

HISPANO-AMERICANA
GESCHICHTE, SPRACHE, LITERATUR

Herausgegeben von
Walther L. Bernecker, Elmar Eggert, Javier Gómez-Montero,
Luz Elena Gutiérrez de Velasco Romo, José M. Navarro de Adriaensens,
Dieter Reichardt, Friedhelm Schmidt-Welle, Angela Schrott
und Jan-Henrik Witthaus

BAND 64


PETER LANG

XIV H/VOLITJ/CO

Roland Spiller / Thomas Schreijäck (eds.)
en cooperación con Pilar Mendoza,
Elisabeth Rohr y Gerhard Strecker

Colombia: memoria histórica,
posconflicto y transmigración


PETER LANG

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation
in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische
Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Gedruckt auf alterungsbeständigem, säurefreiem Papier.

Druck und Bindung: CPI books GmbH, Leck

ISSN 0943-6022

ISBN 978-3-631-77399-4 (Print)

E-ISBN 978-3-631-77669-8 (E-PDF)

E-ISBN 978-3-631-77670-4 (EPUB)

E-ISBN 978-3-631-77671-1 (MOBI)

DOI 10.3726/b15122

© Peter Lang GmbH

Internationaler Verlag der Wissenschaften
Berlin 2018

Zentralbibliotheken
der Juristischen Fakultät Alle Rechte vorbehalten.
der Georg-August-Universität Göttingen
Peter Lang - Berlin · Bern · Bruxelles ·
New York · Oxford · Warszawa · Wien

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich
geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des
Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages
unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für
Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die
Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Diese Publikation wurde begutachtet.

www.peterlang.com

23 19 | 1450

Prólogo

Cuando organizamos el simposio “Memoria histórica, posconflicto y trans migración” en la universidad Goethe de Frankfurt en mayo de 2017, en cooperación con la Friedrich-Ebert-Stiftung, disponíamos de la experiencia del simposio “Guatemala nunca más. Desde el trauma de la Guerra Civil hacia la integración étnica, la democracia y la justicia social”,¹ que habíamos organizado en 2012 en Frankfurt, igualmente bajo el patrocinio de Tom Koenigs. Esta cooperación fue continuada en forma de un *simposio* en la Universidad Landívar de Guatemala. Koenigs, diputado del parlamento alemán, encargado de las comisiones de paz en Guatemala (MINUGUA) y Colombia, nos acompañó en la preparación de ambos proyectos interdisciplinarios.

Ahora publicamos los resultados de nuestros debates e investigaciones sobre Colombia provenientes de la sociología, la politología, los estudios jurídicos, la teología y la crítica literaria y cultural. La siempre exigente labor interdisciplinaria fue exitosa gracias a los esfuerzos comunes de nuestro grupo de investigación constituido por la Prof. Dra. Elisabeth Rohr (Marburgo), la Dra. Pilar Mendoza, el Prof. Dr. Thomas Schreijäck, el Prof. Dr. Roland Spiller (GU Frankfurt) y Gerhard Strecker (DSV, Asociación Alemana de Profesores de Español/Deutscher Spanischlehrerverband). Abordamos el proceso de paz colombiano, sus perspectivas y desafíos desde los temas principales de la memoria y la migración en el marco del posconflicto. No todos los que participaron se encuentran en estas actas, sin embargo la presencia de personalidades como el padre Francisco de Roux, Gonzalo Sánchez (exdirector del Centro Nacional de Memoria Histórica), Antonio Navarro Wolff (exmiembro del M19 y ahora candidato a la alcaldía de Bogotá) y la escritora Laura Restrepo enriquecieron enormemente el proyecto entero.

El simposio, cuyas actas publicamos ahora, nos enseñó que el proceso de paz no es uno, sino una realidad heterogénea, como lo es Colombia, y que consiste en múltiples procesos, que a su vez se realizan gracias a una multiplicidad de actores, discursos, prácticas, instituciones y relatos. Sin embargo, se puede resumir que esta diversidad se distingue por una enorme estratificación territorial –basta pensar en la problemática del desplazamiento y la ocupación de terrenos por los

¹ Roland Spiller con Werner Mackenbach, Elisabeth Rohr, Thomas Schreijäck, Gerhard Strecker (eds.), *Guatemala: Nunca más. Desde el trauma de la Guerra Civil hacia la integración étnica, la democracia y la justicia social*. F&G Editores: Guatemala 2015.

El Espectador: "Uribe da 10 razones para no hablar de conflicto armado", 7.5.2011, recuperado el 30.10.2017 de <http://www.elespectador.com/content/uribe-da-10-razones-para-no-hablar-de-conflicto-armado>.

El Tiempo: "Farc están preparadas para guerra urbana si fracasa proceso de paz", 16.5.2016, recuperado el 30.10.2017 de <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16622278>.

Grupo de Memoria Histórica: *¡Basta Ya! Colombia: memorias de guerra y dignidad. Informe general Grupo de Memoria Histórica*. Imprenta Nacional: Bogotá 2013.

Grupo de Memoria Histórica: *Trujillo, una tragedia que no cesa*. Planeta: Bogotá 2008.

Lederach, John Paul: *La imaginación moral*. Nomos: Bogotá D.C. 2016.

Revista Semanas: "Proyecto Víctima", recuperado el 30.10.2017 de <http://especiales.semana.com/especiales/proyectovictimas/>.

Ronderos, María Teresa: *Guerras recicladas*. Aguilar: Bogotá 2014.

Uprimny Yepes, Rodrigo / Saffon Sanín, María Paula: "La ley de 'justicia y paz'. ¿una garantía de justicia y paz y de no repetición a las atrocidades?" En: AA. VV.: *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*. Antropos: Bogotá 2016, pp. 173-197.

Vinyes, Ricard: "La memoria como política pública". En: Guixé i Corominas, Jordi/ Iniesta, Montserrat (eds.): *Políticas públicas de la memoria. I Coloquio Internacional Memorial Democràtic*. Milenio: Lleida 2009.

Kai Ambos y Susann Aboueldahab

Juristas extranjeros en la Jurisdicción Especial para la Paz: ¿un nuevo concepto de *amicus curiae*?

Abstract: One of the major changes in the renegotiated Final Peace Agreement between the Colombian Government and the FARC-EP has been the replacement of foreign judges by mere foreign jurists invoking the concept of "amicus curiae". The present article analyzes the concept's genesis and its generally agreed meaning which apparently deviates from the Colombian understanding. It identifies inconsistencies in the Colombian approach and tries to contribute to a coherent interpretation reconciling this approach with the international guidelines.

Keywords: Final Peace Agreement, Jurisdicción Especial para la Paz, foreign judges, amicus curiae, international (criminal) law.

1. Introducción

Con la conclusión del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera ("Acuerdo Final") entre el gobierno colombiano y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (FARC-EP) el 24 de noviembre de 2016, la implementación entra ahora en una fase decisiva. La Corte Constitucional ha aprobado la reforma constitucional que facilita la implementación mediante el Acto Legislativo especial del 4 de abril de 2017¹ con voto unánime.² Los jueces de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), la piedra angular judicial del Acuerdo, han sido seleccionados recientemente³ en un procedimiento transparente y competitivo por un Comité

1 Acto Legislativo N° 01 del 4 de abril de 2017 "por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la construcción para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera", <http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/ACTO%20LEGISLATIVO%20N%2001%20DE%204%20DE%20ABRIL%20DE%202017.pdf> (accedido el 11.1.2018).

2 El Espectador: "Corte Constitucional condiciona la Justicia Especial para la Paz", 14.11.2017, accedido el 11.1.2018, <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/corte-constitucional-condiciona-la-justicia-especial-para-la-paz-articulo-723073>.

3 El Espectador, Colombia 2020: "Listos los magistrados: ¿qué viene para la JEP?", 26.7.2017, accedido el 11.1.2018, <https://colombia2020.elespectador.com/jep/listos-los-magistrados-que-viene-para-la-jep>.

de Selección autónomo (Comité de Escogencia).⁴ Asimismo, el Comité de Escogencia seleccionó el 6 de diciembre de 2017 a 14 juristas extranjeros (denominados *amici curiae*) como consultores de la JEP.⁵ Sin embargo, no está del todo claro qué papel tendrán estos *amici* ante la JEP. Lo que sí queda claro es que el concepto colombiano de *amicus curiae* difiere mucho de la habitual comprensión internacional de esta institución. ¿Qué intereses motivaron a los diseñadores del Acuerdo Final para recurrir a este concepto modificado en vez de seguir con la inclusión de jueces extranjeros prevista en la primera versión del Acuerdo de Paz? ¿Y qué consecuencia tendrá realmente este cambio para la práctica de la JEP? El siguiente análisis del concepto colombiano de *amicus curiae* busca hallar respuestas a estas preguntas con el fin de determinar su naturaleza y así captar el rol de los *amici* ante la JEP.

2. De jueces extranjeros a *amici curiae*

El papel de los juristas extranjeros en la JEP ha sido un tema controvertido desde el inicio de las negociaciones de paz hasta hoy. La primera versión del Acuerdo de Paz contempló una JEP mixta compuesta por jueces colombianos y extranjeros, otorgando a los colombianos una mayoría de dos tercios.⁶ La participación de juristas extranjeros fue especialmente exigida por las FARC-EP y apoyada por el Gobierno, quienes destacaron especialmente que la participación de jueces extranjeros garantizaría la compatibilidad de la jurisprudencia con los estándares internacionales.⁷ Esto tiene importancia

4 Para más información véase la página web del Comité de Escogencia: <http://www.comitedeescogencia.com>.

5 Véase el Comunicado 31 del Comité de Escogencia del 6 de diciembre de 2017, http://cedpal.uni-goettingen.de/data/Novidades/2017/COMUNICADO_31_AMICUS_CURIAE_06122017.pdf. El Tiempo: "Listos los 14 juristas extranjeros que acompañarán la justicia de paz", 6.12.017, accedido el 11.1.2018 <http://www.eltiempo.com/politica/proceso-de-paz/listos-los-juristas-extranjeros-que-acompanaran-la-justicia-de-paz-jep-159096>.

6 Véase la página 170 del primer Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera del 24 de agosto de 2016, <http://www.urnadecristal.gov.co/sites/default/files/acuerdo-final-habana.pdf>.

7 Véase al respecto Zuluaga, John: "El 'amicus curiae' como órgano consultivo de la JEP", *Ámbito Jurídico*, 1.11.2017, accedido el 11.1.2018, <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-online/constitucional-y-derechos-humanos/el-amicus-curiae-como-organo>; Ambos, Kai/Aboueldahab, Susann: "Foreign Jurists in the Colombian Special Jurisdiction for Peace: A New Concept of Amicus Curiae?", *Blog of the European Journal of International Law (EJIL: Talk!)*, 19.12.2017, accedido el 11.1.2018, <https://>

particularmente con respecto a una posible intervención de la Corte Penal Internacional (CPI): Colombia como Estado parte del Estatuto de la CPI (Estatuto de Roma) tiene la obligación de cumplir con los estándares allí establecidos con respecto a la persecución efectiva de los crímenes de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. En consecuencia, si Colombia no logra investigar adecuadamente estos crímenes fundamentales del derecho penal internacional, la CPI podría intervenir al amparo del principio de complementariedad (*principle of complementarity*) con el fin de evitar una situación de impunidad.⁸ Además del rol de los jueces extranjeros para la salvaguarda del cumplimiento del derecho penal internacional, ellos también podrían servir como escudo protector contra la influencia e interferencia de la política doméstica. Esta es la razón de fondo por la que en muchos contextos de transición o de postconflicto se opta por tribunales puramente internacionales (como el recién creado Tribunal Especial para Kosovo) o por tribunales híbridos/mixtos (compuesto por jueces nacionales e internacionales).⁹

www.ejiltalk.org/foreign-jurists-in-the-colombian-special-jurisdiction-for-peace-a-new-concept-of-amicus-curiae/.

- 8 La Fiscal de la CPI, Fatou Bensouda, recientemente visitó a Colombia y dejó claro que la CPI está observando minuciosamente si el Estado Parte cumple con sus obligaciones bajo el Estatuto de Roma, véase el Escrito de *amicus curiae* de la Fiscal de la CPI sobre la Jurisdicción Especial para la Paz ante la Corte Constitucional de la República de Colombia del 18 de octubre de 2017. Véase al respecto también la Declaración de la Fiscal de la CPI al concluir su visita a Colombia del 13 de septiembre de 2017, <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=170913-otp-stat-colombia&ln=Spanish>; además Semana: "Las cuatro críticas de la fiscal de la CPI a la Justicia Especial para la Paz", 21 de octubre de 2017, accedido el 12 de enero de 2018, <http://www.semana.com/nacion/articulo/los-reparos-de-la-fiscal-de-la-cpi-a-la-justicia-especial-de-paz/544474>. Para más información acerca del principio de la complementariedad, véase Ambos, Kai: *Treatise on International Criminal Law. Volume III: International Criminal Procedure*. Oxford University Press: Oxford 2016, p. 266 ss.
- 9 Véase al respecto Ambos, Kai: "Los magistrados de la JEP". *El Espectador*, columna del 20.3.2017, accedido el 11.1.2018, <https://www.elespectador.com/opinion/los-magistrados-de-la-jep-columna-685497>. Ejemplos para tribunales híbridos son el Tribunal Especial de Sierra Leona, las Cámaras Extraordinarias de Camboya y el Tribunal Especial para el Líbano, véase al respecto Ambos, Kai: *Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part*. Oxford University Press: Oxford 2013, p. 40 ss.

Después del rechazo de la primera versión del Acuerdo de Paz (del 24 de agosto de 2016) en el marco del plebiscito del 2 de octubre de 2016,¹⁰ la solución política fue renegociar el Acuerdo inicial y realizar algunas modificaciones respecto de los puntos más problemáticos. Dada la oposición vehemente contra la participación de *jueces* extranjeros en la JEP,¹¹ esta figura ha sido reemplazada por “meros” *juristas* extranjeros a través de la figura de *amicus curiae*. En resumen, por un lado, las partes del Acuerdo de Paz favorecieron la participación de jueces extranjeros en la JEP, pero, por otro lado, la fuerte oposición al Acuerdo¹² obligó al gobierno a excluir los jueces extranjeros e incluso a limitar la influencia de los juristas extranjeros que los sustituyeron (*amici curiae*).¹³

La institución de *amicus curiae* (“amigos de la corte” en latín), proveniente del derecho anglosajón, es ampliamente reconocida por los tribunales de derecho (penal) internacional.¹⁴ Los *amici curiae* no son partes procesales del

- 10 BBC News: “Colombia referendum: Voters reject Farc peace deal”, 3.10.2016, accedido el 11.1. 2018, <http://www.bbc.com/news/world-latin-america-37537252>. Aunque fue rechazado por una estrecha mayoría del 50.2 por ciento de los votos, véase Chen, Kelly/Gallón, Natalie: Colombians narrowly reject peace deal with the FARC, *CNN*, 5.10.2016, accedido el 11.1.2018, <http://edition.cnn.com/2016/10/02/americas/colombia-farc-peace-deal-vote/index.html>.
- 11 Véase por ejemplo Rendón, Olga: “Los extranjeros que podrían incidir en la JEP”, *El Colombiano*, 18.10.2017, accedido el 11.1.2018, <http://www.elcolombiano.com/colombia/los-extranjeros-que-podran-incidir-en-la-jep-NX7514483>.
- 12 La oposición al Acuerdo fue encabezada por el ex presidente Uribe, véase por ejemplo Lafuente, Javier: “Uribe rechaza el nuevo acuerdo de paz entre el Gobierno y las FARC y pide un nuevo plebiscito”, *El País*, 22.11.2016, accedido el 11.1.2018, https://elpais.com/internacional/2016/11/22/colombia/1479819217_374727.html.
- 13 Véase al respecto Marcos, Ana: “Las modificaciones del nuevo acuerdo de paz en Colombia”, *El País*, 24.11.2016, accedido el 11.1.2018, https://elpais.com/internacional/2016/11/23/colombia/1479937276_654100.html.
- 14 Véase la definición de *amicus curiae* según Garner, Bryan et al.: *Black's Law Dictionary*, Thomson West: St. Paul et al., décima edición 2014, p. 102: “Someone who is not party to a lawsuit but who petitions the court or is requested by the court to file a brief in the action because that person has a strong interest in the subject matter.” Véase también Williams, Sarah/Woolaver, Hannah: “The role of *amicus curiae* before international criminal Tribunals”. *International Criminal Law Review (ICLR)* 6, 2006, p. 151–189, p. 151–4; y, en cuanto a la práctica de *amici* en tribunales internacionales no penales, Dolidze, Anna: “Bridging Comparative and International Law: Amicus Curiae Participation as a Vertical Legal Transplant”. *The European Journal of International Law (EJIL)* 26, 2015, p. 861–80; Ambos 2016, p. 203 s. con más referencias. Para un estudio profundo desde una perspectiva histórica y comparada con un enfoque en el proceso civil véase Kühne, Ulrich: *Amicus Curiae. Richterliche Informationsbeschaffung durch*

juicio,¹⁵ sino participantes independientes¹⁶ que proporcionan información especializada sobre cuestiones pertinentes¹⁷ en casos en los que se requiera de sus conocimientos especializados.¹⁸ Los conceptos emitidos por los *amici* se dirigen a facilitar la apropiación por parte de los magistrados de los tribunales de elementos de juicio, información y valoraciones que puedan ser necesarias para la toma de alguna decisión en sus procesos. Esta figura no es extraña en el ordenamiento jurídico colombiano. Ella se encuentra prevista en el Decreto 2067 de 1991, que establece en su art. 13 la posibilidad de intervenciones de expertos por invitación de un magistrado sustanciador.¹⁹ A nivel internacional, los *amici curiae* pueden presentar sus conceptos oralmente durante las actuaciones o –lo cual constituye la práctica habitual– de forma escrita por medio de informes (“*amicus brief*”).²⁰ Para ello, los *amici* pueden aproximarse en cualquier momento

- Beteiligung Dritter*, Mohr Siebeck: Tübingen 2015; desde la perspectiva del derecho económico internacional véase Segger, Sören: *Der Amicus Curiae im internationalen Wirtschaftsrecht: Eine rechtsvergleichende Untersuchung des U.S.-amerikanischen, deutschen, europäischen Welthandels- und Investitionsschutzrechts sowie der Principles of Transnational Civil Procedure*, Mohr Siebeck: Tübingen 2017. Para un análisis crítico en cuanto a la contribución de los *amici* a la legitimidad y eficiencia de los Tribunales penales internacionales véase Kent, Avidan/Trinidad, Jamie: “The Management of Third-party Amicus Participation before International Criminal Tribunals: Juggling Efficiency and Legitimacy”, *International Criminal Law Review (ICLR)* 17, 2017, pp. 728–747 (734 ss.).
- 15 Tuinstra, Jarinde: *Defence Counsel in International Criminal Law*, T.M.C. Asser Press: The Hague, 2009; Tochilovsky, Vladimir: *The Law and Jurisprudence of the International Criminal Tribunals and Courts*, Intersentia: Cambridge, segunda edición, 2014, p. 1343; véase además Prosecutor v Krajišnik, No. IT-00-39-A, AC Decision on Momčilo Krajišnik's Request to Self-represent, para. 20 (11 de Mayo de 2007).
- 16 Krajišnik, No. IT-00-39-A, para 19.
- 17 Situation in the DRC, No. ICC-01/04-373, para. 4; véase también Schabas, William: *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press: Oxford, segunda edición, 2010, p. 772.
- 18 Prosecutor v. Ntaganda, No. ICC-01/04-02/06-259, PTC II Decision on the application by the Redress Trust to submit Amicus Curiae Observations, para. 3 (18 de febrero de 2014).
- 19 Ahí dice en el Artículo 13. “El magistrado sustanciador podrá invitar a entidades públicas, a organizaciones privadas y a expertos en las materias relacionadas con el tema del proceso a presentar por escrito que será público, su concepto sobre puntos relevantes para la elaboración del proyecto de fallo. La Corte podrá, por mayoría de sus asistentes, citarlos a la audiencia de que trata el artículo anterior.”
- 20 Ambos 2016, p. 203 ss.

al tribunal respectivo sin que sean preseleccionados previamente tras un proceso formal. Si bien el derecho internacional penal no prevé limitaciones muy claras al respecto y deja un amplio margen a los jueces respecto a la inclusión de *amici curiae*,²¹ la situación difiere en el caso de la JEP: aquí, la institución de *amici curiae* sirve exclusivamente como alternativa a jueces extranjeros, cuya participación ya no está prevista en el Acuerdo reformado. En vez de ello se ha dado a los juristas extranjeros preseleccionados más bien un rol consultivo invocando el concepto del *amicus curiae*.

En general, los tribunales internacionales tienen un amplio margen de discreción al decidir si desean invitar a un *amicus curiae* a presentar observaciones sobre un caso pendiente. Además, las reglas de procedimiento y prueba dejan a la discreción de los jueces decidir la forma en la que los *amici* deben presentar sus observaciones y recomendaciones, ya sea oralmente o por escrito.²² A diferencia de ello, el Acuerdo Final y la legislación de su implementación regulan la participación de juristas extranjeros como *amici curiae*, una vez que han sido invitados por una Sala o el Tribunal de la JEP para participar en el procedimiento, de la siguiente manera: "Cuando se requiera la intervención de los juristas extranjeros, estos participarán en los debates de la Sección/la Sala en la que se hubiera requerido su intervención, en las mismas condiciones que los magistrados pero sin derecho de voto".²³

Mientras que habitualmente los *amici curiae* aparecen raras veces en persona ante los tribunales y en su lugar, como ya dijimos arriba, presentan observaciones o recomendaciones escritas (*amicus curiae briefs*), el Acuerdo Final transmite la idea de una participación más dinámica en forma oral y directa, deliberando junto con los jueces. En consecuencia, los *amici* de la JEP tienen derecho a discutir y deliberar, pero, como no son jueces, no tienen derecho de voto. Por lo tanto,

21 Véase la redacción sumamente amplia de la Regla 103 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional y la Regla 67 de las Reglas de Procedimiento y Prueba del Tribunal Especial para el Kosovo.

22 Véase las siguientes Reglas de Procedimiento y Prueba: Regla 103 de la CPI, la Regla 67 del Tribunal Especial para el Kosovo, Regla 74 del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia/para Ruanda, Regla 83 del Mecanismo para Tribunales Penales Internacionales, además la Regla 105 de la Corte Internacional de Justicia, Regla 61 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Artículo 44 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

23 Acuerdo Final, sección 5.1.2., para 65, inciso 1 (p. 167)/para 66, inciso 2 (p. 168) y Acto Legislativo N° 1 del 4 de abril 2017, Art. 7, para 3. Subrayado añadido por los autores de este artículo.

Véase al respecto ya Ambos/Aboueldahab 2017.

cabe decir que los *amici* operan como una especie de testigos expertos, pero bajo el estricto control y a discreción de los jueces colombianos.²⁴ De esta forma, se asegura que la influencia de juristas extranjeros en los juicios ante el Tribunal o las Salas de la JEP no supere de ningún modo un nivel consultivo y, al menos formalmente, no participen en la toma de decisiones.²⁵

Otra característica interesante del modelo colombiano tiene que ver con la selección, ya explicada anteriormente, de un número fijo de *amici curiae* por parte del Comité de Escogencia. Por lo tanto, aunque los *amici* normalmente no están limitados desde el principio, ni siquiera a personas físicas, el modelo colombiano opta por una lista con un número limitado de *amici*, es decir: 14 en total (10 titulares y 4 suplentes), de los cuales 6 (4 titulares y 2 suplentes) pueden comparecer ante el Tribunal para la Paz y 8 (6 titulares y 2 suplentes) ante las distintas Salas de Justicia de la JEP.²⁶ Sin embargo, esto no significa que otras partes interesadas no puedan participar en el proceso –por el contrario, ellos, especialmente las víctimas, tienen amplios derechos de participación si bien no tienen la misma posición que los *amici curiae* (preseleccionados).

3. ¿Consultores o jueces de facto?

Considerando esas particularidades del "modelo colombiano", surge la pregunta acerca de si este modelo todavía tiene algo en común con el concepto tradicional de *amicus curiae* que usualmente se utiliza ante los tribunales internacionales. Podría decirse que los "amici colombianos" son más que consultores o asesores distantes, dado que pueden desempeñar un papel cuasi judicial en la JEP. Este argumento tiene su fundamentación en varios aspectos que serán analizados seguidamente.

Aquello que en primer lugar hace surgir dudas sobre una simple caracterización de los *amici* como consultores, son sus amplios derechos de participación y su correspondiente capacidad de ejercer una influencia particular en los resultados de los procedimientos judiciales. Como se ha señalado anteriormente, el Acuerdo Final y el Acto Legislativo N° 1 del 4 de abril de 2017 prevén condiciones procedimentales de participación para los *amici* que, durante los debates de la Sala/Sección, no tienen nada que envidiar a las competencias de los jueces

24 Véase al respecto ya Ambos/Aboueldahab 2017.

25 Véase los Art. 90 ss. Proyecto de Ley Estatutaria 008 de 2017 de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz (PLE 08-16/2017), los cuales serán analizados más detalladamente *infra*.

26 Véase la sección 5.3., p. 191–2 del Acuerdo Final y el Art. 99 Proyecto de Ley Estatutaria.

colombianos de la JEP. De ese modo, se les confiere potestades de intervención a los *amici* que los posicionan como verdaderos contrapoderes a los magistrados de la JEP.²⁷ De esta manera, el carácter consultivo de los “*amici* colombianos” pierde su esencia, ya que las competencias de los *amici* al final se parecen más a los poderes de los jueces que a los de meros asesores lejanos.

Además, el proceso de selección de los *amici curiae* realizado por el Comité de Escogencia fue idéntico al realizado para los jueces colombianos:²⁸ desde la solicitud a través del sitio web del Comité de Escogencia, a la selección sobre la base de información escrita y disponible públicamente, incluyendo la posibilidad de comentarios de ciudadanos u organizaciones colombianas sobre los aspirantes, y, finalmente, hasta una entrevista a integrantes de la lista corta definida por el Comité.²⁹ Asimismo, los *amici curiae*, al igual que los jueces de la JEP,³⁰ serán posesionados por el Presidente de la República.³¹ El hecho de que un número fijo de los *amici* haya sido seleccionado desde el principio de la misma forma que los jueces para determinados órganos de la JEP y que este proceso se realice de forma concordante con el procedimiento de selección de los últimos, significa una aproximación formal de ambos grupos, lo cual marca ya una discrepancia profunda respecto al concepto tradicional de *amicus curiae*.

27 Véase al respecto Zuluaga 2017.

28 Véase el Art. 110 Proyecto de Ley Estatutaria, según el cual el Comité de Escogencia lleva a cabo el nombramiento de los Magistrados de Salas y Secciones, del Secretario Ejecutivo de la JEP y de los juristas extranjeros que actuarán como *amicus curiae*. Véase al respecto también Ambos, Kai: “La responsabilidad del Comité de Escogencia”. *El Espectador*, columna del 14.9.2017, accedido el 11.1.2018, <https://www.elespectador.com/opinion/la-responsabilidad-del-comite-de-escogencia-columna-713210>.

29 Véase la Convocatoria para la selección de Juristas Expertos Extranjeros para actuar como *Amicus Curiae* ante la JEP del Comité de Escogencia; y Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo: “Comité de Escogencia abre convocatorias para altos cargos directivos del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición”, 5.7.2017, accedido el 11.1.2018, <http://www.co.undp.org/content/colombia/es/home/presscenter/articles/2017/07/06/comit-de-escogencia-abre-convocatorias-para-altos-cargos-directivos-del-sistema-integral-de-verdad-justicia-reparaci-n-y-no-repetici-n.html>.

30 El 15 de enero de 2018 treinta de los treinta y ocho magistrados así como el director de la Unidad de Investigación y Acusación se posesionaron ante el Presidente Santos, <https://colombia2020.elespectador.com/jep/la-primera-sala-plena-de-la-jep>.

31 Véase la sección 5.1.2., para 68 (p. 169) y sección 5.3 (p. 191 s.) del Acuerdo Final y el Art. 110 Proyecto de Ley Estatutaria.

Adicionalmente, las regulaciones sobre los *amici* se encuentran justo al lado de – incluso en muchas ocasiones en las mismas normas que – las disposiciones sobre los jueces colombianos de la JEP.³² Esto es notable ya que otras reglas de procedimiento y prueba de tribunales internacionales mencionan la intervención de *amici curiae* como una opción menor en un punto posterior a la regulación de los jueces, los cuales son los protagonistas centrales de los tribunales. Esto muestra que los *amici* son considerados como una parte integral de la JEP, al igual que los jueces, no como una figura marginal, lo que contrasta claramente con la valoración de los demás órganos internacionales respecto al rol que desempeñan los *amici curiae*. Esto puede explicarse por la génesis del Acuerdo Final: como ya se mencionó anteriormente, este Acuerdo es el resultado del primer Acuerdo revisado que originalmente preveía que los jueces extranjeros fuesen miembros de la JEP. Con el fin de dar cabida a las preocupaciones de la oposición interna con relación a un tribunal híbrido compuesto por jueces nacionales e internacionales,³³ las partes controvertidas de la redacción original se modificaron, aunque no sustancialmente y sin cambios sistemáticos fundamentales. Si bien el término *magistrados extranjeros* se eliminó por completo en el Acuerdo Final y en su lugar se incluyó la referencia a *juristas extranjeros* como *amici curiae*, las disposiciones centrales pertinentes se mantuvieron en la misma posición y en gran parte hasta con el mismo contenido.

De todas maneras, esta situación, que demuestra un evidente contraste con el concepto conocido de *amicus curiae*, se relativiza (en parte) por la exclusión del derecho al voto. El Acuerdo Final y su legislación de implementación no dejan ninguna duda sobre esta limitación a las competencias de los *amici*.³⁴ En consecuencia, únicamente los jueces colombianos de la JEP tienen derecho a votar en la toma de decisiones, un poder que claramente distingue su papel del cumplido por los *amicus curiae*. Desde este punto de vista, se podría argumentar que los “*amici* colombianos” forman meramente un órgano consultivo de la JEP que apoya a los jueces en su proceso de toma de decisiones sin que excedan un papel secundario. Además, los diseñadores del Acuerdo Final utilizaron algunos términos reticentes que indican la naturaleza extraordinaria de la participación prevista de los *amici* ante la JEP, por ejemplo incluyeron el adverbio

32 Véase Acuerdo Final, sección 5.1.2., para 65, inciso 1 (p. 167)/para 66, inciso 2 (p. 168); sección 5.3. paras 1, 2 y 4 (p. 191).

33 Véase al respecto Zuluaga 2017.

34 Véase Acuerdo Final, sección 5.1.2., para 65, inciso 1 (p. 167)/para 66, inciso 2 (p. 168) y Acto Legislativo N° 1 de 2017, Art. 7, para 3.

excepcionalmente con respecto a la participación de los *amici*.³⁵ Esto podría ser interpretado como una forma para enfatizar el limitado papel de los *amici curiae* en la JEP y su carácter excepcional en el Acuerdo revisado. No obstante, surgen dudas sobre si esa conclusión es correcta del todo, teniendo en cuenta que el término *excepcionalmente* pierde su fuerza persuasiva cuando está mencionado bajo un título –‘Magistrados del Tribunal para la Paz/de las Salas’– que implica la equiparación de los *amici* con estos últimos.³⁶ Por lo tanto, el Acuerdo Final es, por lo menos, inconsistente con respecto a la posición de los *amici curiae*.

De todos modos, la negación del derecho al voto de los *amici* es, sin duda, la diferencia más evidente y más significativa entre ellos y los jueces colombianos de la JEP. Aunque esta observación y algunos detalles de la nueva redacción del Acuerdo Final indican una renuncia a otorgar a los juristas extranjeros un papel principal en los procesos de la JEP, un análisis más general de la estructura y de la redacción del Acuerdo revisado reafirma la interpretación según la cual el papel de los *amici curiae* se acerca más al rol de los jueces que al de meros consultores. Por lo tanto, es posible afirmar una modificación significativa del concepto tradicional de *amicus curiae* o, expresada de manera más positivamente, una revalorización del concepto tradicional.

4. Un giro inesperado

A la luz de las anteriores consideraciones, es algo sorprendente que la Corte Constitucional colombiana mantuviera una postura mucho más restrictiva con respecto a la participación de los *amici curiae* en su reciente sentencia sobre el Acto Legislativo N° 01 de 2017. Ahí, la Corte sostuvo que las disposiciones relativas a los juristas extranjeros actuando como *amicus curiae* ante la JEP son:

[...] contraria[s] a los principios de autonomía, independencia e imparcialidad que rigen la administración de justicia y a las garantías que los materializan, puesto que confiere[n] una competencia para incidir en el trámite de adopción de decisiones de la JEP a juristas extranjeros que no son responsables en modo alguno de sus decisiones.³⁷

³⁵ Véase la sección 5.1.2., para 65, inciso 1 (p. 167) y para 66, inciso 2 (p. 168) del Acuerdo Final y los Art. 99 inciso 1 y 102 inciso 3 del Proyecto de Ley Estatutaria 008 de 2017, diciendo que “Excepcionalmente, [...] la Sección/Sala que vaya a conocer el caso pedirá la opinión como *amicus curiae*, de [...] juristas extranjeros”.

³⁶ Véase los Art. 99 y 102 del Proyecto de Ley Estatutaria 008 de 2017.

³⁷ Corte Constitucional, Comunicado No. 55 del 14 de noviembre 2017, resumen de la sentencia sobre el Acto Legislativo N° 01 de 2017, para 14 (p. 19). <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/Prensa/Documentos%20compartidos/>

La Corte Constitucional afirma con claridad, por lo menos en la versión de prensa de la sentencia hasta ahora disponible, que juristas extranjeros actuando como *amici curiae* no deben tener la competencia para influir en el proceso decisorio de los jueces y que, por lo tanto, las disposiciones respectivas en el Acuerdo Final y el Acto Legislativo N° 1 de 2017 son demasiado amplias. Sin embargo, la Corte ya había reconocido los límites de la intervención de expertos consultados en procesos judiciales en su sentencia C-513 de 1992, sosteniendo allí que las intervenciones consultivas no deciden causas judiciales y que no tienen carácter vinculante. De ese modo, esas intervenciones no afectan la autonomía de los jueces. En la misma sentencia, la Corte introdujo los siguientes criterios orientadores al respecto:

1. El experto no define ni decide las causas sometidas a juicio.
2. El concepto del experto no tiene carácter vinculante.
3. Con la intervención de un experto no se subroga la autonomía de la Corte.
4. El experto tiene carácter imparcial y en caso de conflictos de interés así deberá manifestarlo.

Según la Corte:

Debe resaltarse que se trata de conceptos, no del señalamiento de soluciones, pues al invitado no corresponde función pública [...]. El concepto del experto nada decide, nada define; apenas ilustra o complementa y deja a salvo la plena autonomía de la Corte para decidir.³⁸

Además, la Corte afirmó en la misma sentencia que

[...] la posibilidad de invitar a expertos para que concurran al proceso aportando elementos de juicio de interés para la decisión, debe enmarcarse dentro del sentido que la invitación misma tiene: no se trata de un momento procesal obligatorio e insustituible ni de un requisito *sine qua non* para que el Magistrado Sustanciador elabore la ponencia o para que la Sala Plena proceda a resolver, sino de una opción que tiene a su alcance el Magistrado para acopiar informaciones o criterios, orientados a llevar al juez

corte-constitucional-acto-legislativo-01-2017-procedimiento-legislativo-especial-paz.pdf. El juicio escrito completo aún no ha sido publicado.

³⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-513 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, VI. Consideraciones de la Corte Constitucional, 2. a) Materia de los conceptos emitidos por expertos, para 6, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/C-513-92.htm>. Véase al respecto también Zuluaga 2017.

de constitucionalidad un convencimiento mejor fundamentado sobre el asunto en que consiste el fallo.³⁹

La comparación entre la anterior jurisprudencia de la Corte Constitucional y su reciente sentencia muestra, por una parte, un razonamiento coherente, dirigido a imponer límites claros respecto a la participación de expertos; pero, por otra parte, la Corte enfatiza el rol autónomo de los magistrados. Estas consideraciones de intervención son concordantes con las normas pertinentes del derecho penal internacional⁴⁰ que, como se ha dicho antes, dejan un margen amplio a los propios jueces en cuanto a la participación de *amici curiae* –e incluso proponen que el fiscal y la defensa deberían tener la oportunidad de responder a las observaciones hechas por el *amicus* en el proceso–.⁴¹ Siguiendo este enfoque, la interpretación de consultores expertos y *amici curiae* hecho por la Corte Constitucional no difiere mucho del concepto tradicional de *amici curiae*, el cual prevé un papel limitado, alejado de un posible rol cuasi judicial. Sin embargo, si se considera el papel de los *amici curiae* previsto en el Acuerdo Final y en el Acto Legislativo N° 1 de 2017, surgen serias dudas acerca de si estas dos perspectivas contrarias pueden ser compatibles.

Teniendo en cuenta la posición de la Corte Constitucional respecto al Acto Legislativo N° 01 de 2017,⁴² el reciente Proyecto de Ley Estatutaria 008 de 2017 es más restrictivo con respecto a la participación de los *amici curiae* y afirma que los

[Juristas extranjeros] actuarán con la única finalidad de aportar un concepto o *amicus curia* sobre la materia del caso bajo estudio. Cuando se requiera la intervención de los juristas extranjeros, estos participarán en los procesos correspondientes con el objeto de aportar sus opiniones expertas como *amicus curiae*.⁴³

39 Corte Constitucional, Sentencia C-513 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, VI. Consideraciones de la Corte Constitucional, 2. b) No interrupción de los términos judiciales, para 4.

40 Véase por ejemplo el artículo 2(3) del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

41 Véase la Regla 103 (1) de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional y la Regla 67 (1) de las Reglas de Procedimiento y Prueba del Tribunal Especial para el Kosovo.

42 Véase al respecto también Semana: "JEP: ¿Por qué todos quedaron inconformes?", 19.11.2017, accedido el 11.1.2018, <http://www.semana.com/nacion/articulo/corte-constitucional-aprobo-la-jep/547672>.

43 Proyecto de Ley Estatutaria 008 de 2017, Art. 99.

Esta aproximación a la postura de la Corte puede ser tal vez un primer paso hacia la unificación de las dos perspectivas ya mostradas. Pero como si la situación no fuera lo suficientemente compleja, la Corte Constitucional agrega la siguiente afirmación, complementando la más reciente sentencia de 2017 citada anteriormente: "Ello no se opone, naturalmente, a que los mismos [juristas extranjeros] participen en los procesos correspondientes con el objeto de aportar sus opiniones expertas como *amicus curiae*".⁴⁴

Teniendo en cuenta este último posicionamiento de la Corte, pareciera como si ella quisiera reafirmar la participación activa de los *amici curiae* no limitando su intervención a la mera presentación de dictámenes escritos ante la JEP. De esta forma, es aún más difícil resolver la ambigüedad demostrada en el Acuerdo Final y en su legislación posterior en cuanto al rol de los *amici curiae*: la Corte no deja claro cuál es el concepto de *amici curiae* que desea aportar, un modelo que prevé la participación activa (sugerida en el Acuerdo Final y la legislación posterior) o más bien una participación limitada (siguiendo el concepto tradicional). En cualquier caso, parece que la Corte quiere restringir la influencia de los juristas extranjeros en los procedimientos de JEP sin oponerse completamente a lo previsto en el Acuerdo Final.

5. Conclusiones

Debido a esta situación de incertidumbre y ambigüedad es casi imposible alcanzar una definición precisa del concepto colombiano de *amicus*. Lo que sí se puede afirmar con certeza es que los *amici* tendrán menos derechos que los jueces extranjeros previstos inicialmente por el primer Acuerdo Final. Esto se manifiesta sobre todo en la renuncia a concederles derecho a voto. Además, es muy probable que los *amici* no participen en el proceso de toma de decisiones definitivas por parte de los jueces colombianos de la JEP. No obstante, si bien los *amici curiae* no pueden actuar como jueces, sí desempeñan un rol excepcional en el marco de la JEP, yendo más allá de la práctica ante tribunales internacionales. Asimismo los *amici curiae* presumiblemente podrán participar de una forma amplia en los procesos judiciales ante la JEP, incluyendo aportes orales y la participación activa en los juicios. Esto deja una considerable zona gris por concretar que todavía da lugar a muchas dudas.

Si el objeto del Acuerdo Final ha sido sustituir los jueces extranjeros por *amici curiae* para limitar la influencia de juristas extranjeros respecto a la toma de

44 Corte Constitucional, Comunicado No. 55 del 14 de noviembre 2017, resumen de la sentencia, para 14 (p. 19).

decisiones judiciales de la JEP, entonces no se ha logrado separar claramente el rol de los jueces colombianos y el de los *amici*. El Acuerdo Final carece de una estructura que demuestre claramente cuáles poderes y competencias prevé para unos y otros. La consiguiente ambigüedad, que no sólo se observa en el Acuerdo Final sino también en su legislación subsiguiente de implementación, puede ser explicada por la delicada situación política al momento de la renegociación del primer Acuerdo de Paz. La Corte Constitucional por su parte busca un difícil equilibrio: hacer modificaciones sustanciales que restrinjan el rol de los *amici* sin afectar la esencia de lo pactado entre el Gobierno colombiano y las FARC-EP. Un primer paso en la aclaración del concepto de *amicus curiae* para la JEP será la aproximación de las diferentes posturas para crear así la base de una interpretación consistente del concepto. Claramente, la participación efectiva de los *amici* está en manos de los jueces colombianos, ya que en primer lugar estos tienen que invitarlos para que puedan participar. Pero incluso si esto sucede, el rol específico que aquellos cumplirán dependerá mucho de los aspectos prácticos de esta intervención y de la relación personal entre los jueces colombianos y los *amici* extranjeros. Por lo tanto, solo la práctica podrá mostrar si los juristas extranjeros son simples asesores de los diferentes órganos del JEP o si podrán desempeñar un papel más importante e influyente mediante la participación directa en la deliberación de los jueces y, por lo tanto, cuasi judicial.

Bibliografía

- Ambos, Kai: "La responsabilidad del Comité de Escogencia". *El Espectador*, columna del 14-9-2017, accedido el 11.1.2018, <https://www.elespectador.com/opinion/la-responsabilidad-del-comite-de-escogencia-columna-713210>.
- Ambos, Kai: "Los magistrados de la JEP". *El Espectador*, columna del 20-3-2017, accedido el 11.1.2018, <https://www.elespectador.com/opinion/los-magistrados-de-la-jep-columna-685497>.
- Ambos, Kai: *Treatise on International Criminal Law. Volume III: International Criminal Procedure*. Oxford University Press: Oxford 2016.
- Ambos, Kai: *Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part*. Oxford University Press: Oxford 2013.
- Ambos, Kai/Aboueldahab, Susann: "Foreign Jurists in the Colombian Special Jurisdiction for Peace: A New Concept of Amicus Curiae?", *Blog of the European Journal of International Law (EJIL: Talk!)*, 19-12-2017, accedido el 11.1.2018, <https://www.ejiltalk.org/foreign-jurists-in-the-colombian-special-jurisdiction-for-peace-a-new-concept-of-amicus-curiae/>.

- Dolidze, Anna: "Bridging Comparative and International Law: Amicus Curiae Participation as a Vertical Legal Transplant". En: *The European Journal of International Law (EJIL)* 26, 2015, p. 861-880.
- Garner, Bryan *et al.*: *Black's Law Dictionary*. Thomson West: St. Paul *et al.*, décima edición 2014.
- Kühne, Ulrich: *Amicus Curiae. Richterliche Informationsbeschaffung durch Beteiligung Dritter*. Mohr Siebeck: Tübingen 2015.
- Kent, Avidan/Trinidad, Jamie: "The Management of Third-party Amicus Participation before International Criminal Tribunals: Juggling Efficiency and Legitimacy". En: *International Criminal Law Review (ICLR)* 17, 2017, pp. 728-747.
- Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo: "Comité de Escogencia abre convocatorias para altos cargos directivos del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición", 5 de julio de 2017, accedido el 11.1.2018, <http://www.co.undp.org/content/colombia/es/home/presscenter/articles/2017/07/06/comit-de-escogencia-abre-convocatorias-para-altos-cargos-directivos-del-sistema-integral-de-verdad-justicia-reparacion-y-no-repeticion.html>.
- Schabas, William: *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*. Oxford University Press: Oxford, segunda edición, 2010.
- Segger, Sören: *Der Amicus Curiae im internationalen Wirtschaftsrecht: Eine rechtsvergleichende Untersuchung des U.S.-amerikanischen, deutschen, europäischen Welthandels- und Investitionsschutzrechts sowie der Principles of Transnational Civil Procedure*. Mohr Siebeck: Tübingen 2017.
- Tuinstra, Jarinde: *Defence Counsel in International Criminal Law*. T.M.C. Asser Press: The Hague 2009.
- Tochilovsky, Vladimir: *The Law and Jurisprudence of the International Criminal Tribunals and Courts*. Intersentia: Cambridge, segunda edición, 2014.
- Williams, Sarah/Woolaver, Hannah: "The role of amicus curiae before international criminal Tribunals". En: *International Criminal Law Review (ICLR)* 6, 2006, pp. 151-189.
- Zuluaga, John: "El 'amicus curiae' como órgano consultivo de la JEP", *Ámbito Jurídico*, 1.11.2017, accedido el 11.1.2018, <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-online/constitucional-y-derechos-humanos/el-amicus-curiae-como-organo>.