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición tiene su centro de gravedad en buscar una respuesta integral a las víctimas, es fundamental entender que los beneficios, derechos y garantías del sistema como un todo, consagrados en el AL 01/17, no pueden entenderse de manera absoluta, sino que cada uno de los tratamientos especiales, beneficios, renunciaciones, derechos y garantías está sujeta a la verificación por parte de la Jurisdicción Especial para la Paz de todas las obligaciones derivadas del Acuerdo Final y en particular, del cumplimiento de las siguientes condicionalidades (en adelante, el “Régimen de Condicionalidad”):

[...]

“ (iv) Garantizar la no repetición y abstenerse de cometer nuevos delitos, o delitos de ejecución permanente, después del primero (1º) de diciembre de 2016, en particular, conductas asociadas con cualquier eslabón de la cadena de producción de los cultivos de uso ilícito y sus derivados; [...]

“En otras palabras, el incumplimiento por parte de los excombatientes a cualquiera de las condiciones del mencionado Sistema o a cualquiera de las sanciones impuestas por la Jurisdicción Especial de Paz, tendrá como efecto, de conformidad con el A.L. 1 de 2017, la pérdida de tratamientos especiales, beneficios, renunciaciones, derechos y garantías, según el caso”¹, (se subraya)

Los dictados de la Corte Constitucional sobre la materia fueron reafirmados en el numeral 23 del Comunicado No. 55, en los siguientes términos:

¹ Comunicado No. 55 del 14 de noviembre de 2017, Pág. 18.

04182



"Finalmente, corresponderá a la mencionada Jurisdicción verificar el cumplimiento del Régimen de Condicionalidad y demás requisitos señalados en el AL 01/17, y las normas que lo reglamenten, para garantizar su permanencia, dado que ante la verificación de cualquier incumplimiento, como se mencionó anteriormente, se perderán los tratamientos especiales, beneficios, renunciaciones, derechos y garantías (destacado propio)"².

Lo anterior significa que, a la luz de la Constitución, quien incumpla **cualquiera** de los componentes del Régimen de Condicionalidad, para nuestros efectos quien cometa un nuevo delito, debe perder todos los tratamientos especiales, beneficios, renunciaciones, derechos y garantías.

De esta forma, para asegurar la constitucionalidad del proyecto de ley en curso, éste debe acatar íntegramente la condicionalidad referida. Sin embargo, el texto propuesto a la plenaria de la Cámara, propone un régimen potestativo de valoración en manifiesta contravía de la sentencia de la Corte Constitucional.

En efecto, a pesar de que la sentencia prescribe que *cualquier* incumplimiento del Régimen de Condicionalidad da lugar a la *pérdida* de los beneficios y tratamientos especiales, en el texto del **proyectado artículo 20** se lee que "La JEP verificará el régimen de condicionalidades cuyo incumplimiento **podrá dar lugar** hasta la *pérdida de los tratamientos especiales*" (negritas extratextuales).

Se trata de un manifiesto desacato a los dictados de la providencia de la Corte Constitucional, el cual – lamentablemente- se reafirma en el **parágrafo 2º. del artículo 20** de la ponencia en comentario:

*"**PARÁGRAFO 2º.** Lo previsto en numeral 1 de este artículo no será entendido como una forma de obtener beneficios adicionales. En todo caso, la aportación dolosa de información falsa **podrá llegar hasta la pérdida de beneficios**, entendido como la no aplicación de las sanciones propias y alternativas, y toda información que surja del compromiso de aportar verdad plena que signifique una atribución de conductas punibles a una o varias personas deberán corroborarlos a través de otros medios de pruebas (destacado propio)"³.*

De análoga manera, el precepto sobre *competencia personal* (art. 63), al reconocer que la jurisdicción ordinaria mantendrá su competencia respecto de delitos cometidos con ocasión del conflicto por parte de desertores y disidentes, omite señalar que también la recobrará, respecto de los excombatientes, en aquellos eventos en los que la JEP determine que se ha incumplido cualquiera de los componentes del Régimen de Condicionalidades y, en particular, cuando

² Comunicado de Prensa No. 55 de 14 de noviembre de 2017, Corte Constitucional.

³ Artículo 20 Informe de Ponencia.

04182



cometan un nuevo delito. Esta precisión resulta indispensable para delimitar adecuadamente los límites competenciales de las dos jurisdicciones.

Por otra parte, al disponer el **numeral 3 del artículo 62 del proyecto**, relativo a la denominada "competencia material", que la jurisdicción ordinaria está llamada a conocer de los delitos de narcotráfico de ejecución permanente "...cuya comisión haya iniciado antes del 1 de diciembre de 2016, siempre que se hayan realizado actos de ejecución después de dicha fecha.", hace caso omiso que esta jurisdicción también debe asumir dichos delitos cuando los reinsertados incurran en un nuevo hecho punible o, en general, cuando se incumpla cualquiera de los elementos del Régimen de Condicionalidad, según lo prescribe la sentencia de la Corte Constitucional.

Por todo lo anterior, en el buen propósito de asegurar la constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria, es imprescindible que la H. Cámara disponga las modificaciones y precisiones pertinentes a los artículos glosados.

2. *No puede quedar la posibilidad de impunidad para graves crímenes*

La Fiscalía General de la Nación ha señalado, con arreglo a nuestro derecho interno y los compromisos internacionales suscritos por Colombia, que para el Estado es ineludible el deber de sancionar a todos los responsables de los más graves crímenes ocurridos durante el conflicto, de conformidad con lo ordenado por el Derecho Internacional, de suerte que la renuncia a la acción penal, es un mecanismo válido para los fines de la justicia transicional, siempre y cuando esté reservado para crímenes de menor lesividad, para que la JEP pueda concentrarse en los más reprochables hechos del conflicto y todos sus responsables.

Tal postura es consecuente con las exigencias del propio Acuerdo Final y de las autoridades internacionales en materia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. Así lo señala el mismo artículo tercero del Acto Legislativo 01 de 2017, al reconocer el "*deber general del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario [...]*"(destacado propio)". No por otra razón en el Acuerdo de Paz (Punto 5.1.1) se convino que "*31.- En el componente de justicia se establecerán sanciones a los responsables en aquellos casos en los que se determine que no los alcanza la amnistía o el indulto (destacado propio)*", sin que el *ius puniendi* del Estado se limitara a los máximos responsables.

Incluso, la Fiscal de la Corte Penal Internacional FATOU BENSOUA, alertó al Estado colombiano al respecto:

"el Estatuto [de Roma] no impone limitaciones con fundamento en el nivel de responsabilidad de los autores".

(...).

DESPACHO FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN
DIAGONAL 22 B (Avda. Luis Carlos Galán) No. 52-01 BLOQUE C PISO 5, BOGOTÁ, D.C.
CONMUTADOR 5702000-4149000 EXT. 2003-2004 FAX 2023
www.fiscalia.gov.co

04182



“Con fundamento en el Estatuto, la CPI continúa teniendo jurisdicción sobre los autores que han cometido crímenes establecidos por la CPI en los territorios de los estado parte tales como Colombia, aun cuando, como asunto de política, no sean seleccionados para procesar bajo los términos de la estrategia procesal de mi despacho (destacado propio)”.

Este mismo planteamiento ha sido expresado inequívocamente por la Corte Constitucional, como lo advierte en la sentencia C-674 de 2017:

“8. Con fundamento en esa consideración la Corte identificó los ejes definitorios de la Constitución que, considerando el contenido del AL 01/2017, podrían resultar relevantes:

- i) Deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y las infracciones al DIH y de garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición (destacado propio)”⁴.*

A contra pelo de lo expuesto, el proyecto de ley estatutaria de la JEP había previsto hasta el tercer debate, en el art. 19- párrafo 2º.-, que era posible renunciar a la acción penal, es decir, dejar sin sanción alguna, a quienes no tuvieron una participación determinante en los graves crímenes. Pero en el proyecto que ha entrado a discusión de la plenaria de la Cámara se suprimió el párrafo referido, que reservaba la renuncia de la acción penal en favor de los máximos responsables, lo que permitiría –inexplicablemente- que, de ser aprobado el texto propuesto de art. 19 y, en especial, su párrafo 1º., la JEP también pueda exceptuar de responsabilidad penal a quienes cometieron graves masacres, violaciones, reclutamiento de menores, desapariciones, entre otras.

Esta posibilidad teórica comportaría impunidad absoluta para los más graves crímenes y desconocimiento total de los derechos a la verdad, justicia y reparación de las víctimas, lo que activaría la competencia de la Corte Penal Internacional.

3. Acreditación de miembros de las FARC y listados

En esta materia, deben destacarse los avances logrados hasta la fecha, pues existe un unánime propósito de fijar con claridad el cierre de los listados a corte 15 de agosto del año en curso y en efecto así se ha reconocido.

⁴ Comunicado de Prensa No. 55 de 14 de noviembre de 2017, Corte Constitucional.

04182



Sin embargo, las previsiones normativas contempladas en la ponencia⁵ resultan insuficientes, en tanto la Constitución ordenó que el Gobierno Nacional adelante un procedimiento de revisión y verificación de los miembros de la organización incluidos en los listados. Luego, únicamente el Gobierno Nacional es quien debe acreditar los miembros desmovilizados de las FARC-EP y, por ende, quien tiene la posibilidad de activar la competencia personal de la Jurisdicción Especial de Paz en este asunto.

Al respecto la Corte Constitucional anotó:

“17. El inciso final del artículo transitorio 10 del AL 01/17: La Corte precisó que en relación con los listados de los combatientes a los que se refiere el inciso final del artículo 10 transitorio, debe adelantarse un procedimiento de revisión y verificación por parte del Gobierno Nacional, en los términos del inciso 1 del artículo 5 del Acto Legislativo, esto es, de conformidad con los principios de buena fe y de confianza legítima (destacado propio)”⁶.

Así las cosas, debe recaer sobre el Gobierno Nacional el deber de expedir un listado final de acreditación respecto de quienes se reputarán como desmovilizados de las FARC-EP, en cumplimiento del postulado constitucional de verificación, todo lo cual se traduce en mayor certeza y seguridad jurídica.

4. Sometimiento voluntario a la JEP

Uno de los elementos centrales de la decisión de la Corte Constitucional, fue la preservación de los principios de legalidad y juez natural para los terceros civiles y agentes del Estado no

⁵ En tal sentido el artículo 63 señala: “El Gobierno Nacional recibió los listados de los integrantes de las FARC-EP hasta el 15 de agosto de 2017. Estos fueron recibidos de buena fe, bajo el principio de confianza legítima, sin perjuicio de la verificación que realice el Gobierno Nacional para efectos de su acreditación. Este listado tendrá el carácter de reservados y serán remitidos a las autoridades competentes. La violación a esta disposición, respecto del carácter reservado, dará lugar a las responsabilidades penales y disciplinarias de la legislación vigente.

La Sala de Amnistía e Indulto podrá excepcionalmente estudiar e incorporar los nombres de las personas que por motivos de fuerza mayor no fueron incluidos en el presentado por las FARC-EP al Gobierno Nacional. En todo caso, la Sala de Amnistía solicitará información respecto de estas personas al Comité Técnico Interinstitucional, creado por el Decreto 1174 de 2016. En ningún caso, la Sala de Amnistía podrá considerar personas sobre las cuales la Oficina del Alto Comisionado haya decidido su no acreditación (Destacado propio)”.

⁶ Comunicado de Prensa No. 55 de 14 de noviembre de 2017, Corte Constitucional.

04182



integrantes de la Fuerza Pública, por lo que exhortó al legislador a regular la oportunidad y condiciones para acogerse a la JEP; veamos:

“Precisa la Corte que la oportunidad y las condiciones para acogerse a la JEP deben regularse por el legislador en atención al momento en el que el tercero sea o haya sido formalmente vinculado por la jurisdicción penal ordinaria a un proceso por una conducta punible de competencia de la JEP, con tratamiento diferenciado en función de la oportunidad y del grado de reconocimiento de verdad y de responsabilidad”⁷(se subraya).

En este orden de ideas, la ponencia incluye el siguiente texto en el **Art. 63**:

*“**PARÁGRAFO 4.** Los agentes del Estado no integrantes de la Fuerza Pública y los civiles que sin formar parte de las organizaciones o grupos armados hayan contribuido de manera directa o indirecta a la comisión de delitos en el marco del conflicto, podrán voluntariamente someterse a la JEP para recibir el tratamiento especial que las normas determinen, siempre que cumplan con las condiciones establecidas de contribución a la verdad, reparación y garantías de no repetición. En estos casos, desde dicha manifestación de sometimiento, la JEP asumirá la competencia prevalente y exclusiva conforme al artículo transitorio 5 del Acto Legislativo 1 de 2017 y el artículo 80 de la presente ley.*

(...) (Destacado propio)”⁸.

La norma propuesta amerita dos comentarios:

- i) La simple manifestación de voluntad de someterse a la Jurisdicción Especial de Paz, no implica que esta avoque el conocimiento de un caso de forma automática, pues además de la solicitud, debe verificarse el presupuesto de competencia material.

Luego, a pesar de la solicitud voluntaria, es posible que la Jurisdicción Especial de Paz no asuma competencia, con las consecuencias que ello tendría desde la perspectiva de la investigación penal y el mismo régimen de prescripciones, que es necesario prever desde ahora.

- ii) Considerando el Régimen de Condicionalidades definido por la Corte Constitucional, la prevalencia y exclusividad de la Jurisdicción Especial de Paz no se aplicará para quienes incumplan dicho régimen, pues tales conductas serán de competencia de la Jurisdicción Ordinaria si la propia Jurisdicción Especial de Paz, concluye que existió incumplimiento.

⁷ Ídem.

⁸ Artículo 63 de la Ponencia.

04182



5. Criterios de priorización y selección en la Jurisdicción Ordinaria

En la ponencia para segundo debate de Cámara, se incluye para los asuntos relacionados con el conflicto que se mantengan en la Jurisdicción Ordinaria respecto de los terceros civiles y agentes del Estado no integrantes de la Fuerza Pública, un deber de aplicar criterios de priorización y selección como sigue:

“ARTÍCULO 72. En los términos del artículo 3 del Acto Legislativo 01 de 2017 la Fiscalía General de la Nación deberá aplicar los criterios de selección y priorización necesarios para concentrar el ejercicio de la acción penal respecto de los terceros civiles y agentes del Estado no integrantes de la Fuerza Pública que no se hayan voluntariamente sometido a la JEP, teniendo en cuenta su contribución a la verdad, justicia, la reparación y no repetición”.

Esta norma resulta abiertamente inconstitucional por las siguientes razones:

- i) La Corte Constitucional distinguió con claridad los escenarios de Justicia Transicional y Justicia Ordinaria, destacando que a esta última le corresponde la investigación y juzgamiento de los terceros civiles y agentes del Estado no integrantes de la Fuerza Pública, en virtud de los principios de legalidad y juez natural:

*“(...) de modo que el efecto jurídico de la declaratoria de inexecutable de los incisos 2 y 3 del artículo transitorio 16 es que **los terceros civiles se encuentran sujetos** en principio, al juez natural y al régimen jurídico general determinado en la Constitución Política y la **legislación ordinaria**, régimen que, por lo demás, es más estricto que el contemplado en el Acto Legislativo 01 de 2017. Dado que los criterios de **priorización y de selección son inherentes a un sistema de justicia transicional**, la Fiscalía General de la Nación y la Procuraduría General de la Nación adoptarán las medidas necesarias para garantizar los derechos fundamentales de las víctimas en los procesos ante la jurisdicción ordinaria”⁹.*

En este orden de ideas, constituye un yerro constitucional que la ley otorgue facultades de priorización y selección a la Fiscalía General de la Nación, en un escenario de justicia ordinaria, pues -de conformidad con el artículo 250 constitucional- la Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de todos los hechos que revistan las características de un delito, salvo cuando procede el principio de oportunidad reglado en la Carta Política y en la ley.

⁹ Comunicado de Prensa No. 55 de 14 de noviembre de 2017, Corte Constitucional.

04182



- ii) La norma propuesta no cumple con el requisito de "consecutividad" en el trámite legislativo y, por ello, estaría llamada a desaparecer del orden jurídico en el examen de constitucionalidad que deberá adelantar la Corte.

Con la confianza de que las observaciones expuestas contribuirán a enriquecer el análisis del proyecto en curso, suscribo,

Atentamente,


NÉSTOR HUMBERTO MARTÍNEZ NEIRA
Fiscal General de la Nación

c.c: Representante Hernán Penagos, Ponente.