

## RUPTURA DE LA PREVALENCIA DE LA COSA JUZGADA DE LA JEP: UN NUEVO DESAFÍO CAUTELAR PARA EL PROCESO PENAL\*

Semillero de Derecho Procesal  
Universidad Libre, Sede Bogotá\*\*

*Mike Montaña Sanabria, Christian Rodríguez,  
Daniela Rivera, María Fernanda González,  
Nathalia Francs Barrera*

Director del semillero: Jorge Andrés Mora Méndez

### Resumen

Después de medio siglo de conflicto armado en el país y tras un largo periodo de negociaciones, finalmente tenemos en nuestro ordenamiento jurídico un sistema de Justicia Transicional cuyo órgano de juzgamiento será la Jurisdicción Especial para la paz, sin embargo, aún surgen muchos interrogantes con respecto a la cosa juzgada y la seguridad jurídica para los sobrevivientes (mal llamados víctimas). El objetivo de este trabajo es plantear una problemática en donde los sobrevivientes del conflicto se ven

---

\* Artículo inédito de investigación

Recibido el 8 de septiembre de 2018 – Aprobado el 30 de marzo de 2019.

Para citar el artículo: MONTAÑA SANABRIA, Mike; RODRÍGUEZ, Christian; et ad. Ruptura de la prevalencia de la cosa juzgada de la JEP: un nuevo desafío cautelar para el proceso penal. *Revista de Derecho Procesal Contemporáneo – ICDP*. No. 7, Julio - Diciembre de 2018. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal. pp. 11-37.

Este artículo es la base de la ponencia presentada por los autores en el XIX Concurso Internacional de Estudiantes de Derecho - Nivel Pregrado, que se realizó en el marco del XXXIX Congreso Colombiano de Derecho Procesal, celebrado el 5, 6 y 7 de septiembre del 2018, en la ciudad de Cali.

\*\* Los autores son estudiantes de la Universidad Libre y hacen parte del Semillero de Derecho Procesal.

desprotegidos debido a la inseguridad jurídica que brinda la cosa juzgada en determinadas situaciones, para ello se estudia a profundidad el marco normativo del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR), de donde se identifica y desarrolla la problemática, para así proceder a plantear como solución la creación y aplicación de un nuevo principio **pro-sobreviviente**, que no solo logre dirimir conflictos entre normas sustanciales, sino también entre normas y figuras de índole procesal, como la inseguridad jurídica que genera la cosa juzgada en el marco del SIVJRNR.

**Palabras clave:** cosa juzgada, inseguridad jurídica, prevalencia, reparación, sobrevivientes.

## Abstract

the word victim is often used consistently in various social settings, among which is the reference made to the armed conflict in Colombia, in fact it is defined within that context in law 1448 of 2011, although the difference with the survivors of the armed conflict and that discrepancy goes unnoticed, are equated as if they were synonyms, which is not true and will be demonstrated. Being that, currently, in Colombia there is a system of Transitional Justice that has several objectives, among them, there are two main ones, the first one, to judge the people who perpetrated crimes in development or on the occasion of the armed conflict, and the second, procure for the integral reparation to the victims, objectives that can be hindered when a final judgment of the JEP begins a criminal process for new facts, modifying in turn a ruling that made the transition to res judicata. Given this scenario, we proceed to propose the creation and application of a new criterion of pro-survivor interpretation - hence the importance of differentiating between victim and survivor - that not only manages to resolve conflicts between substantial norms, but also between norms and figures of a procedural nature, such as the legal uncertainty generated by the Thing Judged within the framework of the SIVJRNR.

**Key Words:** res judicata, legal uncertainty, prevalence, reparation, survivors.

## Introducción y marco teórico

### Introducción al conflicto armado colombiano

Colombia ha tenido el conflicto armado más largo de América Latina, y ello lo afirman Roberto González Arana y Luis Fernando Trejos Rosero en su libro ¿Fin del conflicto armado en Colombia?; este conflicto culminó con un acuerdo en donde se crea

un sistema de justicia transicional que pretende llevar al país hacia una era de reconciliación, paz y progreso. Durante más de cincuenta años, Colombia sufrió el flagelo de grupos armados al margen de la ley, de distintos orígenes, corrientes políticas, finalidades, etc. Pero, como todo conflicto armado en el mundo, este no surge de manera espontánea.

Distintos hechos ocurridos a lo largo de la historia en Colombia tuvieron gran incidencia en esta sociedad, ejemplo de ello y solo por hacer mención se encuentran, la Guerra de los Mil Días, la muerte de Jorge Eliecer Gaitán, el estallido de la violencia, y la creación del Frente Nacional, entre otros sucesos los cuales fueron solo algunas de las consecuencias que trajeron consigo la aplicación de un sistema bipartidista, en donde se excluía cualquier otra de las corrientes de pensamiento que estaban surgiendo en el país a mitad del siglo XX. (Arana & Trejos, 2014, p. 108).

El origen de distintos grupos revolucionarios como el de las FARC la cual fue fundada para el 27 de mayo de 1964, entre otros movimientos políticos son representaciones del inconformismo que se vivía en ese momento histórico, y su aparición dio lugar a una replicación de la violencia, y al surgimiento de grupos que estuvieran en contra del Estado los cuales tenían como objetivo hacer un contrapeso y aun así influir en la desestabilización de las instituciones y del gobierno colombiano.

Para finales del siglo XX, los conflictos armados de origen político estaban desapareciendo, a tal punto que en la Asamblea Nacional Constituyente, se superó una situación de polarización habiendo durante el transcurrir del tiempo mayor inclusión política e ideológica.

Ahora con la firma del tratado de paz con las FARC y la creación del Marco Jurídico para la Paz, el gobierno colombiano pretende llevar a la sociedad a una época de reconciliación, en la cual se pueda superar las atrocidades que como lo afirma Germán Nicolás Pataquiva García en su publicación *Las Farc, su origen y evolución* "dejaron una guerra de más de cincuenta años" (Pataquiva, 2014).

## Concepto, clases y funciones de la cosa juzgada

Según la Sentencia C-774/01 la cosa juzgada es una institución jurídica procesal mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia y en algunas otras providencias, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas. Los citados efectos se conciben por el ordenamiento jurídico para lograr la terminación definitiva de controversias y alcanzar un estado de seguridad jurídica.

De esta definición se derivan dos consecuencias importantes; la primera de ellas hace referencia a los efectos de la cosa juzgada que se imponen por mandamiento constitucional o legal derivado de la voluntad del Estado, impidiendo al juez su libre determinación; la segunda hace referencia al objeto de la cosa juzgada la cual consiste en dotar de un valor definitivo e inmutable a las providencias que determine el ordenamiento jurídico. Es decir, se prohíbe a los funcionarios judiciales, a las partes y eventualmente a la comunidad, volver a entablar el mismo litigio.

A su vez, la cosa juzgada tiene dos funciones una negativa y otra positiva; la función negativa, se refiere a prohibir a los funcionarios judiciales conocer, tramitar y fallar sobre lo resuelto. Seguidamente se encuentra la función positiva la cual se enfoca en dotar seguridad a las relaciones jurídicas y al ordenamiento jurídico.

Continuando se indica que la cosa juzgada también tiene ciertas clases con características propias, que pueden cambiar el sentido y la aplicación práctica de esta institución jurídico-procesal. Como punto inicial, podemos encontrar la cosa juzgada constitucional, que, según la referida Sentencia, es una institución jurídico procesal que tiene su fundamento en el artículo 243 de la Constitución Política por el cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia de constitucionalidad, el carácter de inmutable, vinculante y definitiva. De ella surge una restricción negativa la cual consistente en la imposibilidad de que el juez constitucional vuelva a conocer y decidir sobre lo resuelto.

Por otra parte, dos de las clases de cosa juzgada que han tenido más revuelo dentro de la jurisprudencia y la doctrina son la cosa juzgada material y la formal, naciendo el especial interés por ellas en el hecho de que su concepto gira en torno a la posibilidad de la mutación o no de una decisión tomada por un órgano jurisdiccional competente; para iniciar, la denominada cosa juzgada formal se presenta cuando existe una decisión previa del juez respecto a un caso en concreto, más sin embargo esta decisión puede llegar a ser modificada mediante la interposición de un recurso (como por ejemplo la apelación, revisión, casación) o de una acción contra la misma (acción de tutela, acciones internacionales, etc.) Este evento hace que no se pueda volver a revisar la decisión adoptada mediante fallo ejecutoriado. La cosa juzgada material, se presenta cuando la jurisdicción emite una decisión contra la cual ya no procede ningún recurso (ni ordinario ni extraordinario) ni tampoco procede una acción en contra de esta, por lo cual se habla de que *materialmente* la decisión es inmutable y sus efectos en la vida práctica han de ser consolidados.

Estos criterios son de vital importancia para nuestro objeto de estudio ya que en el caso del modelo de justicia transicional creado con la JEP se habla de que las sentencias proferidas por la misma son prevalentes sobre cualquier otra.

### **Criterio de responsabilidad**

El concepto de Responsabilidad es un concepto que necesariamente tiene que ser discutido cuando los Estados quieren crear modelos de Justicia Transicional; el establecer quién es responsable y de qué hechos es vital para poder entrar a cumplir con los modelos de reparación establecidos, para hallar la verdad y para llegar a la justicia. Pero ¿qué se entiende por responsabilidad?

Según H. L. Hart (2008), la responsabilidad puede ser entendida como una obligación derivada del ejercicio de un rol determinado, la cual deriva de la naturaleza de este. Hart también aborda la responsabilidad como un criterio de sancionabilidad.

En nuestro criterio, debe entenderse por responsabilidad, la obligación que nace para una persona por realizar u omitir determinados actos jurídicos o mandatos impuestos por la ley; obligación que tiene como efecto el reparar del daño causado por la trasgresión de una norma jurídica.

De manera general, es necesario entender que en el marco de un conflicto armado, el criterio de responsabilidad se vuelve mucho más amplio, ya que no solo los actores armados (entiéndase ejército y grupos armados al margen de la ley) pueden llegar a ser responsables, sino que también puede extenderse la misma al Estado, a la sociedad civil y ciudadanos, u organizaciones privadas que por acción u omisión no solo hayan causado un daño.

Si bien estos criterios nos dan parámetros generales para entender el criterio de responsabilidad y de responsable, en el caso de un conflicto armado es mucho más complejo, ya que la responsabilidad no puede atribuirse solamente a un solo ente o persona, sino que también se atribuye responsabilidad a macro-organizaciones como los Estados, grupos armados al margen de la ley, ciudadanos, etc., quienes son intervinientes en el mismo y por ende podrían tener cierto grado de responsabilidad.

### **Competencia, definición, factores y su relación con la cosa juzgada**

La competencia, según Calamandrei, es una determinación de los poderes jurisdiccionales de cada uno de los jueces, que se manifiesta prácticamente en una

limitación de las causas sobre las cuales pueden ejercer (Calderón, 1990); por lo que el concepto de competencia se desplaza así, por un fenómeno de metonimia, es decir, designar una cosa o idea con el nombre de otra con la cual existe una relación de dependencia o causalidad, de medida subjetiva de los poderes del órgano judicial, a medida efectiva de la materia sobre la cual está llamado en concreto a proveer, “entendiéndose sobre las cuales puede el ejercer, según ley, su fracción de jurisdicción”. (Piero, 2006, p. 87)

Enfocado a la cosa juzgada, la doctrina tanto internacional como nacional, ha determinado que la competencia en estos casos se ve limitada en el sentido que se entienda la cosa juzgada. En los casos de cosa juzgada formal, la doctrina ha estipulado que, a pesar de su carácter indiscutible dentro del proceso, se ha limitado la posible reapertura del proceso conforme a que el mismo juez y dentro del mismo expediente conozcan del mismo proceso. Un claro ejemplo de este caso se da cuando, en palabras del jurista cubano Osvaldo Manuel Álvarez (2012), es imposible que:

En supuestos que sabemos en los que no puede conservarse la inmutabilidad por la inmutabilidad de la cosa juzgada, como son aquellos en que se plantean pretensiones principales o subsidiarias susceptibles de variar o mutar en virtud del cambio de circunstancias sobrevenidas a posteriori.

Contrario a ello y como se mencionó, la cosa juzgada material no permite la invocación ni la reapertura de ninguna manera del proceso judicial ya resuelto, bajo los presupuestos ya mencionados de la cosa juzgada. Pudiéndose inferir de todo lo anterior que lo relativo a la competencia en casos de cosa juzgada opera de manera limitada.

### **Víctimas, concepto, formas de reparación y tratamiento internacional**

Otro de los criterios importantes al analizar la Justicia Especial para la Paz es el de las víctimas, ya que son el eje central de todo el modelo de justicia restaurativa, cuando se hace alusión a las víctimas es necesario precisar el alcance de esa noción, ello porque no existe una definición única e inequívoca de manera universal, puesto que son las condiciones sociales de las diferentes regiones las que nutren esa definición, en la Comisión Preparatoria del Estatuto de Roma se entiende por víctima a “una persona natural que ha sufrido perjuicio como resultado de la comisión de cualquier crimen de competencia de la Corte Penal Internacional”. En el caso de Colombia esa noción la encontramos en la ley 1448 de 2011, donde se lee que víctimas son las:

Personas que individual o colectivamente hayan sufrido un daño por hechos ocurridos a partir del 1o de enero de 1985, como consecuencia de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno.

El concepto de reparación de víctimas puede ser entendido de diferentes maneras, tomando como referente a Pablo de Greiff (2006) en su escrito "Justicia y Reparaciones", donde establece que la reparación "en un sentido amplio puede referirse a todas aquellas medidas que se pueden adoptar para resarcir los diversos tipos de daño que puedan haber sufrido las víctimas como consecuencia de ciertos crímenes", así mismo menciona que hay otro contexto en el que se usa habitualmente el término "reparaciones" y esto se presenta en el diseño de programas de cobertura masiva, pero de manera restrictiva, para brindar atención directa a víctimas de ciertos delitos, de manera concreta en Colombia la Unidad de Víctimas habla de cinco tipos de medidas, la primera es la restitución como "la realización de medidas que buscan el restablecimiento de las víctimas a la situación en que se encontraba antes de que ocurriera el hecho victimizante"; en segundo lugar está la indemnización como una compensación económica que recibirán las víctimas por los daños sufridos, a título de indemnización administrativa; luego está la rehabilitación, que "consiste en la atención de carácter jurídico, médico y psicológico y social dirigidos al restablecimiento de las condiciones físicas y psicológicas de las víctimas"; en cuarto lugar se tiene a las medidas de satisfacción, que "buscan proporcionar bienestar y contribuir a mitigar el dolor de la víctima, a través del restablecimiento de la dignidad de la víctima y difusión de la verdad sobre lo sucedido"; por último están las garantías de no repetición, que consisten en "una serie de medidas con el fin de garantizar que no se repitan las violaciones a los derechos humanos, ni las infracciones al DIH que generaron la victimización. Es entonces por lo anteriormente mencionado que la reparación a las víctimas tiene como objetivo hacer justicia para ellas, y por ello es importante resaltar como se convierte en un imperativo de los Estados hacer que quienes perpetren violaciones de derechos humanos asuman su responsabilidad. Por eso se hace alusión a los instrumentos de carácter internacional donde se evidencia ese afán en los Estados firmantes, el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos habla de "compensaciones efectivas", el artículo 10 de la Convención Americana de "compensación adecuada", el artículo 63 de "compensación justa", y el artículo 68 de "daños compensatorios"; el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos incluye vocabulario acerca de "un derecho exigible a la compensación", el artículo 14 de la Convención contra la Tortura habla de una "compensación justa y adecuada", incluyendo los medios para una rehabilitación tan completa como sea. Lo anterior devela el sustento jurídico de la reparación de víctimas el cual consiste en un entramado de normas coherentes entre sí de carácter internacional que se deben tener

en cuenta al momento de legislar sobre víctimas y reparación de víctimas a nivel nacional, como en Colombia.

## Marco normativo de la JEP

La Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), ingresa al ordenamiento jurídico colombiano, como desarrollo de lo planteado en el acuerdo final para la terminación del conflicto armado, en el Acto Legislativo 01 de 2017, cuyos principios como Tribunal Especial serán los de “imparcialidad, independencia y las garantías del debido proceso, evitando cualquier nueva victimización y prestando el debido apoyo a las víctimas conforme a lo establecido en los estándares internacionales pertinentes”, principios que deberán tener en cuenta los magistrados del Tribunal en el momento de establecer su reglamento de funcionamiento y organización, puesto que gozaran de estas facultades, aunque esas normas deberán ser presentadas por el Gobierno Nacional al Congreso de la República para ser aprobadas.

En el capítulo III, artículo transitorio 5, del Acto Legislativo 01 de 2017 se establece que la JEP estará sujeta a un régimen legal propio, con autonomía administrativa, presupuestal y técnica, lo que deja ver que se distancia de la norma sustancial y procesal preestablecida, en primer lugar, de los delitos a juzgar, del Código Penal y del Código Procesal Penal, y en segundo lugar, sobre la reparación integral, del Código Civil, leyes especiales y del Código General del Proceso; no obstante lo anterior se establece también que:

La ley reglamentará el tratamiento penal diferenciado a que se refiere el numeral 4.1.3.4 del Acuerdo Final en lo relativo a la erradicación voluntaria de cultivos ilícitos, y determinará, conforme a lo establecido en el Acuerdo Final, en qué casos y bajo qué circunstancias corresponde a la jurisdicción ordinaria la investigación y juzgamiento de los delitos de conservación y financiamiento de plantaciones, tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y destinación ilícita de muebles o inmuebles cometidos por las personas respecto de quienes la JEP tendría competencia. (Acto Legislativo 01, 2017, Art 5 inciso2)

Posteriormente, el día 1 de agosto del año 2017 fue radicado el Proyecto de Ley Estatutaria de la Administración en Justicia de la Jurisdicción Especial para La Paz, cuyos autores son el Ministro de Justicia y del Derecho, Enrique Gil Botero, el Ministro de Defensa, Luis Carlos Villegas, y el Ministro del Interior, Guillermo Rivera. Este proyecto de ley tiene como fin fijar la competencia de la JEP, la temporalidad, la autonomía presupuestal y el régimen jurídico sustancial y procesalmente aplicable, luego de pasar

los debates en senado y cámara de representantes, aún no se tiene el texto final convertido en ley, pero ante las discrepancias entre ambas cámaras, se logró tener un acuerdo conciliatorio para el 28 de noviembre del año 2017 sobre el proyecto de ley, el cual fue aprobado a su vez por cada una de las cámaras, el 29 de noviembre del año 2017 en cámara y el 30 de noviembre del mismo año en senado. Sin embargo es menester tener en cuenta que el accionar de la JEP debe estar enfocado en cumplir los objetivos establecidos en el Acuerdo Final y en el Acto Legislativo 01 de 2017, los cuales 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. (Acto Legislativo 01, 2017, Art 5 inciso 1).

## Estructura y procedimiento de acceso a la JEP

La Jurisdicción Especial para la Paz está enmarcada en el campo de la justicia transicional. Como bien es sabido, aun en el marco de la JEP falta legislar sobre diferentes materias, entre esas el ámbito procesal. Hasta hoy, se han desarrollado varios intentos de legislar el procedimiento especial. Entre estos se encuentra el Proyecto de Ley Estatutaria 008 de 2017- Senado y 016 de 2017- Cámara "Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial Para La Paz" – Procedimiento Legislativo Especial, que hoy día se encuentra en sede de Control de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional y el proyecto de Código de Procedimiento de la JEP, radicado en el congreso, con mensaje de urgencia, el día 24 de abril de 2018. En síntesis, para la oportuna guía de este trabajo, se adoptan el Acto Legislativo 01 de 2017, el Acuerdo Final de Paz de finales de 2016 y los proyectos anteriormente mencionados.

Su estructura estará compuesta, como versa el artículo 7 transitorio del Acto Legislativo 01 de 2017, por un total de 38 magistrados principales, que a su vez se dividen en 20 para el Tribunal para la Paz, y 18 en las diferentes Salas; tendrá 10 juristas extranjeros, los cuales serán 6 en el Tribunal, y 4 en las Salas. Los Magistrados serán altamente calificados y deberá incluirse expertos en distintas ramas del derecho. Los magistrados serán elegidos mediante un proceso de selección que dé confianza a la sociedad colombiana.

Así las cosas, en la JEP, todos los procesos que sean allegados ante esta jurisdicción se condensarán bajo los dos tipos de procedimientos, a saber:

1. Procedimiento en caso de reconocimiento de verdad y responsabilidad;
2. Procedimiento en caso de ausencia de reconocimiento de verdad y responsabilidad.

Estos procesos serán de conocimiento de las secciones de primera instancia, (según el caso de responsabilidad), del Tribunal de Paz, el cual es el órgano de cierre. Sin embargo, vale la pena renombrar el papel que tienen las diferentes salas que son antesala al Tribunal.

En primer lugar, como primer “filtro” para acceder al Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, (en adelante, SIVJRNR), se encuentran la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas (en adelante, SRVR), que tendrá como función, “en primer lugar, recibir informes de diferentes órganos jurisdiccionales y de organizaciones de víctimas sobre investigaciones que se estén adelantando contra personas en razón del conflicto armado” (Texto completo del Acuerdo Final para la Terminación del conflicto”, 2016, punto 5.1.2, numeral 48 incisos b y c), “a su vez también tiene la función de determinar si los hechos y conductas punibles atribuibles a las personas, son o no competencia de la JEP” (Texto completo del Acuerdo Final para la Terminación del conflicto”, 2016, punto 5.1.2, numeral 48 inciso a), como lo establece el artículo 23 transitorio del Acto Legislativo 01 de 2017. Como consecuencia de la última función, la Sala deberá enviar informes, ya sea, en los casos que no son beneficiarios de las medidas de amnistía e indulto como los que deben declarar responsabilidades ante el Tribunal de Paz. Los informes o resoluciones emitidas por este órgano deberán contener una correspondencia entre las conductas, los responsables y las posibles sanciones a imponer. En el primer caso, serán remitidos a la Sala de Amnistía e Indulto, la cual dentro de su cargo deberá resolver la aplicación parcial o total de esas figuras a la persona sometida; en el segundo caso, serán remitidos a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas.

En Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, se encuentra el segundo “filtro” antes de acudir al Tribunal. En esta sección de la JEP, lo que se pretende es hacer una calificación jurídica de las conductas remitidas por la SRVR y determinar por medio de resolución, en primer lugar, si es necesario seguir el procedimiento ante el Tribunal, o en un segundo caso, aplicar la extinción o renuncia de la acción judicial en contra de esas personas. También es de resaltar, que en esta sala se definirá el tratamiento de las sentencias ya impuestas con anterioridad por la justicia, además a las personas ya condenadas por sentencia de justicia ordinaria se les otorgará la facultad de acudir ante la JEP, con el fin de reconocer la verdad sobre ciertas conductas para que a su vez sean remitidas, según el caso, a la Sala de Amnistía e Indulto o se siga con el procedimiento

especial. Terminada la fase preliminar, el Tribunal de Paz, como órgano de cierre asume todos los casos remitidos desde la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas.

En el primer supuesto, de reconocimiento de responsabilidad, se evaluará la correspondencia de las resoluciones emitidas por la SRVR, en el caso de haber correspondencia se emitirá sentencia imponiendo sanciones alternativas u ordinarias a criterio de los magistrados. En el segundo supuesto, de ausencia de responsabilidad, se llevará juicios contradictorios para evaluar las conductas, además se le dará la oportunidad procesal para que pueda admitir o reconocer verdad y responsabilidad e imponer sanciones menos severas dentro del listado de sanciones, y en su caso, si son declarados culpables, dictar sentencia imponiendo las mismas.

También, en el Tribunal de Paz, existe una Sección de Revisión que tiene vital importancia dentro del proceso ante la JEP. Esta sección tiene en sus funciones decidir, a solicitud de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, sobre las sanciones impuestas en sentencias de la jurisdicción ordinaria, con el fin de sustituir la pena, siempre y cuando el condenado se comprometa a reconocer verdad de manera completa y exhaustiva. Además, tendrá como función revisar, a solicitud del condenado y de manera excepcional, sentencias proferidas por la jurisdicción ordinaria, en razón de 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, todo lo anterior por conductas cometidas con ocasión del conflicto y en relación con este, o con la protesta social, siempre que se cumplan las condiciones del Sistema.

Tal como lo reza el numeral 56 del punto 5.1.2 del Acuerdo definitivo de Paz, en concordancia con el penúltimo inciso del artículo 7 transitorio del Acto Legislativo 01 de 2017, todas las sentencias del Tribunal para la Paz, así como las resoluciones de las Salas del componente de justicia que definan situaciones jurídicas o concedan amnistía o indulto, harán tránsito a cosa juzgada cuando estén en firme y se garantizará su inmutabilidad. Dichas sentencias sólo podrán ser invalidadas o dejadas sin efecto por el mismo Tribunal por las causales restrictivas expresamente determinadas en el reglamento.

En conclusión, el procedimiento ante la JEP, tendrá un procedimiento complejo y lleno de formalidades, como se vio, dependiendo el grado de responsabilidad que tenga el individuo procesado, tendrá que al menos pasar por lo menos 3 instancias previas y 1 o 2, instancias adicionales dependiendo la posible apelación. Por ende a modo que vaya avanzando el proceso ante esta jurisdicción se podrá evidenciar el tratamiento jurídico y la celeridad que los magistrados puedan llevar frente a la colosal cifra de casos que serán

sometidos en este campo, toda vez que consecuencia de ser un procedimiento especial debe obtener la misma validez jurídica frente a las demás jurisdicciones.

### Temporalidad en la Justicia Especial Para la Paz

Como primer aspecto previo a señalar en este punto es, ¿qué se podrá concebir respecto a la temporalidad de la JEP? La implementación de la JEP tomará tiempo para su efectiva inmersión en el sistema jurídico. En razón a lo anterior, se entiende en el cotidiano colombiano que si los procesos ordinarios son extensos y parsimoniosos, es indiscutible que la idea de un sistema de justicia transicional y su funcionamiento, llevará varios años.

En primer lugar, es prudente para analizar el siguiente tema, ir desde los múltiples aspectos que comprende la temporalidad de esta jurisdicción para luego, sistemáticamente, se haga una conclusión que enmarque los aspectos generales del texto. Por lo anterior, es necesario, como primer aspecto, analizar el tiempo concreto dado para cada etapa procesal para la aplicación dentro de la JEP, también será relevante revisar el periodo que tomará para el victimario cumplir la pena impuesta, luego examinar el lapso que se requerirá para el restablecimiento de las víctimas por parte de los victimarios. Asimismo ver el tiempo que se presume debe cumplirse para el desarrollo de reformas rurales, entre otros temas de carácter particular que merecen ser estudiados.

Como primera medida, se debe determinar que la Corte Constitucional observe:

Que el diseño institucional establecido en el Acto Legislativo 01/17, no regula con claridad el tiempo de existencia de los órganos de transición, para que éstos cumplan sus objetivos misionales dentro de estos límites y, en esa medida, establece un esquema abierto e indeterminado de plazos para el funcionamiento de la Jurisdicción Especial para la Paz. Por lo anterior, dada la naturaleza transicional de dicha Jurisdicción, la prórroga allí prevista, cuya adopción corresponde a la ley estatutaria, solo podrá hacerse por una vez, por cinco años, de modo que, de conformidad con el acto legislativo, su vigencia no podrá ser por un término superior a veinte (20) años. (Comunicado No. 55, 2017)

De lo anterior se puede deducir que la JEP solo tendrá inicialmente un tiempo para su desarrollo en conjunto de 15 años, y que de no alcanzar el tiempo para ello, podrá darse una prórroga por 5 años más mediante ley estatutaria. Seguido a esto, se deberá determinar ya para este punto si la Corte o no se equivoca con este tiempo, máxime cuando aún no se tiene certeza de cuánto durara el desarrollo del debido procedimiento para todos los casos.

Respecto a los victimarios y las sanciones que se les dará, el acuerdo dispone de manera clara lo siguiente:

1. Hay unas sanciones propias con un tiempo de desarrollo aproximadamente de 5 a 8 años, en donde habrá una restricción de la libertad a quienes reconozcan responsabilidad ante la sala de reconocimiento;
2. Hay unas sanciones alternativas con un tiempo de desarrollo aproximadamente de 5 a 8 años en donde habrá una restricción de la libertad a quienes con posterioridad reconozcan responsabilidad antes de la sentencia;
3. Y hay sanciones referentes a penas privativas de la libertad con un tiempo de desarrollo aproximadamente de 15- 20 años en donde habrá una restricción de la libertad a quienes no reconozcan responsabilidad y sean hallados culpables.
- 4.

Respecto a las víctimas, aunque no se dice exactamente en qué tiempo se deben restaurar sus derechos, se menciona que estas deben ser reparadas por parte de los victimarios de manera inmediata y así lo manifiestan en diversos comunicados.

En relación a la reforma rural, enfocada en la restitución de tierras, el acuerdo determina que esta tendrá un desarrollo no superior a 10 años.

## 2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO Y DESARROLLO

**Problema jurídico concreto – relativización de la cosa juzgada de la JEP, protección a sobrevivientes y seguridad jurídica**

Una vez establecido, de manera general, el procedimiento que se desarrolla en la Jurisdicción Especial para la Paz, se debe hacer énfasis en las consecuencias que se derivan del incumplimiento del acuerdo de paz para quienes son beneficiarios de las garantías tanto procesales como punitivas y que se desarrollan en el Acto Legislativo 01 del 4 abril de 2017 en su Capítulo III, Artículo transitorio 5° sobre la Jurisdicción Especial para la Paz, se resalta que

Si con posterioridad a la entrada en vigencia de este •Acto Legislativo y a la finalización del proceso de dejación de armas alguna de las personas sujetas a la jurisdicción de la JEP cometiera un nuevo delito, éste será de conocimiento de la justicia ordinaria.

Por lo tanto es claro que la competencia de la JEP se restringe en la medida en que no tiene la facultad para juzgar esos nuevos delitos, salvo que sean delitos de ejecución sucesiva. Se aclara que si esas conductas delictivas nuevas versan sobre delitos en los cuales la JEP tenga competencia, se evaluará su incidencia sobre el proceso que está en conocimiento del Tribunal de Paz, para determinar si constituye o no un incumplimiento del Acuerdo Final y por lo mismo no le es dado aplicar “las sanciones

propias o alternativas a las que tendría derecho por los delitos de competencia de la JEP, sino las ordinarias contempladas en la misma JEP". (Acto Legislativo, 2017)

En consideración a lo anteriormente expuesto, surge una duda en cuanto a la suerte que tomaría una sentencia de la Jurisdicción Especial para la Paz que ya hizo tránsito a cosa juzgada, en donde se concedieron penas alternativas, atenuación o exoneración de responsabilidad penal para los actores pero también se reconocieron y ordenaron medidas de reparación para las víctimas; y posteriormente, cuando ya se está ejecutando esa sentencia, se evidencia y sale a la luz que durante el proceso el victimario efectivamente cometió nuevos delitos que deben ser juzgados por la justicia ordinaria en un nuevo proceso. Siendo así, se podría afirmar que la decisión a la que se llegue en ese nuevo proceso ante la justicia ordinaria podría variar sustancialmente el fallo de la JEP, pues se benefició una persona que incumplió con su compromiso y seguramente de haberse tenido de presente esa situación la responsabilidad penal hubiese sido fallada de manera diferente por el Tribunal de paz, pero también puede ser que en ese nuevo proceso penal se impongan medidas de aseguramiento, penas privativas de la libertad o la misma extradición, por lo tanto surge una pregunta ¿se vulnera el derecho a la reparación integral de las víctimas cuando al victimario se le imponen medidas de aseguramiento, penas privativas de la libertad o la misma extradición en el proceso ante la justicia ordinaria que le impiden cumplir con lo ordenado en la sentencia de la JEP?, este interrogante será desarrollado para obtener una respuesta que a la luz de los derechos de las víctimas como principios rectores del accionar de la JEP sea la más satisfactoria para ellas.

## Criterio de interpretación pro-víctima, ¿es suficiente?

La protección para las personas que se ven afectadas por algún acto antijurídico y que sufren una afectación en su integridad tanto física como moral, puede darse de manera formal a través de la creación de leyes que buscan prevenir y reparar esa afectación, un ejemplo de ello es la ley 1448 de 2011; sin embargo la protección no puede limitarse a la creación de normas y sentir con ello cierto grado de satisfacción, pues como menciona Julieta Lemaitre "el derecho se vuelve un fin en sí mismo", también ese amparo se da gracias al establecimiento de principios o criterios de interpretación, como el criterio pro-victima, en el cual se hará especial énfasis, estableciendo grosso modo en qué consiste esa protección y qué relación tiene con otros principios que son transversales en la Justicia Especial para la Paz.

Inicialmente se podría indicar que, en efecto, este criterio pro-víctimas ha sido acogido por países Latinoamericanos, como México, Guatemala y otros en donde su

connotación es distinta ya que en algunos países lo acogen con mayor trascendencia que otros, por ejemplo en México, que para el 8 de enero de 2014 se dio la aplicación al principio, ya que se procuraba por la protección a las víctimas por el contexto social vivido para la época y el cual se basaba principalmente en un decreto que transforma a la Procuraduría Social de Atención a las Víctimas de los delitos de alto impacto, además que para ello se iba a crear la comisión pertinente para su desarrollo, y sobre todo se enfatizaba en la protección de las víctimas resultado del conflicto para esa época.

En Colombia la situación de las víctimas es tomada desde el punto de vista de cuatro principios que pueden o no tener mayor incidencia, los cuales son: La verdad, la justicia, la reparación integral y la no repetición; con los cuales se menciona que, efectivamente, se pretende dar mayor protección a las víctimas consecuencia del conflicto armado vivido en Colombia. Entre otras disposiciones expuestas por los mismos, pero es necesario, como lo menciona Danilo Rojas Betancourth, que haya un criterio orientador llamado Pro víctima el cual desarrolle los principios antes mencionados de mejor manera, la pregunta es ¿y cómo se materializa esto? Al respecto el autor expone que es necesario dar la creación a este criterio ya que se considera que indistintamente la aplicación a los mencionados principios tiene distintos resultados, es decir que en unos casos podrá ser bueno como en otros no, esto porque se pueden generar tensiones entre los mismos desencadenándose mayores problemas de los ya planteados respecto a las víctimas, además, se le da esa connotación según el autor ya que “la víctima”, “es la parte débil de la confrontación armada y por lo mismo, en las transiciones hacia la paz”, merece la mayor consideración por parte de las instituciones que están a sus servicios.

De manera general y puntual se podría indicar que este criterio se desarrolla teniendo como punto base además de lo ya mencionado es decir la tensión entre los principios, otras disposiciones mismas propuestas en el Acto Legislativo el cual indica que efectivamente se debe entonces desarrollar los siguientes puntos a favor de las víctimas: “Satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia, Contribuir a la reparación de las víctimas”, el desarrollo completo del principio de la verdad respecto a las víctimas y otras cuestiones de manera más concreta que hacen alusión a la protección a las víctimas por ejemplo la protección a aquellas “Mujeres Víctimas del conflicto”.

De manera más particular aunque desencadena la priorización de la protección a la víctimas, en sí se considera que, en efecto, aunque hayan unos grupos mencionados de manera particular, no solamente se debe dar la protección de manera particular sino que se debe tener un plan mayor para su protección, es por ello que lo que se pretende mencionar y dar a entender es que el criterio pro víctima se queda corto por cuanto aunque se busca una protección de manera general no se profundiza aún más en la protección y en otras situaciones que se pueden dar respecto a las víctimas y por último

se considera también que efectivamente la calidad o el concepto de pro víctima es una situación de re victimización, debido a que las personas perjudicadas indistintamente por el conflicto armado deben tener otra calidad que los distinga en sociedad.

## Diferencias sustanciales entre el concepto de víctima y el de sobreviviente

La Real Academia Española no toma como sinónimos las palabras de víctima y de sobreviviente aunque perfectamente una persona puede considerarse víctima y sobreviviente, pues no son condiciones excluyentes, la RAE al definir víctima describe que es “persona o animal sacrificado o destinado al sacrificio”; “persona que se expone u ofrece a un grave riesgo en obsequio de otra”; “persona que padece daño por culpa ajena o por causa fortuita”; “persona que muere por culpa ajena o por accidente fortuito”; “persona que padece las consecuencias dañosas de un delito” estos conceptos se relacionan a un daño material, físico o psicológico que ha sufrido una persona, dentro del conflicto armado son representaciones de ellas las personas que fueron torturadas, asesinadas, desplazadas de sus territorios, amenazadas, etc. Define también la RAE la palabra sobreviviente como “superviviente” y por “superviviente” aquello que “conserva la vida después de un suceso en el que otros la han perdido”, siendo así y de manera prematura se asegura que muchas personas que fueron víctimas no fueron sobrevivientes.

Haciendo esta distinción, es preciso mencionar lo dicho por Leonardo Bustamante (2017) en su obra “De víctimas a sobrevivientes: implicaciones para la construcción de paces en Colombia”:

El análisis de las condiciones que permiten proponer el tránsito de la condición de ‘víctimas’ a la de ‘sobrevivientes’, como un paso importante en el proceso de construcción de paces en Colombia, va más allá de un giro semántico caprichoso o sin sentido. Esta propuesta se sustenta a partir de las condiciones que configuran el ser del ‘sobreviviente’ y que lo convierten en un sujeto que participa activamente en los procesos que propenden por su reparación integral. (p. 149)

En Colombia jurídicamente se define a las víctimas en la ley 1448 de 2011, pero, ¿ésta definición no se quedaría corta para saber que se entiende por las víctimas? Es claro que se hace dentro de un contexto social e histórico determinado y fuertemente marcado por diversos actores.

Para Ana Guglielmucci (2016) la categoría víctima es percibida y reconocida como “una condición de estatus personal o colectiva” que “puede constituir un capital social, cultural, económico o político disputado en diversas situaciones sociales generalmente marcadas como violentas, donde se demanda la intervención del Estado o sus

instituciones.” Para la autora no es correcto limitarse a la dualidad que existe entre víctima y victimario, porque ni siquiera existe un consenso social respecto de esas nociones, puede verse sesgada por asuntos políticos, cabe recordar los tribunales de Núremberg, sobre ese suceso de la historia Alan Norrie (2015) habla de la existencia de la justicia de los vencedores, en ese caso los victimarios se autoproclamaban víctimas del sistema nacionalista, al expresar que solo obedecían órdenes, claramente sus argumentos no fueron válidos, pero otra hubiese sido su suerte si los vencedores hubiesen sido ellos.

Sin embargo, desde el punto de vista de la *victimología*, la situación de víctima trae consigo una serie de dificultades psicológicas y sociales que les impide la búsqueda de nuevas posibilidades de desarrollo, mientras que la situación de ‘sobrevivientes’, les ofrece la posibilidad de ser sujetos de la reconstrucción de sus proyectos de vida –aspecto que escapa a la reparación económica propuesta por el Estado en las normas antes referenciadas- (Bustamante, 2017, p. 9)

Desde la victimología, Jarque (2008) afirma que se entiende por víctima:

Toda persona que haya sufrido personalmente, de modo directo o indirecto, las consecuencias de un hecho delictivo, haya sido declarada formalmente o no como tal la existencia del mismo por parte de un órgano jurisdiccional. En un sentido más extenso también son consideradas víctimas las personas que hayan sufrido los efectos de la guerra, enfrentamiento armado, catástrofe natural o accidente. (p.3)

Esta definición resulta más amplia que la definición jurídica, en tanto que la victimología considera como víctima a toda aquella persona que haya sufrido una alteración en su existencia, y tiene en cuenta que puede haber diferentes causas que conllevan a la victimización de una persona o de una población, entre las que el conflicto armado y todas sus expresiones constituye sólo una de ellas

Igualmente la profesora Olga Lucía López (2005), ofrece una aproximación importante al advertir que “la situación de sobrevivientes les da diferentes posibilidades, como la de ser sujetos de la reconstrucción de sus proyectos de vida” (p. 21).

Importante ya que las víctimas “sobrevivientes” también harán parte de los procesos llevados ante la JEP y no solo eso, participaran de manera activa para la “Reconstrucción de sus proyectos de vida”. Por otra parte, desde el enfoque de la victimología, se encuentra que la llamada reparación integral requiere de la participación activa y directa de las víctimas, que como lo resalta Bustamante (2017), no sólo en la ejecución de los programas que buscan su reparación, sino en la reconstrucción de sus proyectos de vida (p. 153). En este sentido, se puede afirmar que cuando la víctima

comprende que su participación y su voluntad son primordiales para alcanzar una reparación integral efectiva, deja de ser víctima y se convierte en sobreviviente.

La reparación integral conlleva a una responsabilidad constitucional, la Carta Política de 1991 en su artículo 13, incisos 2 y 3, establece:

“El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

La víctima se convierte en ‘sobreviviente’ cuando comprende y acepta su realidad, y cuando participa en los procesos de reparación y reconstrucción de su mundo de vida (reparación integral), con el objetivo de reivindicar su dignidad humana y de dar su mejor aporte para superar los daños psicológicos causados durante la victimación; cuando se empodera de la reconstrucción de su proyecto de vida y hace uso de las herramientas jurídicas y legales que le permiten resarcir (aunque sea en parte) el daño causado durante el hecho traumático, la víctima se convierte en sobreviviente.

En conclusión, teniendo en cuenta la potencialidad que tienen las víctimas del conflicto interno armado, de ser agentes de reparación integral y de ser los protagonistas de la reconstrucción de sus proyectos de vida, es que se sugiere utilizar de manera preferente la expresión sobrevivientes, con el fin de resaltar en ellos su deseo de superar los hechos traumáticos que vivieron, y su fuerza de voluntad para insertarse de manera efectiva en la sociedad, siendo ciudadanos productivos en la medida de sus capacidades y aprovechando los recursos que el Estado y la sociedad les ofrece para tales fines, reconociendo además que ostentan una calidad afortunada ya que un número extenso de víctimas del conflicto armado interno no son hoy sobrevivientes.

## Un nuevo criterio: pro-sobreviviente

Cumplir con la finalidad de resolver el problema jurídico que se planteó no es tarea fácil, máxime si se tiene en cuenta que los principios, criterios, y herramientas jurídicas que se tienen hoy en día están limitadas en su aplicación. En otro orden de ideas, hay que resaltar el olvido que sufren por parte del Estado, la sociedad y los medios de comunicación, aquellos quienes han sufrido de peor manera las consecuencias de una guerra que ellos no decidieron iniciar: **las mal llamadas víctimas**; y es que, tras superar un estado de guerra interna buscando consolidar un Estado de paz, y tras lograr la creación

de un marco de justicia transicional, en las calles, hogares, prensa y demás espacios donde se da un debate de opinión, las discusiones se centran siempre alrededor de los victimarios y las penas que el Estado pretende imponerles a través de la Jurisdicción Especial para la Paz. Sin embargo, ningún sector de la sociedad ni del Estado puede olvidarse de quienes han sufrido en carne propia las consecuencias de la guerra, quienes deberían estar en el centro del debate, así como en el centro del marco de justicia transicional creado para dejar atrás el conflicto: los sobrevivientes.

Los sobrevivientes del conflicto armado son aquellas personas que a causa de la guerra han sufrido daños materiales y daños morales en su persona o en su familia y que tras la finalización del conflicto armado no solo merecen medidas de protección y de reparación, sino también un reconocimiento especial por parte del Estado.

Sin embargo, y teniendo en cuenta lo anterior, poco se ha hablado del tratamiento que se le ha dado a los sobrevivientes desde la normatividad y las figuras jurídicas establecidas, porque si bien estas existen, lo que han logrado es generar un fenómeno de revictimización sobre los sobrevivientes; se afirma lo anterior, teniendo como punto de partida dos situaciones concretas: primero, el trato que se le da a los sobrevivientes desde la norma al llamarlos “víctimas” genera un estigma permanente en donde no se entiende ni concibe a estas personas más allá de todo lo que sufrieron durante la guerra, y si bien esto es importante recordarlo, no puede ser objeto para generar en la persona un sentimiento de disminución frente al resto de la sociedad, sino que por el contrario, las situaciones en las que han estado estas personas, así como el lenguaje que se utiliza en las normas, deben ser herramientas para proteger los bienes jurídicos afectados a los sobrevivientes.

Segundo, como se evidenció en el planteamiento del problema, los principios, criterios de interpretación y demás elementos integrantes del ordenamiento jurídico colombiano no son suficientes para proteger los intereses de los sobrevivientes a la hora de ser aplicados en la práctica, es por eso que surge la necesidad de desarrollar un nuevo principio de interpretación que ayude a materializar el SIVJNR mediante la resolución de situaciones como las que se plantean en el presente trabajo, siendo por lo anterior que se plantea la aplicación de un nuevo criterio de interpretación **pro-sobreviviente**, que a diferencia del anteriormente tratado principio pro víctima, que posea características vinculantes para los operadores judiciales. Sin embargo, más allá de esta caracterización, existen elementos que permiten distinguir lo existente de lo que se plantea así como que permiten justificar la existencia de lo segundo:

1. *Ámbito de aplicación:* Una transición hacia la paz desde el conflicto armado siempre vendrá inmersa de unas características particulares, que en materia

jurídica no pueden ser desconocidas. Con lo anterior se pretende afirmar que es un error recurrir a figuras y normas jurídicas de otros ámbitos para la transición. Las características tan particulares de esta requieren la creación de figuras específicas para la resolución de casos cuyo origen es el conflicto armado. Es por ello, que se plantea el principio pro-sobreviviente como propio y exclusivo de modelos de justicia transicional, que por demás tienen un carácter transitorio.

2. *Criterio de interpretación:* El principio pro-sobreviviente, debido a su especialidad, servirá como criterio de interpretación normativa para el juez que conozca de procesos en el marco de la JEP, ya que este, más allá de ser una figura vinculante, es también filosóficamente un criterio orientador para entender el marco normativo de la justicia transicional, en donde lo que se propone es que todas las disposiciones normativas sean interpretadas *latu sensu* en favor de los sobrevivientes.

La misma Corte Constitucional en la sentencia C- 820 del 2006 ha establecido que en el Estado Constitucional “la interpretación de la ley debe conducir a la aplicación de valores y principios constitucionales, en tanto que éstas últimas son normas vinculantes, de aplicación preferente y directa” y que esta labor es generalmente propia de jueces, tribunales y demás operadores jurídicos, pero no exclusiva o restringida para ellos, pues expresa la Corte la Constitución es ahora la norma superior cuya aplicación directa e interpretación obligatoria irradia todo el ordenamiento jurídico, pues en el Estado constitucional las normas superiores no requieren de la ley para ser aplicadas sino que se exigen y superponen.

2. *Criterio de creación:* Además de ser un criterio para interpretar la legislación actual, el principio pro-sobreviviente debe ser lo que oriente la creación de nuevas normas en el marco de la justicia transicional.
3. *Extensión:* El principio pro víctima solo se aplica para decidir entre dos o más normas que serían aplicables a un caso concreto, es decir, resuelve solo conflictos de derecho sustancial. Para estos planteamientos concretos, se necesita un mayor alcance, al punto de poder darle facultades especiales a los jueces para actuar dentro de los procedimientos, como se verá más adelante. Por tanto este criterio hermenéutico es perfectamente congruente con lo establecido por la Corte Constitucional, previamente citado, en la sentencia C-820 del 2006, pues se convierte en vinculante esta interpretación si desarrolla principios constitucionales, tal como el contenido en el artículo 228 de la Constitución Política Nacional de la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, permitiendo entonces que

se flexibilicen las normas procesales en favor de los derechos de los sobrevivientes, dentro del marco de justicia transicional claro está.

4. *Empoderamiento*: Si bien podríamos plantear y proponer el extender el alcance del existente principio pro-víctima, consideramos que debe replantearse su concepto desde su raíz. Este principio no solo es insuficiente a la hora de resolver determinadas situaciones que se presentan en el ámbito jurídico, sino que su lenguaje disminuye a los sobrevivientes y los revictimiza, y es que el derecho no puede ser solo un mecanismo que resuelva conflictos, sino que también debe ser una herramienta que empodere a aquellas personas que por determinadas condiciones de encuentran en estado de inferioridad.

Es debido a lo anterior, que se propone el desarrollo e implementación de un nuevo criterio que se eleve a la categoría de principio, siendo esto necesario para el correcto desarrollo y aplicación de un marco normativo con características tan especiales como aquel de un modelo de justicia transicional. Es un criterio hermenéutico propio de este sistema de justicia porque tiene elementos que lo diferencian del mencionado criterio pro-victima, al ser más amplia la protección para los sobrevivientes en cuanto a garantías procesales, permitiendo dirimir conflictos entre normas procesales y no solo sustanciales, pero restringiéndolo temporal y personalmente, ya que solo se puede ejercer para garantizar los derechos y las medidas de reparación integral de los sobrevivientes, no es para cualquier persona, y su duración será por el mismo periodo de tiempo que actúe la Jurisdicción Especial para la Paz, lo que anula toda posibilidad de hacerlo extensivo a otros eventos en los que no se evidencien esos requisitos.

### **Propuesta: Medidas cautelares sobre providencia judicial**

Partiendo del problema jurídico planteado en uno de los acápites anteriores, en el cual se recalca la pérdida de competencia de la JEP para juzgar a personas que sigan cometiendo conductas punibles posteriores a la firma del acuerdo, y con ella la posible cesación de efectos de las sentencias condenatorias, las cuales no solo imponen penas, sino también ordenan medidas de reparación en favor de los sobrevivientes. Es en este último punto es donde se presenta una verdadera problemática, ya que si bien en materia punitiva es claro que la persona pierde el beneficio de acceder a penas alternativas y que debe entrar la jurisdicción ordinaria a juzgar, no es claro que sucede en el caso de la materialización de las medidas de reparación en favor de los sobrevivientes, ya que una nulidad de la sentencia por haber sido proferida por falta de competencia no solo haría que se deban imponer nuevas penas, sino también que las formas de reparación deban

ser nuevamente reconocidas en una sentencia ya que al ser nula la primera, cesaría la obligación de ejecutar dichas medidas para el victimario.

Teniendo en cuenta lo anterior, y teniendo en cuenta el estudio sobre la aplicación de un nuevo principio **pro-sobreviviente**, el cual permite que se flexibilicen algunas figuras del derecho procesal que a día de hoy se han entendido como estáticas e inmutables, es que se ha llegado a construir la siguiente propuesta:

1. *Cautela contra sentencia*: En búsqueda de la efectiva protección a los sobrevivientes, es necesario que se faculte al juez que ha de juzgar nuevamente a los victimarios (es decir, el juez penal ordinario) para dictar una medida cautelar que permita mantener en firme los efectos en materia de reparación dictados en la sentencia que ha sido o puede ser viciada de nulidad para que estas puedan seguir ejecutándose. Sí bien se entiende que una propuesta como esta podría relativizar la seguridad jurídica, los conceptos de competencia y jurisdicción, entre otras figuras *sacras* del ordenamiento jurídico colombiano, es necesario que a la luz del principio pro-sobreviviente que se plantea se le otorguen estas facultades al juez penal ordinario por parte del legislador.

Si bien en la legislación Colombia en el campo del Derecho Penal no están permitidas las medidas cautelares innominadas, hay que tener en cuenta como ya se ha expresado anteriormente, que al ser el marco de la justicia transicional un cuerpo normativo *sui generis*, debe facultarse al juez para aplicar este tipo de cautelas porque ellas aseguran la protección del objeto de litigio y la efectividad de la sentencia, Para decretarlas el juez deberá tener en cuenta unos criterios como por ejemplo; *La existencia de la amenaza o vulneración del derecho*; las cuales han sido explicadas por la Corte Constitucional (2010) en la sentencia T-1002 como lo siguiente:

El riesgo al que está expuesto un derecho es una vulneración aleatoria del mismo, la amenaza es una vulneración inminente y cierta del derecho y la vulneración consumada es la lesión definitiva del derecho. Como ya se expresó, la amenaza implica de por sí inicio de vulneración del derecho (...) En definitiva, existe un riesgo en abstracto sobre todos los derechos, riesgo que se puede convertir en amenaza y luego en daño consumado. La diferencia entre riesgo y amenaza dependerá del material probatorio que se sustente en cada caso en particular”.

Sin embargo, la anterior propuesta genera un obstáculo: su integración en el ordenamiento jurídico colombiano. El proyecto de implementación de una medida cautelar innominada en el ámbito procesal penal para proteger o garantizar el efectivo

cumplimiento de la sentencia emanada por JEP tomando como asidero jurídico el principio pro-sobreviviente, se debería asimilar bajo un marco de reformas legales necesarias al código de procedimiento penal – hoy ley 906 de 2004 – y al código penal colombiano.

Estas reformas legales se hacen necesarias, toda vez que, en el Código de Procedimiento Penal colombiano, solo se limita a que en el proceso penal se tendrán medidas cautelares de carácter real y personal, y no amplía el espectro hacia la materialización de una medida cautelar de carácter innominada. Pero ¿qué fin tienen las medidas de esta índole?, estas medidas cautelares, según Rengel Romberg se definen:

...como aquellas no previstas en la ley, que puede dictar el juez según su prudente arbitrio, antes o durante el curso del proceso, con el objeto de prevenir que pudiera quedar ilusoria la ejecución del fallo o cuando hubiera fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra. (Rangel, 1989, p. 91).

Por ende, al examinar el código procedimental penal, se denota la ausencia de esta figura procesal, lo cual hace ineficaz la protección jurídica en materia penal sobre los derechos de los sobrevivientes que esperan pronta y verdadera justicia por parte de la JEP.

1.1 Entonces, con el fin de cautelar el cumplimiento de la sentencia de la JEP, se hace indispensable reformar por vía legal, la ley 906 de 2004, con el fin de implementar las medidas cautelares de ese tipo, siendo que, en un marco de justicia premial, como la del Estado colombiano, se debe propender por una seguridad jurídica efectiva frente a los derechos de las víctimas y de los procesados.

1.2 Sin desmeritar lo anterior, en segundo lugar, se considera de vital importancia las reformas jurídicas al código procesal penal, ya que entrando en el campo de una interpretación sistemática del derecho, se debe acudir al Código General del Proceso, que en el artículo 590, se le confiere a las partes acudir a esta figura procesal para la protección de los intereses en litigio, por ende se garantiza mayor eficacia jurídica al momento de protección de derechos, y no se limita a las medidas tradicionales de cada proceso judicial.

1.3 En el eventual caso de no ser posible la reforma jurídica al Código de Procedimiento Penal, se debe utilizar un criterio hermenéutico amplio, fundándose en el mandato constitucional 29 sobre la aplicación de favorabilidad, así anexando por vía analógica esta figura procesal civil al procedimiento penal. Además, sumado a lo anterior, debe tenerse en cuenta que el C.P.P. cuenta en su

artículo 25 con una cláusula de remisión al Código de Procedimiento Civil (hoy Código General del Proceso), lo que amplía aún más la aplicación de dichas medidas en el marco de un proceso penal.

La propuesta planteada, es un mecanismo que se debe utilizar a efectos de concretar las medidas de reparación propias de un Sistema integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, principios que son fundamentales para el correcto desarrollo del modelo de justicia transicional, cuyo máximo objetivo es lograr que un país que ha vivido más de medio siglo de guerra, logre avanzar y superar los traumáticos eventos del pasado que tanto daño han causado y que tanta huella han dejado en el imaginario colectivo colombiano.

## Conclusiones

Mucho se ha discutido acerca del funcionamiento de la JEP, de su implementación, de si es un sistema que permita la verdad y la justicia o por el contrario permita la impunidad, etc.; ante los ojos de la opinión pública, todos estos puntos parecen siempre estar en tela de juicio, y no es para menos cuando se habla de las instituciones que van a juzgar a algunas de las personas más polémicas en la historia de la sociedad colombiana.

Sin embargo, en la comunidad jurídica el debate ha sido un poco distinto, ya que más allá de analizar el impacto social que generará la implementación y puesta en marcha de todo el marco de justicia transicional, el análisis se ha centrado en el aspecto meramente jurídico del mismo, muchas veces llegando a olvidar a aquellos que han sufrido el conflicto de manera directa.

La comunidad jurídica se ha encargado durante mucho tiempo de proteger a ciegas figuras que se entienden como irrefutables e inmutables al ser el resultado de cientos de años de desarrollo de la teoría jurídica en el mundo, sin embargo, suele olvidarse que el derecho y las normas jurídicas deben estar al servicio del hombre, y no viceversa. En el caso que se propone, queda en evidencia que muchas de las figuras y principios actuales como la cosa juzgada, seguridad jurídica, jurisdicción, competencia, etc., deben ser replanteados y relativizados en favor de grupos poblacionales específicos, como en este caso lo son los sobrevivientes; y si bien estas afirmaciones y planteamientos pueden llegar a causar pánico dentro de quienes no quieren modificar el *status quo* que existe dentro de las normas jurídicas, debe recordarse que el derecho no debe ser un fin en sí mismo, y que ninguno de los criterios y avances que se han logrado hoy existirían si nadie se hubiese atrevido a pensar el derecho como un medio y no como un fin.

Es por esto que, para superar un conflicto como el colombiano, compuesto por unas características únicas en el mundo, se necesita también de todo un cuerpo normativo *sui generis* que permita la efectiva reconciliación nacional bajo la construcción de una memoria colectiva, y por, sobre todo, bajo la reparación, restitución y reconocimiento de aquellos que han conocido la guerra y sus consecuencias como nadie: los sobrevivientes.

## Referencias

- Alvarado, A (2013). El procedimiento cautelar y la solución urgente y anticipada de una pretensión. Argentina: Universidad Nacional del Rosario, p.1. Recuperado el 27 de abril del 2018, de <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/35adolfo-alvarado-velloso.pdf>.
- Álvarez Torres O, M (2012). La cosa juzgada: efecto esencial de las sentencias firmes. Su relativización en el proceso de familia. Cuba: Recuperado el 29 de abril de 2018, de <http://www.eumed.net/rev/cccss/20/omat3.html>.
- Armienta, C, G (1990). Algunas reflexiones sobre los conceptos de jurisdicción y competencia. Bogotá, Colombia: Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Vol. 9, Núm. 9, p. 9, 169.
- Bustamante, V. (2017). De víctimas a sobrevivientes: implicaciones para la construcción de paces en Colombia. *Revista de Sociología y Antropología: VIRAJES*, 19 (1), pp. 147-163. DOI: 10.17151/RASV.2017.19.1.8
- Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena. (25 de julio de 2001) Sentencia C-774, [MP: Rodrigo Escobar Gil]. D- 3271
- Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena. (30 de abril del 2002) Sentencia C-316, [MP: Marco Gerardo Monroy Cabra]. D-3762.
- Colombia, Corte Constitucional, Plena. (4 de octubre de 2006) Sentencia C-820, [MP: Marco Gerardo Monroy Cabra]. D-6224
- Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena (14 de noviembre de 2017) Comunicado No. 55, Sentencia C-674 de 2017, [MP: Luis Guillermo Guerrero Pérez], RPZ-003
- Colombia, Corte Constitucional, Sala Tercera, (06 de diciembre del 2010) Sentencia T-1002, [MP: Juan Carlos Henao Pérez], T-2230769.

Congreso Colombia. Proyecto de Ley Estatutaria 008 Senado de 2017 y 016 Cámara de 2017. Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz.

Congreso de Colombia. (19 de junio de 2011). Ley Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones. [Ley 1448 de 2011]

Congreso de Colombia. (04 de Abril de 2017) Acto Legislativo 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. [Acto Legislativo 01 de 2017]. DO. N°. 50230.

Congreso de Colombia. (04 de Abril de 2017). Acto Legislativo, Aprobado Proyecto de Ley Estatutaria de la Administración en Justicia de la Jurisdicción Especial para La Paz (JEP) en comisiones primeras conjuntas de Senado y Cámara. [Acto Legislativo 01 de 2017]

Guglielmucci, A. (2017). El concepto de víctima en el campo de los derechos humanos: una reflexión crítica a partir de su aplicación en Argentina y Colombia. *Revista De Estudios Sociales*, (59), 83-97. doi:10.7440/res59.2017.07

Jarque, L. (2008). Curso Victimología – Parte de psicología. Universidad de Alicante.

Lemaitre Ripoll, J (2007) Fetichismo legal: derecho, violencia y movimientos sociales en Colombia en Derecho y pobreza. Puerto Rico: Editores del Puerto.

López, O.L. (2005). Un nuevo enfoque para abordar el desplazamiento forzado en Colombia. *Revista del Departamento de Trabajo Social*, 7. Bogotá: Facultad de Ciencias Humanas, Universidad Nacional de Colombia.

Los delegados y delegadas del Gobierno de la República de Colombia (el Gobierno Nacional) y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC- EP) (2016). Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. La Habana. Recuperado el 27 de abril de 2018, de <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/mesadeconversaciones/PDF/24-1480106030.11-1480106030.2016nuevoacuerdofinal-1480106030.pdf>.

Margarita, R (2017). Radicado en el Congreso de la República el Proyecto de Ley Estatutaria que permitirá el desarrollo de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP)", *Justicia Transicional*, Colombia, p. 1.

Norrie, A. (2015). *La justicia en la mesa de sacrificios de la historia: la culpa de la guerra en Arendt y Jaspers* (Primera ed.). Bogotá: Universidad Libre.

- Pablo, G (2006). Justicia y Reparaciones, *Justicia transicional: Manual para América Latina*. Nueva York, Oxford: University Press.
- Parra Q. J (2013). Medidas Cautelares Innominadas. Colombia: Instituto Colombiano de Derecho Procesal, p 1. Recuperado el 27 de Abril de 2018, de <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/12jairo-parra-quijano.pdf>.
- Pataquiva García G, N (2009). *Las Farc, Su Origen Y Evolución*. Madrid, España: Universidad Complutense de Madrid.
- Piero, C (1959). *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Ediciones Jurídicas Europa – América, Edición 1, Vol. 1, p. 87.
- Piero, C. (2006). *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Leyer. Pag. 87.
- Rengel R, A (1989). Medidas Cautelares Innominadas. Bogotá, Colombia: Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Vol. 8, Núm. 8, p. 91.
- Rengifo Lozano A, J (2006). El concepto de víctima en derecho internacional y su alcance en la ley de justicia y paz, *Pensamiento Jurídico*, Colombia: Universidad Nacional de Colombia, Núm. 17.
- Roberto González A., Trejos Rosero L, F (2014). ¿Fin del conflicto armado en Colombia? Colombia: Universidad del Norte.
- Secretaría de paz presidencia de la república (1996) *Los Acuerdos de Paz en Guatemala*. Ciudad de Guatemala: Recuperado el 27 de abril del 2018, de <http://www.sepaz.gob.gt/images/Descargas/Acuerdos-de-Paz.pdf>
- Texto completo del Acuerdo Final para la Terminación del conflicto. (2016). Obtenido de, <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Paginas/Texto-completo-del-Acuerdo-Final-para-la-Terminacion-del-conflicto.aspx>
- Unidad para las Víctimas, ¿En qué consisten las medidas de reparación? p 1, Recuperado el 27 de abril del 2018, de <https://rni.unidadvictimas.gov.co/node/64>.