



LAWYERS WITHOUT BORDERS
AVOCATS SANS FRONTIERES
ABOGADOS SIN FRONTERAS
Canada

Amicus curiae

Control constitucional Acto Legislativo 01 de 2017



UNIVERSITÉ
LAVAL

Faculté de droit
Clinique de droit international pénal
et humanitaire (CDIPH)



Global
Rights
Compliance

Lawyers' Rights Watch Canada

Julio de 2017, Bogotá; Colombia.

**Honorables Magistrados y Magistradas
Corte Constitucional de Colombia
M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez**

Asunto: Presentación de escrito *amicus curiae*

Radicación: Acto legislativo para la paz RPZ0000003

Presentado por: Abogados sin fronteras Canadá

Norma revisada: Acto Legislativo No. 01 del 4 de abril de 2017 “Por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones”.

Cordial saludo:

Abogados sin fronteras Canadá (ASFC) es una organización internacional no gubernamental cuya misión es apoyar la defensa de los derechos humanos de los grupos o personas más vulnerables, a través del fortalecimiento del acceso a la justicia y la representación legal. En representación del equipo de ASFC, hacemos llegar a su despacho un escrito de *amicus curiae* para su consideración, cuyo objeto de análisis es el control automático y único de constitucionalidad del Acto Legislativo 01 del 4 de abril de 2017.

ASFC es absolutamente respetuosa de la soberanía colombiana y las competencias de la Corte Constitucional y en esa medida no pretende en modo alguno interferir, sino por el contrario aportar, conforme a los criterios y conceptos que son propios de este tipo de escrito, elementos o insumos para el debate planteado, lo que seguramente terminará con una fallo ajustado a los criterios de sabiduría de quienes lo van a proferir.

Este escrito de *amicus curiae* está suscrito igualmente por **la Clínica de derecho penal internacional y humanitario** (<http://www.cdiph.ulaval.ca/>) de la Universidad de Laval con sede en Quebec Canadá; la organización de derechos humanos **Lawyers Rights Watch Canadá** (<http://www.lrwc.org/>) con sede principal en Vancouver Canadá y la asociación internacional de abogados **Global Rights Compliance** (<http://www.globalrightscompliance.com/>) con sede en La Haya en Países Bajos.



INDICE

1. Interés para actuar	4
2. Norma objeto de análisis constitucional	6
3. Identificación del problema jurídico	7
4. Argumento	
4.1 <i>Medidas transitorias de justicia penal destinada a satisfacer los derechos de las víctimas y alcanzar la paz y/o la democracia (i)</i>	8
4.2 <i>Marco del control constitucional de las reformas a la Constitución Política adoptadas por el procedimiento legislativo especial para la paz (ii)</i>	12
4.3 <i>La obligación de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos en el control de reformas a la Constitución (iii)</i>	15
4.4 <i>Conductas violatorias de los derechos humanos que deben ser investigadas, juzgadas y sancionadas por el derecho penal nacional en épocas de transición (iv)</i>	16
4.5 <i>La determinación de la responsabilidad de mando por violaciones graves a los derechos humanos y al DIH (v)</i>	19
4.6 <i>Limitaciones para la determinación de la responsabilidad de mando de miembros de la fuerza pública en el Acto Legislativo 01 de 2017 (vi)</i>	21
5. Conclusión	25

1. INTERÉS PARA ACTUAR

1.1 ASFC trabaja desde el año 2003 en Colombia con defensoras/os de derechos humanos y víctimas de violaciones graves, ofreciendo respaldo en casos emblemáticos, acompañamiento internacional y desarrollando sesiones de formación. Adicionalmente, ASFC ha participado activamente en el análisis de medidas que impactan en el reconocimiento de los derechos de las víctimas¹. Particularmente, ha realizado un seguimiento al proceso de paz entre el Gobierno de Colombia y la guerrilla de las FARC-EP en relación con los mecanismos de justicia transicional destinados a las víctimas² y ha realizado un seguimiento a las reformas al fuero penal militar³.

1.2 Del universo de víctimas en Colombia, ASFC ha advertido sobre la situación especialmente vulnerable de las víctimas de agentes del Estado⁴. En el 2015, ASFC publicó los resultados del seguimiento y evaluación de 15 procesos penales que involucran la responsabilidad de miembros de la fuerza pública. Tras 4 años de seguimiento, se concluyó que las dinámicas de los procedimientos, así como las conductas de distintos actores dentro del desarrollo de las investigaciones, impidieron a las víctimas recibir una respuesta oportuna sobre la verdad de lo ocurrido y los responsables.⁵ También, en el estudio de las reformas al fuero penal militar, ASFC ha advertido sobre las implicaciones de someter al fuero penal militar a miembros de la fuerza pública por violaciones graves a los derechos humanos y sobre los efectos negativos de incluir una interpretación restrictiva del derecho internacional humanitario (DIH)⁶.

1.3 La impunidad respecto a las violaciones graves a los derechos humanos y al DIH es una preocupación legítima de la comunidad internacional, en tanto constituye una violación a los derechos de las víctimas y un quebramiento al derecho internacional. Conforme al derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) los Estados están obligados a

¹ ASFC. (2016). Estudio de casos a luz del principio de complementariedad del Estatuto de Roma. Mecanismos de Impunidad; ASFC. (2014). Paz con Justicia Transicional. Aportes para Colombia desde el Derecho Internacional; ASFC. (2013). Análisis jurídico del Acto Legislativo 02 de 2012; ASFC. (2015). Amicus Curiae en apoyo a la inconstitucionalidad del Acto Legislativo 01 de 2015, entre otros. En: <http://www.asfcandada.ca/es/publicaciones>

² ASFC. (2016). Negociaciones de paz. Observaciones a los acuerdos parciales sobre víctimas en Colombia.

³ ASFC. (2015). La ampliación del fuero penal militar: falta de voluntad para investigar graves violaciones de los derechos humanos que pueden constituir crímenes internacionales. En: *Estudio de casos a luz del principio de complementariedad del Estatuto de Roma*, pp 172 a 185.

⁴ En concordancia con los resultados parciales del examen preliminar de la Oficina de la Fiscalía de CPI, respecto a ciertas categorías de personas y de crímenes, como en el caso de los agentes de estado, detectó ciertas carencias o deficiencias que indican una actividad insuficiente o incompleta, por ejemplo, en los casos de ejecuciones arbitrarias, denominadas como falsos positivos, observo que la mayoría de los procedimientos existentes no se ha centrado en quienes podrían ser los máximos responsables (OF-CPI. 2012. Reporte Intermedio situación en Colombia, párrs. 198, 199 y 220).

⁵ Véase: ASFC. (2015). Estudio de casos a luz del principio de complementariedad del Estatuto de Roma.

⁶ *Amicus curiae* ASFC. Intervención proceso No. 10902 con sentencia C-084 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

garantizar y a respetar los derechos humanos; ello incluye el deber de prevenir, investigar, juzgar y, en su caso, sancionar toda grave violación a los mismos. Conforme al DIH, la obligación de sancionar graves violaciones en un conflicto armado no internacional se deriva del derecho consuetudinario⁷ y se erige como un principio fundamental del derecho internacional⁸. Si bien los Estados están facultados para aplicar reglas excepcionales para la penalización de violaciones a los derechos humanos, en contextos que buscan asegurar el tránsito hacia la democracia y/o hacia la paz, es importante mencionar que hoy en día existe un amplio consenso de la comunidad internacional sobre la ilegitimidad de excluir la acción de la justicia a quienes sean los más responsables de la ocurrencia de atrocidades masivas llevadas a cabo durante la vigencia de conflictos armados.

1.4 Basado en las conclusiones derivadas del trabajo de ASFC en Colombia y a partir de un análisis complementario del derecho internacional y constitucional de los derechos humanos, presentamos el *amicus curiae* de la referencia con el **objetivo de aportar un documento técnico que valora la constitucionalidad de la adopción de normas penales transitorias, en sociedades que buscan asegurar el tránsito a la paz y/o la democracia**. De esta manera, mediante el análisis particular de normas especiales, excepcionales y transitorias para **determinación de responsabilidad de mando** de miembros de miembros del ejército y la policía colombiana (adoptadas por art. 24 transitorio del AL 01)⁹ se busca hacer un ejercicio de generalización analítica que aportará ideas en torno al estudio de medidas judiciales incluidas en la reforma constitucional. La elección de la norma a estudiar se fundamenta en las perspectivas del trabajo de ASFC en los territorios

⁷ En relación con la ausencia de responsabilidad penal por violaciones graves al DIH en el marco de conflictos internos, el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso Prosecutor V. Dusko Tadic, consideró que de acuerdo con la costumbre internacional la ausencia de tratados que castiguen las violaciones no limita el ámbito de responsabilidad penal. Para el Tribunal las violaciones al DIH pueden ser castigadas en contextos de conflicto armado internacional como interno (TPIY. Decisión de Cámara de Apelaciones sobre la competencia en Tadic, párr. 96 a 137). También, el ER consagra de manera explícita como crímenes de guerra las violaciones al derecho internacional humanitario en el marco de conflictos armados no internacionales.

⁸ Para un análisis de las fuentes generales y particulares que prevén el deber de penalizar violaciones a los derechos humanos véase: Ambos, Kai. (1999). Impunidad y Derecho Penal Internacional. (2 Ed). Buenos Aires: Ad Hoc.

⁹ Un análisis de constitucionalidad de las normas adoptados en el Acto Legislativo 01 de 2017 que debería ser profundizada por exigir elementos no contemplados en el derecho internacional y no estar definidos por este, es el caso de la definición de “(...) **graves crímenes de guerra -esto es, toda infracción del Derecho Internacional Humanitario cometida de forma sistemática-**”,(Art. transitorio 16), “**crímenes de guerra cometidos de manera sistemática**” (art. 3) y la exigencia de “**participación activa o determinante en la comisión**” (ART. 16 transitorio) para determinar la responsabilidad sobre terceros civiles, permitiendo una interpretación que excluye otros grados de responsabilidad. De otro lado, en relación con el elemento sistemático de los crímenes de guerra, cabe resaltar que este no es un requisito indispensable de los crímenes de guerra. De acuerdo con la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI, caso Fiscalía Vs. Jean-Pierre Gombo (providencia del 15 de junio de 2009), dicho elemento no es un prerrequisito para que Corte ejerza su competencia, sino que le sirve como una “directiva en la materia” (párr. 211). También conforme a la Corte Constitucional de Colombia “(...) los crímenes de guerra tienen un elemento de violencia sistemática, el cual no se identifica con que los crímenes sean masivos, sino con que tengan un nexo con el conflicto armado como parte de un plan organizado o político (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-579 de 2013).

colombianos y en la afirmación según la cual establece criterios que limitan la evaluación de la responsabilidad de mando de miembros de la fuerza pública, permitiendo que personas responsables de violaciones graves de derechos humanos y de DIH queden excluidas de la acción de la justicia, hecho que desconoce el derecho de la sociedad colombiana y de las víctimas a saber la verdad sobre la ocurrencia de masivas y graves violaciones a los derechos humanos, e impide la satisfacción efectiva de los derechos de los víctimas negando el reconocimiento de responsabilidad de todas las personas que participaron en el conflicto armado colombiano.

2. NORMA OBJETO DE ANÁLISIS CONSTITUCIONAL

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 área donde se cometieron los hechos punibles, conforme al nivel de mando correspondiente; y
- d) Que el superior tenga la capacidad material y directa de tomar las medidas 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.



3. IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO

3.1. En situaciones excepcionales vinculadas a asegurar el tránsito hacia la paz y enfrentar un pasado de abusos a gran escala ¿Es inconstitucional el art.24 transitorio del AL 01 del 4 de abril 2017 por la afectación a las obligaciones esenciales del Estado social de Derecho de respetar, proteger y garantizar los derechos de la sociedad y de las víctimas, al Congreso adoptar reglas especiales, excepcionales y transitorias para la determinación de la responsabilidad de mando de los miembros de la fuerza pública que restringen la comparecencia ante la justicia nacional de responsables de violaciones graves a los derechos humanos y al DIH?

3.2 El cuestionamiento anterior se deriva de la inclusión de las reglas que establecen que en la determinación de la *responsabilidad de mando* (i) se aplicará como *ley especial* normas del DIH y reglas operacionales de la fuerza pública en relación con el DIH, sin hacer referencia a otros ordenamientos jurídicos internacionales; (ii) debe fundarse en el conocimiento basado en la información a la disposición antes, durante, o después de la realización de la conducta o conductas criminales, sin hacer referencia al conocimiento *inferido o presunto* y (iii) establece condiciones concurrentes para determinar la existencia de mando y control efectivo, sin considerar otros supuestos que pueden configurar tal situación.

3.3 Bajo el entendido de que las instituciones jurídicas, las reglas y principios adoptadas por el AL 01 de 2017 son excepcionales, especiales, transitorias y se encuentran vinculadas con un sistema que de manera integral buscaría satisfacer los derechos de las víctimas y asegurar la paz (AL 01 de 2017, art. Transitorio 1), se decide que para resolver el problema jurídico planteado en primer lugar (i) se abordará la cuestión de la adopción de medidas de justicia penal en escenarios que buscan asegurar el tránsito hacia la paz y se describirán las normas para la penalización de miembros de la fuerza pública incluidas en el AL 01 de 2017. En segundo lugar (ii) se establecerán los parámetros de control de las reformas a la Constitución Política de Colombia (en adelante CP o Constitución) con el fin de identificar los límites impuestos por el *procedimiento especial de reformas legislativas para la paz*. (iii) En tercer lugar, se expondrá la doctrina aplicada por la Corte Constitucional sobre la obligación internacional de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos en el control de reformas a la Constitución. En cuarto lugar, (iv) se abordará la categoría de la *conducta* para establecer los comportamientos violatorios de los derechos humanos y del DIH que deben ser penalizados por los Estados. En quinto lugar (v) se abordará la responsabilidad de mando como fórmula de imputación penal en casos de violaciones graves de los derechos y humanos y del DIH y, en sexto lugar, (vi) se identificarán los límites establecidos por el art. 24 transitorio del AL 01 de 2017 para la penalización de miembros de la fuerza pública por responsabilidad de mando. Finalmente (vii) se expondrán las conclusiones.

4. ARGUMENTOS

4.1 Medidas transitorias de justicia penal destinada a satisfacer los derechos de las víctimas y a alcanzar la paz y/o la democracia (i)

4.1.1 La impunidad fue por mucho tiempo considerada como un “*mal necesario*”, pues se creía indispensable para asegurar el restablecimiento de la paz o la democracia, o la transición hacia ellas. Con la aprobación de leyes de amnistía en contextos de transición que tuvieron lugar luego de las dictaduras Latinoamericanas del siglo XX, se pretendía que los dictadores acusados de cometer violaciones graves de derechos humanos dejaran el poder. Lo anterior provocó una fuerte reacción por parte de las víctimas, organizaciones no gubernamentales y órganos de la Naciones Unidas por considerar que la falta de sanción a los responsables desconocía de manera fehaciente los derechos humanos. Fue así como emergió el argumento según el cual la impunidad por violaciones graves a los derechos humanos y al DIH constituye una violación al derecho internacional, en tanto conlleva el incumplimiento del deber de garantizar dichos derechos¹⁰.

4.1.2 La consolidación del mencionado argumento fue posible gracias al interés de los Estados, interés que quedó reflejado en la Carta de la Naciones Unidas y de la OEA al manifestar su deseo de mantener la “paz y seguridad internacionales”¹¹, así como a través de la creación de la Corte Penal Internacional y de la aprobación de instrumentos de sistematización de obligaciones contenidas en el *Conjunto de principios contra la impunidad* y los *Principios sobre el derecho a la reparación de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos*. También, la intención de la comunidad internacional se materializó por medio del rol desempeñado por los Tribunales penales especiales para Ruanda, Ex Yugoslavia y la Corte Especial de Sierra Leona y por la adopción de instrumentos internacionales como la Convención para la Prevención y Sanción del genocidio de 1948, la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, entre otros instrumentos que imponen el deber de penalización y evidencian la descalificación del discurso de la impunidad como un mal necesario.

4.1.3 La imposibilidad real de que todos los delitos sean resueltos por la justicia nacional, ha llevado a que la justicia internacional y algunas jurisdicciones nacionales adopten la facultad de centrar la investigación en aquellos delitos más graves y en aquellas personas consideradas más responsables. En escenarios excepcionales que buscan asegurar el

¹⁰ Tayler W. (1997). La problemática de la impunidad y su tratamiento en las Naciones Unidas. Véase: ONU. Asamblea General. (15 de noviembre de 1988). La situación en Centroamérica amenazas a la paz y la seguridad internacional e iniciativas de paz. Resolución 43/24. Informe Final de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías. La administración de la justicia y los derechos humanos de los detenidos. La cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos). Informe final elaborado y revisado por M. Joinet en aplicación de la decisión 1996/119 de la Subcomisión.

¹¹ Carta Naciones Unidas, Preámbulo, art.1, 2, 11, 15, 18, 23, 24, 26, 34, 37, 42, 43, 47, 48, 51, 52, 54, 73, 76, 84, 99 y 106. Carta OEA, Preámbulo, art. 1, art. 23, 30 y 110

tránsito de la guerra a la paz o el tránsito de una dictadura a una democracia, se considera que la adopción de normas excepcionales de penalización no es incompatible con las obligaciones de investigación, juzgamiento y sanción de graves violaciones a los derechos humanos y al DIH, sí las medidas están orientadas al menos a satisfacer los derechos de las víctimas de violaciones graves, mediante un procedimiento transitorio, que podría incluir tratamientos penales más favorables que los dispuestos por el sistema penal ordinario¹².

4.1.4 Si bien las expectativas de las víctimas de violaciones graves pueden verse relativizadas en escenarios de justicia transicional al poderse adoptar tratamientos penales más beneficios que los establecidos por el derecho penal ordinario¹³, y que resulten conducentes para el logro o mantenimiento de la paz o la democracia, ello no implica que cualquier medida de justicia penal sea válida. Así, estas no pueden estar orientadas a: **(i)** quebrantar la obligación del Estado de penalizar a los responsables de violaciones graves a los DDHH Y DIH; **(ii)** desconocer el derecho a conocer los abusos del pasado y la suerte de los desaparecidos, **(iii)** vulnera el derecho a las víctimas a la reparación o **(iv)** a desconocer la obligación del Estado de garantizar la no repetición de las atrocidades en el futuro. En tanto, dichas medidas resultan incompatibles con la obligación de garantizar los derechos humanos y afectan los compromisos en la lucha contra la impunidad y la satisfacción efectiva de los derechos de las víctimas.

4.1.5 Uno de los casos que ejemplifica el compromiso contra la impunidad, incluso en escenarios que buscan asegurar la transición hacia la paz, es el de Uganda, caso en el cual la Fiscalía de la CPI decidió continuar con la investigación de la situación en ese país, cuando incluso el propio gobierno le solicitó la suspensión de la investigación para impulsar un proceso de negociación política con los actores armados. Las declaraciones de Joseph Kony, líder del grupo rebelde Lord's Resistance Army (LRA) respecto a que solo era posible alcanzar un acuerdo de paz si la CPI retiraba la orden de arresto en su contra, no fueron suficientes para que la OF-CPI cambiara de actitud. El Fiscal de la CPI señaló que su compromiso con la lucha contra la impunidad no puede ser interrumpido por decisiones políticas¹⁴. Además, la impunidad en escenarios de transición y el desconocimiento del

¹² Sobre la adopción de tratamientos penales más beneficiosos en épocas de transición en Colombia: Corte Constitucional, sentencias C-370 de 2006y C-579 de 2013. Véase también, Acto Legislativo 01 de 2012 y sobre medidas especiales Informe de Consejo de Seguridad de las Naciones Unidad (3 de agosto de 2004). El Estado del derecho y la justicia de transición en la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos.

¹³ El antecedente más próximo a la implementación de un proceso que integra mecanismos de justicia transicional en el país surgió en el año 2005 con la cuestionada desmovilización de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC). Bajo dicho modelo, se pactaron penas alternativas que suspendieron la ejecución de la pena de prisión a los responsables de graves delitos, reemplazándola por una pena de máximo 8 años que se concedería por la contribución del beneficiario a la consecución de la paz nacional, la colaboración con la justicia, la búsqueda de la verdad, la reparación a las víctimas y su resocialización mediante un procedimiento especial llamado Justicia y Paz. Véase también: CAJAR & ASFC. (2013). La ley de justicia y paz a luz del principio de complementariedad Disponible en: http://www.asfcanada.ca/uploads/publications/uploaded_cartilla-ley-de-justicia-y-paz-pdf-55.pdf

¹⁴ Para la situación de Uganda puede consultarse a Michael Otim y Marieke Wierda, Uganda: la búsqueda de la paz y la justicia bajo la sombra de la CPI, en Centro Internacional para la Justicia Transicional,

derecho a la justicia de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos y al DIH, son campos que adquieren especial relevancia para el derecho penal internacional cuando aquellos atropellos constituyen crímenes de guerra o, que por su sistematicidad o generalidad configuran crímenes de lesa humanidad. En estos casos la CPI podrá intervenir para asegurar que no queden en la impunidad, cuando exista inactividad, falta de voluntad o capacidad por parte del Estado para sancionar a los responsables de acuerdo al principio de complementariedad del Estatuto de Roma.

4.1.6 En el Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera del 24 de noviembre de 2016 (en adelante “Acuerdo Final”) fueron pactados diferentes mecanismos judiciales y extrajudiciales para satisfacer los derechos de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos y al DIH¹⁵, los cuales se concretaron con la creación constitucional del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y Garantías de No Repetición (en adelante “SIVJRNR”), adoptado mediante el AL 01 de 2017. El SIVJRNR integra mecanismos judiciales y extrajudiciales orientados a satisfacer los derechos de las víctimas y asegurar el tránsito hacia la paz (art. 1 transitorio). Particularmente, en relación con las medidas judiciales para satisfacer los derechos de las víctimas, se crea la *Jurisdicción Especial para la Paz* (en adelante “JEP”) que autoriza la aplicación de normas excepcionales, especiales y transitorias para la penalización de conductas cometidas con anterioridad al 1 de diciembre de 2016, “por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, por “quienes participaron en el mismo, en especial respecto a conductas consideradas como graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario o graves violaciones a los Derechos Humanos” (art. 5 transitorio ins. 1).

4.1.7 Las medidas judiciales adoptadas por el AL 01 de 2017 incluyen (i) la adopción de la concepción de la *justicia restaurativa*, con un enfoque territorial, diferencial y de género,

Transiciones en contienda, Dilemas de la justicia transicional en Colombia y en la experiencia comparada, Bogotá, 2010, p. 253 a 277.

¹⁵ Conforme con el Acuerdo Final de Paz “El componente de Justicia también se aplicará respecto de los agentes del Estado que hubieren cometido delitos relacionados con el conflicto armado y con ocasión de éste, aplicación que se hará de forma diferenciada, otorgando un tratamiento equitativo, equilibrado, simultáneo y simétrico. (...) En dicho tratamiento deberá tenerse en cuenta la calidad de garante de derechos por parte del Estado. En el caso de los agentes del Estado, la aplicación de la Jurisdicción Especial para la Paz parte del reconocimiento de que el Estado tiene como fin esencial proteger y garantizar los derechos de todos los ciudadanos, y tiene la obligación de contribuir al fortalecimiento de las instituciones. Por lo anterior, sus agentes, en particular los miembros de la Fuerza Pública, ostentan el ejercicio legítimo de la fuerza y sus acciones se presumen legales (pp. 149). Además, (...) respecto 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 (pp. 152).

como alternativa para asegurar el tránsito a la paz, concepción que de acuerdo con la reforma constitucional le imprime a la pena una mayor función restauradora y reparadora, otorgando menor valor a la función retributiva (art.1 transitorio). Además, la reforma incluye tratamientos penales especiales, como la libertad transitoria, anticipada y condicionada (art.7 transitorio) o la aplicación de penas propias, alternativas u ordinarias, modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la penas reducidas y sanciones extrajudiciales, (art. 3 y art 5, 13 y 25 transitorios), entre otros tratamientos especiales¹⁶. También, el AL 01 de 2017 permite establecer criterios de selección y priorización, para centrar la acción de la justicia en los máximos responsables y en las más graves conductas (art transitorio 5 y art 3) e instaura el tratamiento penal diferencial para las diferentes categorías de actor (agentes del estado, terceros civiles y guerrillas) que concurrirían en la JEP (art. 5,16, 17 y 21 y 26 transitorios).

4.1.8 Por regla general, el SIVJRNR se aplica de forma diferenciada, otorgando un tratamiento equilibrado y simétrico, teniendo en cuenta la calidad de garantes de derecho por parte de la fuerza pública (art. 17 transitorio), pudiendo evaluar la responsabilidad penal de miembros de las FARC-EP que suscriban el Acuerdo Final de Paz, agentes del Estado y terceros civiles (art. 5, 16, 17 y 21 transitorios). Para la evaluación de la responsabilidad de mando de miembros de la fuerza pública, el AL 01 de 2017 incluye una variación según la cual el tratamiento en estos casos será simétrico en algunos aspectos, diferenciado en otros aspectos, pero siempre equitativo y simultáneo (art. 21 transitorio).

4.1.9 En aplicación del tratamiento diferenciado, el AL 01 DE 2017 adopta reglas especiales para la penalización de miembros del Ejército y de la Policía que hubieran realizado conductas punibles por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, incluyendo medidas especiales para **(i)** la calificación y valoración jurídica de la conducta (art.17, 22 y 24 transitorios); **(ii)** la determinación de la competencia de la JEP, al incluir reglas específicas para determinar el nexo con el conflicto armado (art. 23 transitorio); **(iii)** la determinación de responsabilidad de mando (art. 24 transitorio); **(iv)** la sanción de violaciones graves a los derechos humanos y al DIH (art. 25 transitorio). Además, contempla una exclusión respecto a la acción de repetición y el llamamiento en garantía dispuesto por el art. 90 de la Constitución (Art. Transitorio 26).

4.1.10 Respecto a la calificación y la valoración jurídica de la conducta, por regla general, al adoptar resoluciones o sentencias, la JEP hará una calificación jurídica que se basará en el Código Penal Colombiano y/o normas del DIDH, del DIH o del derecho penal internacional, siempre con aplicación obligatoria del principio de favorabilidad (Art. transitorio 5 ins. 7). En el **caso particular de la penalización de miembros de la fuerza**

¹⁶ Además, se incluyen beneficios penales como la renuncia condicionada a la persecución judicial penal (art. 3 y art. 18 transitorio); la suspensión condicional de la ejecución de la pena (art. 3); la revisión de sentencias (art 10 transitorio), la prohibición de extradición y de medidas de aseguramiento con fines de extradición (art. 19 transitorio), la sustitución de la sanción penal (art. 11 transitorio).

pública también se tendrán en cuenta las *reglas operacionales* siempre que no sean contrarias a la normatividad legal y, en el caso específico de la determinación *responsabilidad de mando* de miembros de la fuerza pública, el AL 01 de 2017, adopta reglas especiales para establecerla, al incluir que en la valoración jurídica de la conducta tendrá en cuenta el DIH como *ley especial* y las reglas operacionales de la Fuerza Pública en relación con el DIH, siempre que no sean contrarias a la normatividad legal.

4.1.11 Además, para la determinación de responsabilidad de mando de miembros de la fuerza pública, el art. 24 transitorio del AL 01 de 2017 determina que “(...) *no podrá fundarse exclusivamente en el rango jerarquía o el ámbito de jurisdicción*” y “(...) *respecto a los actos de sus subordinados debe fundarse en el control efectivo de la respectiva conducta, el conocimiento basado en la información antes, durante y después de la realización de la respectiva conducta así como de los medios a su alcance para prevenir que se cometa o se siga cometiendo la conducta, siempre y cuando las condiciones fácticas los permitan, y de haber ocurrido, promover las investigaciones procedentes*”. También establece condiciones concurrentes para demostrar la existencia de mando y control efectivo del superior militar o policial sobre los actos de sus subordinados.

4.2 Marco del control constitucional de las reformas a la CP adoptadas por el procedimiento legislativo especial para la paz (ii)

4.2.1 El AL 01 de 2017 fue aprobado por el Congreso mediante un trámite *legislativo especial* para producir reformas a la CP, adoptado con el propósito de agilizar y garantizar la implementación del Acuerdo Final y ofrecer garantías de cumplimiento y fin del conflicto (Acto legislativo 01 de 7 de julio de 2016)¹⁷. Según la Corte Constitucional colombiana (en adelante la Corte o “CC”) el mencionado trámite para la paz, constituye un mecanismo especial, excepcional y transitorio de reforma, que adiciona un procedimiento a los previstos en las cláusulas de enmienda constitucional y es una pieza funcional, que junto con otros engranajes, tiene como objetivo lograr la paz y conservar la integridad de la CP¹⁸.

¹⁷ Acto Legislativo 01 de 2016. “Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”. Además, mediante sentencias **C-332 de 2017** (M.P Antonio José Lizarazo) declaró inconstitucionales los numerales h) y j) del Procedimiento legislativo especial para la paz, los cuales exigían que “Los proyectos de ley y de acto legislativo solo podrán tener modificaciones siempre que se ajusten al contenido del Acuerdo Final y que cuenten con el aval previo del Gobierno nacional” y que “En la comisión y en las plenarias se decidirá sobre la totalidad de cada proyecto, con las modificaciones avaladas por el Gobierno nacional, en una sola votación. La inconstitucionalidad de estos apartes se fundamentó en la consideración de la CC según la cual contenían limitaciones desproporcionadas a la capacidad deliberativa y decisoria del Congreso de la República en materias que pueden conducir a reformas estructurales del ordenamiento jurídico, sea en el nivel legal, o, incluso, en el constitucional, y que las mismas resultaban incompatibles con el principio democrático y de separación de poderes, y por consiguiente, sustituían parcialmente la Constitución

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-699 de 2016. M.P María Victoria Calle.

“41. Los actos legislativos especiales, fruto del Acto Legislativo 1 de 2016: (i) son proferidos en virtud de un procedimiento de reforma especial (pues su objeto es la transición hacia la terminación del conflicto), excepcional (solo para implementar el acuerdo) y transitorio (solo por 6 meses, prorrogables por un periodo igual); (ii) tienen por objeto facilitar y asegurar la implementación del Acuerdo final para la terminación del conflicto, mas no excluyen que la implementación de un acuerdo final pueda adelantarse por un procedimiento distinto; (iii) solo pueden surtir su etapa parlamentaria, si hay una refrendación popular del acuerdo final, (...); (iv) deben tener iniciativa exclusiva del Gobierno Nacional; (v) tienen siempre trámite preferencial, y prioridad en el orden del día; (vi) deben tener un título especial, conforme al cual se aclara que en virtud de la reforma cuestionada “*El Congreso de Colombia, en virtud del Procedimiento Legislativo Especial para la Paz, DECRETA*”; (vii) se tramitan en una sola vuelta de cuatro debates y ocho días de tránsito entre las Cámaras; (viii) en esos cuatro debates el proyecto se aprueba con mayoría absoluta; (...) (x) pueden tramitarse en sesiones extraordinarias; (xi) tienen control constitucional automático” (Corte Constitucional. Sentencia C-699 de 2016. M.P María Victoria Calle).

4.2.2 El procedimiento para la promulgación de una reforma constitucional, en el mencionado procedimiento legislativo para la paz, contempla tres etapas sucesivas, a saber: (i) la refrendación popular del Acuerdo Final, (ii) una etapa parlamentaria y (iii) una instancia de control constitucional automático¹⁹. Dada la naturaleza política del Acuerdo Final, para su integración al sistema normativo de lo pactado, el ordenamiento jurídico fija una gama de alternativas para el desarrollo legislativo de lo acordado. Entre las alternativas, el AL 01 de 2016 permite que tras la refrendación de Acuerdo Final, se active la competencia del Congreso para producir actos legislativos mediante un procedimiento especial, que al exigir la intervención ciudadana directa, tiene el deber de dar efectividad a los resultados a través del deber de “(...) interpretación, respeto y desarrollo de buena fe, en un escenario de búsqueda de mayores consensos.”²⁰. Además, conforme con el AL 02 de 2017 “(...) las instituciones y autoridades del Estado colombiano tienen la obligación de cumplir de buena fe con lo establecido en el Acuerdo Final. En consecuencia, las actuaciones de todos los órganos y autoridades del Estado, los desarrollos normativos del Acuerdo Final y su interpretación y aplicación deberán guardar coherencia e integralidad con lo acordado, preservando los contenidos, los compromisos, el espíritu y los principios del Acuerdo Final”²¹.

4.2.3 Además, la etapa parlamentaria de procedimiento legislativo especial para la paz consagra límites formales y materiales del poder de reforma de la Constitución. Por una parte, el límite material se deriva de la exigencia, según la cual el contenido de los actos legislativos para la paz deben tener un vínculo con el objeto de facilitar y asegurar la

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Ibid.*

²¹ Acto Legislativo 02 del 11 de mayo de 2017. Por medio del cual se adiciona un artículo transitorio a la Constitución con el propósito de dar estabilidad y seguridad jurídica al acuerdo final para terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera.

implementación y desarrollo normativo del Acuerdo final²² De otro parte, los límites formales resultan de las reglas procedimentales adoptadas por el AI 01 de 2016 y los límites de la *facultad de reforma de la Constitución*, en tanto el Congreso está facultado para reformar la Constitución, pero no podrá sustituir, derogar, suprimir o reemplazar la CP, así sea de forma temporal y parcial, por otra integralmente diferente, a pesar de la intención de producir un acto reformatorio que introduzca aspectos pactados en el Acuerdo Final.

4.2.4 La Corte en la instancia de control constitucional automático por vicios de forma tiene la facultad de revisar si el Congreso mediante el AL 01 de 2017 rebasó o excedió su competencia para reformar la CP. Si bien la sustitución de la Constitución no es un tema agotado por parte de la CC y no se han identificado el total de hipótesis que la caracterizan, las situaciones estudiadas por esta Corte han permitido avanzar en la definición de los difusos parámetros de los límites competenciales del poder de reforma. En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha establecido posibles soluciones frente a este tipo de inconstitucionalidades y ha adoptado el “*Test de efectividad de la reforma*”²³ y el “*Test de inconstitucionalidad por sustitución*”²⁴ como metodologías para identificar cuando el poder legislativo ha excedido sus competencias de reforma.

4.2.5 Así, para verificar si el poder de reforma ha superado los límites competenciales del poder de revisión de la Constitución y se ha producido una inconstitucionalidad por sustitución, la Corte puede recurrir a un análisis de los cargos de inconstitucionalidad mediante el denominado “*juicio o metodología de sustitución*”. El mencionado juicio es útil para evaluar la constitucionalidad del AL 01 de 2017, lo cual no comporta una confrontación entre el régimen constitucional y la reforma, sino busca identificar si se ha producido el reemplazo de un eje axial que deriva de los principios y valores que identifican la Constitución y aquellos que surgen del bloque de constitucionalidad. El juicio o metodología de sustitución se verifica identificando como premisa mayor el principio axial que se considera sustituido, se compara como premisa menor con el principio sustituido y se concluye con una premisa síntesis que concluye si la Constitución fue sustituida, derogada o subvertida por otra integralmente diferente, así sea de forma temporal y parcial. Además, el juicio mencionado puede ser complementado con el llamado “*Text de eficacia de la reforma*”, este busca distinguir entre la reforma a la Constitución y su quiebre por la utilización ritual de los mecanismos de reforma de esta. Así, en ciertos casos, las autoridades han recurrido a reformas, no para modificar de forma general la Constitución, sino exclusivamente para adoptar una decisión política singular que contraría los preceptos constitucionales²⁵.

²² *Ibíd.*

²³ Corte Constitucional, sentencias C-551 de 2003; C-588 de 2009; C-249 de 2012.

²⁴ Véase sentencias C-551 de 2003, C-1200 de 2003, C-970 de 2004, C-1040 de 2005, C-153 de 2007, C-293 de 2007, C-757 de 2008, C-588 de 2009 y C-141 de 2010, c-288 de 2012. C-579 de 2013, C-084 de 2016, C-699 de 2016.

²⁵ En la sentencia C-249 de 2012, la Corte estableció que “el test de efectividad tiene como finalidad verificar en primer lugar (i) si las normas constitucionales a reformar siguen siendo las mismas antes y después de la reforma; en segundo término (ii) de impedir normas ad-hoc de carácter particular o singular que se aplicará a

4.2.6 En resumen, en la evaluación de la constitucionalidad de los mecanismos judiciales especiales, excepcionales y transitorios adoptados por el AL 01 de 2017 por vicios en su formación, se verifica el cumplimiento de las reglas del procedimiento especial para la paz, incluyendo el vínculo del contenido del AL 01 de 2017 con el objeto de facilitar y asegurar la implementación y desarrollo normativo del Acuerdo final. Lo anterior implica también verificar el cumplimiento del deber del Congreso de desarrollar legislativamente el Acuerdo Final mediante una interpretación, respeto y desarrollo de buena fe del Acuerdo Final y de la voluntad popular (en un escenario de búsqueda de mayores consensos). Del mismo modo, se podrá verificar que en la etapa parlamentaria, el Congreso no excedió la facultad de reforma de la CP, lo implica que las normas penales adoptadas por el AL 01 de 2017 que tengan la capacidad de subvertir el orden constitucional, por sustituir un principio axial que define la Constitución o se verifique el quiebre de la CP por la utilización ritual, son inconstitucionales por vicios de procedimiento al exceder el Congreso la facultad de reformar la Constitución.

4.3 La obligación de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos en el control de reformas a la Constitución (iii)

4.3.1 La jurisprudencia constitucional ha decantado que un eje axial de la Constitución es la obligación de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos²⁶. Además, conforme al derecho internacional, se ha dispuesto que se garantiza el goce efectivo de los derechos humanos por medio del cumplimiento de las obligaciones de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los DD.HH. y al DIH²⁷. Además, aplicando una lógica de ponderación, la Corte Constitucional ha señalado que si bien el derecho de las víctimas de graves violaciones es relativizado en escenarios de justicia transicional, al poderse adoptar restricciones por encontrar las reclamaciones en tensión con el fin legítimo de alcanzar la paz, ello no implica que cualquier restricción a estos derechos sea válida²⁸. De esa manera, la Corte ha dispuesto que en razón a la imposibilidad real de que todos los delitos cometidos en el marco del conflicto armado sean penalizados en escenarios de transición, es legítima la aplicación especial de las reglas de juzgamiento, siempre y cuando se asegure que, como mínimo se enjuiciaran las violaciones graves a los DIDH y al DIH²⁹.

determinados sujetos o grupos de personas, y en tercer término (iii) que debido a la finalidad de la Constitución de tener una compilación en un cuerpo completo de normas, se prohíben las reformas indirectas a la Constitución que conlleven modificaciones de dudoso, difícil o imposible conocimiento que hayan reformado principios estructurales de la Constitución de manera tácita, dando lugar al ‘fraude de la Constitución’”.

²⁶ Reflejado en los art 1, 2, 5, 86, 87, 88, 93, 94, 214, 215-2 y 241-1; y el bloque de constitucionalidad en las disposiciones contenidas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

²⁷ Corte Constitucional Sentencias C-579 de 2013, C-577 de 2014 y C-084 de 2016.

²⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 2006. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández.

²⁹ Corte Constitucional. C 579 de 2013 M.P Jorge Ignacio Pretelt.

4.3.2 En la revisión constitucional del denominado “Marco jurídico para la paz”, adoptado por medio del Acto Legislativo 01 de 31 julio de 2012, la Corte Constitucional analizó sí los mecanismos de justicia transicional, introducidos por la reforma mencionada, eran incompatibles con el pilar esencial que exige respetar, proteger y garantizar los derechos de la sociedad y de las víctimas, a través del cumplimiento de las obligaciones de investigar, juzgar y en su caso sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y al DIH. La CC con el fin de verificar si el cambio implicaba una sustitución de la Constitución o de alguno de sus ejes fundamentales, partió de reconocer la necesidad de ponderar los principios y valores que se encuentran en tensión en épocas de transición y reconoció que con el fin de alcanzar la paz es posible adoptar reglas especiales de juzgamiento, como los mecanismos de selección y priorización para enfocarse en los delitos más graves y la imputación de los delitos solo a sus máximos responsables³⁰.

4.3.3 Además en la revisión del Acto legislativo 01 del 25 de junio de 2015, frente a una norma que disponía que en la investigación y juzgamiento de conductas punibles de los miembros de la fuerza, en relación con el conflicto armado o un enfrentamiento que reúna las condiciones objetivas del DIH, se aplicarán las normas y principios de este, el Tribunal Constitucional dispuso que uno de los aspectos medulares de la obligación de respeto, garantía y protección de los derechos humanos radica en la complementariedad y convergencia que existe en la aplicación del DIDH y el DIH. Ello implica que si bien estos dos sistemas pueden ser considerados como independientes y autónomos, se encuentran en íntima inter-relación e interacción, por lo que deben ser aplicados y reconocidos de manera concurrente en aquellos eventos de conflicto armado internacional, o no internacional. Por ello, la CC concluyó que una interpretación que excluya la aplicación de otras fuentes del derecho como el DIDH, tiene la entidad para subvertir el eje definitorio deber de respetar, garantizar y proteger los derechos humanos³¹.

4.4 Conductas violatorias de los derechos humanos que deben ser investigadas, juzgadas y sancionadas por el derecho penal nacional en épocas de transición (iv)

4.4.1 Las categorías dogmáticas de la “conducta” e “imputación” emergen como piedra angular y límite en la evaluación de la responsabilidad penal de quienes sean investigados, juzgados y sancionados por las violaciones de bienes jurídicos protegidos en Colombia. Propio de un derecho penal de acto, el derecho penal nacional castiga una conducta humana que se manifiesta exteriormente – acción u omisión- en el mundo de la naturaleza (Ley 599 del 2000 art. 14, 26 y 31). Lo mencionado permite al Estado ejercer el castigo por actos que atenten contra valores jurídicos e imponer una pena a título de consecuencia, excluyendo del castigo los actos internos y los relacionados con la calidad de la persona. La Constitución en la consagración del derecho fundamental al debido proceso incluye que “*Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa (...)*” (art.29 inc2). Además, el Código Penal (Ley 599 del 2000) establece como norma

³⁰ *Ibid.*

³¹ Corte Constitucional. Sentencia C-084 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

rectora que una *conducta* es considerada punible cuando es típica, antijurídica y culpable” y advierte que“(…) La causalidad por sí sola no basta para imputación jurídica del resultado” (Ley 599 del 2000, art. 9)³².

4.4.2 La conducta punible, puede ser realizada por acción o por omisión y el dolo, la culpa y la preterintención son modalidades de la conducta (Cod. Penal art 21 al 25). Respecto a las conductas de omisión, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia suele distinguir entre la (i) omisión propia y la (ii) omisión impropia. La omisión propia sanciona un deber definido por el legislador independientemente del resultado (Por ejemplo: Constitución, art. 233 y Cod. Penal art, 131, 402 y 414), mientras que la *omisión impropia o comisión por omisión*, tienen lugar cuando el resultado, que por antonomasia es producido con una conducta activa, es conseguido a través de una omisión, esto es, un no hacer que produce el resultado típico previsto en la ley, eventos estos para los cuales se utilizan por regla general las *cláusulas de equivalencia o equiparación punitiva entre la acción y la omisión*³³(art, 25).

4.4.3 Junto con los requisitos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad de la conducta, incurre en delito por vía de la omisión impropia o comisión por omisión aquél en quien concurren los requerimientos para que ostente la posición de garante, entendida esta como el deber jurídico que tiene el autor de evitar un resultado típico, ubicación que le imprime el obrar para impedir que éste se produzca cuando es evitable (Ley 599 de 2000, art, 25). Por eso en el tipo omisivo impropio, para determinar la existencia de un delito, se entra a verificar el *nexo de evitación*, lo que implica establecer si el sujeto, al haber desplegado la conducta esperada, hubiera interrumpido o evitado el resultado, lo que implica determinar el deber jurídico de la persona llamada a evitar esa consecuencia y precisar quién debe garantizar su no causación conforme con la función de protección o de vigilancia dada por la posición de garante³⁴.

4.4.4 La Constitución establece deberes jurídicos para los servidores públicos y particulares, fijando el deber de evitar ciertos resultados típicos (CP, art. 1, 95). Particularmente la posición de garante que surge de la competencia institucional emerge del propio artículo 2º CP, según el cual, las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, sin alguna discriminación, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. Así mismo, el artículo 6º CP, estipula que los servidores públicos son responsables no sólo por infringir la Constitución y las leyes, sino por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, de lo cual se derivan unos deberes positivos frente a la amenaza de los bienes jurídicos.

³² También véase: PIDCP, ART. 15.1, CADH, art. 9; Cód. Penal, art. 8, 11, 14, 15, 19, 21, 25, 26, 27, 28, 29, 31, 38, 56, 57, 76, 84, 87 y 94, entre otros).

³³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, sentencia del 14 de noviembre de 2007. Rad. 028017 Sentencia 5 de junio de 204. Rad. 35113 & Sentencia 12 de octubre de 2016. Rad. 46604.

³⁴ *Ibid.*

4.4.5 Tratándose de miembros de la fuerza pública, los deberes jurídicos provienen de las finalidades de las fuerzas militares, de defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio y del orden constitucional (CP, art. 217), o de la Policía Nacional del mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes en Colombia, convivan en paz (CP, Art. 218). También en aplicación del bloque de constitucionalidad se ha acudido a estándares internacionales, como las normas del Derecho Internacional Humanitario que protegen a la población civil en caso de conflicto armado interno, para establecer las obligaciones jurídicas para miembros de la fuerza pública³⁵.

4.4.6 En este orden de ideas los miembros de la fuerza pública tienen una posición de garante derivada de su obligación de cumplir deberes irrenunciables en un Estado social de derecho. De ahí que, a menos que medie imposibilidad jurídica o fáctica, la fuerza pública no puede abstenerse de iniciar acciones de salvamento frente a la ocurrencia de violaciones graves a los derechos humanos o al DIH³⁶. Lo anterior no implica que la determinación de la posición de garante y la omisión al cumplimiento deber de cuidado, estructure *per se* la responsabilidad penal, porque esta presupone la reunión de la tipicidad, la antijuricidad y culpabilidad, así como determinación de la forma de intervención en el delito (autoría o participación), el grado de ejecución del mismo (tentativa o consumación) y la atribución subjetiva (dolo o imprudencia)³⁷.

4.4.7 Respecto al derecho a la justicia, a la verdad y a las garantías de no repetición, la identificación de mayores responsabilidades emerge como un criterio para orientar la acción penal y como un mecanismo especial transitorio para la penalización de violaciones graves al DIH y los derechos humanos en escenarios de transición. Así, en el control de la reforma constitucional que permite centrar los esfuerzos en la investigación penal de los delitos de lesa humanidad, genocidio y *crímenes de guerra cometidos de manera sistemática*³⁸ en escenarios de transición, la Corte Constitucional consideró que esa medida garantiza el cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por Colombia, en tanto (i) la concentración de la responsabilidad en los máximos responsables no implica que se dejen de investigar todos los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática, sino que permite que sean imputados solo a quienes cumplieron un rol esencial en su comisión; y (ii) se contribuye eficazmente a desvertebrar macroestructuras de criminalidad y revelar patrones de violaciones masivas de derechos humanos, asegurando en últimas la no repetición³⁹. Además, respecto a la definición de máximo responsable, conforme a la doctrina constitucional, puede ser tanto el jefe de un grupo, como también quien haya tenido un rol esencial en la comisión de los crímenes de acuerdo al papel que las personas pudiesen jugar en la organización. De hecho, el parámetro de máximo responsable es un criterio ascendente que permite incluir no

³⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia 5 de junio de 2004. Rad. 35113

³⁶ Corte Constitucional. SU-1184 de 2011. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

³⁷ *Ibíd.*

³⁸ En relación con el elemento sistemático de los crímenes de guerra, véase nota al pie 9.

³⁹ Corte Constitucional. Sentencias -579 de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

solamente a quien haya tenido una intervención decisiva en el delito, sino también a otras personas en virtud de criterios como la **responsabilidad del superior** o el dominio de aparato organizado de poder.⁴⁰

4.5 La determinación de responsabilidad de mando por violaciones graves a los derechos humanos y al DIH (v)

4.5.1 Para identificar la multiplicidad de actores responsables de violaciones graves, distinguir las distintas causas y el nivel de responsabilidad penal se puede acudir a distintos modos de atribución de responsabilidad penal. Entre las fórmulas más viables para imputar responsabilidad penal por actos de los subordinados se encuentran la autoría mediata, la coautoría mediata, la responsabilidad de mando, entre otras fórmulas, cuyo desarrollo pone de manifiesto la intención de sancionar mandos militares o civiles responsables por crímenes de sus subordinados⁴¹.

4.5.2 Conforme al estado del derecho internacional, la responsabilidad de mando o de superior es una fórmula de imputación penal que funda la responsabilidad del superior por el incumplimiento del deber de actuar para impedir conductas penales de sus subordinados. El superior será responsable por la falta de control y supervisión de los subordinados en el caso que se cometan delitos. Esta categoría crea un tipo de responsabilidad directa por la ausencia de supervisión y una responsabilidad indirecta por conducta de otros. Además ha sido reconocida por el derecho internacional consuetudinario, como lo demuestra la jurisprudencia internacional y comparada y por los esfuerzos de consolidarlo en el ER⁴².

4.5.3 El derecho internacional tiene en cuenta el hecho de que responsables de violaciones graves al DIH o al DIDH se encuentren dentro de una organización o en unidades jerarquizadas. Un ejemplo de ello se da en el derecho de los conflictos armados que tiene en cuenta el carácter jerárquico de las fuerzas armadas e impone obligaciones precisas a los mandos, obligaciones que sí en determinadas situaciones se desconocen, conllevan la responsabilidad del jefe militar. Así, conforme al DIH los Estados deben penalizar a los mandos que dan órdenes a sus subordinados que cometan violaciones graves al DIH, o dejan que sus subordinados comenten estas infracciones, o no sancionan a los subordinados que hayan violado, a iniciativa propia, el DIH, cuando no impiden tales violaciones (cuando conocen que se están cometiendo) o cuando poseían información que les permitiera concluir que se estaban cometiendo⁴³.

4.5.4 El constitucionalismo colombiano, el DIH es definido desde una concepción amplia: para la Corte Constitucional el DIH está compuesto tanto por los Convenios de la Haya, tratados cuya finalidad tradicional es regular la conducción de hostilidades y de medios legítimos de combate, como por el Derecho de Ginebra o el Derecho Internacional

⁴⁰ *Ibíd.*

⁴¹ Cassesa G. (2003). *International Criminal Law*. Oxford University Press: Oxford. Pp. 205.

⁴² Ambos K. (1999) *La responsabilidad del superior en el derecho internacional*.

⁴³ Ginebra I, art. 49; Ginebra II, art.50; Ginebra art. 126; Protocolo 1 art. 86 y 87.

Humanitario en sentido estricto⁴⁴, cuya finalidad tradicional es proteger los derechos de las personas que no participan de las hostilidades. Para la jurisprudencia colombiana, el DIH constituye un catálogo ético mínimo ampliamente aceptado por la comunidad internacional, conformado por normas de carácter imperativo (*ius cogens*) aplicables tanto para situaciones de conflicto armado interno como internacional⁴⁵. También, según la CC al ser el DIH un instrumento destinado a regular conflictos armados internacional que persiguen humanizar la guerra, no resultaba razonable restringir su aplicación y no extenderlos a los conflictos armados no internacionales⁴⁶.

4.5.5 El Estatuto de Roma en su artículo 28, retoma los elementos de la responsabilidad del superior de *jefes militares* y los hace extensivos a *superiores civiles*, responsables de crímenes contra la humanidad y/o crímenes de guerra, cometidos con ocasión de conflictos armados, tanto internacionales como no internacionales. En aplicación de este artículo, la Corte Penal Internacional ha establecido criterios para demostrar la responsabilidad de los jefes y otros superiores. Estos criterios son (i) Los subordinados cometieron crímenes de la competencia de la CPI. (ii) El acusado era un jefe militar o actuaba efectivamente en función de jefe militar. (iii) El acusado tenía mando y control efectivo o autoridad y control efectivo sobre los subordinados. (iv) El acusado sabía o, según las circunstancias del momento, debió haber sabido que los subordinados cometieron o se proponían cometer esos crímenes. (v) El acusado no tomó las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir o para referirlo a las autoridades competentes y (vi) El incumplimiento del acusado de ejercer el control que convenía sobre los subordinados facilitó la ejecución de los crímenes (art. 28 ER)⁴⁷.

4.5.6 En Colombia, hasta tanto la competencia de la CPI no intervenga, las disposiciones del ER se limitan de manera exclusiva al ejercicio complementario y a la cooperación de las autoridades nacionales con esta. Las disposiciones contenidas en el ER no modifican las leyes nacionales existentes y los jueces conocen los casos conforme a las leyes nacionales. No obstante, el bloque de constitucionalidad (CP, art. 93) permite que disposiciones concretas del ER puedan hacer parte de la Constitución y con ello sean fuente de responsabilidad penal. Así en la sentencia C-488 de 2009 la Corte Constitucional constató que el art. 6 ER, referente al crimen de genocidio, hace parte del bloque de constitucionalidad en tanto confirmó la relación directa con la protección de los derechos humanos y el DIH. Dicha consideración es útil para incluir el art. 28 del ER al bloque constitucionalidad por la estrecha relación que tiene con la protección de los derechos

⁴⁴ Conformado por las Convenciones de 1949, así como por los Protocolos adicionales de 1977

⁴⁵ La obligatoriedad de la normatividad humanitaria no opera en virtud del consentimiento de los Estados – tratados- sino en el carácter vinculante de la costumbre internacional; véase Corte Constitucional de Colombia. (C-574 de 1992). M.P. Ciro Angarita Barón 64 Corte Constitucional de Colombia. (C- 225 de 1995). M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁴⁶ Véase: Corte Constitucional de Colombia. (C-156 de 1999). M.P. Martha Victoria Sáchica & (C-534 de 2008). M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁴⁷ Fiscalía c. Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08 (Corte Penal Internacional marzo 21, 2016); en adelante (Bemba)

humanos y el DIH, al asegurar que todos los responsables de conductas graves sean sometidos a la acción de la justicia. También, el art. 28 del ER cumple una función interpretativa y de integración que permite comprender la naturaleza y los límites de la responsabilidad de mando, conforme al derecho internacional⁴⁸. Además, cabe resaltar que, en el control constitucional del ER y su ley aprobatoria, la Corte Constitucional señaló que la responsabilidad de mando de superiores militares de competencia de la CPI, cometidos por fuerzas bajo su mando, se encontraba integrada por el derecho nacional en la denominada “posición de garante” referida a la fuerza pública⁴⁹.

4.6 Limitaciones para evaluar la responsabilidad penal de miembros de la fuerza pública en la reforma a la Constitución (vi)

4.6.1 El art. 24 transitorio del AL 01 de 2017 desconoce la complementariedad y convergencia que existe en el derecho internacional. Si bien, por regla general, la evaluación de las conductas de competencias de la JEP se basará en el derecho nacional, el DIDH, DIH y el DPI, la determinación en este artículo de la *responsabilidad de mando* de miembros de la fuerza pública permite excluir el DIDH y el DPI como fuentes del derecho aplicables, al disponer la aplicación del DIH como ley especial y no hacer referencia expresa a otras fuentes de derecho internacional. Si bien el DIDH, el DPI y el DIH pueden ser considerados como independientes y autónomos, se encuentran en íntima inter-relación e interacción, dado que los estándares que de ellos se derivan deben ser aplicados y reconocidos de manera concurrente, incluso en escenarios de transición. En este sentido, una interpretación restrictiva del DIH como ley especial para determinar la responsabilidad de mando del tipo restrictivo mencionado (i) no contemplaría la posibilidad de que existan vacíos jurídicos en la reforma constitucional que podrían ser complementados con instrumentos del DIDH o normas del ER que hacen parte de la Constitución a favor de la sociedad y las víctimas; (ii) una interpretación como ley especial del DIH desconoce que en la conducción de hostilidades se puede regular situaciones de manera menos favorable que por otros ordenamientos jurídicos internacionales, poniendo a las víctimas de miembros de la fuerza pública en una situación desfavorable y (iii) excluye que en la calificación de la conducta se pueda acudir al DIDH y/o DPI para calificar las conductas, desconociendo el derecho a la verdad y el efectivo cumplimiento de los derechos de las víctimas.

4.6.2 Además, junto con la aplicación restrictiva del DIH, el art. 24 transitorio del AL 01 de 2017 permite una interpretación que excluye la investigación, juzgamiento y sanción a categorías de jefes militares o policiales, responsables de violaciones graves a los derechos humanos. Ello en tanto, permite descartar de la acción penal a miembros de la fuerza pública por conductas de omisión imprudente que reúnan los requisitos de tipicidad, antijurídica y culpabilidad, necesarios para penalizar los delitos. De esta forma, el art. 24 transitorio al exigir que la determinación de la *responsabilidad de mando* debe fundarse en el conocimiento de la información antes, durante o después (sin hacer referencia al

⁴⁸También se ha advertido sobre la posibilidad de acudir al ER para interpretar las disposiciones internas, véase, por ejemplo, Corte Constitucional sentencia C-1076 de 2002.

⁴⁹ Corte Constitucional. SU-1184 de 2011. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

conocimiento inferido o presunto)⁵⁰, permita que jefes militares, que ostentan la posición de garante, el deber jurídico de evitar un resultado típico y que no obraron producentemente para impedir las conductas de sus subordinados (en situaciones en *las debieron haber sabido* de violaciones a los derechos humanos y el DIH) queden excluidos de la acción de la justicia. Un ejemplo de ello, serían los casos de jefes militares o policiales, responsables de cometer delitos graves en el marco de conflicto por una conducta de omisión imprudente, que hayan sido beneficiarios de la libertad anticipada y transitoria (Ley 1820 de 2016), quienes podrían resultar excluidos de las medidas judiciales del SIVJNR, en razón a limitaciones impuestas para determinar la responsabilidad del mando.

4.6.3 Además, la no inclusión expresa del DPI y la aplicación como ley especial del DIH, puede ser interpretada en el sentido de que el art. 24 del AL 01 de 2017 excluye la posibilidad de acudir como derecho aplicable a ordenamientos jurídicos internacionales que incluyen como elemento subjetivo de la responsabilidad de mando el conocimiento inferido o presunto, tal como lo dispone el ER en el art. 28 sobre responsabilidad de mando de superiores militares. Conforme con la norma del ER mencionada, puede fundamentarse la responsabilidad penal de jefes militares en el incumplimiento de un deber jurídico general, esto es, el “no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas” y de manera particular por no adoptar todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir la comisión de ese crimen o poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento en situaciones en que el acusado “hubiere sabido”⁵¹ y “**hubiere debido saber**”⁵².

⁵⁰ Véase también: Mucic (Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia noviembre 16, 1998), par. 379 – 393; Bemba, par. 196 y Fiscalía c. Clément Kayishema et Obed Ruzindana, ICTR-95-1-T (Tribunal Internacional para Rwanda mayo 21, 1999), par. 225. Art. 28 ER.

⁵¹ Así, cuando el autor “supo”, se debe demostrar el conocimiento a través de evidencia directa o circunstancial [CPI, (15 de junio de 2009) Fiscalía v Jean-Pierre Bemba Gombo, Sala de Cuestiones Preliminares II, decisión sobre el artículo 67(7) (a) y (b) del Estatuto de Roma sobre los cargos del Fiscal contra Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08- 424, para 430, ICTY, (26 de febrero de 2001) Prosecutor v. Kordic and Cerkez, “Judgment”, Case No. IT-95-14/2-T, para. 427; ICTY, (15 de marzo de 2006) Prosecutor v Hadzihasanovic et al, “Judgment”, Case No.IT-01-47-T, para. 94]. Tales indicios pueden incluir el número de los actos ilegales, su alcance, su carácter generalizado, su duración temporal, el tipo y número de subordinados involucrados, los medios de comunicación, el modus operandi de los hechos similares, el alcance y la naturaleza del cargo del mando y su responsabilidad en la estructura jerárquica, y la ubicación geográfica del mando en el momento con relación a los hechos⁵¹ [CPI, (15 de junio de 2009) Fiscalía v Jean-Pierre Bemba Gombo, Sala de Cuestiones Preliminares II, decisión sobre el artículo 67(7) (a) y (b) del Estatuto de Roma sobre los cargos del Fiscal contra Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-424, para 431]. El conocimiento también se puede demostrar si a priori un mando forma parte de una estructura organizada con mecanismos establecidos para el reporte y seguimiento (Ibíd., para 431)⁵¹.

⁵² Por otro lado, “debiera haber sabido” requiere una obligación por parte del superior de tomar las medidas necesarias para asegurar el conocimiento sobre la conducta de sus tropas e investigar independientemente de la disponibilidad de la información en el momento de la comisión del hecho (Ibíd., para 433). Por lo tanto, se puede atribuir responsabilidad penal en caso de existir información disponible que advierta sobre la posibilidad de la comisión de violaciones o infracciones por parte de sus subordinados⁵² Véase: Jamie Allan Williamson. (2008). Some considerations on command responsibility and criminal liability. Disponible en: https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc-870_williamson.pdf, p.5. Este requisito no exigiría actual

4.6.4 A pesar de las diferentes variables que⁵³ podrían demostrar una manifestación de la existencia de una relación superior-subordinado (en el marco de una relación jerárquica por cadena de mando) y las indeterminadas conductas que un jefe militar puede tomar para evitar o reprimir la comisión de los delitos, o, en su caso, de enviar la cuestión a las autoridades competentes, el AL 01 de 2017 impone (reduce) a cuatro las condiciones para determinar la *existencia de mando y control efectivo*, que además deben ser concurrentes. Sobre la existencia de mando y control efectivo, en el derecho internacional, estos son aspectos de prueba que depende de las circunstancias de cada caso y que están vinculados con la determinación de la función del superior y con los indicios que demuestren que el superior militar tenía el poder de prevenir, reprimir y/o someter la cuestión a las autoridades competentes para la investigación⁵⁴. Además, en el derecho internacional, la diferencia entre “mando” y “autoridad” radica en la manera en la que el superior es jefe o “naturaliza” su control sobre los subordinados, por “mando” se entiende la autoridad sobre las fuerzas armadas y por “autoridad” el poder o derecho de dar órdenes que son obedecidas por los subordinados⁵⁵. En ese sentido, la CPI ha afirmado que el concepto de “control efectivo” es por lo general una manifestación de la existencia de una relación superior-subordinado en el marco de una relación jerárquica por cadena de mando⁵⁶. También respecto al “control efectivo” se ha referido que se encuentra vinculado con la capacidad de evitar o reprimir la comisión de los delitos, o, en su caso, de enviar la cuestión a las autoridades competentes⁵⁷

4.6.5 Además, las condiciones concurrentes para determinar la existencia de mando y control efectivo de acuerdo con el art. 24 del AL 01 de 2017, permiten una interpretación

conocimiento de tipo explícito o circunstancial por parte del mando [ICTR, (3 July 2002) Prosecutor v. Bagilishema, Judgement (Reasons), Case No. ICTR-95-1A-A, (Bagilishema Judgement), para. 28. “The should have known is not dissimilar to the traditional had reason to know”] y podría ser interpretado como imprudencia por no actuar con la debida diligencia CPI, (15 de junio de 2009) Fiscalía v Jean-Pierre Bemba Gombo, Sala de Cuestiones Preliminares II, decisión sobre el artículo 67(7) (a) y (b) del Estatuto de Roma sobre los cargos del Fiscal contra Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08- 424, párr. 433. “algo más que una obligación activa del superior de tomar las medidas necesarias para asegurarse que conoce la conducta de sus fuerzas e investigar, con independencia de la información disponible en el momento en el que se cometen los delitos”.

⁵³ Así la jurisprudencia de la CPI incluye varios factores que podrían indicar la existencia de control efectivo, y a la vez demuestran que el “control efectivo” como la i) la posición oficial; ii) el poder de dictar o transmitir órdenes; iii) la capacidad de asegurar el cumplimiento de las órdenes dictadas; iv) la posición dentro de la estructura militar y las tareas desarrolladas en la misma; v) la capacidad de ordenar a las fuerzas o unidades bajo su mando (ya estén bajo su mando inmediato, o en niveles inferiores) que tomen parte en las hostilidades; vi) la capacidad para re-subordinar unidades o hacer cambios en la estructura de mando; vii) el poder de promover, reemplazar, remover o imponer sanciones a cualquier miembro de sus fuerzas; y viii) la autoridad para enviar unidades donde se desarrollan las hostilidades, y para retirarlas en cualquier momento (Ibíd., para 417).

⁵⁴ Ibíd., para 416.

⁵⁵ Bemba par. 180.

⁵⁶ CPI, (15 de junio de 2009) Fiscalía v Jean-Pierre Bemba Gombo, Sala de Cuestiones Preliminares II, decisión sobre el artículo 67(7) (a) y (b) del Estatuto de Roma sobre los cargos del Fiscal contra Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08- 424, para 414.

⁵⁷ Ibíd., para 415.

que excluye la responsabilidad penal de jefes militares o policiales que no se encuentren bajo las causales concurrentes exigidas por la reforma constitucional. Ello en tanto, al menos (i) desconoce las situaciones en la que un superior militar de facto (por responsabilidad de mando) sea penalmente responsable por los actos de sus subordinados, en situaciones en las que control efectivo no depende del hecho que el superior fue o no nombrado oficialmente o legalmente⁵⁸ y (ii) situaciones en que el vínculo de subordinación no sea directo⁵⁹, en casos en los que existen superiores intermediarios entre el acusado y los subordinados⁶⁰. Dos límites que emergen de las exigencias concurrentes según las cuales las (i) conductas de los subordinados 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; (ii) que el superior tenga la capacidad legal y material de emitir órdenes, de modificarlas o de hacerlas cumplir; (iii) que el superior tenga la capacidad efectiva de desarrollar y ejecutar operaciones dentro del área donde se cometieron los hechos punibles, conforme al nivel de mando correspondiente, (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.

4.6.6 Finalmente, la no inclusión expresa del DPI y la aplicación como ley especial del DIH puede ser interpretada en el sentido de que el art. 24 del AL 01 de 2017 excluye la posibilidad de acudir como derecho aplicable a ordenamientos jurídicos internacionales para interpretar e integrar categorías no definidas en el art. 24, como: “control efectivo de la respectiva conducta” “mando y control efectivo” “nivel correspondiente”, “capacidad legal y material”, “capacidad efectiva”, “conocimiento actual o actualizable” o “capacidad material y directa”, entre otras incluidas en la reforma. Así mismo, una interpretación restrictiva del DIH permitiría excluir del derecho aplicable el DIDH y el ER, impidiendo que las conductas de los jefes militares o policiales puedan ser valoradas como una grave violación a los derechos humanos y/o tener la naturaleza de los crímenes incluidos en el ER, impidiendo calificar los crímenes de lesa humanidad, al no estar incluidos los elementos de estos crímenes en tipos penales en el Cód. Penal, vulnerando el derecho de las víctimas a saber la verdad sobre la naturaleza y las condiciones en que ocurrieron los hechos.

⁵⁸ A diferencia del superior de facto, el superior *de iure* es todo jefe militar que haya sido oficialmente o legalmente escogido para ejercer esas funciones. Generalmente, el superior *de iure* hace parte de las fuerzas armadas del Estado y el de facto es todo aquel que no haya sido legalmente u oficialmente elegido para ser jefe militar pero actúa efectivamente como jefe militar (Bemba par. 176, 177 y par. 189).

⁵⁹ Bemba par. 184.

⁶⁰ Bemba par. 184.

5. CONCLUSION (vii)

5.1 Si bien, con la promulgación del AL 01 de 2017 las expectativas de las víctimas de delitos graves pudo verse relativizado al adoptarse tratamientos penales más beneficiosos que los establecidos en el derecho penal ordinario, como la adopción de penas alternativas a la cárcel o la adopción de reglas diferenciales para la penalización de terceros civiles, agentes del estado, miembros de las fuerza pública y guerrillas, ello no significa que el Congreso en situaciones de transición hacia la paz tenga la competencia para adoptar beneficios penales ilimitados para investigar, juzgar y sancionar a responsables de violaciones graves a los derechos humanos y al DIH, así sea de forma excepcional y transitoria. Conforme con el *procedimiento legislativo especial para la paz*, en la etapa parlamentaria, el Congreso se encuentra sometido a límites *competenciales* para hacer reformas a la CP, imponiéndole la obligación de salvaguardar la integridad de la Constitución, mediante la adopción de reformas que no tengan la capacidad de derogar, suprimir o reemplazar la identidad de la CP, así sea temporal y parcialmente, por otra integralmente diferente.

5.2 El artículo transitorio 24 del AL 01 de 2017 sustituye temporal y parcialmente la Constitución, por haber excedido el Congreso su competencia para reformarla y haberse configurado una inconstitucionalidad por el quebramiento del principio axial de la CP de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos. Afirmación que se deriva de la interpretación de las reglas, especiales, excepcionales y transitorias para la determinación de la *responsabilidad de mando* de miembros de la fuerza pública, la cual permiten excluir de la acción de la justicia a jefes militares o policiales responsables de violaciones graves a los derechos humanos o el DIH, estructurando un desconocimiento de las obligaciones de investigar, juzgar y sancionar con la debida diligencia las graves violaciones al DIDH y el DIH.

5.3 También, la afectación del principio axial de la CP de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos se deriva de la interpretación del art. 24 transitorio que permite desconocer la complementariedad y convergencia que existe en el derecho internacional, al disponer la aplicación del DIH como ley especial y no hacer referencia expresa al DIDH y DPI como fuentes aplicables, haciendo posible que en la determinación de responsabilidad (i) no se contemple la posibilidad de la existencia de vacíos jurídicos que podrían ser complementados con instrumentos del DIDH o normas del ER que hacen parte de la Constitución a favor de la sociedad y las víctimas; (ii) una interpretación como ley especial del DIH que desconoce que en la conducción de hostilidades se puede regular situaciones de manera menos favorable que por otros ordenamientos jurídicos internacionales, poniendo a las víctimas de miembros de la fuerza pública en una situación desfavorable y (iii) excluye que en la calificación de la conducta se pueda acudir al DIDH y/o DPI, desconociendo el derecho a la verdad y el efectivo cumplimiento de los derechos de las víctimas.



5.4 Además el art. 24 transitorio afecta la integridad de la Constitución al introducir una noma *ad-hoc* aplicable solo a los miembros de la fuerza pública, la cual mediante la producción de cambios tácitos, que sin reflejarse de manera cierta en el texto, inciden para excluir conductas graves de la penalización y restringir los derechos reconocidos para las víctimas. Si bien no existe una obligación que comprometa a los Estados a penalizar más severamente a los miembros de la fuerza pública, estos son responsables de la efectividad de los derechos constitucionales, no solo comprometiéndose a no vulnerarlos, sino hacer todo lo que este a su alcance para garantizarlos y protegerlos. Además, en contextos de transición, si bien la integridad del orden constitucional involucra examinar el principio de resistencia al cambio de las normas constitucionales con una dosis de adaptabilidad, permitiendo que en aras de alcanzar la paz el legislador tenga cierto grado de flexibilidad para adoptar medidas penales, la interpretación que permite excluir de la penalización a responsables de violaciones graves a los derechos humanos y al DIH desestructura la igualdad impresa en el tratamiento diferencial contenido en el AL 01 de 2017 y desconoce la vocación de las reformas constitucionales al configurar una utilización ritual de los mecanismo, al adoptar una decisión particular que solo beneficia a miembros de la fuerza pública y que tiene la capacidad de sustituir temporal y parcialmente de la Constitución por el quebramiento del principio axial de la CP de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos.

De ustedes respetuosamente,

Pascal Paradis
D.I.
Director General
Abogados sin fronteras Canadá

Fanny Lafontaine
Clínica de Derecho Penal y Humanitario

Wayne Jordash
Global Rights Compliance

Gael Davidson
Lawyers Rights Watch Canadá