



REPÚBLICA DE COLOMBIA
FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN

Bogotá D.C., **18 FEB. 2019**

Doctor
IVAN DUQUE MARQUEZ
Presidente de la República
Despacho.-

ASUNTO: LEY ESTATUTARIA JEP

Señor Presidente:

La JEP es la columna vertebral del sistema de justicia transicional hacia la paz y, por ello, hemos entendido que es nuestro deber contribuir a su adecuado diseño y a que su interacción con la jurisdicción ordinaria asegure la realización de los fines de la justicia y la satisfacción de los derechos de las víctimas.

En este orden de ideas, de la de la manera más respetuosa ponemos en su conocimiento varias preocupaciones de la Fiscalía General de la Nación sobre algunas disposiciones del proyecto de Ley "*Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz*", relacionadas con (i) el régimen aplicable a los delitos de ejecución permanente; (ii) el deber de no repetición por parte de los desmovilizados; (iii) la necesidad de que continúen sin solución de continuidad las investigaciones sobre los delitos del conflicto armado, mientras sobre ellos asume competencia la JEP y (iv) que no se abrigue el más mínimo manto de impunidad para los crímenes de guerra.

En estas materias el Congreso adoptó, en nuestro sentir, las decisiones más convenientes para el interés nacional y la consolidación del proceso de paz, como resultado de un consenso que se alcanzó entre el gobierno de la época, el legislativo y la Fiscalía. No obstante, el texto que ha sido sometido finalmente a la sanción presidencial desconoce en dichos asuntos algunas premisas del Acuerdo Final de Paz y resultaría altamente **inconveniente** frente a la política criminal del Estado y el cumplimiento de los deberes internacionales de Colombia en el marco de los convenios y tratados de defensa de los derechos humanos y la lucha contra la impunidad.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN

1. LOS REINSERTADOS QUE CONTINUEN EN EL NARCOTRÁFICO CON CONDUCTAS DE EJECUCIÓN PERMANENTE PODRAN CONSERVAR BENEFICIOS DE LA JEP. NO SERAN INVESTIGADOS Y JUZGADOS POR LA JUSTICIA ORDINARIA.

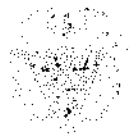
El Acuerdo Final de Paz no definió la jurisdicción competente para conocer de los delitos de ejecución permanente, por lo cual la Fiscalía manifestó al Congreso de la República que – con sujeción al principio previsto en el Acuerdo según el cual la jurisdicción de la JEP está llamada a aplicarse “únicamente a conductas cometidas con anterioridad a su entrada en vigor”¹, las conductas punibles que se proyecten con actos de ejecución después del 1º de diciembre de 2016, deberían quedar sometidas a la jurisdicción y a las leyes ordinarias, como ocurre respecto de cualquier ciudadano, tanto más si se trata de desmovilizados que se reincorporaron a nuestro estado de derecho.

Fue así como ante el Congreso de la República, la Fiscalía solicitó jurisdicción sobre los delitos de narcotráfico que iniciaron antes de la firma del Acuerdo de Paz y eventualmente se hayan continuado cometiendo con posterioridad. De hecho, en la sesión plenaria del Senado del 13 de marzo del 2017, en la que se aprobó en último debate la reforma constitucional de la JEP, la Fiscalía dejó constancia del compromiso del Gobierno de presentar en la ley estatutaria una fórmula que definiera la competencia del Ente Acusador para judicializar los delitos de narcotráfico de ejecución permanente:

“Termino ya, termino diciéndole al Congreso, al Senado de la República, que se incluya entonces en este proyecto [de la JEP] una redacción adicional para el caso de los delitos de ejecución sucesiva, de tracto sucesivo, en la cual se establezca que serán de conocimiento de la jurisdicción ordinaria con arreglo a lo que se defina en la ley estatutaria, porque son elementos ya muy técnicos y tendríamos que definir, pero bajo una premisa: que no podemos dejar los beneficios de la JEP, y lo digo en público para que cuando ese proyecto llegue al Congreso de la República podamos discutirlo honrando este compromiso. Porque no podríamos permitir, señor Presidente, beneficio alguno en esta materia cuando se trata de un elemento estructural de paz” (se subraya)

Es inequívoco, entonces, que en la memoria del Acto Legislativo de la JEP, quedó registrado el acuerdo según el cual la competencia de jurisdicción para el narcotráfico continuado, después del Acuerdo de Paz, sería definida a favor de la justicia ordinaria, no por un prurito de poder jurisdiccional, sino para que todo aquel que continuara en el narcotráfico después de la reincorporación quedara privado de los beneficios punitivos, penitenciarios y de

¹ Acuerdo Final de Paz, acápite 5.1.2, párrafo 9.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN

garantía de no extradición, propios del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No repetición (SIVJRNR).

No por otra razón el inciso segundo del artículo 5° transitorio del Acto Legislativo 01 de 2017 estableció que la ley definiría: “(...) 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 (artículo 375 del Código Penal), tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (artículo 376 del Código Penal) y destinación ilícita de muebles o inmuebles (artículo 377 del Código Penal) cometidos por las personas respecto de quienes la JEP tendría competencia (...)” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

En desarrollo de este precepto, el legislador estatutario estableció los criterios de competencia referidos a los delitos de conservación o financiación de plantaciones, tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y destinación ilícita de muebles e inmuebles, señalando unívocamente que las conductas cometidas antes del 1° de diciembre de 2016 serían de competencia de la JEP; las cometidas con posterioridad a tal fecha, corresponderían a la jurisdicción ordinaria, y estableciendo una regla precisa respecto de las conductas de narcotráfico de ejecución permanente, que se plasmó así en el No. 3 del inciso 5 del artículo 62:

“(..). 3. La jurisdicción ordinaria tendrá competencia respecto de cualquiera de las conductas referidas, cuya comisión haya iniciado antes del 1 de diciembre de 2016, cuando se hayan realizado actos de ejecución después de dicha fecha, en cuyo caso se procederá conforme a lo previsto en el artículo 20 de esta ley.(...)”

Desafortunadamente este numeral fue declarado inconstitucional en el punto Décimo Séptimo de la sentencia C-080 de 2018, sin condicionalidad alguna², lo que significa que “...la JEP [y no la jurisdicción ordinaria] es competente para conocer de los delitos de ejecución permanente cuya comisión hubiere comenzado antes del 1° de diciembre de 2016, aún en los casos en que las acciones persistan después de dicha fecha”³, lo que para el caso del narcotráfico terminó haciendo nugatorio el inciso segundo del artículo 5° transitorio del Acto Legislativo 01 de 2017.

Los efectos de ello no se traducen simplemente en la determinación de la JEP como juez natural de los reinsertados que perseveren en el narcotráfico después de la firma del Acuerdo de Paz. Lo más grave es que, pese a tratarse de desmovilizados y haber asumido el

² En el comunicado de prensa No. 32 del 15 de agosto de 2018 se dijo que la inconstitucionalidad se decretaría bajo el bien entendido de que tal determinación obedece a que “corresponde a la JEP en ejercicio de su competencia prevalente, evaluar la conducta y determinar su remisión a la jurisdicción ordinaria”.

³ Sentencia C-080 de 2018.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN

compromiso de “no repetición”, su conducta sería juzgada con un régimen de penas ampliamente benigno y con los beneficios penitenciarios de la JEP, contrario a lo dispuesto para cualquier ciudadano, lo cual se llevaría de calle el Acuerdo de Paz cuando previó que el régimen de la JEP se aplicaría únicamente a “conductas cometidas con anterioridad a su entrada en vigor”⁴.

Por todo lo anterior, llamo su atención en el sentido de que **la entrada en vigencia de la ley estatutaria en los términos señalados, lleva implícito un incentivo perverso para que los desmovilizados vinculados al narcotráfico continúen en esta actividad, en momentos en que la política pública antidrogas reclama un tratamiento totalmente diferente.** Así, si un desmovilizado mantiene sus cultivos ilegales podría ser beneficiario de penas no restrictivas de la libertad de 2 a 5 años, mientras un campesino está expuesto a sanciones de prisión de 6 a 12 años.

Frente a este panorama normativo, es imperioso presentar al Congreso de la República una iniciativa legislativa para que, al tenor de lo dispuesto expresamente por el propio constituyente (inciso segundo del artículo 5º transitorio del Acto Legislativo 01 de 2017), la ley defina con precisión los casos y las circunstancias en que la jurisdicción ordinaria será la competente para investigar y juzgar a los reinsertados que, luego del 1º. de diciembre de 2016, continúan vinculados a actividades de narcotráfico, con arreglo a los postulados de la política criminal.

2. REINCIDENCIA EN EL SECUESTRO, NARCOTRAFICO Y HOMICIDIOS NO IMPLICARA PERDIDA DE TODOS LOS BENEFICIOS DEL SISTEMA DE LA JEP

El Acto Legislativo 01 de 2017 erigió como uno de los pilares fundamentales del sistema de justicia transicional, la garantía de no repetición (Art. 1º.), lo que en criterio de la Fiscalía implica que el mantenimiento de los beneficios del SIVJRNR, obliga a los reinsertados a abstenerse de la comisión de nuevos delitos.

De nuevo, este fue un asunto ampliamente debatido con ocasión del trámite de la Ley Estatutaria. En aquella oportunidad los asesores jurídicos de la FARC y el abogado Yesid Reyes, quien fungía como asesor del gobierno, sostenían que el deber de *no repetición* se limitaba a la obligación de los reinsertados de no volver a levantarse en armas contra el Estado, de suerte que frente a los beneficios de la paz era irrelevante que volvieran al secuestro, al homicidio, al narcotráfico o a la extorsión, para citar unos ejemplos.

⁴ Acuerdo Final de Paz, acápite 5.1.2, párrafo 9.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN

Ante esta tesis, este Despacho sostuvo ante el gobierno y el Congreso que la no repetición obligaba a los desmovilizados a aceptar el orden jurídico íntegramente y, en consecuencia, a asumir los deberes negativos de todo ciudadano, en especial aquellos que tienen que ver con la obligación de no incurrir en ilícitos penales. Entendía y entiende la Fiscalía que desde el punto de vista axiológico y a la luz de lo acordado en La Habana, **no es posible que los beneficios de la reincorporación convivan con el delito.**

Frente a este predicamento el Congreso optó de manera ampliamente mayoritaria por definir que la garantía de no repetición era absoluta y llevaba inmerso el compromiso de no volver a delinquir de manera consciente y deliberada. Por ello, dispuso en el artículo 20, par. 1º., que a riesgo de perder TODOS los beneficios los reinsertados no podían incurrir en ningún delito doloso “cuya pena mínima de prisión sea igual o superior a cuatro (4) años y que afecten los bienes jurídicos: a la vida e integridad personal, contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, la libertad individual y otras garantías, contra la libertad, integridad y formación sexuales, orden económico y social, recursos naturales y medio ambiente, contra la seguridad pública, contra la salud pública, contra los mecanismos de participación democrática, contra la administración pública, contra eficaz y recta administración de justicia, contra la existencia y seguridad del Estado, contra el régimen constitucional y legal, así como el delito de extorsión, o delitos de ejecución permanente, después del primero (1o) de diciembre de 2016, en particular, conductas asociadas con cualquier eslabón de la cadena de producción de los cultivos de uso ilícito y sus derivados.”

Empero, la Corte Constitucional dispuso “Declarar la **CONSTITUCIONALIDAD** del artículo 20, excepto la expresión “*todos los*” del párrafo primero, que se declara **INCONSTITUCIONAL**”, como resultado de lo cual la exclusión del SIVJRN, se produce únicamente por la rebelión o por entrar a formar parte de grupos armados o delictivos organizados. Las demás reincidencias por parte de los sujetos de competencia de la JEP simplemente traerán como consecuencia la pérdida de algunos beneficios y derechos, de conformidad con un análisis de proporcionalidad y gradualidad que se le confía a la JEP.

En este estado, debemos advertir que **de entrar en vigencia la norma convivirán beneficios de la JEP con la reincidencia en delitos tales como el secuestro, la extorsión, el narcotráfico o el homicidio doloso.** Esta cuestión no es un asunto menor si se tienen en cuenta las cifras en materia de reincidencia que, a la fecha, ha consolidado la Fiscalía General de la Nación en lo que va corrido del postconflicto. Según un análisis preliminar elaborado por la Dirección de Apoyo y Análisis contra la Criminalidad Organizada, respecto de las personas que integran el listado de personas certificadas por las extintas FARC-EP y su posible participación en delitos después del 1º. de diciembre de 2016, hay 361 investigaciones activas, de las cuales: treinta y uno (31) corresponden a tráfico, fabricación y porte de arma de fuego; veinticuatro (24) a homicidios; veintidós (22) a amenazas;



REPÚBLICA DE COLOMBIA
FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN

diecinueve (19) a concierto para delinquir; trece (13) a tráfico de estupefacientes; diez (10) a delitos sexuales; diez (10) secuestros y ocho (8) a extorsión, entre otros.

3. SUSPENSIÓN DE INVESTIGACIONES DE DELITOS RELACIONADOS CON EL CONFLICTO

Desde el Acuerdo de Paz se estableció que la Fiscalía solo perdería competencia sobre las conductas cometidas durante el conflicto armado, a partir de la expedición de la Resolución de Conclusiones por parte de la JEP. Más recientemente así lo reconocimos expresamente la JEP y la Fiscalía en el comunicado conjunto del 31 de octubre de 2018, en el buen propósito de asegurarle al país y a la comunidad internacional que no habría solución de continuidad en el ejercicio de la jurisdicción sobre los delitos del conflicto armado.

Este fue uno de los asuntos más complejos en el trámite de la ley estatutaria. En el proyecto inicial del gobierno, aunque se reconocía que la Fiscalía General de la Nación continuaría adelantando las investigaciones, hasta tanto la Sala de Reconocimiento de Verdad y Verificación anunciara públicamente que en tres meses presentaría al Tribunal para la Paz su resolución de conclusiones⁵, se contemplaba una disposición que en la práctica hacía nugatoria la competencia de la jurisdicción ordinaria:

“(...) Atendiendo a la competencia exclusiva de la JEP sobre las conductas cometidas con anterioridad al 1º de diciembre de 2016, conforme se establece en el artículo transitorio 5 del AL 001 de 2007, los órganos y servidores públicos que continúen las anteriores investigaciones no podrán practicar diligencias, ni realizar actuaciones que involucren a las personas cuyas conductas son competencia de la JEP.(...)”⁶ (Subrayado fuera de texto)

Tal propuesta de norma, al impedir la práctica de diligencias y actuaciones, suponía la suspensión automática de todas las investigaciones en cuestión, lo cual constituía un incentivo a la impunidad, en la medida en que se paralizaba de *iure* la acción de la justicia, sin suspender las prescripciones de ley y abriendo una oportunidad para que se diluyera el acopio de pruebas esenciales para las investigaciones. La Fiscalía lo señaló así ante el Congreso de la República, que optó en lo esencial por dejar incólumes las competencias investigativas de la Fiscalía en estos eventos, como se consagró en el artículo 79, literal j), del proyecto de ley estatutaria, donde se lee:

⁵ Artículo 73, literal j), del proyecto de ley.

⁶ *Ibidem*.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN

- j. “La Fiscalía General de la Nación o el órgano investigador de cualquier otra jurisdicción que opere en Colombia, continuarán adelantando las investigaciones relativas a los informes mencionados en el literal b) hasta el día en que la Sala, una vez concluidas las etapas anteriormente previstas, anuncie públicamente que en tres meses presentará al Tribunal para la Paz su resolución de conclusiones, momento en el cual la Fiscalía o el órgano investigador de que se trate, deberán remitir a la Sala la totalidad de investigaciones que tenga sobre dichos hechos y conductas. En dicho momento en el cual la Fiscalía o el órgano investigador de que se trate perderá competencias para continuar investigando hechos o conductas competencia de la Jurisdicción Especial de Paz.

[...]

“Atendiendo a la competencia exclusiva de la JEP sobre las conductas cometidas con anterioridad al 10 de diciembre de 2016, conforme se establece en el artículo transitorio 5 del Acto Legislativo 01 de 2017, **los órganos y servidores públicos que continúen las anteriores investigaciones solo podrán realizar actos de indagación e investigación según el procedimiento que se trate absteniéndose de proferir sentencias, imponer medidas de aseguramiento, ordenar capturas o cumplir las que previamente se hayan ordenado, que involucren a personas cuyas conductas son competencia de la JEP.** [...]” (negrilla extratextual)

Ocurre, no obstante, que la sentencia C-080 de 2018 de la Corte Constitucional dispuso la constitucionalidad condicionada de este literal, precisando que “los órganos y servidores públicos que continúen las anteriores investigaciones, a que se refiere la norma, no podrán ordenar la citación a la práctica de diligencias judiciales”, con lo cual queda maniatada la actividad investigativa del Ente Acusador.

En efecto, de ser así, no sería posible llevar a cabo respecto de reinsertados y agentes del Estado, entrevistas, interrogatorios, declaraciones juradas, indagatorias, audiencias de formulación de imputación, audiencias de control de legalidad cuando el indagado conoce de la investigación, etc, lo que en la práctica equivaldría a que, mientras la JEP asume competencia en estos casos, no habría jurisdicción que opere y asuma efectivamente tales investigaciones, porque las actuaciones que se desarrollan en tales diligencias resultan esenciales a toda investigación penal, todo ello en desmedro de los intereses de las víctimas y en un claro incumplimiento del deber del Estado de ejercer la persecución penal de graves crímenes.

Nuestra preocupación es más delicada si se recuerda que la Fiscal de la Corte Penal Internacional le ha manifestado al Fiscal General de la Nación que “*Los asuntos de admisibilidad no pueden ser evaluados sobre la base de procedimientos nacionales*”



REPÚBLICA DE COLOMBIA
FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN

hipotéticos y deben estar basados en hechos concretos de que una investigación genuina existe en la actualidad. Las autoridades nacionales deben probar que están conduciendo procedimientos judiciales nacionales, con prueba tangible de que el Estado está adelantando una investigación, debe ser lo suficientemente específica y tener valor probatorio que demuestre que, en realidad, se está investigando el caso”⁷.

De hecho, más recientemente, en el Informe sobre las Actividades de Examen Preliminar de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional, del pasado 5 de diciembre, dicha autoridad advirtió que *“este asunto y toda otra iniciativa legislativa que pudiera resultar en retrasos en traer a los perpetradores a rendir cuentas, limitaciones a los alcances y la exhaustividad de las investigaciones sobre delitos complejos y, en general, poner en duda el carácter genuino de los procedimientos, son de gran interés para la Fiscalía en la medida en que podrían tener impacto sobre la admisibilidad de los casos potenciales”⁸.*

Esta preocupación ha llevado, precisamente, a que el pasado 9 de febrero *Human Rights Watch* haya manifestado, en su cuenta de twitter y por conducto de su director José Miguel Vivanco, que constituye un “gran error” que se *“contribuya a frenar los procesos penales (aunque no las investigaciones) en la @FiscaliaCol por casos vinculados al conflicto armado”*.

4. IMPUNIDAD PARA AUTORES DE CRÍMENES DE GUERRA QUE NO SEAN MAXIMOS RESPONSABLES

Al tiempo de la discusión en el Congreso de la Ley Estatutaria, la Fiscalía propuso especial cautela en los alcances del denominado “principio de selección”, a efecto de que nunca fuera posible la renuncia a la acción penal respecto de los crímenes de guerra y de lesa humanidad cometidos por los actores del conflicto, con apego a los compromisos internacionales contraídos por Colombia.

Nuestra recomendación siempre se inspiró en el deber irrenunciable del estado colombiano de investigar, juzgar y sancionar los crímenes contra la humanidad, rubricado por los tratados internacionales suscritos por nuestro país y que forman parte del bloque de constitucionalidad.

Por ello el Congreso dispuso en el proyecto de Ley Estatutaria que *“En ningún caso podrá renunciarse al ejercicio de la acción penal cuando se trate de delitos no amnistiales...”* (Parágrafo 2º.. artículo 19).

⁷ Comunicación de la Fiscal de la Corte Penal Internacional, Fatou Bensouda, al Fiscal General de la Nación de diciembre 19 de 2017. Traducción Libre.

⁸ Fiscalía de la CPI, Informe sobre las Actividades de Examen Preliminar , 5 de diciembre de 2018.



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN**

Empero, este párrafo fue declarado constitucional en forma condicionada en la sentencia C-080, en el bien entendido de que la renuncia a la acción penal queda circunscrita a “aquellos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática, los cuales podrán ser atribuidos a los máximos responsables”.

En este orden de ideas, de entrar en vigencia la Ley Estatutaria, con la condicionalidad dispuesta en el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia, en Colombia podría llegarse a eximir de toda responsabilidad penal a los autores de estos delitos, cuando no sean considerados máximos responsables.

Es mi deber llamar la atención que la Fiscal de la Corte Penal Internacional ha manifestado que *“el Estatuto [de Roma] no impone limitaciones con fundamento en el nivel de responsabilidad de los autores [...] Con fundamento en el Estatuto, la CPI continúa teniendo jurisdicción sobre los autores que han cometido crímenes establecidos por la CPI en los territorios de los estados parte, tales como Colombia, aun cuando, como asunto de política, no sean seleccionados para procesar bajo los términos de la estrategia procesal de mi Despacho”*⁹. Y concluye la funcionaria que *“el Estatuto (de Roma) recuerda que es obligación de cada Estado ejercer su jurisdicción penal sobre aquellos responsables de crímenes internacionales, y dichos crímenes no deben quedar sin castigo y que se debe garantizar su eficaz enjuiciamiento tomando las medidas a nivel interno”*¹⁰.

Señor Presidente: Tengo la certeza de que Usted compartirá las preocupaciones de este Despacho, en el propósito común de que la Nación consolide una paz justa, legítima y duradera. Las mismas, lejos de impedir la consolidación de los Acuerdos, se edifican en el texto y el espíritu de los mismos, como en su oportunidad lo tuvo en cuenta el Congreso de la República al aprobar las normas que, de manera inconveniente, han dejado de formar parte del texto que ha sido sometido a sanción presidencial.

Atentamente,


NÉSTOR HUMBERTO MARTÍNEZ NEIRA
Fiscal General de la Nación

⁹ Comunicación de la Fiscal de la Corte Penal Internacional, Fatou Bensouda, del 7 de agosto de 2013, remitida a la Corte Constitucional.

¹⁰ Idem.