



UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE COLOMBIA

LA REVISIÓN DE SENTENCIAS POR LA JURISDICCIÓN ESPECIAL DE PAZ, COMO AFECTACIÓN A LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS: ANÁLISIS DESDE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL HECHO DEL LEGISLADOR.

Diana Sthefany Reina Cufiño

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Departamento de Derecho
Bogotá, Colombia
2020

LA REVISIÓN DE SENTENCIAS POR LA JURISDICCIÓN ESPECIAL DE PAZ, COMO AFECTACIÓN A LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS: ANÁLISIS DESDE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL HECHO DEL LEGISLADOR.

Diana Sthefany Reina Cufiño

Trabajo de Grado presentado como requisito parcial para optar al título de:
Magister en Derecho

Director :
Doctor Roberto Molina Palacios

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Departamento de Derecho
Bogotá, Colombia
2020

(Dedicatoria o lema)

*A mis Padres y Hermanos por siempre darme la
fuerza de salir adelante*

*A Mauricio Muñoz por ser mi incondicional compañero
de vida.*

Declaración de obra original

Yo declaro lo siguiente:

He leído el Acuerdo 035 de 2003 del Consejo Académico de la Universidad Nacional. «Reglamento sobre propiedad intelectual» y la Normatividad Nacional relacionada al respeto de los derechos de autor. Esta disertación representa mi trabajo original, excepto donde he reconocido las ideas, las palabras, o materiales de otros autores.

Cuando se han presentado ideas o palabras de otros autores en esta disertación, he realizado su respectivo reconocimiento aplicando correctamente los esquemas de citas y referencias bibliográficas en el estilo requerido.

He obtenido el permiso del autor o editor para incluir cualquier material con derechos de autor (por ejemplo, tablas, figuras, instrumentos de encuesta o grandes porciones de texto).

Por último, he sometido esta disertación a la herramienta de integridad académica, definida por la universidad.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Diana Sthelany Reina Cufiño', is written over a horizontal line. The signature is stylized and somewhat circular in shape.

Diana Sthelany Reina Cufiño

Fecha 16/08/2020

Agradecimientos

A Dios por permitirme culminar cada reto que me propongo.

A mi Director de Tesis Roberto Molina Palacios, por guiarme incondicionalmente en esta investigación.

A la Universidad Nacional de Colombia, por darme las herramientas para construir propuestas académicas e investigativas.

Al Docente Roberto Silva y todos aquellos que de alguna u otra manera cooperaron para hacer realidad este sueño.

Resumen

LA REVISIÓN DE SENTENCIAS POR LA JURISDICCIÓN ESPECIAL DE PAZ, COMO AFECTACIÓN A LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS: ANÁLISIS DESDE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL HECHO DEL LEGISLADOR.

La justicia transicional es el mecanismo por excelencia que permite la superación de los conflictos que no encuentran otras soluciones en el plano jurídico-político de una nación. Colombia ha optado por este sistema y dentro del mismo se crea la jurisdicción especial de paz (JEP) como sistema alternativo a la jurisdicción ordinaria y con facultades especiales y autónomas, como la revisión de sentencias ya ejecutoriadas, proferidas por la jurisdicción ordinaria. El problema de esa facultad estriba en la posible vulneración de los derechos de las víctimas a la verdad justicia, reparación y no repetición, en vista de que se trata de conceder beneficios a los actores que dejan las armas y terminan el conflicto. La investigación giró alrededor de un interrogante: ¿la facultad de revisión de sentencias por parte de la JEP, vulnera los derechos de las víctimas y genera responsabilidad del Estado por el hecho del legislador?. Metodológicamente es una investigación jurídica con enfoque cualitativo en la que se acudió a la consulta documental y bibliográfica de diversas fuentes, doctrina y jurisprudencia sobre el daño antijurídico, equilibrio de las cargas públicas y responsabilidad objetiva por el hecho del legislador. Se emplearon técnicas hermenéuticas y de análisis inductivo-deductivo con las que se llegó a conclusiones relevantes. Como conclusión principal se tiene que la revisión de sentencias por parte de la JEP, pese a que se funda en normas constitucionales que persiguen la obtención de la paz, como derecho protegido en la Constitución, vulnera los derechos de las Víctimas, lo cual se materializa en un daño antijurídico en cuanto rompe el equilibrio de las cargas públicas, afectación que se ubica en el régimen del daño especial por el hecho del legislador.

Palabras clave: Justicia Transicional, JEP, Víctimas, Responsabilidad

Abstract

THE REVIEW OF JUDGMENTS BY THE SPECIAL JURISDICTION OF PEACE, AS AN AFFECTATION ON THE RIGHTS OF VICTIMS: ANALYSIS FROM THE RESPONSIBILITY OF THE STATE FOR THE ACT OF THE LEGISLATOR

Transitional justice is the mechanism par excellence that allows the overcoming of conflicts that do not find other solutions in the legal-political plane of a nation. Colombia has opted for this system and within it the special peace jurisdiction (JEP) is created as an alternative system to the ordinary jurisdiction and with special and autonomous powers, such as the review of judgments that have already been executed, issued by the ordinary jurisdiction. The problem with this power lies in the possible violation of the victims' rights to truth, justice, reparation and non-repetition, in view of the fact that it is about granting benefits to the actors who lay down their weapons and end the conflict. The investigation revolved around a question: does the power to review sentences by the JEP violate the rights of the victims and generate responsibility of the State for the act of the legislator? Methodologically, it is a legal research with a qualitative approach in which the documentary and bibliographic consultation of various sources, doctrine and jurisprudence on unlawful damage, balance of public charges and strict liability for the act of the legislator was used. Hermeneutical techniques and inductive-deductive analysis were used with which relevant conclusions were reached. The main conclusion is that the review of sentences by the JEP, although it is based on constitutional norms that seek to obtain peace, as a right protected in the Constitution, violates the rights of the Victims, which is

materialized in unlawful damage as soon as it breaks the balance of public charges, an affectation that is located in the regime of special damage due to the fact of the legislator.

Keywords: Transitional Justice, JEP, Victims, Responsibility.

Contenido

	Pág.
Resumen	X
Abstract	XI
Introducción	1
1. Capítulo 1	7
1.1. Algunas nociones a manera de contexto sobre la responsabilidad del Estado ...	7
1.2. El régimen de responsabilidad objetiva	8
1.3. El daño antijurídico como fundamento de responsabilidad.	9
1.4. La impunidad como constituyente de daño antijurídico.	12
2. Capítulo 2	15
2.1. La constitución de 1991 y la entronización de la cláusula general de responsabilidad.....	16
2.2. Responsabilidad por el hecho del legislador: aspectos doctrinarios.	17
2.3. El daño especial: fundamento viable para declarar la responsabilidad del Estado.	19
2.4. Responsabilidad del Estado legislador en la jurisprudencia	23
3. Capítulo 3	25
3.1. La influencia del Derecho internacional en el sistema de justicia transicional colombiano.	25
3.2. Antecedentes de la JEP	27
3.3. Justicia transicional como fundamento de la JEP	30
3.4. La conformación de la JEP	32
3.5. La ley estatutaria de la Administración de justicia en la Jurisdicción especial para la paz, como instrumento de justicia final	34
3.6. Las amnistías, indultos y tratamientos especiales, como ejes de acción de la JEP, según la jurisprudencia para el caso particular	37
3.7. Las sentencias interpretativas de la Sala de Apelaciones de la JEP	40
4. Capítulo 4	45
4.1. ¿La jurisdicción especial de paz sustituye la Constitución?	45
4.2. El juicio de sustitución como criterio que amplía la competencia de la Corte Constitucional	48
4.3. La facultad de revisión de Sentencias.	51
4.4. La verdad como pilar para evitar la impunidad y preservar los derechos de las víctimas	55

5. CAPÍTULO 5.	59
5.1. El daño antijurídico como afectación directa por las decisiones de la JEP	59
5.2. La participación de las víctimas un derecho a medias: otro aspecto del daño antijurídico	62
6. Conclusiones	69
7. REFERENCIAS	73

Introducción

Con ocasión a la negociación del acuerdo final de paz, firmado entre el Gobierno Colombiano y las FARC-EP el día 24 de noviembre de 2016, que supone el fin del conflicto armado entre este grupo beligerante y el Estado Colombiano, se pactó la creación de una jurisdicción especial de paz, (JEP) que entre otros temas y asuntos, abordaría la revisión de sentencias mediante las cuales se procesó y condenó a algunos de los autores de crímenes cometidos en desarrollo del conflicto armado.

En efecto, por medio del Acto Legislativo 01 de 04 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”, se crea la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP). Es con este acto que se abre la posibilidad de la revisión de sentencias (Art, 10), así como la sustitución de la acción penal (Art, 11), la competencia sobre terceros y el tratamiento diferenciado para agentes del Estado.

Pero es necesario hilar más delgado para contextualizar el problema. En este punto se ha de partir de considerar que se podría estar en principio frente a una responsabilidad por el hecho del legislador, bajo el supuesto de una ley (en este caso el Acto Legislativo 01 de 2017) que pese a ser válida y de haberse expedido para beneficio del colectivo (para alcanzar la paz), sin embargo constituye en principio, un daño antijurídico. Lo cierto es que una ley expedida válidamente puede ser benéfica para la mayoría de los administrados, pero para algunos ha de suponer un daño antijurídico. El daño así concebido, se materializa en la ruptura del equilibrio de las cargas públicas, toda vez que en este caso, las víctimas quedan en posición de que, en virtud de una revisión de sentencia sobrevenga una situación de impunidad que cobijaría las graves violaciones a los derechos humanos.

Es así como surge el siguiente interrogante: ¿La revisión de sentencias por parte de la Jurisdicción Especial de Paz al transgredir el principio de cosa juzgada podría afectar los derechos de las víctimas y en consecuencia generar responsabilidad del Estado por el hecho del legislador?

A manera de hipótesis (que se funda en la pregunta) se ha postulado que la creación de una Jurisdicción especial de paz en Colombia se justifica en la realización de la paz como derecho fundamental, sin embargo, la competencia en materia de revisión de sentencias otorgada a dicha Jurisdicción conduce a la vulneración de los derechos de las víctimas a la verdad, justicia, reparación integral y no repetición, lo cual a su vez generaría responsabilidad del Estado por el hecho del legislador. Lo anterior teniendo en cuenta que al modificar los fallos para morigerar sus efectos, reducir sentencias y hasta otorgar la libertad a los condenados, se configura daño antijurídico en cabeza de las víctimas que se materializa en la ruptura del equilibrio de las cargas públicas.

La investigación es de suma relevancia si se tiene en cuenta que ocurre en primer lugar una colisión de derechos que el legislador no ha tenido en cuenta y que además desde ya se percibe la afectación a los derechos de las víctimas o afectados. Resulta así mismo importante analizar los supuestos que generarían responsabilidad del Estado como consecuencia de una actuación legítima del legislador, siendo este tipo de responsabilidad tan controversial y poco abordada por el legislador. También El ejercicio resulta plausible y oportuno en cuanto se trata de un problema o fenómeno que trasciende lo político y lo jurídico, en cuanto involucra a la vez la necesidad de cumplir con el mandato constitucional que consiste en la búsqueda de la paz y a su vez la vigencia de un orden jurídico alterno, como lo es la justicia transicional con la vigencia de una Jurisdicción especial para la paz. También implica aspectos de justicia para las víctimas, que pese a ser una negociación política, no por ello se debe desconocer los derechos de las víctimas.

Es necesario destacar que son casi inexistentes, por lo menos en Colombia, los trabajos investigativos sobre el tema en cuestión, seguramente por ser la primera vez que se ha proyectado la creación de una jurisdicción especial que se encargue de investigar y sancionar; lo anterior complementado por la extraordinaria facultad para revisar sentencias y reformarlas, pese a que sobre dichos fallos haya operado la regla o instituto de la cosa juzgada.

Históricamente la responsabilidad del Estado es de reciente cuño y de hecho se parte de un hito que se da en el sistema Frances, conocido como el fallo blanco cuya virtud consistió en desligar del derecho civil, (para aquel entonces) el conocimiento de asuntos en los que los agentes del Estado o la propia administración se vieran involucrados. El tratadista colombiano Esguerra Portocarrero, (2008) se ha referido a la virtud del fallo blanco como separador de las jurisdicciones, en el sentido de que:

La responsabilidad que puede incumbirle al Estado por los daños causados a los particulares como consecuencia de los hechos de las personas que emplea para el servicio público no puede estar regida por los principios establecidos en el Código Civil para las relaciones entre particulares. (p. 259).

En el plano nacional su desarrollo ha sido lento y caracterizado por una resistencia a que el Estado y en particular el legislador reconozca que sus actos pueden generar responsabilidad y consecuentemente la obligación de reparar. No obstante, a partir de la Constitución de 1991, se dio un gran paso en la configuración del Estado Social de Derecho y de manera especial en reconocer que tiene un amplio catálogo que implica deberes como el de abstenerse de causar daño y en el caso de generarse, reparar a los afectados. Se consagró de manera especial, la llamada, cláusula general de responsabilidad, que básicamente consiste en que, el “Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas” (Const., 1991, art. 90).

Es también patente que en el sistema jurídico colombiano la responsabilidad del estado legislador, considerada aún al margen de la cláusula general de responsabilidad, encuentra uno de sus fundamentos en la supremacía de la norma constitucional (Art. 4. C.P.), en cuanto la consagra como norma de normas y en tal evento quiere significar, (y así lo establece) que todas las actuaciones de autoridades y particulares deben ceñirse a ella y además ser responsables. Desde esta perspectiva jurídica, y habida cuenta de que la ley se expide por un órgano cualificado, no podía entonces y menos hoy, predicarse la irresponsabilidad del legislador, si con su actuar causa daño antijurídico. En esa predica encuentra fundamento mayor en cuanto el efecto dañino configura violación de derechos constitucionales con el solo rompimiento de equilibrio de las cargas públicas.

El abordaje de las actividades que culminaron con el presente escrito, se realizaron en varias etapas a saber:

En una primera etapa se acudió a la recopilación de fuentes y diverso material bibliográfico que permitió ilustrar el contexto en cuanto a fundamentos históricos, doctrinarios y legales en torno a la responsabilidad del Estado en su génesis pasando por la irresponsabilidad, la responsabilidad de funcionarios y luego del Estado mismo. Así mismo se esquematizó el daño de manera general hasta llegar a las nociones de daño antijurídico.

En un segundo momento, se seguido se pasa a describir en sus elementos fundantes lo que ha dado en llamarse la ruta de la responsabilidad del estado por daño especial, para tomar en cuenta los aportes legados por la constitución para regular de manera directa algunos aspectos algunos aspectos y eventos específicos y la cláusula general de responsabilidad del Estado que consagra la responsabilidad objetiva o sin culpa y particularmente la responsabilidad por el hecho del legislador, ubicándola en el tipo de imputación por daño especial.

En una tercera etapa se alude a un breve recuento desde el derecho internacional para continuar con una esquematización breve del sistema de justicia transicional, para pasa a describir el componente de la Jurisdicción Especial para la Paz, relacionando su génesis, conformación y funciones, con especial énfasis en la facultad de revisión de sentencias. Así mismo se realiza alguna suerte de análisis sobre las implicaciones de la JEP, frente a la integridad de la Constitución y se analizan postulados fundantes de la Justicia transicional teniendo como referente los derechos de las víctimas y la ley estatutaria para la jurisdicción especial de paz. Así mismo se aborda el análisis de criterios jurisprudenciales tanto de la Corte Constitucional como de la Sala de Apelaciones de la JEP, en forma de sentencias interpretativas que establecen criterios orientadores para el funcionamiento de la Jurisdicción transitoria.

En la siguiente etapa de la investigación se aborda de manera más precisa y concreta las implicaciones del hecho de la ley como fundamento de la responsabilidad del Estado en relación con el daño antijurídico que comporta la actuación legítima del legislador y la forma como la facultad de revisión de sentencias vulnera los derechos de las víctimas. Se analiza

el problema de vulneración que implica la sola revisión de sentencias y los efectos colaterales como la reducción de sentencias, la conmutación y consecuentemente, el desconocimiento de las reparaciones o la dilación en el reconocimiento de las indemnizaciones a las víctimas.

Finalmente se elaboran las conclusiones más relevantes fruto del ejercicio investigativo que tuvo por referencia lo planteado en el proyecto formulado para el efecto.

1. Capítulo 1

EL DAÑO ANTIJURÍDICO COMO PRESUPUESTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

1.1. Algunas nociones a manera de contexto sobre la responsabilidad del Estado

De forma breve y para situar una línea discursiva en cuanto al tema en estudio, se ha de partir del concepto más básico de responsabilidad, en otras palabras, la que tiene que ver con el sujeto individualmente considerado. En ese sentido es claro que partiendo de ese concepto se da el tránsito del derecho civil al derecho público - administrativo, ya que es la ficción jurídica la que facilita trasladar el concepto a la actividad estatal. Así, para referir a la obligación a reparar por parte del sujeto responsable, se ha postulado que la responsabilidad:

(...) no se define por su fundamento que puede variar, sino por su resultado, es decir, por las consecuencias jurídicas que el hecho acarrea para el autor. En este sentido se dice que un individuo es responsable cuando está obligado a indemnizar el daño. En derecho civil hay responsabilidad cada vez que una persona debe reparar el perjuicio o daño sufrido por otra. Puede definírsela diciendo que es la obligación que pesa sobre una persona de indemnizar el daño sufrido por otra. (Alessandri, 1943, p.12).

Ya en cuanto a la responsabilidad del Estado se tiene que esta surge de manera gradual y pasa primeramente por la irresponsabilidad absoluta y luego por la dificultad de no poder considerar a la persona jurídica como responsable. Es decir, que la responsabilidad del Estado en un comienzo se fundamenta en la irresponsabilidad, (Marienoff, 1964) de tal manera que durante mucho tiempo (y hasta muy entrada la modernidad) operó lo que podría llamarse, principio de irresponsabilidad. Pero era más que un imaginario, pues se proyectaba como una regla de público conocimiento, bajo entendidos de diversa

naturaleza que solían considerar el poder como algo originado o con fundamento en fuerzas sobrenaturales o la divinidad.

Posteriormente se concibe al Estado como ente dotado de personalidad jurídica, lo cual implica la concepción de persona (ficción jurídica) como sujeto de obligaciones y deberes. En este contexto se alude al dogma de la personalidad jurídica del Estado; Forsthoff, (1976) afirmaba que: “La cesura más importante en la reciente teoría alemana del Estado fue la recepción generalizada en el segundo tercio del siglo pasado de la idea de que el Estado debe ser considerado una persona jurídica, y que la soberanía reside en el Estado como tal persona jurídica” (p.13).

Ya claro lo anterior, se puede postular que la responsabilidad del Estado surge de la afectación (dependiendo del caso en concreto) ya sea moral o material en la que incurre dicho Estado frente a un o varios sujetos de derecho, razón por la cual éste (el primero) debe indemnizar y reparar al último.

Ello se basa en la idea de que todo daño que no reconoce por origen una conducta culpable y antijurídica no debe ser indemnizado porque se trata de un daño fatal e inevitable (Rodotá, 1964, p. 20). No obstante, no todo daño que se ha generado tiene el deber de repararse. El daño al que se hace referencia, es el causado u originado en una conducta, por cuanto los fenómenos naturales, escapan a la órbita de la responsabilidad, salvo que se considere en algún punto, el principio de solidaridad, como fundamento de una responsabilidad típicamente objetiva.

1.2. El régimen de responsabilidad objetiva

Dentro del amplio abanico de los regímenes de responsabilidad conviene hacer alusión, siquiera de manera tangencial a la responsabilidad objetiva, toda vez que involucra todo tipo de actos que no conllevan per se el elemento culpa como centro de análisis para cimentar un reproche, pero que sin embargo causa un daño. Frente a este régimen conviene citar un antecedente importante que se da en el derecho europeo y que indica de manera clara el fundamento de este tipo de responsabilidad sin culpa. En sus postrimerías, el Consejo de estado Francés, luego de aceptar la llamada *faute de service*, fundada en el servicio público, como necesidad de reparar patrimonialmente la prestación

defectuosa del mismo, reconoce lo que podría llamarse de alguna manera, responsabilidad objetiva. Es así como jurisprudencialmente el Consejo de Estado francés:

A partir de 1919, admitió la llamada responsabilidad sin falta en el campo de la teoría general de la responsabilidad administrativa. Pero se trata de una teoría excepcional y circunscripta a supuestos muy particulares (v.gr. explosión de municiones en razón del riesgo excepcional de vecindad, daños causados por las leyes cuando el daño es anormal o especial, etc.). (Cassagne, 1998, p. 269).

Es un hecho que la responsabilidad estatal es un concepto que ha debido entenderse in extenso, máxime cuando a diario aumenta el rango de actividades que impactan de una u otra forma y pueden causar daño, por lo que resulta en un mecanismo de protección que permite de cierta forma controlar las consecuencias del ejercicio del poder, sea que incurra en culpa o no el ente. Se trata de una garantía a los particulares frente al ejercicio de las prerrogativas estatales, siempre que exista el daño antijurídico.

1.3. El daño antijurídico como fundamento de responsabilidad.

Bien es sabido, que el daño es el elemento basilar y condición necesaria para que se pueda pensar en un juicio de responsabilidad con vocación de prosperidad. Otra cosa es que el daño debe acompañarse de otros elementos como el factor la relación de causalidad. Pero lo cierto es que el primer factor a considerar es el daño, ya que “en efecto, la existencia del perjuicio es de tal trascendencia que su ausencia implica la imposibilidad de pretender la declaratoria de responsabilidad” (Henaó, 1998, p. 38), de tal suerte que se tornaría estéril todo esfuerzo si el supuesto de hecho no está acompañado del daño. No obstante, también pueden existir eventos en que existiendo el daño no es posible declarar la responsabilidad. Henaó, (1998), al referir a lo anterior plantea que:

Es lo que ocurre en dos hipótesis: el daño existe pero no se puede atribuir al demandado, como cuando aparece demostrada una de las causales exonerativas; o el daño existe y es imputable, pero el imputado no tiene el deber de repararlo, porque no es un daño antijurídico y debe ser soportado por quien lo sufre. (p. 38).

Tal desarrollo se fundamenta en el concepto de daño antijurídico; afirmación que para Pinzón (2015) cobra sentido si se tiene en cuenta que:

(...) el daño antijurídico, no es más que un concepto jurídico indeterminado, es decir, un criterio vacío que debe ser interpretado conforme al derecho vigente y viviente en el momento exacto, por tanto, desde ese plano objetivo, es esa la primera de las carencias que presenta la cláusula de responsabilidad en el sistema jurídico colombiano, esto es, su indeterminación. (p.105).

El citado concepto en el sistema jurídico colombiano tiene su consagración en la Carta Superior y se encuentra establecido en el artículo 90 y naturalmente está abierto a su desarrollo legal. De hecho es la ley la que establece tácitamente la diferencia entre lo jurídico y lo antijurídico, de tal manera que termina siendo el punto a ponderar. Deconstruido el contenido se detalla así:

El daño antijurídico tiene su fundamento en el art. 90 de la Constitución Política y son tres (3) los requisitos que consagra la carta para exigir del Estado la indemnización de los perjuicios que por su acción u omisión haya causado a los particulares. Estos requisitos son: 1. La existencia de un daño antijurídico. 2. Que dicho daño haya sido ocasionado por la acción o la omisión de la autoridad pública. 3. Que dicho daño sea imputable al Estado. De igual manera, con fundamento en el Art. 90 de la Carta Política y por creación jurisprudencial existen tres (3) teorías para clasificar la responsabilidad del Estado y estas son: 1. Teoría de la falla en el servicio. 2. Teoría del daño especial. 3. Teoría del riesgo excepcional (Fajardo y Guzmán, 2010, p. 50).

El artículo 90 constitucionaliza el daño antijurídico como susceptible de reparación, sin que se entre a considerar la culpa, en el entendido de que el administrado no está en obligación de soportarlo, ya que rebasa las cargas a que está obligado a soportar. Por supuesto es necesario reiterar que al referir al daño antijurídico y para efectos de la presente investigación no necesariamente debe ser un acto ilícito como actuación contraria a la ley y la constitución, sino a una carga que no está contemplada en la ley como obligación de soportar por parte de los administrados.

Se podría especular que el daño antijurídico como concepto y sobre todo en su redacción constitucional no se encuentra plenamente definido y en parte se encontraría cierta razón, pero no es usual que el texto superior entre en detalles, pues este es el papel de la ley como desarrolladora de la constitución. No obstante resulta cierto que el legislador no ha dado el desarrollo que se debiera a este particular e importante concepto y se ha debido acudir a la doctrina y la jurisprudencia para establecer una tipología. Lo cierto es que la consagración en la Carta Superior es bastante abierta y eso ha permitido al intérprete autorizado de la misma, desarrollar de cierta forma una tipología, que suple el vacío que deja el legislador.

La cláusula general de responsabilidad se funda ante todo en el daño que se cause y es por tal razón que aún si el acto que lo origine resulta lícito, lo cierto es que en consideración al daño (antijurídico) o lesión que rebasa lo que todos deben soportar, resulta estéril esgrimir la ausencia de culpa.

Se trata de entender que existe un deber a cargo del Estado que implica la reparación a los administrados, siempre que esté frente a un daño antijurídico y que por supuesto este haya sido causado por agentes del Estado. A manera de síntesis, se parte para efectos de endilgar responsabilidad y exigir reparación, de que exista daño antijurídico y que sea imputable al Estado. En términos de la obligación que nace del daño, el Estado como garante, no está en posición de evadirla ya que aquella adquiere un rango erga Omnes.

Es una verdad inobjetable que todos los poderes del Estado están sometidos a la Constitución y para el presente estudio, el legislador es una autoridad que se rige por lineamientos constitucionales y en tal caso debe responder por el daño que cause a los administrados. Si bien no se encuentra regulada de manera amplia la responsabilidad del Legislador, lo cierto es que la Carta Suprema no deja dudas cuando establece la cláusula general de responsabilidad; de tal forma que la responsabilidad por los hechos, acciones y omisiones en que incurra el legislativo es de previsión constitucional sin importar desde que óptica se vea. Para Alonso y Leiva, (2011) este tipo de responsabilidad:

Está expresamente contemplada en el artículo 90 de la Constitución Política, pues cualquier otra posibilidad sería abiertamente inconstitucional desde la perspectiva del Estado social de derecho y de los principios y valores que rigen el ordenamiento

constitucional colombiano, tales como la solidaridad, la igualdad, la justicia material y la supremacía de la Constitución. (p. 93).

Conforme a lo anterior y para reforzar lo anotado, conviene traer a colación lo que al respecto, Pablo Larrañaga (2004) postula que:

La primera condición nos habla del carácter público de la responsabilidad jurídica en contraposición con la responsabilidad moral, que en principio, atañe al ámbito privado, y la segunda, apunta a la centralización del poder público, esto es, la vinculación del derecho con el poder del Estado que determina el carácter de la responsabilidad jurídica por su vinculación con las normas de la naturaleza. (p. 21).

A su vez la responsabilidad del Estado surge de la afectación (dependiendo del caso en concreto) ya sea moral o material en la que incurre el mencionado ente frente a un o varios sujetos de derecho, sin tener algún vínculo contractual; razón por la cual éste (el primero) debe indemnizar y reparar al segundo.

Ello se basa en la idea de que todo daño que no reconoce por origen una conducta culpable y antijurídica no debe ser indemnizado porque se trata de un daño fatal e inevitable (Rodotá, 1964, p. 20). Sin embargo, como ya se ha anotado, no todo daño que se ha generado tiene el deber de repararse. El daño al que se hace referencia, es el causado u originado en una conducta, por cuanto los fenómenos naturales, escapan a la órbita de la responsabilidad, salvo que se considere en algún punto, el principio de solidaridad, pero este solo concepto excluye ese presupuesto causal, del análisis frente al objeto que se investiga.

1.4. La impunidad como constituyente de daño antijurídico.

El abanico de situaciones y fenómenos que entrarían en un catálogo de daño antijurídico, no es un tema acabado y a cada momento surgen eventos a incluir en tal categoría. Para abordar uno de tales fenómenos que sin duda hacen parte del objeto investigado, vale la pena mencionar la impunidad. Y su mención como supuesto de daño aparece precisamente porque nadie está obligado a soportar que una conducta ilícita quede en la

impunidad. Obtener pronta y efectiva justicia cuando se ha sido victimizado es el derecho y el daño es no obtenerla; lo cual se materializa cuando al responsable no se le aplica la consecuencia jurídica del acto ejecutado o perpetrado.

Como impedir la impunidad es uno de los problemas más profundos y aún sin respuestas concretas cuando se trata de investigar y sancionar los crímenes contra la población en el marco de los conflictos armados internos. Colombia no es ajeno a esta tragedia y lo cierto es que la mayoría de los crímenes que han estremecido la nación por cuanto las víctimas son ajenas al conflicto que libra el estado contra fuerzas subversivas, permanecen en la impunidad.

Es en extremo difícil luchar contra la impunidad en contextos normales, pero resulta más complejo aludir al tema cuando se trata del conflicto armado interno. Y cuando se trata de las negociaciones para terminar el conflicto, siempre aparece el temor a la impunidad en cuanto su consecuencia es que las víctimas no serán reparadas o dicho de otra manera, sus derechos a la verdad, la justicia y a la reparación no serán satisfechos de manera integral. En síntesis, implica el desconocimiento de importantes derechos de los afectados directos e indirectos.

En la actualidad, el derecho internacional ha desarrollado el tema de los derechos de las víctimas de los conflictos armados y cuenta con protocolos y lineamientos que sirven como directrices vinculantes para los Estados. Es así como el instrumento más universal para combatir la impunidad es el catálogo de Principios y Directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. Dicha normativa de la ONU (Resolución 60/147 16 de diciembre de 2005), contiene los fundamentos a aplicar en los procesos de justicia transicional y se basan en el respeto a los principios-derechos, justicia, verdad y la reparación integral a las víctimas de violaciones graves a los derechos humanos. Además agrega un elemento novedoso: la obligación de los Estados de garantizar la no repetición. Entre otros, la citada Resolución establece entre otros, los siguientes principios vinculantes:

Una reparación adecuada, efectiva y rápida tiene por finalidad promover la justicia, remediando las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o las violaciones graves del derecho internacional humanitario.

(...)

18. Conforme al derecho interno y al derecho internacional, y teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso, se debería dar a las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, una reparación plena y efectiva, según se indica en los principios 19 a 23, en las formas siguientes: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición. (ONU. Resolución 60/147 de 16 de diciembre de 2005).

Lo contrario a los principios establecidos en la Resolución ONU, 60/147 de 2005, no es otra situación que la impunidad y esta, sin duda se constituye en daño antijurídico, toda vez que soportar la impunidad no es una carga impuesta a los miembros del Estado y como tal no están obligados a soportarla. Consecuencialmente la impunidad impide que surja la obligación de reparar.

La impunidad se torna en el incumplimiento del Estado a las obligaciones con los tratados internacionales suscritos y en ese evento es claro que aún en el marco de procesos de paz, no está relevado de su obligación de proporcionar justicia, ni siquiera en virtud de las negociaciones. No obstante, gozan de un margen de apreciación que les permite hacer algunas concesiones siempre que no implique impunidad ya que en tal evento se violaría los derechos de las víctimas a la debida justicia, a la verdad y la reparación. Máxime si se tiene en cuenta que esos derechos se conciben como un todo no divisible y consecuencialmente se materializan en conjunto y no de manera separada.

2. Capítulo 2

RESPONSABILIDAD POR EL HECHO DEL LEGISLADOR

Si se ha entendido que históricamente la responsabilidad en general del Estado es un acontecimiento tardío, resulta comprensible que aún no se venza la resistencia a que permee la totalidad de actividades del ente estatal. Ha sido un lento trasegar, que aún no termina, para lograr que no haya actos y entes por encima de la responsabilidad.

Marienhoff, (1964) aún en tiempos que era osado sostenerlo, tenía claro que la responsabilidad del Estado atañe a todo acto, actividad o hecho de la administración en cualquier campo, lo cual incluye la actividad del legislativo. En cuanto a tal asunto sostiene que:

Al referirme en particular a la responsabilidad del Estado por acto legislativo y por acto judicial (Estado Legislador y Estado Juez, respectivamente), entiendo referirme a la actuación específica de los órganos legislativo y judicial, es decir a la respectiva actividad por actos "legislativos formales" y por "actos jurisdiccionales judiciales. (p. 290).

Complejo resulta, aún en el tiempo presente, pretender que el legislador que en nuestro sistema es el constituyente secundario por delegación del pueblo soberano, se autorregule en el específico campo de la responsabilidad por el acto de legislar.

Pero más que por legislar, por las consecuencias de las leyes que aun siendo legítimas y expedidas en bien del interés colectivo, terminen enmarcándose o constituyendo (paradójicamente) un daño antijurídico a uno o más de los administrados.

2.1. La constitución de 1991 y la entronización de la cláusula general de responsabilidad.

Si bien, ya se hizo alusión a este aspecto, resulta relevante traerlo a colación de manera detallada y en desarrollo más directo del objeto alrededor del cual se investiga. De esta manera se tiene que la responsabilidad extracontractual del Estado se consolida al menos formalmente en Colombia, con la Constitución de 1991, específicamente en los artículos 6 y 90; en donde se establece, por un lado, la responsabilidad de particulares y servidores y por el otro, que el Estado debe responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, (Cláusula general de responsabilidad) por acción u omisión.

A partir de la Constitución de 1991, se dio un gran paso en la configuración del Estado Social de Derecho y de manera especial en reconocer que tiene un amplio catálogo que implica deberes como el de abstenerse de causar daño y en el caso de generarse, reparar a los afectados. En dicha Carta Política, se consagró de manera especial, la llamada, cláusula general de responsabilidad, que básicamente consiste en que, el “Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas” (Const., 1991, art. 90). Lo anterior implica al menos en teoría, la vigencia de la responsabilidad objetiva.

En relación con la cláusula, es importante traer a colación el concepto de daño antijurídico definido por García, (2008) sosteniendo que “un perjuicio se hace antijurídico y se convierte en lesión resarcible siempre que y solo cuando la persona que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportarlo; la antijuridicidad del perjuicio es, pues, una antijuridicidad estrictamente objetiva” (p. 364). En ese caso surge como premisa y como criterio orientador, que ante la ausencia de reglas claras, es el concepto de cargas públicas, fundamental para determinar que se genera el daño antijurídico. Lo anterior implica de suyo que al romperse el equilibrio, se sobrepasa esa carga común a todos, en cuanto al deber de soportar cargas comunes a las de todos los administrados. Esa ruta de la antijuridicidad condice directamente a incluir dentro del catálogo de supuestos, a la actividad del legislador y es lo que se aborda a renglón seguido, desde sus bases epistemológicas.

2.2. Responsabilidad por el hecho del legislador: aspectos doctrinarios.

Como ya se ha referido en otros apartes del escrito, la generalidad de la responsabilidad, en cuanto a su desarrollo evolutivo, parte de considerar a un Estado irresponsable e indemne, en cuanto es la expresión o manifestación cumbre de la soberanía y en tal situación espacio-temporal, estaría considerado por encima de toda responsabilidad. Es entonces como se afirmara, (aún después de aceptada la responsabilidad de los jueces y administradores a finales del siglo XIX) que el legislador no se encontraba sujeto a la ley, (Bielsa, 1966) llegando a afirmarse como un dogma, que siempre que la ley aunque causara perjuicios constituía una expresión de la voluntad general (Marienhoff, 1964) y por lo tanto también de la voluntad de los que sufren el daño. Lo anterior para significar reforzar por analogía y extensión, que en virtud del contrato social, el legislador al ser delegado por el soberano, no se le puede someter a juicio de responsabilidad ya que resulta en un contrasentido.

Lo cierto es que el derecho no se detiene y menos la evolución social. En este sentido es que el célebre, León Duguit, citado por García Mendoza (1997) sostenía que “El estado como asegurador frente a los administrados de todos los riesgos que resulten de su actividad general, debía ser también asegurador el riesgo resultante de la aplicación de una ley” (p. 10). Conforme a lo postulado ya en la modernidad, se sostenía en plena vigencia del estado de derecho, que no obstante, que a este se encontrara todo sometido, como garante de los derechos no podía carecer de responsabilidad, máxime si con su actuar como legislador causaba daño a los administrados.

Ahora bien, cuando se hace referencia a la responsabilidad del legislador, esta involucra por ejemplo los casos de una ley perfectamente constitucional o la que no lo sea. Y es así porque suele ocurrir que se piense que por ser una ley válida no se puede predicar el daño ya sea a la generalidad de los administrados, como a un grupo o individuo en particular. Marienhoff, (1964) contribuye con este aspecto al sostener que:

El daño que el Estado ocasione en ejercicio de su función legislativa puede resultar de una ley "válida" o de una ley "inválida", pues también en este ámbito rige el principio de que el comportamiento dañoso o lesivo del Estado es posible que derive del ejercicio "inválido" (vgr., ley "inconstitucional") o del ejercicio "normal" de sus potestades legales (vgr., ley que monopoliza una actividad lícita, desde luego que hasta entonces era de libre ejercicio por los administrados). (p. 293).

Y es que se trata en estos casos, de una actividad lícita y aún en beneficio del interés general, que causa alguna suerte de daño especial que se traduce sin lugar a dudas en un tipo de responsabilidad objetiva. Lo anterior se puede enmarcar en un título de imputación muy específico toda vez que "la administración despliega una actividad legítima (...), que rompe con las cargas públicas de igualdad" (Bustamante, 1998, p. 89), o lo que es lo mismo decir, rompe el equilibrio de las cargas públicas en cuanto obliga al administrado a soportar algo que no está contemplado en la ley como carga común.

Sin embargo no significa que solo baste con tal rompimiento, pues de hecho implica un examen alrededor de, o en pos de la determinación de procedencia ya que debe establecerse la relación o nexo entre la actividad del Estado y el análisis de esa condición necesaria como lo es el rompimiento del equilibrio en las cargas públicas. Se trata de esa conexión directa entre causa y consecuencia, entre hecho antecedente y resultado o consecuencia dañosa, que conlleva a evidenciar la responsabilidad del ente estatal.

Otro aspecto que también ha sido tratado por la doctrina es el que refiere al alcance de la responsabilidad en cuanto a que tipo de norma entra en la órbita de los actos que generan responsabilidad. En un primer término podría pensarse que solo aplica para leyes en general, pero no frente a normas constitucionales. No obstante si se tiene en cuenta que la norma fue producida por el legislador, tal acto sería en principio, objeto de responsabilidad. Téngase a manera de ejemplo que se trata de una reforma constitucional originada en el parlamento y no en el constituyente primario; en tal caso se genera la responsabilidad, siempre que exista el daño. De nuevo se acude a Marienhoff, (1964) que de manera acertada asegura que:

La responsabilidad del Estado por sus actos legislativos no sólo puede derivar de una ley formal ordinaria, como lo puse de manifiesto precedentemente, sino también de una reforma constitucional que, si implicare un agravio a principios esenciales contenidos en la Constitución originaria, resultaría viciada de nulidad. (p. 294).

Es un supuesto cargado de certeza jurídica indiscutible, aunque no necesariamente bajo el único entendido de que viole la propia Carta, sino aun en el caso en que sin vulnerar la norma superior, afecte a algún individuo o grupo al obligarlo a soportar cargas mayores a las de los demás administrados. Se puede concluir así, que el hecho de la ley o del legislador no puede gozar de indemnidad ya que siempre que ese actuar genere alguna suerte de daño antijurídico se debe reparar. Pregonar lo contrario conduciría a aceptar la vigencia de un orden decimonónico ya superado.

2.3. El daño especial: fundamento viable para declarar la responsabilidad del Estado.

Continuando en el mismo sendero discursivo, necesariamente se llega al tópico particularísimo que permite abordar la situación en que el Estado (legislador) actuando de manera legítima y por supuesto dentro del orden legal, regulando en bien de la colectividad y para propósitos loables ordenados en la Carta, sin embargo, causa daño. No se trata de un daño cualquiera; por supuesto es en principio antijurídico, pero al no proceder el análisis de la culpa, se tiene por cierto que en términos de generador de responsabilidad, esta se enmarca en lo que se conoce como régimen objetivo o sin culpa.

En consecuencia, se aborda la naturaleza del daño que así se causa y esto exige separarlo del daño que generalmente se concibe como resultado de una conducta que admite reproche. Y así se llega a considerar que dentro de los regímenes de responsabilidad extracontractual del Estado se debe acudir al daño especial y dentro de este, el causado por la actuación legítima del legislador.

Desde el punto de vista de sus fundamentos y en torno a la evolución de una teoría de la responsabilidad por daño especial (a la cual se acude con frecuencia cuando el Estado actuando legítimamente causa daño) resulta conveniente aludir a un antecedente

importante, como lo es el fallo del Consejo de Estado Francés en 1923, conocido como el caso Couitéas, (Repertoire de Jurisprudence II, 1923/2016) donde el Tribunal de Sousse en sentencia del 13 de febrero de 1908 había ordenado la conservación de la posesión que ejercía el actor sobre unas parcelas de tierra del campo Tabia-el-Houbira (Túnez), para lo cual le había reconocido el derecho de expulsar a todos los ocupantes. El ciudadano no logró que se cumpliera una orden judicial para el desalojo y tal impedimento configuraba un perjuicio que no debía soportar, toda vez que nacía en la negativa de las autoridades a desalojar a los ocupantes ilegales, ante el riesgo de generar actos contra la seguridad y el orden público, en cuanto los indígenas se consideraban habitantes legítimos desde tiempos pretéritos. Y es que si bien la negativa de las autoridades era del todo legal y también legítima, supuso un daño que el propietario no estaba en el deber de soportar y por lo tanto debía ser indemnizado. (Paillet, 2001).

Aspecto que se colige es que la realidad de la actuación de la administración indicaba que era legítima y sin embargo se causaba un daño antijurídico en cuanto violaba o rompía la igualdad ante las cargas públicas. Es decir, al dejar de actuar por considerar que era el camino indicado por la ley, frente al caso particular se incurría sin embargo en una afectación a un administrado; es en ese entendido que lo entendió la instancia jurisdiccional y al tiempo fue el sustento de la tesis que:

Permitió al Consejo de Estado admitir por primera vez que cuando la Administración se abstiene legalmente de actuar ella puede comprometer su responsabilidad en la medida en que el perjuicio que causa no pueda mirarse como una carga que incumbe normalmente a la víctima. (Paillet, 2001, p.217).

Reiterando, vale precisar que un elemento basilar a considerar, es en suma la ruptura de esa igualdad en cuanto a lo que deben soportar los ciudadanos y que implica desbalance en cuanto a las cargas públicas, es decir, que el desequilibrio vulnera el bien jurídico protegido que es el estado de cosas en condiciones de igualdad en cuanto a las cargas públicas. El daño especial consiste en esa ruptura del equilibrio al soportar esa carga mayor a la que es común a todos los administrados y esto siempre que la actuación que desencadene el daño, sea legal. Y si como se ha visto, se enmarca en la categoría del daño especial, se indemnizará a los afectados echando mano del principio de solidaridad y no porque exista culpa alguna.

Ahora bien, concluyendo parcialmente, para que se configure el daño especial, como título de imputación, es condición necesaria la existencia de presupuestos como lo es, que la administración actúe de manera legítima, que exista la ruptura del equilibrio de las cargas públicas y, que entre al acto de la administración y el mentado desequilibrio se evidencie el nexo que señale al Estado, como responsable. Al respecto Aguiar, (2012) considera que: Los daños antijurídicos no sólo se derivan de las actuaciones excesivas e ilegales de los entes públicos, sino que también pueden causarse a partir de su comportamiento ajustado a derecho, como en el caso de la teoría del daño especial, en donde la administración queda obligada a responder cuando actuando de manera lícita genera un daño que supera las cargas normales a que están sujetos los ciudadanos por vivir en sociedad. (p. 103). Lo anterior tiene también como aspecto relevante a resaltar, que una vez que se acuda a la teoría del daño especial como sustento del factor de atribución, necesariamente se debe prescindir de la tesis de la falla del servicio, ya que el elemento basilar es la actuación legítima de la Administración, salvo que aparezca que ocurrió falla.

En el sistema jurídico colombiano la responsabilidad del Estado legislador, considerada aún al margen de la cláusula general de responsabilidad, encuentra uno de sus fundamentos en la supremacía de la norma constitucional (Art. 4. C.P.), en cuanto la consagra como norma de normas y en tal evento quiere significar, (y así lo establece) que todas las actuaciones de autoridades y particulares deben ceñirse a ella y además ser responsables. Desde esta perspectiva jurídica, y habida cuenta de que la ley se expide por un órgano cualificado, no podía entonces y menos hoy, predicarse la irresponsabilidad del legislador, si con su actuar causa daño antijurídico. Esa premisa encuentra fundamento mayor en cuanto el efecto dañino configura violación de derechos constitucionales con el solo rompimiento de equilibrio de las cargas públicas.

En refuerzo de lo anterior, en vigencia del Estado Social de derecho preconizado en la Constitución de 1991, (Art. 1) la soberanía reside de manera exclusiva en el pueblo, “del cual emana el poder público, es decir, el pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece” (art. 3. C.P); de lo cual se infiere sin asomo de duda, que el legislador ejerce una soberanía por delegación del constituyente y en tal evento implica responsabilidad.

Es evidente que no existen en el sistema jurídico colombiano, reglas legales suficientes para definir la responsabilidad por el hecho del legislador o hecho de la ley, más allá de las previsiones de la Constitución Nacional que de manera abstracta lo consagra y en algunos casos de manera específica, (como se menciona más adelante) pero sin que se cubran la mayoría de los eventos generadores y ha debido ser la jurisprudencia la que ha generado pronunciamientos acerca de la configuración del daño antijurídico como daño especial por el hecho del legislador.

Conforme con lo anterior, no sería acertado apuntar que la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador no ha tenido algún desarrollo, ya sea en la ley o en la propia Constitución, pero si es posible admitir que no ha sido un avance legal muy afortunado o suficiente. Como se anotara antes, pese a la generalidad que contempla la Carta Superior, no se puede dejar de advertir, que la propia Constitución colombiana establece de manera expresa algunos casos o circunstancias concretas que obligan a la reparación por la actuación del legislador. Así se puede observar en eventos tales como la expropiación (Const., artículo 58); cuando se establece un monopolio (Const., artículo 336), o en los casos en que el Estado se reserva para sí, actividades estratégicas o servicios públicos (Const., artículo 365), determinando que deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.

Se reitera de esta manera que la responsabilidad patrimonial del Estado por los hechos, acciones u omisiones imputables al Poder Legislativo, se puede enmarcar por principio en la formulación que hace el artículo 90 constitucional. Y es que al fungir como regla general, cualquier otra posibilidad para evadir la responsabilidad quedaría sin fundamento conforme se deduce de citada norma constitucional, (Alonso y Leiva, 2011) si se aprecia desde la concepción del Estado Social de Derecho y desde aquellos principios y valores como la solidaridad, la equidad, la igualdad y la justicia material que constituyen la espina dorsal del ordenamiento.

Tampoco se puede aseverar que la responsabilidad del Estado legislador se prevea exclusivamente respecto de los citados eventos ya que existe una responsabilidad estatal como consecuencia de la declaratoria de inconstitucionalidad de las leyes, siempre que

exista la demanda debidamente soportada en cuanto a los perjuicios, que se funda en el elemento más relevante: la noción de daño antijurídico. Sin embargo no se profundizará en esos supuestos de inconstitucionalidad por no ser parte esencial del objeto investigado.

Seguidamente se aborda el análisis de la responsabilidad del legislador desde el desarrollo (casi único) que aporta la jurisprudencia en cuanto no se cuenta con la regulación legal apropiada.

2.4. Responsabilidad del Estado legislador en la jurisprudencia

Importante resulta aclarar, que los mayores acercamientos a un desarrollo de la responsabilidad por el hecho del legislador, han surgido de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado. Los criterios, aclaraciones y conceptos así formulados pretenden ser la puerta de entrada para la vigencia de una responsabilidad generada por la acción y omisión del cuerpo legislativo.

La Corte Constitucional ha salido al paso para aclarar y además reiterar postura del Consejo de Estado, acerca de la responsabilidad que atañe a la actividad del legislador como quiera que es una autoridad que no puede, per se, constituirse en irresponsable frente a las consecuencias de sus actuaciones. Es así como (Sentencia C- 038 de 2006) esquematiza la responsabilidad con fundamento en la interpretación de la misma Carta:

De este modo la responsabilidad patrimonial del Estado por los hechos, acciones u omisiones imputables al Poder Legislativo está expresamente contemplada en el artículo 90 constitucional, pues cualquier otra posibilidad sería abiertamente inconstitucional desde la perspectiva del Estado Social de Derecho y de los principios y valores que rigen nuestro ordenamiento constitucional tales como la solidaridad, la igualdad, la justicia material y la supremacía de la Constitución. Principios que cristalizaron en el ordenamiento jurídico colombiano y que encontraron una de sus expresiones en la disposición constitucional en comento. No sobra advertir que la Constitución establece expresamente determinados supuestos de obligación reparatoria por la actuación del Legislador, tales como la figura

de la expropiación, la obligación de indemnizar cuando se establece un monopolio o cuando el Estado decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos.

Lo anterior no significa que la responsabilidad del Estado legislador se vea circunscrita exclusivamente a los anteriores eventos o a los supuestos de declaratoria de inconstitucionalidad de las leyes, pues como ya se ha dicho su fundamento estriba en la noción de daño antijurídico, la cual como se ha reiterado a los largo de esta decisión descansa en los principios de solidaridad y de igualdad, y no en la idea de la actividad ilícita del Legislador, entendida como tal las actuaciones contrarias a la Constitución. (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).

Como se ha venido sosteniendo, el daño antijurídico es el núcleo que genera la responsabilidad, pero está debe ser atribuible al Estado, es decir, imputable o endilgable; es lo que se define como título de imputación. Al respecto, mejor lo define el Consejo de Estado, (Sentencia 16 de septiembre de 1999) al postular que:

La imputación es el elemento de la responsabilidad que permite atribuir jurídicamente un daño a un sujeto determinado. En la responsabilidad del Estado la imputación no se identifica con la causalidad material, pues la atribución de la responsabilidad puede darse también en razón de criterios normativos o jurídicos. Una vez se define que se está frente a una obligación que incumbe al Estado, se determina el título en razón del cual se atribuye el daño causado por el agente a la entidad a la cual pertenece, esto es, se define el factor de atribución (la falla del servicio, el riesgo creado, la igualdad de las personas frente a las cargas públicas).

3. Capítulo 3

FUNDAMENTOS DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL DE PAZ.

3.1. La influencia del Derecho internacional en el sistema de justicia transicional colombiano.

Es evidente que el derecho internacional ha debido evolucionar a la par de la gran cantidad de violaciones a los derechos fundamentales por parte de diversos actores entre los que se encuentran los Estados. Es así que se ha incorporado también el concepto de justicia transicional para dar fórmulas de solución a conflictos internos que no tienen otra vía que la solución negociada.

Para aludir a los efectos de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CDIH) en el ordenamiento local, se puede comenzar por mencionar que el Estado colombiano promulgó la Ley 975 de 2005, (Ley de Justicia y Paz), que se ciñe al derecho internacional de vanguardia al acoger de manera directa los derechos a la verdad, justicia y reparación. Continuando en esa tendencia se expide la ley 1424 de 2010 conocida en el argot popular como ley para la desmovilización, para grupos al margen de la ley, que se fundaba en los postulados de verdad, justicia y reparación a las víctimas, dentro de los márgenes de una justicia transicional.

Posteriormente aparece la Ley 1448 de 2011, que expide medidas judiciales, administrativas, sociales y económicas con el fin de propender por el goce efectivo de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación y garantía de no repetición.

En un desarrollo más reciente se puede apreciar la expedición de los actos de rango constitucional como el Acto Legislativo 01 de 2012, conocido como el marco jurídico para la paz y finaliza con el Acto legislativo 01 de 2017, mediante el cual se adiciona un artículo transitorio a la Constitución con el propósito de dar estabilidad y seguridad jurídica al acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una Paz Estable y Duradera. Valga la pena abonar algo que puede ser de perogrullo; y es, que sin duda, las consagraciones de la Corte Interamericana y los actos legislativos, elevaron a rango constitucional los derechos a la verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición, a rango constitucional.

Se concluye de lo expuesto que la verdad se constituye en presupuesto de una verdadera reparación y al tenor de los conceptos expuestos, es también una parte de lo que es la reparación; o como se dijera en líneas precedentes, la verdad es transversal a todos los elementos del sistema de justicia transicional de tal manera que sin verdad no se puede hablar de reparación. Todo ello conduce a pensar que si se revisa una sentencia ejecutoriada que seguramente estableció la verdad como su fundamento, es muy probable que por afanes de cumplir con unos acuerdos, al modificar una sentencia, se vulneren derechos ya reconocidos a las víctimas, en cuanto reparaciones. Y es que seguramente las revisiones se harán con el fin de morigerar la sentencia y al perseguir ese propósito seguramente se revalorará o tendrá como consecuencia la privación por lo menos de la reparación. Lo anterior, si se tiene en cuenta que la pena principal, determina la suerte de las accesorias.

Luego es digno de resaltar los esfuerzos que en términos de negociación y de regulación se han hecho para intentar cristalizar los anhelos de terminación del conflicto armado interno y por supuesto para el logro de una paz estable y duradera. De esos eventos se dará cuenta en adelante por lo menos en lo que se relaciona con el objeto investigado.

3.2. Antecedentes de la JEP

Para efectos de contextualizar el objeto de la investigación, se ha de partir de que en el mes de marzo de 2012, luego de una intensa fase de contactos y algunas reuniones, se dio comienzo por fin a lo que se denominó como una etapa de exploración para auscultar la posibilidad de llegar a un acuerdo que permitiera llegar de alguna manera a una relativa paz con el grupo subversivo, Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, FARC EP.

De manera inmediata, se diseñó el instrumento normativo que facilitara la tarea, bajo la denominación de Acto Legislativo 01 del 31 de julio de 2012, por medio del cual se establecieron instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política.

Luego de no pocas vicisitudes debidas al choque que para una cultura política polarizada (interrupciones, oposición) significaba la negociación, finalmente se logra el 24 de agosto de 2016 la firma del que se denominara: Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera. El mentado acuerdo incluyó entre sus puntos, seis ejes temáticos: la reforma rural agraria, la participación política, el fin del conflicto, el narcotráfico, las víctimas del conflicto y como corolario, la implementación, verificación y refrendación de todo lo acordado.

Posteriormente el gobierno nacional como abanderado de la iniciativa decide someter el acuerdo a un plebiscito, como forma de legitimar el acuerdo que se llegase a concretar, preguntando a los ciudadanos su parecer. No obstante, y debido a la ya mencionada polarización alrededor de la iniciativa, el resultado del plebiscito fue un, no. Ante el fracaso, sin embargo el gobierno amparado en el mandato constitucional, y tratando de generar un consenso entre partidarios del sí y del no, logra finalmente la firma de un acuerdo el día 24 de noviembre de 2016. De esta forma se coloca a disposición del Congreso, que lo avala el 30 de noviembre de 2016.

Como era de esperarse, la firma del acuerdo final debió incluir un sistema de justicia transicional con su propio tribunal, toda vez que no era posible pensar en aplicar el modelo de justicia existente, por cuanto no se trataba de una justicia retributiva, sino de encontrar

la verdad y al tiempo, justicia, reparación y no repetición. Lo anterior como sucedáneo y bálsamo que facilitara la incorporación de los excombatientes o subversivos, a las dinámicas sociales dentro de la legalidad.

En efecto, se acordó la creación de un Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición, lo cual implicaría de suyo, el amparo de los derechos humanos de las víctimas, vulnerados dentro del conflicto armado y que simultáneamente deberán ser garantizados, en desarrollo de los conceptos de justicia planteados.

Ahora bien, es necesario entender que el concepto de justicia, para la negociación del conflicto, desborda lo que tradicionalmente los ciudadanos entienden por tal, toda vez que no se trata ya fundamentalmente de que el victimario sea objeto de pena como retribución por su ofensa a la sociedad, sino de la restauración de un derecho que ha sido conculcado a las víctimas. Pero más que eso, se trata de, “la idea de justicia restaurativa, según la cual, más importante que generar un castigo resulta necesario la generación de un contexto en el que se superen las condiciones que generan la victimización y la violación de los Derechos Humanos” (Martínez, 2017, p. 141), concepto que traduce la necesidad de poner un alto a la violencia continua que implica el conflicto armado.

La construcción del sistema integral ya mencionado se fundamentó en que debería existir una serie de componentes o elementos para su realización, es decir, para garantizar la vigencia de los derechos de las víctimas. Y son, a saber:

1. Una comisión para el esclarecimiento de la verdad, la convivencia y la no repetición.
2. Creación de la unidad especial para la búsqueda de personas que se tengan por desaparecidas en y por causa del conflicto armado.
3. Creación de la Jurisdicción Especial para la Paz.
- 4) Formulación e implementación de las medidas para la reparación integral y construcción de paz.
5. Que existan las garantías de no repetición.

Como se observa, la justicia transicional ha surgido con la pretensión de reconocer los derechos a las víctimas y al tiempo, inaugurar el sistema integral cuyos componentes son: verdad, justicia, reparación y no repetición. Es en este punto en el que cobra vigencia la Jurisdicción Especial para la Paz y es en ese sentido que se ha querido conformar.

Es pertinente en este punto, ilustrar un tanto acerca de uno de los principales ejes del sistema integral. Se hace referencia por supuesto, al elemento o concepto de justicia a través de la JEP. Lo que a su turno presupone unos elementos fundamentales, (propuestos como condición necesaria para que funcione la JEP) como los siguientes:

- 1) La concesión de amnistías e indultos para los delitos políticos y los definidos en la ley como conexos.
- 2) Para las conductas no conexas con el delito político y que sean consideradas como delitos de guerra y de lesa humanidad, cometidas tanto por las organizaciones insurgentes como por el Estado, los paramilitares y los llamados terceros involucrados en el conflicto, se establece una JEP, la cual se compone de las siguientes instancias.
 - a) Sala de reconocimiento de verdad, de responsabilidad y de determinación de los hechos y conductas.
 - b) Sala de amnistía o indulto.
 - c) Tribunal para la Paz, que sería el encargado de adelantar los juicios en contra de quienes no reconozcan responsabilidad.
 - d) Unidad de Investigación y Acusación, la cual debe satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia, cuando no haya reconocimiento colectivo o individual de responsabilidad.
 - e) Sala de definición de situaciones jurídicas, para los casos diferentes a los literales anteriores o en otros supuestos no previstos. (Martínez, 2017, p. 134-135)

Ya con el acto legislativo 01 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" se da el paso en firme para facilitar la expedición de las leyes (estatutarias) necesarias entre otras cosas, para la efectiva creación de la JEP. La citada norma fue declarada exequible con algunas restricciones, mediante la Sentencia C- 674 de 14 de noviembre de 2017.

3.3. Justicia transicional como fundamento de la JEP

En un primer momento el concepto de justicia transicional da la idea de una modalidad o esquema mediante el cual se hace tránsito de una situación especial a otra. Se trata de algo similar a un compás de espera para superar un momento en el que resulta imposible o inconveniente aludir al concepto de justicia convencional, ya que se aparta de las consideraciones fundamentales que desde la filosofía, la sociología, el derecho y demás ciencias sociales se han tenido por ciertas.

El Estado se funda para su vocación de viabilidad y permanencia en los postulados de justicia que antaño nutren los sistemas jurídicos y que además dan la solidez y coherencia ideológico-política al colectivo que compone un Estado Democrático. De hecho, la justicia cuando es transicional, alude a la superación de un estado de cosas anormal que al conjurarse el peligro, coadyuva a la estabilidad del Estado.

Ahora bien, concebir un concepto de justicia que permita superar un estado de caos (entendido como contrario al orden establecido), sin destruir el Estado-Nación implica apartarse, o mejor, concebir uno paralelo al ya conocido para superar la crisis e incluir a todos los elementos resistentes en el sistema social y jurídico-político vigente.

Es conveniente hacer referencia a la noción de justicia transicional, ya que se requiere precisar en cuanto a sus particularidades y alcances. Pese a que existan formulaciones diversas, el concepto en su aplicación resulta sui generis y solo relevante o pertinente frente a casos concretos. Para Uprimny, (2006) el fenómeno conocido como justicia transicional alude directamente a:

Los procesos a través de los cuales se realizan transformaciones radicales de un orden social y político, bien sea por el paso de un régimen dictatorial a uno democrático, bien por la finalización de un conflicto interno armado y la consecución de la paz. (p. 2).

El concepto de Justicia transicional exige inclusión de los elementos divergentes o que se oponen al sistema establecido, pero también y no como una concesión, a los afectados directa o colateralmente como es el caso de la población civil no combatiente, por ser los más ávidos o necesitados de una justicia posible. Es decir, una justicia que permita la reconciliación pero no se olvide de la restauración de los derechos conculcados y la reparación de los perjuicios sufridos sin ser participantes.

Se trata en suma de una justicia que implique un mínimo aceptable en cuanto a satisfacer los derechos a la verdad, justicia, reparación y, algo novedoso pero indisolublemente vinculado a lo anotado: no repetición. Es una solución que hace menos gravoso el estado de impunidad que ocurriría si no se acudiera a una transición desde el conflicto hacia la normalidad, hacia un estado de cosas, constitucional. El debido equilibrio tiene que ver con la necesidad de tener como referente las necesidades de las víctimas en términos de justicia y reparación real y al tiempo las concesiones a los victimarios en términos de los intereses que se les reconozca por acogerse a un proceso de negociación.

Ahora bien, en los fenómenos en que se transita de un estado de conflicto armado interno mediante esquemas de justicia transicional, lo cierto es que deben primar los derechos de las víctimas, en especial los que hacen relación a la verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición. De no existir estos últimos, o de convertirse en mero discurso, sería patente el regreso al conflicto en una suerte de ciclo constante entre conflicto y negociación, en detrimento de las víctimas y del mismo Estado como comunidad política.

Justicia transicional no es un concepto unívoco y menos un modelo definido o acabado. Lo cierto es que según sea la anormalidad o anomalía que amenace la existencia misma del Estado en términos jurídicos y la nación en términos sociológicos, conforme a la situación y necesidad, así será el modelo de transición que se aplique. De hecho las consideraciones acerca de los fundamentos y justificaciones de un esquema de transición van más allá de lo solo político y abarca, “una perspectiva más amplia de filosofía y de práctica políticas, se trata del establecimiento de un balance adecuado entre la memoria y el olvido, entre el castigo y la clemencia, entre la justicia y la reconciliación” (Orozco, 2005, p. 176); visto así, se observa que tiene que ver con la preservación del ideal de Estado justo propuesto en la Carta fundacional.

Precisamente la JEP, acude a los mecanismos que se crean en el marco de una justicia especial y específicamente de transición, por cuanto solo conservará efectos y jurisdicción por el tiempo y las situaciones que hicieron parte del conflicto armado. Todo lo anterior en el marco de las leyes estatutarias que se expidan para facilitar la acción de la JEP, con la finalidad de concretar una paz duradera con observancia de los derechos de las víctimas a la verdad, justicia, reparación y no repetición.

3.4. La conformación de la JEP

En el aparte que corresponde a la creación de la JEP, se lee en lo pertinente:

ARTÍCULO TRANSITORIO 5o. JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ. La Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) estará sujeta a un régimen legal propio, con autonomía administrativa, presupuestal y técnica; administrará justicia de manera transitoria y autónoma y conocerá de manera preferente sobre todas las demás jurisdicciones y de forma exclusiva de las conductas cometidas con anterioridad al 1o 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 graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario o graves violaciones de los derechos humanos. Sus objetivos son satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia; ofrecer verdad a la sociedad colombiana; proteger los derechos de las víctimas; contribuir al logro de una paz estable y duradera; y adoptar decisiones que otorguen plena seguridad jurídica a quienes participaron de manera directa o indirecta en el conflicto armado interno mediante la comisión de las mencionadas conductas. Respecto de los combatientes de los grupos armados al margen de la ley, el componente de justicia del Sistema solo se aplicará a quienes suscriban un acuerdo final de paz con el Gobierno Nacional..... (Constitución, 1991, art. Transitorio 5).

Lo que se colige de la lectura del aparte normativo, es la autonomía para el proceso que se aborda, que pese a permitirle accionar al margen del sistema judicial convencional, sucede solo por expresa autorización constitucional.

En cuanto a su conformación, al tenor del artículo transitorio 7, del título transitorio (Acto legislativo 01 de 2017). La JEP se conforma así:

La Jurisdicción estará compuesta por la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, la Sala de Definición de las situaciones jurídicas, salas que desarrollarán su trabajo conforme a criterios de priorización elaborados a partir de la gravedad y representatividad de los delitos y del grado de responsabilidad en los mismos; la Sala de Amnistía o Indulto; el Tribunal para la Paz; la Unidad de Investigación y Acusación, y la Secretaría Ejecutiva. La Jurisdicción contará además con un Presidente.

El Tribunal para la Paz es el órgano de cierre y la máxima instancia de la Jurisdicción Especial para la Paz. Estará conformado por dos secciones de primera instancia, una Sección de Revisión de Sentencias, una Sección de Apelación y la Sección de Estabilidad y Eficacia. El Tribunal para la Paz estará conformado por un mínimo de 20 magistrados colombianos titulares. Además, se contará con 4 juristas expertos extranjeros que intervendrán. Excepcionalmente, a solicitud de las personas sometidas a su jurisdicción o de oficio, la Sección que vaya a conocer el caso pedirá la intervención, como *amicus curiae*, de hasta 2 juristas extranjeros de reconocido prestigio. Estos últimos actuarán con la única finalidad de aportar un concepto o *amicus curiae* sobre la materia del caso bajo estudio, con el fin de obtener elementos de juicio o informaciones relevantes al caso.

Las Salas de reconocimiento de verdad, de responsabilidad y de determinación de los hechos y conductas; de definición de las situaciones jurídicas; y de amnistía o indulto estarán conformadas por un total de 18 magistrados colombianos. Además, se contará con 6 juristas expertos extranjeros. Excepcionalmente, a solicitud de las personas sometidas a su jurisdicción o de oficio, la Sala que vaya a conocer el caso pedirá la intervención, como *amicus curiae*, de hasta 2 juristas extranjeros de reconocido prestigio, con el fin de emitir un concepto o *amicus curiae* sobre la materia del caso bajo estudio, con el fin de obtener elementos de juicio o informaciones relevantes al caso.

(...)

La Unidad de Investigación y Acusación realizará las investigaciones correspondientes y adelantará el ejercicio de la acción penal ante el Tribunal para la Paz, para lo cual podrá solicitar la colaboración de la Fiscalía General de la Nación y establecer acuerdos de cooperación con esta. Igualmente podrá solicitar a otros órganos competentes del Estado o a organizaciones de Derechos Humanos y de víctimas, que informen respecto de hechos sobre los cuales no se cuente con información suficiente. La Unidad contará con un equipo de investigación especial para casos de violencia sexual. El Director de la Unidad será escogido por el Comité de Escogencia señalado en el párrafo de este artículo. La Unidad estará integrada por un mínimo de 16 fiscales colombianos. Los fiscales serán nombrados y posesionados por el Director de la Unidad, quien tendrá plena autonomía para seleccionarlos y nombrarlos, así como a los demás profesionales que requiera para hacer parte de la Unidad.

En los contenidos transcritos se puede apreciar de manera breve la conformación de la JEP, en lo que interesa al objeto investigado. A continuación se trabajará en un tema que ha despertado suspicacias en diversos sectores; se trata de la idea que plantea que la implementación de una jurisdicción especial para regir de manera paralela al sistema jurídico, implica casi que otra Constitución. Para el análisis se parte de un interrogante que puede ser o no válido en términos jurídicos, pero necesario en términos políticos si se trata de preservar la paz y la unidad de la Nación.

3.5. La ley estatutaria de la Administración de justicia en la Jurisdicción especial para la paz, como instrumento de justicia final

Es de anotar que el proyecto de Ley Estatutaria número 08 de 2017 Senado, 016 de 2017 Cámara, “Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz” expedido con sujeción al acto Legislativo 001 de 2017, finalmente y luego de superar el examen previo de constitucionalidad, mediante sentencia C – 080 de 15 de agosto de

2018, pudo finalmente convertirse en ley y obtuvo sanción presidencial; de esta manera, aparece a la vida jurídica como ley 1957 de 2019.

Visto el texto de la sentencia, se observa que los apartes y expresiones declaradas inconstitucionales, no afectan el estudio que se hace de las normas frente al objeto de la investigación.

Se debe destacar que la JEP, es la cristalización de los acuerdos de paz, en cuanto da confianza a los que se acogieron a las negociaciones, pero además permite que las personas involucradas aunque sean terceros y otros agentes del Estado, puedan acogerse de manera voluntaria a esta jurisdicción especial. Sin embargo persistirá el peligro de que el atractivo de los beneficios sea usado para evadir la rigurosidad de la justicia ordinaria y el sistema penal convencional. Tal promoción de una justicia mínima, implica de suyo, (es difícil que sea de otra manera) la vulneración de los derechos de las víctimas. Todos los beneficios de una paz negociada no deberían lograrse a costa de quienes han pagado el costo de un conflicto que el Estado no pudo resolver con los amplísimos instrumentos legales con que ha contado.

Aún si la JEP llega a lograr el esclarecimiento de muchas verdades que permanecen ocultas, pese a que existen responsables ya juzgados, eso a medias logrará el debido resarcimiento, puesto que los beneficios que se ofrecen a los victimarios por solo revelar verdades, básicamente privará a las víctimas de la integralidad de sus derechos a la justicia y reparación. Eso como efectos generales, pero si se pone de presente el análisis sobre los supuestos de la revisión de sentencias por parte de una de sus salas, (revisiones para morigerar el rigor de las penas) se puede anticipar que los mencionados procesos, sacrifican los derechos de las víctimas y es visto de esa manera, el precio por el logro de la paz.

De hecho frente a la revisión de sentencias es pertinente traer a colación los aspectos más relevantes. En efecto se transcribe de la siguiente manera:

ARTÍCULO 97. SECCIÓN DE REVISIÓN. La Sección de revisión del Tribunal para la paz tendrá las siguientes funciones:

(...)

b) A petición del condenado revisar las decisiones sancionatorias de la Procuraduría General de la Nación o de la Contraloría General de la República y las sentencias proferidas por otra jurisdicción por: variación de la calificación jurídica conforme a los artículos transitorios 10 y 22 del Acto Legislativo 01 de 2017; por aparición de nuevos hechos que no pudieron ser tenidos en cuenta con anterioridad; o cuando surjan pruebas no conocidas o sobrevinientes no conocidas al tiempo de la condena, todo lo anterior por conductas cometidas por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto, o con la protesta social, siempre que se cumplan las condiciones del Sistema.

Si se compara con el contenido del Acto Legislativo 001 de 2017, se podrá apreciar que no registra cambios sustanciales, por lo que no cambia tampoco el análisis que se ha realizado en líneas precedentes.

Ahora bien, podría llegarse a pensar, (no sin cuota de razón) que la revisión de una sentencia lleve no solo a cambiarla, sino también como consecuencia, a truncar la reparación a las víctimas. Y es que lo que está en discusión no es solo el hecho de que no sean objeto de pena de prisión convencional, sino que al morigerar, sustituir o eliminar esta, se podría incluso caer la condena que ordena la reparación. Tal situación estaría privando a las víctimas también de que se cumpla el propósito de verdad, justicia, reparación y no repetición. Recuérdese además, que la reparación queda supeditada a la existencia de presupuesto del Estado, lo cual, habida cuenta de la permanente crisis fiscal, muy posiblemente pueda terminar frustrando la indemnización reparadora o llegando demasiado tarde, lo que equivale a la misma frustración por ineficacia.

En el siguiente ordinal, se aprecia, sin embargo una variante en cuanto reparto de una competencia:

c) La Corte Suprema de Justicia será la competente para la revisión de las sentencias que haya proferido. Si la Corte confirmara la sentencia condenatoria, la sustitución de la sanción se realizará por la Sala de Revisión en los términos establecidos en el literal e) de este artículo. Únicamente para quienes hubieran sido condenados teniendo en cuenta su condición de combatientes podrá solicitarse la revisión de las anteriores sentencias ante

esta Sección, que será la competente para efectuar la revisión. (Ley 1957 de 2019, art., 97).

Se advierte en el ordinal transcrito, que no se priva a la Corte Suprema de Justicia de revisar sus propias sentencias; lo que es natural, pero deja a la sala de revisión de la JEP, con la función de sustituir la sanción. No obstante, esa sustitución, materialmente implica, (en los términos del literal e) en sentido amplio, la revisión y modificación de los quantum, responsabilidad y punibilidad, tal y como si fuese las sanciones impuestas por la JEP. Lo cierto es que sin importar los resultados, a más de la re-victimización, se afecta gravemente a las víctimas con una justicia tardía y mucho más en cuanto a los efectos de la responsabilidad y su correspondiente efecto que es la reparación. Los riesgos de lo ya anotado son diversos y de alguna manera, difíciles de evitar, por el mismo espíritu de los acuerdos en cuanto a que resulten benéficos para las partes y para el propósito de logro de la paz.

Como ya se ha advertido, la JEP, debe aplicar esfuerzos para lograr materializar en pro de las víctimas los propósitos y evitar riesgos, ya “que una buena rendición de cuentas por graves violaciones a los derechos humanos puede contribuir a que el sometimiento voluntario ante la JEP no se centre en la obtención de beneficios jurídicos” (Comisión internacional de juristas, 2019, p. 84).

3.6. Las amnistías, indultos y tratamientos especiales, como ejes de acción de la JEP, según la jurisprudencia para el caso particular

Es fundamental hacer relación a uno de los más esenciales ejes que como ya se anotara antes, constituyen fundamentos para el ejercicio de las funciones y que son espíritu sobre el que adquiere razón de ser la JEP. A este respecto conviene mencionar la Ley 1820 del 30 de diciembre de 2016, por la cual se dictaron disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales. Para abreviar se menciona que dicha norma fue objeto de revisión por parte de la Corte Constitucional, a través de la modalidad de control automático de constitucionalidad. Mediante la sentencia C- 007 de 2018.

La citada ley se puede sintetizar indicando que fundamentalmente consistió en establecer condiciones para posibilitar una negociación más sólida, lo que implicaría una forma de crear condiciones de confianza y seguridad jurídica para las partes. En tal sentido crea una serie de amnistías e indultos para otorgar en principio a los denominados, combatientes de las Farc-EP, involucrados en el proceso de paz. De otro lado, también beneficios especiales para agentes del Estado que involucrados también en el denominado conflicto armado interno, siempre que fuese por causa, con ocasión, o en relación directa o indirecta con dicho conflicto y que en esa medida, incurrieron en diversas conductas punibles; el cese de la persecución penal es uno de los principales beneficios ya que por su condición no pueden ser objeto de amnistía e indulto. Por supuesto, también beneficios para terceros civiles procesados o condenados por hechos dentro de disturbios o en ejercicio de la protesta social.

Se trató de una sentencia muy amplia, (no puede ser para menos) en la que alude a los temas que fundamentan desde los conceptos, las razones y justificaciones que desde lo epistemológico, lo político y desde la ciencia del derecho se subsumen en la esencia del proceso de paz. La búsqueda de la paz es así, de indudable cuño político en cuanto implica la vigencia del Estado y la convivencia como presupuestos para una paz negociada con los grupos que le disputan el poder al Estado, sin olvidar la sentida necesidad de justicia, verdad, reparación y no repetición. Pero el análisis de la Corte también se circunscribe a la conformidad con la legislación internacional que por supuesto adquiere rango constitucional.

La Corte deja claro que el proceso se justifica en el ideal de paz plasmado por el constituyente de 1991, lo que se infiere del preámbulo que “consagra el propósito de fomentar la convivencia pacífica; y el artículo 2º superior la define como fin del Estado” (Sentencia, C-007 de 2018); de esta manera, la paz se constituye en eje fundamental del ordenamiento jurídico político. Al tiempo, se asocia la justicia (también presente en el preámbulo, artículo 2 y otros apartes de la carta Suprema) como fundamento complementario a la idea y fin esencial del Estado colombiano.

Es bajo diversas consideraciones como las expresadas, (que no son las Únicas) que se justifica la importancia y pertinencia de una justicia transicional, (pese a su carácter a veces en franca oposición al constitucionalismo) fruto de la ponderación frente al ideal de paz y justicia en sentido amplio, en cuanto sea para conseguir una paz duradera a través de la reconciliación.

Un tema de capital importancia ha sido el referente a las amnistías indultos y tratamiento especiales o diferenciados. Es así como se deja claro como las amnistías, “se conceden por ministerio de la ley por los delitos políticos de rebelión, sedición, asonada, conspiración y seducción, usurpación y retención ilegal de mando, así como por los delitos conexos con estos” (Sentencia, C-007 de 2018), concluyendo que el tema no deja dudas en cuanto a su constitucionalidad.

En otro de sus contenidos refiere al importante tema del tratamiento penal diferenciado que se otorga a miembros de la fuerza pública o agentes del Estado, principalmente en lo referido a la renuncia a la persecución penal, lo que considera ajustado a derecho en cuanto no rebasa las limitaciones del derecho internacional; ello, en el entendido de que la fuerza pública entra en el rango de “los participantes del conflicto”, concepto que, en el caso del conflicto colombiano, involucra tanto a los miembros del grupo armado al margen de la ley, como a los agentes estatales mencionados, como participantes de las hostilidades” (Sentencia, C-007 de 2018) lo que se justifica en la necesidad de conseguir la paz.

Se anota sin embargo, que en el campo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, si existen limitaciones a la concesión de beneficios demasiado amplios a los agentes del Estado, cuando se trata de graves violaciones a los derechos humanos. No obstante el caso colombiano es ligeramente distinto en cuanto no refiere a “amnistías definitivas entregadas a regímenes dictatoriales salientes” (Sentencia, C-007 de 2018); no obstante la preocupación sigue latente y solo resta que la JEP, sea clara y rigurosa en el estudio de los casos, antes de conceder tratamiento diferenciado. Recuérdese, que se ha dejado claro desde la propia constitución, la interpretación de que las amnistías e indultos, no proceden frente a miembros del Estado, por esa calidad que ostentan, ya que no se oponen al Estado y el tratamiento diferenciado es por su participación en el conflicto.

Finalmente, lo que se observa a lo largo de la sentencia que se analiza, es un discurso argumentado y coherente que se preocupa por un examen de la norma, mediado por una interpretación que se pueda adecuar en términos de justificar los sacrificios de la normalidad constitucional en aras de una paz estable y duradera con reconciliación, verdad, justicia, reparación y no repetición. Todo ello no pende solo de las bondades de la ley y de la acción de la JEP, sino del concurso de toda la sociedad. Sin dejar de lado la necesidad de que velar porque el proceso, en su afán de concretarlo, no termine vulnerando o burlando los derechos de las víctimas.

3.7. Las sentencias interpretativas de la Sala de Apelaciones de la JEP

La puesta en marcha de la justicia transicional y demás procedimientos de la JEP, ha estado rodeada de confusiones, aún dentro de instancias y órganos de la Jurisdicción Especial para la Paz y por su carácter transitorio, requiere una precisa e inmediata interpretación. Es por tanto, importante traer a colación, apartes relevantes para la presente investigación y que consisten en sentencias interpretativas de la Sala de Apelaciones de la JEP, (Facultada por el artículo 59 de la Ley 1922 de 2018) lo cual aborda, a petición de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, (SDSJ). No obstante, son documentos tal extensos y sobre tan variados tópicos, que solo se hará referencia a aquellos que sean esenciales al objeto investigado en este trabajo.

Dichas sentencias se expiden para atender solicitudes de la SDSJ, que pide una interpretación autorizada y amplia de las normas transitorias que regulan la jurisdicción Especial para la Paz, con el propósito de que existan criterios claros al cumplir sus funciones.

La primera de las mencionadas sentencias interpretativas, (Sentencia TP-SA-SENIT 1 de 2019) gira en general alrededor de los beneficios y garantías de los que se acojan a la JEP.

Si bien, todas las orientaciones son importantes, se destaca la que pide orientaciones sobre el alcance “de la garantía constitucional de no autoincriminación y el derecho al debido proceso y la presunción de inocencia de cara a la obligación de presentar un compromiso claro, programado y concreto por parte de los comparecientes a la JEP” (Sentencia TP-SA, SENIT 1, de 2019, p, 111); a lo que en síntesis responde la Sala, que:

Los comparecientes o quienes aspiran a comparecer deben aportar verdad y, según lo que revelen, reparar los daños y asegurar la no repetición. En consecuencia, deben presentar programas de verdad y, de acuerdo con la situación concreta, de restauración, como forma de garantizar una organización de sus contribuciones que permita la participación de las víctimas, la comunidad y las instituciones que conforman el Sistema. Pero no están obligados coactivamente a ello y, por tanto, no existe un conflicto con el derecho constitucional de las personas a no ser obligadas a declarar contra sí mismas. El deber de contribuir a la realización de los fines de la justicia transicional se traduce en que: (i) guardar silencio aparece como una opción fáctica de los comparecientes, pero no como un derecho ni una garantía fundamental; (ii) quien, bajo el compromiso de decir la verdad, declara falsedades dolosas queda expuesto a perder los tratamientos especiales de justicia, y en hipótesis graves a la expulsión de la Jurisdicción, con lo cual sus asuntos revertirían a la justicia ordinaria; (iii) las posiciones silentes no pueden fundar, ni total ni esencialmente, conclusiones de responsabilidad, pero cuando son reticencias sí pueden usarse como pruebas de incumplimiento del régimen de condicionalidad y operar como contribuciones adversas a los intereses del compareciente en la valoración probatoria. (Sentencia TP-SA, 2019, p, 126).

En suma se entiende que el derecho a la no autoincriminación se garantiza en cuanto no se ven obligados a declarar contra sí mismos, pero deja claro que declarar falsedades implica la pérdida de los beneficios especiales y la expulsión de la Jurisdicción Especial para la Paz. Se trae a colación ese extracto, solo por lo que significa en términos de riesgo de vulneración a los derechos de las víctimas, ya que releva a los comparecientes de la obligación de confesar; para ir más a fondo se requerirá de una investigación que no cuenta con fundamentos probatorios, algunas veces carentes de todo indicio.

La segunda sentencia interpretativa (Sentencia TP-SA, SENIT 2, de 2019) que se constituye en hito de la justicia transicional, aborda la tarea de ilustrar sobre las:

competencias para resolver, revisar y supervisar beneficios provisionales de los exmiembros y antiguos colaboradores de las FARC-EP, de los investigados o juzgados penalmente como tales y de las personas vinculadas con delitos relacionados con la protesta social o disturbios públicos.

Se destacan entre los criterios orientadores que surgen de la interpretación, los siguientes:

La diferencia conceptual entre libertad condicionada, condicional, provisional y excarcelación

Aunque los textos normativos de la transición no fueron consistentes en la utilización de los términos, es posible concluir que la libertad condicionada y la condicional fueron dos modalidades distintas de implementación del beneficio provisional de libertad convenido en el AFP en favor de los exmiembros y antiguos colaboradores de las FARC-EP, los investigados o juzgados penalmente como tales y las personas vinculadas con delitos relacionados con protesta social o disturbios públicos. (Sentencia TP-SA, SENIT 2, 2019, p. 80)

El órgano competente para conocer de solicitudes de sometimiento y de beneficios provisionales

La normativa transicional es clara al establecer que, en los casos de competencia de la SDSJ, es ésta la encargada de decidir sobre las solicitudes de sometimiento y de beneficios provisionales. Así se desprende de lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley 1922 de 2018.

(...)

A partir de la interpretación definida en esta providencia es posible concluir que, en esos casos, la SAI es el órgano competente para estudiar tanto las solicitudes de sometimiento, entendidas como de amnistía o indulto, como, por regla general, las de beneficios provisionales. (Sentencia TP-SA, SENIT 2, 2019, p. 83).

Lo importante a destacar frente a las sentencias interpretativas comentadas y sintetizadas, es que se constituyen en los fundamentos para la seguridad jurídica, que para la justicia transicional estaban ausentes por falta de la instancia autorizada para interpretar como garante de la aplicación ceñida a los especiales criterios de un sistema de justicia sui generis, como resulta ser la mencionada jurisdicción. No obstante, los riesgos que entraña la justicia transicional, para los derechos de las víctimas, a la verdad, justicia, reparación y no repetición no desaparecen con la interpretación autorizada de la Sala de Apelaciones de la JEP. A lo sumo se torna en garante supremo de las personas que se acogen a la jurisdicción y de manera tangencial, garantiza el éxito político del proceso de paz.

4. Capítulo 4

LA REVISIÓN DE SENTENCIAS COMO AFECTACIÓN A LOS DERECHOS DE LAS VICTIMAS.

4.1. ¿La jurisdicción especial de paz sustituye la Constitución?

Esta pregunta resulta de gran importancia para determinar hasta qué punto estaríamos ante una situación en que la Carta Suprema es vulnerada de plano en su integridad ya que la JEP estaría socavando su vigencia en cuanto constituye un sistema y una administración de justicia paralela. Sin dejar de lado que es con propósitos loables, (terminación del conflicto) lo cierto es que se crean directrices constitucionales de alcance restringido que implican de suyo una jurisdicción constitucional también paralela, lo que no deja de trastocar lo que implica el sentido de norma fundamental, máxime cuando (a juicio del autor de este trabajo) viola principios de igualdad, justicia confianza legítima y seguridad jurídica. Y no solo lo anotado, sino, que de hecho involucra una interpretación que se aparta de los criterios convencionales y se debe acudir a una hermenéutica sui generis conforme al fenómeno que la genera.

Es así como surgen interminables debates acerca de eventos que como el de la JEP, por motivos plenamente justificados como lo es el logro de la paz caldean los ánimos de legos, juristas y constitucionalistas, así como de actores políticos. En este punto la discusión jurídica gira en torno a cómo se estarían violando los límites materiales para la reforma constitucional, establecidos por la misma carta. Todo lo anterior, bajo el entendido de que más que una reforma, estaríamos frente a una sustitución de la Constitución. La pregunta

es, si ¿tantas reformas (actos legislativos) para materializar el propósito de la paz, no entrañan casi que una Constitución alterna?.

A manera de respuesta se puede afirmar que siempre que no se cambien los principios constitutivos que consagró el constituyente primario no se está sustituyendo. De hecho el legislador puede reformar la Carta Superior y más cuando circunstancias especiales requieren presentar o adoptar formulas precisamente para preservar la unidad nacional. Laverde (2018) contribuye a reforzar la respuesta del autor, al sostener que se debe:

Ser muy precisos en esta materia, dado que no está en discusión la facultad reformativa de la Constitución en cabeza del constituyente derivado: lo que está prohibido, con base en el ordenamiento constitucional, es la sustitución, transformación o reemplazo de la Carta Política, atribución exclusiva del Constituyente Primario. (p. 24).

No obstante, tal asunto corresponde decidirlo a la Corte Constitucional como guarda de la Carta Suprema. El primer cuestionamiento ya resuelto es sobre los límites de la revisión, que al tenor del artículo 241, va hasta, “Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación” (Constitución, 1991, art. 241, num, 1). Así mismo, el artículo 379 establece que “Los Actos Legislativos, la convocatoria a referendo, la consulta popular o el acto de convocación de la Asamblea Constituyente, sólo podrán ser declarados inconstitucionales cuando se violen los requisitos establecidos en este título” (Constitución, 1991, art. 379); es decir, por vicios de procedimiento.

Sin embargo, para resolver el cuestionamiento acerca de la sustitución del Texto Superior, por parte de la JEP, debe hilar más profundo e ir hasta las consideraciones que justifican el Estado-Nación y su ley fundamental como expresión del ideal del pueblo que la adopta como pacto social. Sin duda los elementos fundantes se perciben en los principios y tales fundamentos deben servir al propósito de los asociados y no quedarse en un texto rígido que impida alcanzar la materialización de principios como la paz, la solidaridad, la dignidad,

la pluralidad y la unidad, entre otros que a la postre adquieren también la categoría de valores.

En tal evento conviene acudir a un concepto que explique las razones que impulsarían la coexistencia de dos jurisdicciones como una manera de justificar lo que de alguna manera podría considerarse una anomalía constitucional, por permitir el socavamiento de su indemnidad. Y la respuesta sería, o bien, pretender que se está frente a un texto Superior abierto que admite la connivencia de dos sistemas disímiles o admitir que la Constitución pueda ser maleable para bien de la preservación del Estado-Nación propuesto en la misma Carta Fundamental. El doctrinante Gustavo Zagrebelsky, (1995) pareciera dar con el concepto cuando afirma:

La coexistencia de valores y principios, sobre la que hoy debe basarse necesariamente una Constitución para no renunciar a sus cometidos de unidad e integración y al mismo tiempo no hacerse incompatible con su base material, exige que cada uno de tales valores y principios se asuma con carácter no absoluto compatible con todos aquellos con los que debe convivir. (p. 14)

Lo que plantea el teórico es precisamente la necesidad de que el texto en su excesiva ortodoxia, ceda para posibilitar una armonía social facilite la preservación de un Estado-Nación. No obstante, se colige naturalmente que no se trata de relajar toda la integridad del texto. Tal intención haría desaparecer los fundamentos o ideales políticos del Estado. En tal sentido Zagrebelsky, (1995) aclara que:

Solamente asume carácter absoluto el metavalor que se expresa en el doble valor del pluralismo de los valores (en lo tocante al aspecto sustancial) y la lealtad de su enfrentamiento. (...) Estas son al final las supremas exigencias constitucionales de toda sociedad pluralista que quiera verse y preservarse como tal. (pp. 14-15).

Resulta acertado que se conserve el mencionado metavalor del pluralismo, como base inamovible de contenido epistemológico y político, por cuanto es uno de los fines que justifica la existencia del Estado y el Sistema Jurídico que lo sostiene y le da sentido, pero también seguridad jurídica.

En ese sentido se antoja plenamente justificado afirmar que en verdad y habida cuenta del alto propósito que anima la creación de la JEP, no se asiste a la sustitución de la Constitución, sino a la observancia de los valores que fundamentan la misma, como son la pluralidad y la convivencia armónica como presupuestos de paz, con los que disienten de algunas verdades convencionales; y es en tal sentido que se admite y justifica tanto el esquema de justicia transicional, como la vigencia de una jurisdicción especial.

4.2. El juicio de sustitución como criterio que amplía la competencia de la Corte Constitucional

Ahora bien, si se tratase de una discusión sobre el fondo de lo revisado frente a los alcances del máximo Tribunal, en términos de competencia, se estaría frente a terreno prohibido, a no ser que se violen los principios fundantes del ordenamiento constitucional, pero eso es un acto de audacia jurídica. Es por tal razón que merced a esa misión, competencia y facultad como guarda de la integridad del texto se acude a la creación de un criterio que podría revisar la extralimitación del legislador siempre que más que una reforma, se esté frente a una sustitución de la Carta, en aspectos esenciales.

A este respecto, se ha postulado que cuando la Corte Constitucional revisa un acto legislativo, merced a una demanda, podría acudir a una particularísima modalidad de control que se traduce en un criterio o parámetro que ha dado en llamarse, “juicio de sustitución”. En ese entendido y para completar el contexto se tiene que a juicio de la Corte, (Sentencia, C- 285 de 2016) lo que se tiene en cuenta para la revisión de los actos reformativos:

No son los contenidos constitucionales considerados como tales, sino aquellos elementos normativos cuya supresión implica un desbordamiento de las competencias reformativas, que son los principios esenciales del ordenamiento superior; (iv) finalmente, el análisis no está orientado a determinar la sola incompatibilidad normativa, sino a establecer si el acto reformativo suprime los referidos principios. (M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

De este modo la propia Corte y en la misma sentencia, (C- 285 de 2016), concreta el concepto sobre el criterio de revisión, postulando que:

De este modo, la finalidad de la revisión no consiste en determinar si la preceptiva sobre la cual recae el examen es materialmente compatible o no con la Constitución o con alguno de sus componentes, sino la calificación y la valoración del ejercicio del poder de reforma constitucional por parte del constituyente. No se trata de establecer si dos normas con distinto rango jerárquico se oponen o no, sino si el órgano de producción normativa se excedió en sus competencias al suprimir o sustituir un eje esencial de la Carta Política. Por este motivo, esta modalidad de control se ha denominado “juicio de sustitución”. (M. P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez).

Lo que se entiende con ese particular control, es que sí existen puntos vedados al legislador y que tienen que ver con aquellos principios que son transversales, que representan el ideal de Estado-Nación que el constituyente previó y sin los cuales la constitución perdería su identidad y fundamento. Esos principios han sido concebidos como ejes axiales y la Corte, (Sentencia, C- 285 de 2016) los compila en el siguiente concepto:

A partir de un ejercicio analítico como el descrito, esta Corporación ha llegado a concluir que son ejes axiales de la Constitución la supremacía constitucional, la obligación del Estado de respetar, garantizar y proteger los derechos humanos, la existencia de un marco democrático participativo, el Estado social de Derecho, la separación de poderes y la autonomía y la independencia judicial, la separación de poderes y el sistema de frenos y contrapesos, el sistema de carrera administrativa y la separación de poderes y la reserva de ley. (M. P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez).

Nótese que se está haciendo referencia a la posible extralimitación de competencias por parte del legislador, pero pese a ser un aspecto procedimental, un vicio de esta naturaleza, proyecta sin embargo, efectos sobre los contenidos materiales de la norma, en cuanto violatorios de los principios ya denominados como transversales y esenciales. Lo anterior es lo que posibilitaría el ya comentado juicio de sustitución. Al respecto, en La Corte, (Sentencia C-551 de 2003) llega a la conclusión de que:

Esta proyección de los problemas de competencia, tanto sobre los vicios de procedimiento como sobre los vicios de contenido material, es clara, por ello, tanto la doctrina como la jurisprudencia han señalado de manera reiterada que la competencia es un presupuesto ineludible del procedimiento, a tal punto que el procedimiento está siempre viciado si el órgano que dicta un acto jurídico carece de competencia, por más de que su actuación, en lo que al trámite se refiere, haya sido impecable. (M.P. Eduardo Montealegre Lynett).

La conclusión inequívoca es que el constituyente derivado, en este caso el Congreso de la República, si tiene límites para las reformas constitucionales y están referidos a la competencia, la cual cuando se extralimita, comporta un vicio que de contera afecta el contenido material de la constitución; en el caso específico, de llegar a sustituir la constitución, lo cual es una vulneración si con ello se violan los principios esenciales y transversales al ordenamiento constitucional. En tal caso la Corte a través del examen de competencia se ve involucrada en una revisión que alcance el contenido material, merced a lo ya anotado. Es decir, en este caso lo procedimental trasciende a lo material y lo hace objeto de examen.

Resulta útil referir a uno de los apartes del examen que la Corte hizo al Acto Legislativo 001 de 2017, para declarar la conformidad con la constitución en cuanto refleja la revisión que rebasa lo meramente procedimental cuando quiera que implique aspectos de fondo respecto de la Constitución. Al respecto la Corte Constitucional, (Sentencia C- 674 de 2017) en que la Corporación concluye que:

El Acto Legislativo 01 de 2017 no sustituye los principios estructurales del ordenamiento superior, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones: (i) primero, porque las restricciones al derecho de las víctimas a la justicia tienen como contrapartida una ganancia en términos de reconocimiento de la verdad y de reparación, a través del sistema de condicionalidades; (ii) segundo, porque respecto de las más graves formas de criminalidad el Acto Legislativo 01 de 2017 preserva el deber del Estado de imponer una sanción efectiva; (iii) tercero, porque aunque el deber general de reparación material se radica en el Estado y no en los victimarios, y además, se supedita la cuantía de la indemnización a la disponibilidad de recursos, este modelo general es consistente con la

naturaleza de los programas de reparación en escenarios de violación masiva y sistemática de derechos, en los cuales el paradigma tradicional no solo puede tornarse materialmente inviable, sino que además produce inequidades y distorsiones en la distribución de recursos entre las víctimas, y entre estas y los demás sectores sociales.

En otro de sus apartes concluye que pese a que se restringen algunos derechos de las víctimas, la reforma, “no configura una sustitución de los ejes transversales de la Constitución Política y, por tanto, el constituyente secundario no se desbordó en el ejercicio del poder de reforma” (Sentencia C- 674 de 2017).

Todo lo anotado, para de cierta manera hacer notar que el examen de la Corte en cuanto al acto legislativo que da vida a la JEP, fue a juicio del autor no solo de procedimiento y comportó aspectos esenciales que desde lo procedimental en el trámite de la ley, podría comprometer principios esenciales caros a los principios constitucionales. En ese sentido se trata casi que de una revisión integral

4.3. La facultad de revisión de Sentencias.

El objeto principal de la presente investigación se relaciona precisamente con las dudas que surgen en cuanto a la posibilidad de revisar las sentencias ya ejecutoriadas.

Para ilustrar el contexto es necesario partir de la iniciativa que avizoró la materialización de la justicia transicional y la propia JEP como ejecutora del plan para la terminación del conflicto. Se trata del acuerdo final de 2016. En ese evento es relevante partir de algunos apartes del acuerdo final para la terminación del conflicto (2016, p 123) en el que se refiere a los derechos a las víctimas, con el fin de medir el alcance en este punto y además porque permite deducir de alguna manera, si la revisión de sentencias, en la medida en que cambie la condena, la reduzca o incluso la elimine, termina diluyendo puntos mismos del mencionado acuerdo en cuanto a su eficacia. Obsérvese:

El reconocimiento de las víctimas: Es necesario reconocer a todas las víctimas del conflicto, no solo en su condición de víctimas, sino también y principalmente, en su condición de ciudadanos con derechos.

El reconocimiento de responsabilidad: Cualquier discusión de este punto debe partir del reconocimiento de responsabilidad frente a las víctimas del conflicto. No vamos a intercambiar impunidades. (p. 123).

Frente a este punto, si la revisión de sentencias terminara disminuyendo la sentencia o conmutándola, ¿comportaría una vulneración a ese derecho de la víctima a ser reconocida?. Podría suceder que al ocurrir de esa forma, básicamente se desconozca o aún peor, que no se reconozca la víctima ya que modificar la sentencia hasta casi eliminarla nos pone en la situación de ignorar a las víctimas, como si la afectación no hubiese ocurrido.

Ahora obsérvese el siguiente punto:

Satisfacción de los derechos de las víctimas: Los derechos de las víctimas del conflicto no son negociables; se trata de ponernos de acuerdo acerca de cómo deberán ser satisfechos de la mejor manera en el marco del fin del conflicto.

(...)

La reparación de las víctimas: Las víctimas tienen derecho a ser resarcidas por los daños que sufrieron a causa del conflicto. Restablecer los derechos de las víctimas y transformar sus condiciones de vida en el marco del fin del conflicto es parte fundamental de la construcción de la paz estable y duradera.

Una eventual revisión de condenas y ejecutoriadas, podría dar al traste con los derechos de las víctimas, en lo que se refiere al aspecto material principalmente, ya que la morigeración obliga al cambio de lo ya decidido en la Jurisdicción ordinaria que profirió sentencia. Al traer estos puntos del acuerdo a colación, lo que se quiere es entrar a analizar la posible contradicción que encierra el texto, cuando se posibilita la revisión de sentencias por parte de la JEP.

Y es que el Sistema Integral de Verdad Justicia, Reparación y no repetición, se funda en el principio “de no intercambiar impunidades, teniendo en cuenta además los principios básicos de la Jurisdicción Especial para la Paz, entre los que se contempla que deberá

repararse el daño causado y restaurarse cuando sea posible” (Nuevo acuerdo final para la terminación del conflicto, 2016, p. 127). Luego, cualquier intento por revisar sentencias ya ejecutoriadas, viola incluso esos propósitos expresados en el acuerdo.

Y aún al margen de lo acordado, lo cierto es que surge un daño antijurídico evidenciado en una ruptura abrupta y desproporcionada de las cargas públicas, toda vez que deberán soportar la vulneración de sus derechos como víctimas, lo cual no sucede por mandato de la ley frente a la mayoría de los administrados.

En otro de los apartes del Nuevo acuerdo para la terminación del conflicto se lee: La Jurisdicción Especial para la Paz, (...) al ocuparse exclusivamente y de manera transitoria de las conductas relacionadas directa e indirectamente con el conflicto armado, no implica la sustitución de la jurisdicción ordinaria. (2016, p. 129). Puede afirmarse que al revisar sentencias que anteceden al acuerdo se está sustituyendo a la Jurisdicción ordinaria.

Así, aclarado lo anterior, son muchos los interrogantes y debates que podrían surgir y eventualmente aparecerán diversos aspectos que merecerían ser debatidos; de hecho se mencionarán los que sean relevantes para ilustrar el contexto. En esa línea discursiva puede aventurarse que ocurrirían exabruptos como la evidente transgresión del principio de cosa juzgada y a la par, lo más deleznable, que sería la vulneración a los derechos de las víctimas. Este último tópico, entre otros, son los que se traerá a colación.

El debate en este sentido debe comenzar por exponer la facultad establecida por el acto legislativo 01 de 2017, que en su artículo transitorio 10, establece que:

A petición del condenado la JEP podrá revisar las decisiones sancionatorias de la Procuraduría General de la Nación o de la Contraloría General de la República y las sentencias proferidas por otra jurisdicción por: variación de la calificación jurídica conforme al artículo transitorio 5o y al inciso primero del artículo transitorio 22; por aparición de nuevos hechos que no pudieron ser tenidos en cuenta con anterioridad; o cuando surjan pruebas no conocidas o sobrevinientes no conocidas al tiempo de la condena, todo lo anterior por conductas cometidas por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto, o con la protesta social, siempre que se cumplan las condiciones del Sistema.

La revisión de sentencias por la JEP no tendrá nunca como consecuencia la exigencia de responsabilidad de ningún tipo a los jueces que las hubieran proferido como consecuencia del contenido de las mismas, sin perjuicio de la responsabilidad a la que haya lugar por favorecer indebidamente intereses propios o ajenos.

La Corte Suprema de Justicia será la competente para la revisión de las sentencias que haya proferido. Únicamente para quienes hubieran sido condenados teniendo en cuenta su condición de combatientes podrá solicitarse la revisión de las anteriores sentencias ante la Sección de Revisión de la JEP. Para los solos efectos de la revisión de sentencias por parte de la Sección de Revisión de la JEP, se entenderá por combatiente a todos los miembros de la Fuerza Pública y a los miembros de las FARC-EP conforme a los listados entregados por dicho grupo y verificados según lo establecido en el Acuerdo Final o a quien haya sido señalado como tal en una sentencia en firme.

Y quizá otro de los efectos que vale la pena discutir es el asunto que tiene que ver con la sustitución de la sanción penal que se daría por efecto de la revisión sobre las sentencias ya proferidas por la jurisdicción ordinaria. Sustitución que en la práctica deja la condena reducida solo a un pronunciamiento formal. Seguramente se podría decir que la JEP persigue más que la retribución por la conducta, la restauración de los derechos, pero en el sentido común quedaría como una forma de impunidad que se sumaría a una justicia restaurativa que no podrá cumplir con eficacia el postulado así formulado. Obsérvese que el artículo transitorio 11, refiere a la sustitución de la sanción penal así:

Cuando no proceda la renuncia a la persecución penal, la Sala de Revisión del Tribunal para la Paz, a solicitud de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, decidirá sobre la sustitución de la sanción penal proferida por la justicia ordinaria, imponiendo las sanciones propias o alternativas de la Jurisdicción Especial para la Paz, siempre y cuando el condenado reconozca verdad completa, detallada y exhaustiva, dependiendo del momento en el que efectúe tal reconocimiento, y siempre que cumpla las demás condiciones del sistema respecto a la satisfacción de los derechos de las víctimas a la reparación y a la no repetición. Dicha sustitución nunca podrá agravar la sanción previamente impuesta.

Cuando la Sección de Revisión del Tribunal para la Paz verifique que el componente de restricción de libertades y derechos que habría de imponerse ya se ha cumplido, así lo declarará en la providencia de sustitución. De lo contrario, ordenará la ejecución de la sanción propia o alternativa del Sistema. En todo caso, la Sección de Revisión ordenará la ejecución del componente restaurativo de la sanción en caso de que proceda.

Uno de los reparos que se avizoran es el referido a esa condición que refiere en la sustitución de la sanción penal en cuanto a que solo procede, “siempre y cuando el condenado reconozca la verdad completa, detallada y exhaustiva” (Artículo transitorio 11), sin duda se trata de algo que difícilmente se podrá ponderar, pues no existe un referente que permita comprobar hasta donde lo declarado es verdad. Finalmente será la verdad del declarante, con pocas oportunidades de verificación. De esta manera parecerá más una decisión política por parte de la JEP.

4.4. La verdad como pilar para evitar la impunidad y preservar los derechos de las víctimas

Ya se acotó que los derechos de las víctimas constituyen un pleno de derechos inseparables y que no es admisible prescindir de uno y reconocer los otros. No obstante, puede darse el evento en que se sacrifique la reparación para satisfacer a los actores que pretenden negociar con el Estado y de esta manera salvar un proceso.

Así, los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, “se han dejado de considerar de manera aislada para darles una interpretación como bloque indiviso de derechos que crea efectos jurídicos y que resultan ser, recíprocamente, causa, consecuencia y fin de sí mismos” (Sánchez y Saraza, 2018, p. 112). Y son derechos que se han conformado como un sistema sui generis, y que adquieren vocación de materialización en los contextos que involucran el conflicto armado interno, en específico y que por su origen entran eventualmente a formar parte del bloque de constitucionalidad. De hecho, la verdad como derecho está intrínsecamente ligado al derecho a una reparación a quienes tengan la calidad de víctimas, siendo que el primero posibilita o hace nacer el derecho a la reparación.

Los derechos mencionados hacen parte de diversas normas de derecho internacional como por ejemplo, en la Convención Americana de Derechos Humanos, (OEA, 1969) que en su artículo 63 establece:

Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

Por supuesto es una formulación abstracta y general de la que se deduce el establecimiento de la protección de los derechos de las víctimas y la reparación. Pero conforme a su desarrollo evolutivo, se ha ido especificando un sistema de normas que aluden a todos los aspectos de justicia de víctimas como lo es la verdad.

La verdad como elemento sin el cual no resulta posible que emerja el derecho a la reparación. Frente a este tópico, Louis Joinet , (1985) postuló en su momento (en ponencia ante la Subcomisión para la Promoción y la Protección de los Derechos Humano, de Naciones Unidas) sobre el derecho a la verdad, al relacionarlos como elemento para combatir la impunidad, (que posteriormente entronca con los derechos a la justicia y a la reparación) que:

La lucha contra la impunidad tiene su origen en la necesidad de que se haga justicia, pero no puede centrarse únicamente en ese objetivo: castigar a los culpables. Debe responder a tres imperativos: sancionar a los responsables, pero también satisfacer el derecho de las víctimas a saber y obtener reparación y, además, permitir que las autoridades desempeñen su mandato como poder público que garantiza el orden público (1985, p. 27).

Se colige, como ya se anotara, que la verdad es la condición sine qua non, para acceder a la satisfacción de los derechos vulnerados.

Existe un fallo que ha resultado trascendental para reconocer justicia y reparación a las víctimas y se tiene por referente del desarrollo que ha tenido para el derecho internacional y el local, en pos de combatir la impunidad (que impide la realización del derecho a la verdad) que generalmente encuentra su nicho en el propio Estado. Se trata del caso, *Velásquez Rodríguez vs Honduras*, conocido por la Corte Interamericana, (Sentencia del 29 de julio del 1988) que en fallo concluyó que el Estado vulneró los derechos reconocidos en los artículos 1 (1), 7, 4 y 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos. “5. Decide que Honduras está obligada a pagar una justa indemnización compensatoria a los familiares de la víctima” (núm. 5). Lo interesante aquí es que el fallo declaró la responsabilidad y ello originó la obligación de indemnizar a los familiares del señor Velásquez, en su condición de víctimas ya fuera directas o indirectas.

Se puede concluir sin temor a equívocos, que no se puede separar los términos de verdad, justicia y reparación, ya que cada uno guarda una relación de transversalidad con el otro y no se puede en tal sentido, prescindir de alguno sin truncar todo el catálogo de los derechos humanos. Para Sánchez y Saraza, (2018), tales conceptos son inseparables, ya que:

Verdad, justicia y reparación conforman una tríada, un tríptico inescindible, pues forman parte de un mismo núcleo esencial. Esta forma de verlos, les brinda a las víctimas verdaderas garantías frente a las actuaciones de los Estados en el cumplimiento de sus deberes internacionales de protección y garantía. (p. 124).

Los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como los señalados, han permeado e influido positivamente el ordenamiento colombiano de tal manera que los avances en procura de terminar el conflicto interno, en cuanto a normas, han incorporado los derechos a la verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición. Lo anterior se evidencia en los desarrollos normativos del Estado colombiano en cuanto indican en términos formales, (al menos) que se han seguido los lineamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en lo que tiene que ver con los derechos a la verdad, la justicia y la reparación. Y de una forma u otra, sea plena o parcialmente se he visto la intención de esclarecer la verdad en varios de los sucesos que implican afectaciones a víctimas, siguiendo el postulado de que la verdad constituye al menos, si no, una forma de restauración, por lo menos si de reparación.

5. CAPÍTULO 5.

EL HECHO DE LA LEY: MATERIALIZACIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO.

5.1. El daño antijurídico como afectación directa por las decisiones de la JEP

En capítulo anterior se ha hecho amplia o suficiente referencia a los conceptos que permiten contextualizar el daño antijurídico y por esa razón en este aparte se remite a aspectos más puntuales.

En cuanto al daño antijurídico por el hecho de la ley, siendo esta legítima y absolutamente constitucional, resulta importante y además relevante, traer a colación una actuación del Consejo de Estado cuando aplicó por primera vez el régimen del daño especial por el hecho de la ley (Sentencia del 25 de agosto de 1998); se trató del caso de una demanda presentada por los familiares de una persona atropellada por un automóvil diplomático, quienes estimaron que la Nación era responsable como consecuencia de la expedición de la Ley 6ª de 1972, que aprobó la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas. La citada ley estableció la inmunidad de jurisdicción diplomática, que impide accionar para obtener la reparación, aunque se deja a salvo la posibilidad de demandar ante la justicia del estado acreditante. En esa oportunidad el Consejo de Estado sostuvo:

En el sub-judice, estima la Sala, que es pertinente aplicar el régimen de la responsabilidad por daño especial, que es el que corresponde aplicar cuando por la actividad legítima del Estado se causa un daño. En el caso presente la incorporación a la legislación nacional del texto de la convención de Viena de fecha del 18 de abril de

1961, en desarrollo de una operación compleja de naturaleza pública consistente en la negociación y firma del dicho tratado, su incorporación como ley nacional y la sujeción a los controles jurisdiccionales de conformidad con la constitución y su aplicación produjo un daño consistente en el desequilibrio de las cargas públicas que los actores no deben soportar.

(...) el título de imputación jurídica sobre el cual se edifica el juicio de responsabilidad para el Estado, lo constituye el rompimiento del equilibrio de las cargas públicas, ocasionado por la actividad legítima de autoridades estatales (Congreso y Presidente de la República), que causa daño antijurídico, respecto del cual, el administrado no está en el deber de soportar, pues la carga pública que debe ser colectiva, no debe correr a cargo de una persona en particular. De ahí que sea equitativo, imponer al Estado en representación de la sociedad, la obligación de reparar el perjuicio irrogado a los actores. Esta solución no es cosa distinta que el cabal desarrollo y ejecución lógica del principio de la igualdad ante la ley, previsto en el artículo 13 de la C.P. (Consejero Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros. Rad. IJ-001).

Es claro que el Estado funge como garante de todos los derechos reconocidos al ciudadano y en este rol, con más razón debe reparar los daños que cauce, independientemente de que sea con o sin culpa. Cuando la afectación la genera actuando legítimamente dentro del marco legal, algunas veces con su actuar causa daño antijurídico, entendido este como toda afectación o carga que el administrado no está en el deber de soportar y que se traduce en un daño.

Así mismo, es claro que este daño antijurídico nace de la ruptura de las cargas públicas. Se sabe que todos los ciudadanos soportan cargas que están en la ley y todos las soportan por igual, como por ejemplo, pagar impuestos, ser investigado, y esos eventos están contemplados en la ley. Pero hay ocasiones en que esa igualdad se rompe y aquellos sobre los que recae, se ven sometidos a traumas mayores a lo que todos deben soportar. Se da en ese caso un rompimiento del equilibrio de las cargas públicas. Tal desequilibrio en las cargas públicas debe provenir de una actividad legítima desarrollada por el Estado y sus agentes para que se enmarque en el supuesto generador de la responsabilidad.

En el tema específico objeto de estudio, el daño se materializa por la vigencia que pueda tener la Ley estatutaria de la JEP, desarrollada con fundamento en el Acto Legislativo 001 de 2017 y en el particularísimo evento en que la Sección de Revisión del Tribunal para la Paz, ejerza la facultad de revisión de sentencias por petición de los condenados. Revisión que como ya se sabe, opera frente a las sentencias de la Jurisdicción Ordinaria, (Artículo 97) según se establece en la Ley Estatutaria de la JEP, en observancia de parámetros¹ de procedencia que no se entrarán a estudiar en profundidad por no ser el objeto principal de la investigación.

Se reitera que no quedan dudas frente a la actuación legítima del Legislador y tampoco en que se trata de regulaciones constitucionales (Acto Legislativo 001 de 2017) y legales como lo es la ley estatutaria de la JEP y las demás que se han expedido y se expedirán para todos los efectos de materialización de la paz. De hecho, la Corte Constitucional ha sido diligente en el control que es de su competencia y garantiza así la conformidad de las regulaciones mencionadas.

La revisión de sentencias por la Sección de Revisión del Tribunal para la Paz, actuando de manera legítima y por el interés general como es la paz, restringe los derechos de las víctimas y tales restricciones no son otra cosa que la vulneración de sus derechos. De hecho la misma Corte Constitucional en Sentencia C- 674 de 2017, admite que el acto

¹ 1. Cuando después de la sentencia condenatoria aparezcan hechos nuevos o surjan pruebas no conocidas al tiempo de los debates que, de haber sido aportadas, hubieran determinado la absolución del condenado, su inimputabilidad o una condena menos grave;

2. Cuando después del fallo en procesos por violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, se establezca mediante decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, respecto de la cual el Estado colombiano ha aceptado formalmente la competencia, un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado en investigar sería e imparcialmente tales violaciones. En este caso no será necesario acreditar la existencia de hecho nuevo o prueba no conocida a tiempo de los debates;

3. Cuando con posterioridad a la sentencia se demuestre, mediante decisión en firme, que el fallo fue determinado por un delito del juez o de un tercero;

4. Cuando se demuestra que el fallo objeto de la solicitud de revisión se fundamentó, en todo o en parte, en prueba falsa fundante para sus conclusiones;

5. Cuando mediante pronunciamiento judicial, la JEP haya cambiado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria, tanto respecto de la responsabilidad como de la punibilidad;

6. Cuando sobre el mismo hecho y encausado se haya proferido más de una sentencia en firme.

7. Cuando sobre el mismo hecho y encausado se haya proferido más de una sentencia en firme.

Legislativo 001 de 2017, restringe algunos derechos de las víctimas, pero asegura que se compensan con algunas contrapartidas. La restricción de los derechos a las víctimas a la verdad, justicia, reparación y no repetición, son daños antijurídicos en el sentido lato del término, al margen de que la JEP y la facultad de revisión de sentencias sean constitucionales.

Como se ha anotado en varios apartes del presente trabajo, al romperse el equilibrio de las cargas públicas, (y es lo que sucede cuando se restringen derechos de las víctimas) en cuanto deben soportar no solo que el mismo Estado vulnere el principio de cosa juzgada, sino que además cambie el sentido de un fallo para favorecer al condenado, sobreviene el daño antijurídico. A ninguno de los demás ciudadanos se le estaría sometiendo a una carga más alta como la de soportar el desconocimiento de unos derechos que ya se le habían reconocido como son al menos el de una relativa justicia y reparación.

5.2. La participación de las víctimas un derecho a medias: otro aspecto del daño antijurídico

Asunto de compleja envergadura es el que refiere al asunto de la participación real de las víctimas en términos del debido proceso, específicamente cuando la JEP profiera decisiones dentro de los procesos de revisión de sentencias.

No se puede caer en el error de asumir que la JEP es la panacea que garantizará los derechos de las víctimas y que su solo nombre es prenda de garantía. Recuérdese que la citada jurisdicción incluye en su seno toda una pléyade de mecanismos y procedimientos tan intrincados como el fenómeno que se quiere conjurar y desde ese punto de vista, será necesario analizar hasta qué punto las concesiones a los actores armados, no implicará el desconocimiento de los derechos de las víctimas. Frente a este tópico es relevante afirmar que las negociaciones de paz para terminar un conflicto armado interno son aceptadas en el concierto internacional y de hecho permite que se pueda negociar sin injerencia de otras naciones o de las organizaciones internacionales. Eso significa que los estados pueden negociar y adoptar esquemas de justicia transicional.

Al respecto vale traer a colación que la Organización de Naciones Unidas ha regulado aspectos relacionados con las víctimas y los actores armados dentro del conflicto interno. Frente a los participantes, el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, (1977), establece que:

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. (Artículo 6, núm., 5).

Como se observa, es posible a la luz de la regulación internacional, conceder beneficios que se enmarcan dentro de un concepto amplio de amnistía; sin embargo no indica ello que se haga en detrimento de los derechos de las víctimas. Otro aspecto es que las concesiones, para el caso objeto de investigación, no pueden desconocer los derechos a la verdad, justicia, reparación y no repetición o reconocerlos a medias.

La misma normativa, Protocolo II. Adicional a los convenios de Ginebra, (8 de junio de 1977) en su preámbulo, considera la necesidad de garantizar una mejor protección a las víctimas de los conflictos armados, y da prevalencia a aquellas antes que a los victimarios.

Es necesario acotar que el punto central o de referencia obligada del todo el proceso de paz, es decir, la justificación para vencer cualquier resistencia belicista o moderada, es el que refiere a las víctimas en cuanto objeto del esquema de justicia transicional con el fin de garantizar y materializar los derechos a la justicia, verdad, reparación y no repetición. No se trata solo de morigerar el peso de las sanciones sobre los autores de los crímenes, sino principalmente de la justicia restaurativa de los derechos de las víctimas.

Si bien es cierto que se trata de un proceso prevalentemente político en su inspiración, no por eso se puede soslayar o pasar a un segundo plano los derechos de las víctimas; esto es lo que podría ocurrir si se llegase al caso en que por el afán de garantizar el éxito del proceso de paz, se desconozcan incluso derechos ya reconocidos en sentencias judiciales. En concreto se hace referencia al riesgo de politización de la justicia transicional en cuanto se pueda llegar a consideraciones que se aparten del espíritu de los acuerdos en cuanto a que son las víctimas el centro y espíritu del proceso.

Cuando existen complejidades que involucran intereses dispares pero con un solo fin, es inevitable el surgimiento de factores disímiles y encontrados que se convierten en tensiones que generan riesgos de fracaso. Es normal que esto ocurra y no dejan de generarse situaciones complejas y diversas:

Una de ellas es la tensión que existe en los procesos transicionales entre la justicia y la paz ya que en aras de la reconciliación en un país y el deseo de la paz, se hacen negociaciones en las cuales se necesitan incentivos para uno u otro actor en conflicto, muchas veces sacrificando que los responsables de crímenes respondan por sus actos. (Agredo, 2012, p. 21).

Se observa una buena formulación conceptual en los postulados que animan la justicia transicional, pero se quedarían en huecas palabras si la justicia retributiva no conserva su cuota necesaria al lado de la justicia restaurativa y esta no puede convertirse exclusivamente en el perdón a los victimarios en detrimento de los derechos de las víctimas a la verdad, justicia, reparación y no repetición.

Y es que respecto a la interpretación extensiva y demasiado favorable a los victimarios existen prevenciones no despreciables. A juicio de la autora, este tipo de divergencias sugieren que no se puede ir demasiado a alguno de los extremos; es decir, se debe propugnar por un equilibrio entre lo político que implica la necesidad del proceso para alcanzar la paz y los postulados reales de la justicia transicional acordados en la Habana en lo que concierne a las víctimas.

En suma, se debe evitar que se soslaye el cometido de justicia, que al lado de los propósitos de paz tiene como fin la restauración de los derechos de las víctimas. Para Agredo (2012) lo cierto es que, “los derechos a la verdad, justicia y reparación constituyen una integralidad difícilmente separable. Si no se garantiza uno de los derechos, esto terminara afectando la consecución de los demás” (p. 33).

Frente a ese tópico se podría oponer que el hecho de que se les disminuya o conmute la pena de prisión a quienes soliciten revisión de sentencias, no desvirtúa la obligación de reparar y tal afirmación puede tener su cuota de verdad. Pero lo cierto es que los derechos a la verdad, justicia, reparación y no repetición, constituye todo el plus de los acuerdos y

no se puede prescindir de ellos. Claro está que para las víctimas y la mayor parte del colectivo social la justicia hace parte de un imaginario que consiste en esa relación entre pena y castigo, este último como el confinamiento en una cárcel.

Seguramente esta creencia le va dar más importancia a la pena privativa de la libertad que a la reparación misma o incluso a la verdad. En esos términos podrían sentir que la vulneración a sus derechos será mayor cuanto se revisen las sentencias y se les sustituya la pena o se les rebaje. A este respecto, es decir, la correlación debida entre justicia restaurativa y retributiva, vale anotar que es intrínseco a la justicia restaurativa la necesidad de pro los menos tratar de enmendar, (Echavarría, 2016) de no ser posible retrotraer la situación al Estado anterior; sin tanto énfasis en la sanción o pena, pese a que es esta última la que la sociedad ha venido aceptando.

De hecho, la pena de prisión es una instancia que de alguna manera justifica ese reproche de la sociedad del cual se encarga el Estado y de la cual se desprenden los incidentes de reparación. Al respecto, Martínez, (2017) sostiene que:

En efecto, cuando en el acuerdo se habla de “restricción de libertades y derechos que garantice el cumplimiento de las funciones reparadoras y restauradoras de las mismas” se está frente a la imposición de una privación de un derecho; impuesta por una autoridad cuya validez es reconocida por las partes por medio del acuerdo, debidamente incorporada al ordenamiento jurídico por medio de una reforma constitucional. (p. 146).

Esa consideración entraña el reconocimiento de la validez de una norma sustentada en su carácter constitucional, pero no tiene el alcance de constituirse en garantía de que los fallos reformados por la JEP, dejen indemne el cumplimiento de la reparación, máxime si se tiene en cuenta que el sistema no concibe separados los derechos a la verdad, justicia, reparación y no repetición. La JEP, pese a que se reconozca como mecanismo o sistema de justicia transicional y paralela al sistema legal que rige a los demás asociados o administrados, al abordar la revisión de sentencias seguramente, le será en extremo difícil, preservar los derechos de las víctimas en su integridad.

La revisión de sentencias, como se ha dicho, persigue el favorecimiento del condenado, como forma de estimular el cumplimiento de los acuerdos, más no la preservación de los derechos de las víctimas, por mucho que se pregone lo contrario.

La Corte Constitucional al revisar el proyecto de ley estatutaria para la jurisdicción especial de paz, (Sentencia C- 080 de 2018) realizó un análisis de la diferencia del sistema penal adversarial con el sistema de justicia penal transicional de la JEP. Y al respecto sostuvo que:

La Jurisdicción Especial para la Paz pone en marcha un proceso penal transicional, especial, que no puede equipararse con el sistema adversarial del Código de Procedimiento Penal, pues está basado en una serie de incentivos que, bajo un régimen de condicionalidad, persiguen maximizar los derechos de las víctimas y facilitar la transición a la paz, centrando los esfuerzos en los máximos responsables de los hechos más graves y representativos, aplicando criterios de selección y priorización, y sin que sea indispensable la judicialización caso a caso.

Tal vez lo que despierta cierta suspicacia es que la diferencia consiste en una serie de incentivos, (para los procesados) bajo un régimen de condicionalidad. Es difícil entender que haya una ventaja para los procesados, salvo que se reconozca como forma de garantizar el éxito del proceso de paz, pero implica una lesión para las víctimas.

No obstante en la misma sentencia, (C- 080 de 2018) la Corte sostiene que las víctimas conservan el derecho a controvertir a través de los recursos de reposición y apelación, es así como alude a pronunciamiento anterior en virtud de la revisión de constitucionalidad de la ley 1820 de 2016, en el tema de la participación de las víctimas. El artículo 49 de la citada ley, al regular los recursos sobre decisiones de renuncia a la persecución penal de agentes del Estado, señalaba que “las resoluciones adoptadas por la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas podrán ser recurridas en reposición ante la misma Sala, y en apelación ante la Sección de Apelaciones del Tribunal para la Paz únicamente a solicitud del destinatario de la resolución” (subraya fuera de texto).

Recuerda la Corte que en dicha sentencia se declaró inexecutable la expresión “únicamente” por cuanto restringía la participación de las víctimas:

la Corte declaró la inexecutable de la palabra “únicamente” por considerar que esa expresión excluía la posibilidad de interposición de recursos por parte de las víctimas, lo cual constituía “un abierto desconocimiento de los derechos de las víctimas como pilar

fundamental del proceso transicional”. Señaló que “la concesión de los mecanismos de tratamiento penal especial diferenciado, y el trámite para su adopción, de ninguna forma puede constituir una excepción a la participación protagónica de las víctimas, como lo ha hecho el Legislador en el artículo 49 de la Ley 1820 de 2016, al permitírsele de manera exclusiva a los agentes estatales beneficiarios de la medida controvertir las resoluciones, desechando la legitimación de las víctimas incluso en aquellos casos en los que éstas puedan verse afectadas por las decisiones de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas”. (Sentencia, C- 080 de 2018).

Según se puede deducir, las decisiones pueden ser controvertidas por las víctimas y asumiendo que también se pueda controvertir las revisiones de sentencia, sería un poco menos gravoso para las víctimas, un cambio en la sentencia, siempre que no se afecten los derechos a la verdad, justicia, reparación y no repetición. Tales efectos solo pueden ser reconocidos en cada caso en concreto y analizando por ejemplo los considerandos para la sustitución de las penas o incluso la modificación de las mismas.

Para terminar, sostiene la Corte Constitucional que:

La representación o gestión colectiva de la intervención de las víctimas podrá realizarse a través de mecanismos como el establecido en el artículo transitorio 12 del Acto Legislativo, es decir, a través de la Procuraduría General de la Nación, o a través de otros mecanismos de representación privada o pública, como los contemplados en el Acuerdo Final o los que prevean las normas procesales ordinarias. (Sentencia, C- 080 de 2018).

Queda por ver que la representación prevista sea suficiente para garantizar los derechos de las víctimas en forma eficaz. Lo cierto es que la garantía de participación de las víctimas no supera el hecho de que con la sola revisión ya se está vulnerando derechos a las víctimas. La sola reconsideración o revisión de la sentencia implica una doble victimización y por ende un daño antijurídico. Ahora bien, tampoco las previsiones sobre participación garantizan que lo protegido en la sentencia inicial, se mantenga y lo más probable es que se busque beneficiar al condenado para garantizar el éxito del proceso de paz.

Lo relativamente perverso en la facultad de revisión de sentencias, es que lo más probable o lo que se procurará, es seguramente como mínimo, una reducción o cambio de las condiciones de ejecución, del tiempo y en otras posiblemente se eliminará en sus efectos, la condena. Y si bien

es cierto que se ha establecido que la revisión será procedente por variación de la calificación jurídica por aparición de nuevos hechos que no pudieron ser tenidos en cuenta con anterioridad; o cuando surjan pruebas no conocidas o sobrevinientes no conocidas al tiempo de la condena; lo cierto es que se aplicará solo lo favorable, máxime cuando debe ser solicitado por el condenado.

La justicia transicional resulta conveniente para la unidad y la paz de la Nación y seguramente traerá múltiples beneficios para la mayor parte del conglomerado social en términos de paz y progreso, pero se conseguirá en detrimento de los derechos de un sinnúmero de víctimas. Un daño antijurídico evidenciable como consecuencia de la revisión de sentencias dictadas y ejecutoriadas en la jurisdicción ordinaria.

Es una osadía recomendar que a futuro de tenga en cuenta no solo la mera formalidad cuando se comprometa el Estado a formular un sistema de justicia transicional, que en la práctica permita en verdad garantizar los derechos de las víctimas y de esa manera evitar o conjurar el daño antijurídico que vulnera sus derechos. Y es osado, toda vez que no es que los procesos de violencia y negociaciones sean algo de la cotidianidad. Téngase en cuenta que tampoco es usual que se requiera crear jurisdicciones alternas; de hecho, cada situación requiere una muy particular forma de abordaje, diferentes condiciones y concesiones.

En la práctica supone tener el cuidado de no romper ese balance que se debe conservar para no sacrificar a quienes de hecho son la parte frágil y vulnerable como son las víctimas, a una nueva victimización que es lo que ocurre cuando al revisar la sentencia se obliga a vivir la experiencia traumática y además se corre el riesgo, o mejor, seguramente se prescindirá de la función retributiva al disminuir penas o morigerar su ejecución. Y en cuanto a la justicia retributiva, es lo más probable, que o bien desaparezca la reparación pecuniaria, llegue tardíamente o no llegue a concretarse por motivos, esta última, como la sujeción de un pago a la disponibilidad presupuestal del Estado.

6. Conclusiones

El artículo 90 constitucionaliza la cláusula general de responsabilidad que básicamente consiste en que, el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas; postulado que permite inferir que la sola ruptura del equilibrio de las cargas publicas causa el daño antijurídico como susceptible de reparación, en el entendido de que el administrado no está en obligación de soportarlo.

La responsabilidad por el hecho del legislador se admite bajo el título de imputación, daño especial y tiene como condición necesaria la existencia de presupuestos como el que la administración actúe de manera legítima, que exista la ruptura del equilibrio de las cargas públicas y, que se configure el nexo entre el acto dañoso y el Estado.

La revisión de sentencias por la Sección de Revisión del Tribunal para la Paz, de la JEP, actuando de manera legítima y por un interés general como es la paz, restringe los derechos de las víctimas y tales restricciones vulneran sus derechos a la verdad, justicia, reparación y no repetición, razón que genera la responsabilidad por el hecho del legislador, bajo el título de daño especial.

La garantía prevista, de participación de las víctimas en los procesos de revisión de sentencias no supera el hecho de que con la sola revisión ya se está vulnerando derechos a las víctimas ya que la sola reconsideración o revisión implica una doble victimización y por ende un daño antijurídico que debe ser reparado.

Si bien, la Jurisdicción Especial de Paz, componente principal del Acto Legislativo 001 de 2017, fue declarada conforme a la Constitución Política colombiana y con ella la facultad de revisión de sentencias, lo cierto es que restringe derechos de las víctimas, en cuanto no es clara en las condiciones del contenido restaurativo y de reparación de las penas y en cuanto a la reparación indemnizatoria a que exista presupuesto del Estado.

La Revisión de Sentencias por la Jurisdicción Especial de Paz, como afectación a los Derechos de las Víctimas: Análisis desde la Responsabilidad del Estado por el Hecho del Legislador

Al revisar las sentencias, los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación no son escindibles y no se pueden considerar por separado, ya que cada uno guarda una relación de transversalidad con el otro y no se puede en tal sentido, prescindir de alguno sin truncar los derechos de las víctimas.

La revisión de sentencias por si sola vulnera derechos de las víctimas en cuanto su propósito es conceder beneficios a los condenados, sin tener en cuenta que la sentencia ya está ejecutoriada y con el consiguiente riesgo de morigerar o incluso, en términos prácticos conmutar la sentencia y anular la reparación indemnizatoria.

A las víctimas se les menciona como parte central de la Justicia Transicional, pero básicamente para decirles que deben aceptar una carga mayor a todos, como es que se revisen las sentencias ejecutoriadas aplicadas a sus victimarios, con la colateralidad de que sean sustituidas, morigeradas o disminuidas.

La restricción de los derechos a las víctimas a la verdad, justicia, reparación y no repetición, por parte de la facultad de revisión de sentencias, son daños antijurídicos en el sentido más lato del término, al margen de que la JEP y la facultad de revisión de sentencias sean constitucionales.

Las sentencias interpretativas de la Sala de Apelaciones de la JEP, se constituyen en los fundamentos para la seguridad jurídica, en lo referido a la justicia transicional y fungen como garantes de la aplicación ceñida a los especiales criterios de un sistema de justicia sui generis, como resulta ser la mencionada jurisdicción.

Los riesgos que entraña la justicia transicional, para los derechos de las víctimas, a la verdad, justicia, reparación y no repetición no desaparecen con la interpretación autorizada de la Sala de Apelaciones de la JEP. A lo sumo se torna en garante supremo de las personas que se acogen a la jurisdicción y de manera tangencial, garantiza el éxito político del proceso de paz.

La justicia transicional, podría fracasar en sus premisas fundantes si la justicia retributiva no conserva su cuota necesaria al lado de la justicia restaurativa ya que transición no puede convertirse exclusivamente en el perdón a los victimarios en detrimento de los derechos de las víctimas a la verdad, justicia, reparación y no repetición.

La justicia transicional resulta conveniente para la unidad y la paz de la Nación y seguramente traerá múltiples beneficios para la mayor parte del conglomerado social en términos de paz y progreso, pero se conseguirá en detrimento de los derechos de un sinnúmero de víctimas a causa del daño antijurídico evidenciable que surja como consecuencia de la revisión de sentencias

7.REFERENCIAS

Agredo, E. (2012). Marco de impunidad en la Justicia transicional. Caso bloque Calima en el Departamento del Cauca. (Tesis de Maestría). Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador. Disponible en <http://hdl.handle.net/10644/3863>

Aguiar, M. (2012). El daño especial como régimen aplicable para endilgar responsabilidad al Estado por privación injusta de la libertad. Serie Documentos de Investigación en Derecho No. 17. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.

Alessandri, A. (1943). De la Responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil Chileno. (2º Ed.) Santiago de Chile: Imprenta Universitaria.

Alonso, M., & Leiva, E. (2011). La responsabilidad del Estado por el hecho del legislador. Estudios sociojurídicos. 13 (2). p.p. 77 – 106. Julio – diciembre de 2011.

Bielsa, R. (1966). Derecho Administrativo. Tomo V. (6ª, Ed.). Buenos Aires: Editorial la Ley.

Bustamante A. (1997). Teoría General de la Responsabilidad Civil. 9 ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Bustamante, A. (1998). La Responsabilidad extracontractual del Estado. Bogotá: Leyer.

Cassagne, J. (1998). Derecho Administrativo. Tomo I. (6ª, Ed.). Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Comisión internacional de juristas. CIJ. (2019). Colombia: Jurisdicción Especial para la Paz, análisis a un año y medio de su entrada en funcionamiento. Disponible en <https://www.icj.org/es/colombia-jurisdiccion-especial-para-la-paz-analisis-a-un-ano-y-medio-de-su-entrada-en-funcionamiento-nuevo-informe-de-la-cij/>

Congreso de la República de Colombia. (4 abril de 2017). Acto Legislativo N. 01 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. Disponible en <http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/ACTO%20LEGISLATIVO%20N%C2%B0%2001%20DE%204%20DE%20ABRIL%20DE%202017.pdf>

Congreso de la República de Colombia. (6 de junio de 2019). Ley 1957 de 2019. Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz. Diario Oficial No. 50.976. Disponible en <http://www.suin-juricol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/30036543>

Congreso de la República de Colombia. (30 de diciembre de 2016). LEY 1820 DE 2016. Por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones. Diario Oficial No. 50.102. Disponible en http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1820_2016.html

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 16 de septiembre de 1999, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Revista JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA, Tomo XXIX, número 338, pág. 251.

Consejo de Estado. Sala Plena de Lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 25 de agosto de 1998. Consejero Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros. Expediente (Rad. IJ-001). Disponible en http://legal.legis.com.co/document?obra=jurcol&document=jurcol_759920418af6f034e0430a010151f034

Consejo de Estado. Sala Plena de Lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 25 de agosto de 1998. Consejero Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros. Expediente (Rad. IJ-001). Disponible en http://legal.legis.com.co/document?obra=jurcol&document=jurcol_759920418af6f034e0430a010151f034

Constitución política de Colombia de 1991. (2016). Bogotá: Leyer

Corte Constitucional. Colombia. Sala Plena. (01 de febrero de 2006). Sentencia C- 038 de 2006. (Expediente D: 5839). Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-038-06.htm>

Corte Constitucional. Colombia. Sala Plena. (1 de junio de 2016). Sentencia C-285 de 2016. (Expediente D-10990). Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez. Disponible en http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/c-285-16.htm#_ftnref56

Corte Constitucional. Colombia. Sala Plena. (14 de noviembre de 2017). Sentencia C-674 de 2017. (Expediente RPZ-003). Magistrado Sustanciador: Luis Guillermo Guerrero Pérez. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-674-17.htm>

Corte Constitucional. Colombia. Sala Plena. (15 de agosto de 2018). Sentencia C- 080 de 2018. (Expediente RPZ-010). Magistrado Sustanciador: Antonio José Lizarazo Ocampo. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/c-080-18.htm>

Corte Constitucional. Colombia. Sala Plena. (9 de julio de 2003). Sentencia C-551 de 2003. (Expediente CRF-001). Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-551-03.htm>

Corte Constitucional. Colombia. Sala Plena. (1 de marzo de 2018). Sentencia C-007 de 2018. . (Expediente RPZ-001). Magistrada Ponente: Diana Fajardo Rivera. Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/C-007-18.htm>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (29 de julio de 1988). Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Disponible en www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf

Echavarría, J. (2016). Justicia restaurativa, una mirada posible. Disponible en http://www.udea.edu.co/wps/portal/udea/web/inicio/udea-noticias/udea-noticia!/ut/p/z1/xZTfa8lwEMf_lfngY8i1TWN9LOoE56wyf7UvEpNWs9mkzihzf_1aNhi66RACy0PIHZcPd5fLFyd4jhPFDnLFjNSKbUo7TugiaLZcJyTQB0oohHRI_lbb9cZTwLPTgACCewhH436HTB4Blh8n1-9PcYITrkh1jgu9Kthm71IW

Esguerra, J. (2008). La Protección Constitucional del Ciudadano. Bogotá: Legis.

Fajardo Arturo, A., & Guzmán Gómez, C. (2010). El daño antijurídico del Estado y los medios alternativos de solución de conflictos-Estado del arte. *Civilizar. Ciencias Sociales y Humanas*, 10(19). pp. 43-64. Disponible en <http://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/ccsh/article/viewFile/48/46>

Forsthoff, E. (Ed.) (1976). El Estado de la sociedad industrial. Madrid: IEP.

García de Enterría, E. & Fernández, T. (2008). Curso de Derecho Administrativo, T. II. Bogotá: Temis.

García, M, H. (1997). Responsabilidad extracontractual del Estado. Santiago de Chile: Editorial jurídica Conosur.

Henao, J. (1998). El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho Colombiano y francés. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Joinet, L. (1985). Estudio sobre la legislación de amnistía y sobre su papel en la protección de la promoción de los derechos humanos. (E/CN.4/Sub.2/1985/16/Rev.1) (ponencia). Disponible en <http://www.derechos.org/nizkor/doc/joinete.html>

Josserand, L. (2008). Teoría general de las obligaciones. Santiago de Chile: Editorial Parlamento.

Jurisdicción Especial para la Paz. JEP. Tribunal para la Paz. Sección de Apelación. (3 de abril de 2019). Sentencia TP-SA-SENIT 1 de 2019. Radicado 20183350080023. Disponible en <https://relatoria.jep.gov.co/>

Jurisdicción Especial para la Paz. JEP. Tribunal para la Paz. Sección de Apelación. (9 de octubre de 2019). Sentencia TP-SA-SENIT 2 de 2019. Disponible en <https://relatoria.jep.gov.co/>

Larrañaga, P. (2004). El concepto de responsabilidad. En la Teoría Contemporánea del Derecho. México: Biblioteca de ética, Filosofía del Derecho y Política.

Laverde, J. (2018). Una mirada a la jurisdicción especial para la paz y otros estudios de derecho constitucional. Bogotá: Instituto Latinoamericano de Altos Estudios.

Marienhoff, M. (1964). Tratado de Derecho Administrativo. Tomo IV. (1ª Ed.) Buenos Aires: Abeledo Perrot. Disponible en: <http://escuelasuperior.com.ar/instituto/tratado-de-derecho-administrativo-miguel-marienhoff-tomo-iv/>

Martínez, J. (2017). Jurisdicción Especial para la Paz y su relevancia en la convulsa coyuntura política colombiana. Revista Ratio Juris. Unaula. V. 12 (25). Julio-diciembre 2017. pp. 131-150. Disponible en <http://publicaciones.unaula.edu.co/index.php/ratiojuris/article/view/455/485>

Organización de Estados Americanos. OEA. (22 de noviembre de 1969). CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. Disponible en https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

Organización de Naciones Unidas. ONU. (8 de junio de 1977). Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos

armados sin carácter internacional, 1977. Disponible en <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/protocolo-ii.htm>

Organización de Naciones Unidas. ONU. Asamblea General. (16 de diciembre de 2005). Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. Disponible en <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/remedyandrepairation.aspx>

Orozco, I. (2005). Reflexiones impertinentes: sobre la memoria y el olvido, sobre el castigo y la clemencia. Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional. Angelika Rettberg (Comp.). Bogotá: Universidad de los Andes, Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo.

Paillet, M. (2001) La Responsabilidad Administrativa. (J. M. Carrillo Ballester, trad.) Bogotá: Universidad Externado.

Pinzón, C. (2015). El derecho de Daños en la Responsabilidad Extracontractual del Estado. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.

Presidencia de la República. Alto comisionado para la paz. (24 de noviembre de 2016). Nuevo acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. Disponible en <https://www.colectivodeabogados.org/?Nuevo-acuerdo-final-para-la-terminacion-del-conflicto-y-la-construccion-de-una>

Rodotà, S. (1964). Il problema della responsabilità civile. Milàno: Studi di diritto civile. A. Giuffrè.

Sánchez, Y., & Saraza, C. (2018). El desarrollo de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y su influencia en el ordenamiento jurídico colombiano. *Via Inveniendi Et Iudicandi*. Universidad Santo Tomás. V. 13 (2). p.p. 107-127. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6551383>

Santofimio, J. (2004). Tratado de derecho administrativo. Vol. (III). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Uprimny, R. (2006). ¿Justicia transicional sin transición? Reflexiones sobre verdad, justicia y reparación en Colombia, (Coord.). Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad.

Zagrebelsky, G. (trad., en 1995). El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. Madrid: Trotta.