

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

Henry Torres Vásquez²

Resumen

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

Palabras clave: justicia transicional, Justicia restaurativa, Principio de selección, Responsabilidad penal por el mando, JEP.

1 Esta ponencia hace parte del proyecto de investigación “La Justicia transicional colombiana frente al derecho penal internacional dentro del Grupo de Investigación “Derecho Penal y Derecho Internacional Humanitario” reconocido por la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia.

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

1. Introducción.

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

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

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

Constituyen criterios de selección:

- 1) Gravedad de los hechos: Grado de afectación de derechos fundamentales individuales y colectivos; modalidad de la comisión de los hechos en términos de violencia y sistematicidad.
- 2) Representatividad: Efectos de la investigación y judicialización de los hechos: capacidad de ilustración del modus operandi y/o prácticas o patrones criminales de los hechos.
- 3) Características diferenciales de las víctimas: Condiciones de vulnerabilidad y/o necesidad de adoptar medidas diferenciales de protección derivadas de patrones históricos, sociales y culturales de discriminación que se han identificado a partir de aspectos como: el origen étnico, el género, la edad, la condición de discapacidad, la orientación sexual y la identidad de género y/o rol social de la víctima.
- 4) Características de los responsables: Participación activa o determinante en la comisión de los crímenes de competencia de esta jurisdicción y/o la prueba de su autoría y participación en los hechos concretos.
- 5) Disponibilidad probatoria: Calidad y cantidad de las pruebas disponibles, las requeridas para probar el hecho y su dificultad para conseguirlas.

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

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

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

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

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

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

2. El conflicto armado y el modelo de justicia restaurativa

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

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

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

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

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

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

Este último matiz, es de más difícil comprensión por parte de la sociedad ya que esta no vislumbra una justicia restaurativa en la que la justicia pasa a un segundo plano y el primero lo ocupa la verdad. Y especialmente las voces

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. La responsabilidad penal por el mando.

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

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

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

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

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

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

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

Se entiende por control efectivo de la respectiva conducta, la posibilidad real que el superior tenía de haber ejercido un control apropiado sobre sus subalternos, en relación con la ejecución de la conducta delictiva, tal y como indica el artículo 28 del Estatuto de Roma." (Acuerdo final de paz, numeral 44)

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

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

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

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

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

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

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

4. El principio de selección establecido en la JEP

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Pero lo más importante es el quinto elemento a tener en cuenta es la disponibilidad probatoria: Calidad y cantidad de las pruebas disponibles, las requeridas para probar el hecho y su dificultad para conseguir las. Y es obvio ya que para instaurar

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

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

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

6. Los crímenes de lesa humanidad en la JEP.

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

Los delitos de lesa humanidad exteriorizados en el derecho penal internacional son una expresión de la humanización que caracteriza las legislaciones modernas.

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

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

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

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

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

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

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

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

Conclusiones.

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

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

En cualquier modelo de justicia las víctimas sienten y en ocasiones tiene razón no hay reparación.

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

Como es sabido el conflicto armado interno colombiano dejó millones de víctimas y hay seguramente, miles de mandos o superiores responsables penalmente que cometieron conductas punibles antes del 1 de diciembre de

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

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

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

Referencias bibliográficas.

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

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

Díaz Madrigal (2013). Mediación y justicia restaurativa.

García Atehortúa, A. K. (2019). Concepto restringido de la responsabilidad de mando en el marco jurídico transicional en Colombia ¿puerta giratoria hacia

la intervención de la Corte Penal Internacional? ANIDIP 7, pp.32-68. Doi: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.8490>. Ifit-transitions.org. Insumos técnicos sobre selección y sanciones para partícipes no determinantes, 2021. Disponible en: <https://www.jep.gov.co/Documents/CriteriosYMetodologiaDePriorizacion.pdf>

Manual sobre Programas de Justicia restaurativa, Naciones Unidas 2006. Disponible en: <https://www.hchr.org.co/index.php/informacion-publica/pronunciamientos/intervenciones-de-la-direccion/434-ano-2018/8919-concepto-jep-criterios-y-metodologia-priorizacion-y-seleccion>

Martínez Vargas. J. Estándares internacionales para el diseño y la fijación de las sanciones propias en la Jurisdicción Especial para la Paz, en: La JEP vista por sus jueces (2018-2019).

Méndez, V. (2015). restauración: más allá del castigo. Revista Nova et Vetera, Volumen 1 - N° 10 noviembre 2015.

Olasolo, H. (2013). El principio nullum crimen sine iure en el Derecho Internaciona Contemporáneo”, Bogotá. Anuario Ibero-Americano de Derecho Internacional Penal, ANIDIP, vol. 1, pp. 18-42.

Olasolo, H., & Cantor, J. C. (2018). La Responsabilidad del Superior en el Acuerdo de Paz en Colombia a la luz del Derecho Internacional. Política criminal, 13(25), pp. 444-500.

Torres Vásquez, H. (2018) La responsabilidad por el mando en la justicia transicional colombiana. Revista Academia & Derecho, 9(16), pp.137-162.

Torres Vasquez, H. (2013) La extraterritorialidad de la ley penal: el principio de justicia universal, su aplicación en Colombia. Prolegómenos [online]. 2013, vol.16, n.31, pp.99-115. ISSN 0121-182X. <https://doi.org/10.18359/dere.722>.

Torres, H. & Guevara, Y. (2021) La empresa criminal conjunta y su posibilidad de aplicación en el sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición en Colombia para evitar masivas violaciones a derechos humanos. Revista Saber, Ciencia y Libertad, 16(1), pp.51-65. <https://doi.org/10.18041/2382-3240/saber.2021v16n1.75161>.

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