

LEY DE AMNISTÍA

Comentario completo y sistemático
(Ley 1820 de 2016)

Kai Ambos/Gustavo Emilio Cote Barco (editores)

Juana Inés Acosta López
Alejandro David Aponte Cardona
Carlos Enrique Arévalo Narváz
Heydi Patricia Baldosea Perea
Lina Chaparro Martínez
Gustavo Emilio Cote Barco
Diana Dajer Barguil
Óscar Julián Guerrero Peralta
Catalina Ibáñez Gutiérrez

Alejandro Jiménez Ospina
Eduardo Fidel Pastrana Buelvas
Nelson Camilo Sánchez León
Astrid Liliana Sánchez Mejía
Natalia Silva Santaularia
Vanessa Suel Cock
Diego Fernando Tarapués Sandino
John Zuluaga Taborda

LEY DE AMNISTÍA
COMENTARIO COMPLETO
Y SISTEMÁTICO

KAI AMBOS - GUSTAVO EMILIO COTE BARCO
(Editores)

LEY DE AMNISTÍA

COMENTARIO COMPLETO Y SISTEMÁTICO

(Ley 1820 de 2016)

Juana Inés Acosta López
Alejandro David Aponte Cardona
Carlos Enrique Arévalo Narváez
Heydi Patricia Baldosea Perea
Lina Chaparro Martínez
Gustavo Emilio Cote Barco
Diana Dajer Barguil
Oscar Julián Guerrero Peralta
Catalina Ibáñez Gutiérrez

Alejandro Jiménez Ospina
Eduardo Fidel Pastrana Buelvas
Nelson Camilo Sánchez León
Astrid Liliana Sánchez Mejía
Natalia Silva Santaularia
Vanessa Suelt Cock
Diego Fernando Tarapués Sandino
John Zuluaga Taborda

© 2019 KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.

KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.

Klingelhöferstr. 23

D-10785 Berlín

República Federal de Alemania

Tel.: (+49-30) 269 96 453

Fax: (+49-30) 269 96 555

FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER

Programa de Estado de Derecho para Latinoamérica

Calle 90 núm. 19 C-74, piso 2

Bogotá, Colombia

Tel.: (+57 1) 743 09 47

iusla@kas.de

www.kas.de/iusla

Twitter: @KASiusLA

Facebook: www.facebook.com/kasiusla

© Kai Ambos, Gustavo Emilio Cote Barco (Eds.), 2019.

Juana Inés Acosta López, Alejandro David Aponte Cardona, Carlos Enrique Arévalo Narváez, Heydi Patricia Baldosea Perea, Lina Chaparro Martínez, Gustavo Emilio Cote Barco, Diana Dajer Barguil, Oscar Julián Guerrero Peralta, Catalina Ibáñez Gutiérrez, Alejandro Jiménez Ospina, Eduardo Fidel Pastrana Buelvas, Nelson Camilo Sánchez León, Astrid Liliana Sánchez Mejía, Natalia Silva Santaularia, Vanessa Suelst Cock, Diego Fernando Tarapué Sandino, John Zuluaga Taborda.

Impreso en Bogotá por Editorial Nomos S. A. en marzo de 2019.

ISBN 978-958-35-1209-4

2989 2019011680

Esta publicación se distribuye de manera gratuita, en el marco de la cooperación internacional de la Fundación Konrad Adenauer. Los textos que se publican son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no expresan necesariamente el pensamiento de la KAS. Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido con inclusión de la fuente.

SIGLAS Y ABREVIATURAS

AL	Acto legislativo
AEDIDH	Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos
Analdex	Asociación Colombiana de Comercio Exterior
ANDI	Asociación Nacional de Industriales
ANIDIP	Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal
art.	artículo(s)
AUC	Autodefensas Unidas de Colombia
Bacrim	Bandas criminales
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
C. C.	Código Civil
CD	Centro Democrático
CE	Consejo de Estado
CEDH	Convención Europea de Derechos Humanos
CELAC	Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños
CFHBD	Acuerdo de Cese al Fuego y de Hostilidades Bilateral y Definitivo
cfr.	Confróntese, compárese, véase
CG	Convenios de Ginebra
CGR	Contraloría General de la República
CICR	Comité Internacional de la Cruz Roja
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CIJT	Centro Internacional para la Justicia Transicional
CODHES	Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento
Const. Pol.	Constitución Política —Colombia—
coord.	coordinador
Corte Const.	Corte Constitucional —Colombia—
CorteIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos

CP	Código Penal —Colombia—
CPACA	Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo
CPI	Corte Penal Internacional
CPP	Código de Procedimiento Penal —Colombia—
CSJ	Corte Suprema de Justicia —Colombia—
CVR	Comisión (o Comisiones) de Verdad y Reconciliación (ver también: TRC)
DADDH	Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre
DD. HH.	Derechos Humanos
DI	Derecho Internacional
DIDH	Derecho Internacional de los Derechos Humanos
DIH	Derecho Internacional Humanitario
DPI	Derecho Penal Internacional
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
ECPI	Estatuto de la Corte Penal Internacional
ed.	editor(es)
ELN	Ejército de Liberación Nacional
ER	Estatuto de Roma (ECPI —Estatuto Corte Penal Internacional—)
<i>et al.</i>	y otros
FARC	Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia
FGN	Fiscalía General de la Nación
GAOML	Grupo(s) Armado(s) Organizado(s) al Margen de la Ley
GRAI	Grupo de Análisis de la Información
Ibíd.	en el mismo lugar
ICC	International Criminal Court (ver también: CPI)
IEP	Instituto para la Economía y la Paz
ILC	International Law Commission
inc.	inciso
INPEC	Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario
JEP	Jurisdicción Especial para la Paz
JT	Justicia transicional
JEPMS	Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad
JYP	Justicia y Paz
LA	Ley de Amnistía (Ley 1820 de 2016)

LEAJ-JEP	Ley Estatutaria de la Administración de Justicia en la JEP.
lit.	literal(es)
LJP	Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005)
LGBTI	Lesbianas, Gays, Bisexuales y Transexuales
MJP	Marco Jurídico para la Paz
nm.	número(s) marginal(es)
NN. UU.	Naciones Unidas
núm.	número
num.	numeral
OEA	Organización de Estados Americanos
ONG	Organizaciones no gubernamentales
ONU	Organización de las Naciones Unidas
OACP	Oficina del Alto Comisionado para la Paz
PA	Protocolo Adicional a las Convenciones de Ginebra
pág.	Página(s)
parg.	parágrafo
párr.	párrafo(s)
PGN	Procuraduría General de la Nación
PIDCP	Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos
PTN	Puntos Transitorios de Normalización
rad.	radicado
Res.	Resolución (Resolution)
s.	siguiente (s)
SAC	Sociedad de Agricultores de Colombia
SDSJ	Sala de Definición de Situaciones Jurídicas
sent.	sentencia
SIDH	Sistema Interamericano de Derechos Humanos
SIVJRNR	Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición
SRVR	Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad y Determinación de los Hechos y Conductas
TEDH	Tribunal Europeo de Derecho Humanos
TESL	Tribunal Especial para Sierra Leona
TPIR	Tribunal Penal Internacional para Ruanda
TPIY	Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia

TPM	Tribunal Penal Militar
trad.	Traducción
UAI	Unidad de Acusación e Investigación
UNJP	Unidad Nacional de Justicia y Paz (FGN -Colombia-)
vol.	volumen
ZRC	Zonas de Reserva Campesina
ZVTN	Zonas Veredales Transitorias de Normalización

PARTICIPARON EN ESTA PUBLICACIÓN

Juana Inés Acosta López: Profesora investigadora de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de La Sabana, Bogotá. Realiza sus estudios de Doctorado en la Universidad Nacional Autónoma de México. LL.M International Legal Studies, Universidad de Nueva York (Estados Unidos). Máster en Derechos Humanos y Democratización, Universidad Externado de Colombia. Abogada, Pontificia Universidad Javeriana.

Kai Ambos: Profesor Catedrático de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Comparado y Derecho Penal Internacional, así como Director del Departamento de Derecho Penal Internacional y Extranjero y Director General del Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL) de la Georg-August-Universität Göttingen, Alemania. Magistrado del Tribunal Especial para Kosovo, La Haya, Países Bajos. Amicus curiae de la Jurisdicción Especial para la Paz, Colombia.

Alejandro David Aponte Cardona: Profesor y Jefe del departamento de Derecho Penal y Justicia Transicional de la Universidad de La Sabana. Doctor en Derecho Penal y Teoría del Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas de la Universidad del Saarland, en Saarbrücken, Alemania. Abogado de la Universidad Externado de Colombia.

Carlos Enrique Arévalo Narváez: Profesor y Jefe del Departamento de Derecho Internacional, Universidad de La Sabana, Bogotá. Magíster en Derecho Internacional (LL.M. in International Legal Studies) de la Universidad de Nueva York (NYU). Abogado, Universidad de La Sabana.

Heydi Patricia Baldosea Perea: Magistrada de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la Jurisdicción Especial para la Paz. Abogada y Especialista en Instituciones Jurídico-Procesales de la Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Derechos Humanos de la Universidad Complutense de Madrid, España. Especialista en Investigación Criminal y Juzgamiento en el Sistema Penal Acusatorio de la Universidad Católica de Bogotá.

Lina Chaparro Martínez: Sustanciadora Nominada, Grupo de Análisis de la Información de la Jurisdicción Especial para la Paz. Estudiante de Doctorado en Ciencia Política y Magíster en Ciencia Política de la Universidad de los Andes, Bogotá (Colombia). Maestría en Derechos Humanos y Democratización de la Universidad Externado de Colombia y Universidad Carlos III de Madrid (España). Abogada de la Pontificia Universidad Javeriana.

Gustavo Emilio Cote Barco: Profesor Asociado, Departamento de Derecho Penal, Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá. Doctor en Derecho (Dr. jur.) y Magister Legum (LL.M.) de la Georg-August-Universität Göttingen,

Alemania. Magíster en Derecho con énfasis en ciencias penales y criminológicas de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Instituciones Jurídico-Penales de la Universidad Nacional de Colombia. Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana.

Diana Dajer Barguil: Candidata a doctora en estudios socio-jurídicos en la Universidad de Oxford, directora y fundadora de Policéntrico, becaria Colciencias y del Skoll Centre for Social Entrepreneurship. Máster en Políticas Públicas de la Universidad de Oxford. Abogada y Especialista en Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá.

Óscar Julián Guerrero Peralta: Coordinador académico en las aéreas de Procedimiento Penal y Derecho penal Internacional, Defensoría del Pueblo, Colombia. Abogado litigante y consultor independiente. Master (LL.M.) en litigación oral con especialidad en proceso penal, Universidad de California Oeste, Escuela de Derecho, Estados Unidos (California Western School of Law). Master (LL.M.) en Derecho Procesal Penal Comparado, Sistema Acusatorio, Sección de estudios hispanoamericanos, Universidad de Bielefeld, Alemania. Abogado y sociólogo de la Universidad Nacional de Colombia.

Catalina Ibáñez Gutiérrez: Asistente de la Cátedra del Profesor Dr. Dr. hc. Martin Ibler y docente de la Universität Konstanz (Alemania). Coordinadora del convenio de cooperación entre la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás de Bogotá y la Universität Konstanz. Doctoranda en Derecho y Magíster en Derecho (LL.M) de la Universität Konstanz. Abogada de la Universidad Santo Tomás.

Alejandro Jiménez Ospina: Investigador Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad - Dejusticia. Candidato al título de Magíster en Derecho, Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Javeriana. Abogado, Universidad de Medellín.

Eduardo Fidel Pastrana Buelvas: Profesor Titular, Departamento de Relaciones Internacionales, Facultad de Ciencias Políticas, Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá. Consultor de la Konrad-Adenauer-Stiftung de Colombia. Profesor Invitado del Instituto de Ciencia Política de la Universidad de Leipzig. Doctor en Derecho de la Universidad de Leipzig, Alemania. Abogado de la Universidad Santiago de Cali, Colombia.

Nelson Camilo Sánchez León: Profesor Facultad de Derecho, Universidad de Virginia (Estados Unidos). Doctor en Derecho, Universidad Nacional de Colombia. LL.M. International Law, Universidad de Harvard (Estados Unidos). Abogado, Universidad Nacional de Colombia.

Astrid Liliana Sánchez Mejía: Profesora Asociada, Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá. Doctora en Derecho (S.J.D), Universidad de California, Los Ángeles (UCLA). Magíster en Derecho (LL.M.) con énfasis en teoría del derecho de la Universidad de Nueva York (NYU). Magíster en Derecho de la Universidad de los Andes. Abogada de la Pontificia Universidad Javeriana.

Natalia Silva Santaularia: Docente Investigadora en el Centro de Investigación en Filosofía y Derecho (CIFD) de la Universidad Externado de Colombia. Master of Laws (LL.M.) de la Universidad de Utrecht (Países Bajos). Candidata a Doctora en Derecho de la Universidad de Colonia, Alemania. Abogada y diplomada en Derecho Angloamericano de la Universidad de Navarra, España.

Vanessa Suelst Cock: Profesora Asociada, Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá. Doctora en Derecho Público de la Universidad de Salamanca, España. Abogada y Especialista en Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Javeriana.

Diego Fernando Tarapués Sandino: Magistrado Auxiliar del Tribunal para la Paz, Sección de Revisión, de la Jurisdicción Especial para la Paz. Master of Laws (LL.M.) y doctorando del Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional de la Georg-August-Universität Göttingen (Alemania). Miembro externo del Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL) de la Georg-August-Universität Göttingen, Alemania. Abogado y Especialista en Derecho Penal de la Universidad Santiago de Cali. Profesional en Estudios Políticos y Resolución de Conflictos de la Universidad del Valle.

John Zuluaga Taborda: Profesor Asociado, Universidad Sergio Arboleda de Bogotá, Colombia. Miembro externo del Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL) de la Georg-August-Universität Göttingen, Alemania. Doctor en Derecho (Dr. jur.) y Magister Legum (LL.M.) de la Universität de Göttingen. Abogado de la Universidad de Antioquia.

PRESENTACIÓN

Como parte de la implementación del Acuerdo de Paz firmado entre el Gobierno Colombiano y el grupo guerrillero FARC-EP, el 30 de diciembre del año 2016 se expidió en Colombia la Ley 1820, también denominada Ley de Amnistía. Esta ley regula la amnistía concedida a los miembros de este (ahora desmovilizado) grupo insurgente, así como los beneficios y, en general, el tratamiento penal especial y diferenciado que deben recibir los miembros de la fuerza pública y otros agentes del Estado, por conductas punibles relacionadas directa o indirectamente con el conflicto armado. Por consiguiente, la Ley 1820 involucra diversos temas, procesales y sustanciales, articulados desde la lógica de la justicia transicional y concebidos en el contexto más amplio del componente de justicia del Acuerdo, dentro del cual no solo se conceden beneficios penales –amnistía, indulto, renuncia a la persecución penal–, sino también se imponen sanciones a quienes no cumplan los requisitos para recibir dichos beneficios. Es decir, desde el punto de vista de la persecución penal, el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, creado como producto de las negociaciones de La Habana, presenta, por decirlo de alguna manera, dos caras: por un lado, la imposición de sanciones con base en la comisión de crímenes –no amniables–, entre los que se cuentan crímenes internacionales como los crímenes de lesa humanidad y de guerra, y, por otro lado, la concesión de beneficios, cuando la responsabilidad penal radica fundamentalmente en la comisión de delitos políticos y conexos.

La Ley de Amnistía no solo representa entonces uno de los pilares de la implementación del Acuerdo de Paz; esta también constituye un instrumento novedoso, podría decirse *sui generis*, que marca un hito en la historia legislativa del país asociada al conflicto armado e incluso frente a experiencias similares de terminación de conflictos en otras regiones del mundo, en las que también se han articulado diferentes mecanismos de justicia transicional. Sin embargo, la Ley 1820 es bastante compleja y la interpretación de varias de sus disposiciones exige conocimientos especializados sobre diferentes ramas del Derecho y no solamente en materia de Derecho Penal colombiano; el Derecho Internacional Humanitario, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, así como el Derecho Penal Internacional son disciplinas que también deben tenerse en cuenta para aplicar esta ley, lo cual, vale decirlo, le compete tanto a las instituciones de la justicia penal ordinaria como de la Jurisdicción Especial para la Paz.

Por esta razón, la obra que aquí se presenta busca proporcionar una herramienta teórico-práctica, que oriente en lo posible a los operadores judiciales y en general a las personas interesadas en entender el sentido y alcance de la Ley de Amnistía. Como se verá, se ha seguido la metodología (alemana) de comentario, en la que cada autor analiza una o varias disposiciones del cuerpo normativo respectivo, para lo cual sistematiza y da cuenta de la jurisprudencia relevante para cada norma y de las discusiones doctrinarias más importantes. Así, se busca, primero que todo, explicar los artículos de

la Ley 1820, uno por uno, pues muchos de ellos son complejos, largos y hacen referencia a varios temas al mismo tiempo. Además, se intenta anticipar posibles problemas que puedan surgir en la interpretación y aplicación de cada norma, así como vacíos y contradicciones. Para esto se han tenido en cuenta diferentes tipos de insumos, como por ejemplo documentos del trámite legislativo de dicha ley, experiencias de otras amnistías que en el pasado se han otorgado en Colombia, así como jurisprudencia nacional e internacional sobre los temas relevantes en este contexto. De esta manera, se quiere proporcionar una visión general y sistemática de la Ley 1820, al tiempo que se discuten detalles y problemas específicos. El objetivo final es abrir un debate técnico sobre la Ley de Amnistía y plantear algunas reflexiones para facilitar su aplicación.

Es importante advertir, sin embargo, que este no es un comentario tradicional, en el cual se discuten normas que ya han sido aplicadas previamente y sobre las cuales existe un amplio material que se sintetiza y presenta al público, sobre todo con la finalidad de dar cuenta del estado del arte sobre cada tema. Como se ha dicho, la Ley de Amnistía es un instrumento no solamente creado recientemente, sino también bastante novedoso en su contenido. Esta circunstancia genera retos especiales a la hora de llevar a cabo un análisis como el que los lectores encontrarán en esta obra colectiva. En este sentido es posible mencionar el hecho de que para el momento en que se comenzó a trabajar en los diferentes comentarios, la Ley de Amnistía aún no había sido aplicada; además, el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición no había entrado en funcionamiento y de hecho no se habían expedido las demás normas que dieron forma a dicho sistema, como el Acto Legislativo 01 de 2017 o la Ley Estatutaria de la Jurisdicción Especial para la Paz. Incluso, la misma Ley de Amnistía fue objeto de modificaciones como resultado del examen de constitucionalidad que realizó la Corte Constitucional colombiana en la sentencia C-007 de 1º de marzo de 2018. Discutir sobre la interpretación (futura) de un instrumento normativo tan complejo que hace parte de un sistema (todavía) en construcción, no solamente toma tiempo y exige revisar una y otra vez lo hecho, también requiere una buena dosis de imaginación, combinada con reflexiones en parte teóricas y una visión más bien amplia del Derecho; si los objetivos propuestos se han logrado, deberán juzgarlo, en todo caso, quienes consulten esta publicación. Así las cosas, es probable que muy pronto se haga necesario una segunda edición.

Finalmente, debemos agradecer a los autores, expertos colombianos con diferentes tipos de experiencias y formación académica, que contribuyeron con su trabajo y tiempo durante un proceso que tomó casi dos años. También debemos agradecer a las instituciones que hicieron posible esta obra: a la Fundación Konrad Adenauer – Programa Estado de Derecho para América Latina, especialmente a Marie-Christine Fuchs y a Andrés Villegas; al Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL) de la Georg-August-Universität Göttingen, Alemania; a la Editorial Temis y, como entidad auspiciadora, al Instituto Colombo-Alemán para la Paz (CAPAZ). De esta manera esperamos contribuir desde la academia (jurídica) a la construcción de paz en Colombia.

PRESENTACIÓN DEL PROGRAMA ESTADO DE DERECHO PARA LATINOAMÉRICA DE LA FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER

Después de casi dos años de arduo trabajo de parte de los autores y autoras de esta obra, de los coeditores y de nuestro Programa, nos sentimos orgullosos de poder presentarle a la comunidad jurídica colombiana e internacional este *Comentario completo y sistemático a la Ley de Amnistía*, Ley 1820 del 30 de diciembre de 2016, aprobada por el Congreso de la República de Colombia poco después de la entrada en vigencia del Acuerdo de Paz firmado entre el gobierno colombiano del expresidente Juan Manuel Santos y las hoy desmovilizadas Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia - Ejército del Pueblo (FARC - EP).

La iniciativa y vinculación a este proyecto de parte de instituciones tan importantes como el Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano, CEDPAL, de la Georg-August-Universität Göttingen, de Alemania; y del Instituto Colombo-Alemania para la Paz, CAPAZ, a quienes agradecemos su disposición y compromiso, hicieron que quisiéramos ser parte y apoyar esta publicación tan pertinente y relevante.

El formato de comentario —no del todo desconocido, si bien no muy difundido en la tradición jurídica de la región latinoamericana— nos pareció adecuado, además, como un decidido aunque humilde aporte para el contexto colombiano. El análisis y contextualización de los 61 artículos que componen la Ley de Amnistía por renombrados miembros de la academia, expertos en derecho penal, derecho penal internacional y DD. HH., y en algunos casos con experiencia en el sector judicial, buscan brindar herramientas a jueces, magistrados, fiscales, abogados, profesores y estudiantes que faciliten la aplicación efectiva e informada de esta legislación sobre una temática tan compleja en un momento neurálgico para Colombia. La novedad de esta ley y el reto que implica comentar en profundidad sus disposiciones sustanciales y procedimentales, que apenas han empezado a ser aplicadas, hicieron que esta publicación no haya sido tarea fácil.

Como uno de los fundamentos de la negociación entre el gobierno colombiano y las FARC-EP, por referirse al tratamiento que se les dará a los alzados en armas después de su desmovilización, a miembros de la Fuerza Pública y a otros agentes estatales, por los delitos cometidos durante y en el marco del conflicto armado, la aprobación de la Ley de Amnistía no ha estado exenta de críticas y reparos frente a la constitucionalidad y concordancia de sus disposiciones con las diversas legislaciones del derecho internacional público que regulan estas materias. La aprobación e implementación en Colombia de todo el aparato de justicia transicional, denominado Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición (SIVJRNR), han generado una importante

polarización en la sociedad colombiana en cuanto a la reparación, el reconocimiento de responsabilidad y de toda la verdad, y la sanción y la amnistía de los antiguos combatientes.

La nueva Ley de Amnistía colombiana no es la primera experiencia latinoamericana en este sentido. En la mayoría de las fases posdictaduras y posconflictos armados en América Latina, por ejemplo en los casos de Brasil, Chile y Uruguay, el conjunto o por lo menos algunos de los crímenes ocurridos durante dichas dictaduras o conflictos armados internos fueron amnistiados. Asimismo, no solo la Corte Interamericana de Derechos Humanos sino también varios tribunales, cortes y salas constitucionales tuvieron la oportunidad de juzgar la validez de esas leyes de amnistía y su conformidad con la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), el derecho constitucional nacional y el derecho penal internacional.

Muchas de estas leyes fueron rechazadas o anuladas por violación de alguna de esas fuentes legales. En el caso colombiano, a pesar de las críticas y controversias arriba mencionadas, y de la complejidad jurídico-política de los temas que trata, la Ley de Amnistía superó en gran parte la revisión que de ella hizo la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia C-007 de 1º de marzo de 2018, así como salió adelante en el escrutinio de organismos internacionales de derechos humanos.

Esta refrendación nacional e internacional haría pensar, en principio, que la ley objeto de esta publicación no habría adolecido de los mismos vicios que en parte se encontraron en los casos chileno, peruano, argentino, salvadoreño y uruguayo, por tratarse en algunos casos de autoamnistías, y en otros por impedir abiertamente la investigación y sanción de violaciones graves a los derechos humanos. La colombiana, en todo caso, no contempla amnistías absolutas e incondicionales.

No como *la* forma para superar el conflicto sino solamente como *un* componente dentro del *SIVJNR* para facilitar la terminación del conflicto armado, la Ley de Amnistía colombiana prescribe un tratamiento jurídico especial, entre otros mecanismos, amnistías e indultos tan solo para los responsables de delitos políticos y conexos. La ley excluye de sus beneficios a los responsables de delitos de lesa humanidad, genocidio, *graves* crímenes de guerra, toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, tortura, ejecuciones extrajudiciales, desaparición forzada, acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, sustracción de menores, desplazamiento forzado y reclutamiento de menores. La ley también excluye de sus beneficios a los responsables de delitos comunes sin relación con el de rebelión y los que hayan cometido con el objetivo de tener un beneficio personal, propio o de un tercero. A los delitos políticos, de rebelión, sedición, asonada, conspiración, entre otros, la ley se aplicará *de iure*. En todos los casos que no sean objeto de una amnistía *de iure*, la decisión de conceder amnistías o indultos dependerá de la Sala de Amnistía e Indulto de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP).

En las manos de esa misma Sala estará en los próximos años la aplicación de la Ley de Amnistía, respetuosa del Derecho Penal Internacional, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). La Sala tendrá a su cargo tareas complejas, particularmente, la aplicación de los términos de “delitos políticos y conexos” a los casos concretos y su delimitación de los crímenes de lesa humanidad, por un lado, y del

narcotráfico por el otro. Si bien las exclusiones previstas en la ley arriba mencionadas, como sostienen los autores y autoras de este Comentario, garantizan la conformidad de la ley con los estándares internacionales (siendo en algunos casos incluso más exigentes que esos estándares), la interpretación y aplicación de esos términos jurídicos abstractos requiere sin duda un amplio bagaje jurídico, así como sensibilidad y sutileza de las y los magistrados de la JEP.

Esperamos y confiamos que esta obra pueda ofrecer herramientas y elementos de juicio para una solución justa y argumentada de un buen número de las controversias que lleguen a suscitarse en la aplicación de esta ley. Habrá algunas, como las de hacer exigible la reparación a las víctimas y la de contar toda la verdad de parte de los responsables que se postulen a ser beneficiarios de la amnistía, que muy probablemente requerirán del desarrollo de los dispositivos institucionales necesarios para ella por parte de la JEP. Es de resaltar que en la implementación y aplicación de esta ley, como del Acuerdo de Paz, que se hapreciado de poner siempre a las víctimas en el centro, se jugará en gran parte la construcción de la propuesta paz “estable y duradera” que este documento contempla. Que no se haya puesto a las víctimas una vez más en una situación de indefensión, que se les reconozca la posibilidad de acceder a la justicia y que mediante la concesión de amnistías en principio no se obstruya las investigaciones, parecen medidas efectivamente encaminadas en esa dirección.

Para terminar queremos agradecer a los autores y autoras, así como a los coeditores de esta obra, los profesores Kai Ambos y Gustavo Cote Barco, reconocidos expertos en derecho penal internacional, por su decidido compromiso en sacarla adelante con el rigor académico que una publicación de esta magnitud conlleva. Esperamos que tanto la comunidad jurídica colombiana, como la internacional, puedan servirse de ella en aras de un aprendizaje, enseñanza y práctica mejor informada del derecho penal, que redunde eficazmente en la calidad de la democracia y de las demás instituciones del Estado de Derecho.

Dra. Marie-Christine Fuchs y Andrés Felipe Villegas
Bogotá, febrero de 2019.

ÍNDICE GENERAL

	PÁG.
Siglas y abreviaturas	VII
Participaron en esta publicación	XI
Presentación	XV
Presentación del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer.....	XVII

TÍTULO I

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Artículo 1º (Eduardo Fidel Pastrana Buelvas).....	3
I. El contexto político del proceso refrendatorio del Acuerdo de Paz con las FARC.....	4
II. El mecanismo de <i>fast track</i> y los conceptos de la Corte Constitucional: entre defensores, críticos y el complejo escenario de refrendación.....	10
III. El Acuerdo de Paz en Colombia como un “Acuerdo Especial” según el DIH.....	17
IV. Consideraciones finales.....	20

TÍTULO II

OBJETO Y PRINCIPIOS

CAPÍTULO I

OBJETO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

Artículo 2º. Objeto (Alejandro David Aponte Cardona).....	27
I. Trato simétrico pero diferenciado para actores del conflicto armado interno	28
II. Sobre la conexidad de diversas conductas con los delitos políticos	30
III. La amplia tradición del país en torno de los “delitos atroces”.....	33
IV. Sobre la relación, directa o indirecta de las conductas, con el conflicto armado interno: arts. 2 y 3.....	34
Artículo 3º. Ámbito de aplicación (Alejandro David Aponte Cardona).....	38
I. Aclaración previa	39
II. Casos fallados por la Sala de Casación Penal de la CSJ: sobre las relaciones de causalidad con el conflicto armado interno.....	45

	PÁG.
III. Sobre el tratamiento penal de la protesta social	49
IV. Hacia la descriminalización de la protesta social.....	49
V. Directiva de la FGN sobre descriminalización de la protesta social.....	52
Artículo 4º. Alcance (Alejandro David Aponte Cardona).....	55

CAPÍTULO II

PRINCIPIOS APLICABLES

Artículo 5º. Derecho a la paz (Diana Dajer Barguil)	59
I. Introducción	60
II. Concepto y dimensiones del derecho a la paz: la LA como instrumento para materializar la noción de paz negativa	61
III. El derecho a la paz en el ordenamiento jurídico nacional e internacional	64
IV. El derecho a la paz como contexto de interpretación de la LA.....	68
V. El derecho a la paz y el régimen de condicionalidades	69
Artículo 6º. Integralidad (Diana Dajer Barguil).....	72
I. Introducción	73
II. Fines de la LA en el marco de una estrategia integral de justicia transicional	73
III. La LA como instrumento del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición.....	75
IV. El principio de integralidad como criterio de interpretación de las disposiciones de la LA	78
Artículo 7º. Prevalencia (Natalia Silva Santaularia).....	80
I. Primer inciso	80
II. Segundo inciso	83
III. Tercer inciso	84
Artículo 8º. Reconocimiento del delito político (Diego Fernando Tarapués Sandino)	86
Artículo 9º. Tratamiento penal especial, simétrico, simultáneo, equilibrado y equitativo (Gustavo Emilio Cote Barco).....	91
I. Consideraciones preliminares	93
II. Sentido de la expresión “agentes del Estado”	97
III. Delitos con ocasión, por causa, o en relación directa o indirecta con el conflicto armado.....	101
IV. Restricción a delitos cometidos “sin ánimo de enriquecimiento personal ilícito, o en caso de que existiera, sin ser este el determinante de la conducta delictiva” según los art. transitorios 17 y 23	107
V. Antes de la entrada en vigor del Acuerdo Final de Paz: refrendación	108
Artículo 10. Deber de investigar, esclarecer, perseguir y sancionar (Juana Inés Acosta López - Carlos Enrique Arévalo Narváez).....	110
Artículo 11. Favorabilidad (Astrid Liliana Sánchez Mejía)	122
I. Introducción	122

	PÁG.
II. Principio pro homine o cláusula de favorabilidad en la interpretación de los derechos.....	123
III. Principio de favorabilidad penal	124
IV. Principio de favorabilidad y aplicación de la Ley 1820 de 2016.....	127
Artículo 12. Debido proceso y garantías procesales (Astrid Liliana Sánchez Mejía).....	130
I. Introducción	132
II. El derecho al debido proceso y sus garantías.....	132
III. Debido proceso y participación de las víctimas.....	137
Artículo 13. Seguridad jurídica (Astrid Liliana Sánchez Mejía).....	142
Artículo 14. Contribución a la satisfacción de los derechos de las víctimas (Juana Inés Acosta López - Carlos Enrique Arévalo Narváez)	150
I. Introducción	151
II. Las amnistías condicionadas a la luz del derecho internacional y las experiencias comparadas	154
III. Los beneficios penales condicionados y la LA	158
IV. Retos para la aplicación de la LA en Colombia.....	160
A) Alcance de la contribución de los beneficiarios	160
B) ¿Condiciones de acceso al beneficio penal o de mantenimiento?.....	165
C) Verificación del cumplimiento de los condicionamientos	166

TÍTULO III

AMNISTIAS, INDULTOS Y OTROS TRATAMIENTOS PENALES ESPECIALES

CAPÍTULO I

AMNISTÍAS “DE IURE”

Artículo 15. Amnistía “de iure” (Diego Fernando Tarapués Sandino).....	169
Artículo 16. (Diego Fernando Tarapués Sandino).....	174
Artículo 17. Ámbito de aplicación personal (Diego Fernando Tarapués Sandino)	183
Artículo 18. Dejación de armas (Diego Fernando Tarapués Sandino).....	187
Artículo 19. Procedimiento para la implementación de la amnistía “de iure” (Vanessa Suelst Cock).....	190
I. Introducción	191
II. Amanera de introducción: los delitos políticos y conexos.....	192
III. Ámbito de aplicación	195
IV. Autoridades que conceden la Amnistía y procedimiento.....	196
V. Plazos de aplicación	201
Artículo 20. Eficacia de la amnistía (Astrid Liliana Sánchez Mejía - Lina Chapparro Martínez).....	203

CAPÍTULO II

AMNISTÍAS O INDULTOS OTORGADOS
POR LA SALA DE AMNISTÍA O INDULTO

	PÁG.
Artículo 21. Sala de Amnistía o Indulto (Gustavo Emilio Cote Barco).....	207
I. Introducción	208
II. Diferencia sustancial entre la amnistía <i>de iure</i> y la amnistía concedida por la Sala de Amnistía o Indulto	209
III. Diferencia procesal entre la amnistía <i>de iure</i> y la amnistía concedida por la Sala de Amnistía o Indulto	212
IV. Concesión de amnistías por parte de la Sala de Amnistía o Indultos como función subsidiaria para casos difíciles.....	213
V. “En aplicación del principio de favorabilidad”	214
Artículo 22. Ámbito de aplicación personal (Diego Fernando Tarapués Sandino)	216
Artículo 23. Criterios de conexidad (Diego Fernando Tarapués Sandino)	219
I. Introducción	221
II. Criterios normativos de exclusión.....	222
A) Exclusión de crímenes internacionales.....	222
B) Exclusión de actos de ferocidad, barbarie o equivalentes	227
C) Exclusión de delitos comunes por fuera del conflicto y de la rebelión	228
D) Exclusión de delitos motivados por beneficio propio o de un tercero..	229
III. Criterios normativos orientadores	230
A) Delitos perpetrados en combate con ocasión del conflicto armado.....	231
B) Delitos cuyo sujeto pasivo es el Estado y su régimen constitucional...	232
C) Delitos dirigidos a facilitar, apoyar, financiar u ocultar la rebelión	233
Artículo 24 (Catalina Ibáñez Gutiérrez)	237
I. Introducción	238
II. Aproximación al concepto de indulto en el ordenamiento jurídico colombiano y su diferenciación con la amnistía	238
III. Competencia de la Sala de Amnistía o Indulto para otorgar el beneficio de indulto	248
IV. El indulto en la Ley 418 de 1997 y en la LA	250
V. Requisitos del indulto del art. 24 LA y la protesta social.....	253
Artículo 25. Procedimiento y efectos (Catalina Ibáñez Gutiérrez).....	257
Artículo 26. Presentación de listados (Catalina Ibáñez Gutiérrez)	274
Artículo 27. Ampliación de información (Catalina Ibáñez Gutiérrez)	279

CAPÍTULO III

COMPETENCIA Y FUNCIONAMIENTO DE LA SALA DE DEFINICIÓN
DE SITUACIONES JURÍDICAS

Artículo 28. Sala de Definición de Situaciones Jurídicas (John Zuluaga Taborda)	283
I. La Sala de Definición de Situaciones Jurídicas.....	287

	PÁG.
II. Funciones generales	289
A) Personas objeto de definición de situación jurídica y tratamiento de sentencias previas (num. 1, 2 y 5)	290
B) Determinación de mecanismos de selección y priorización (num. 3 y 7)	294
C) Relación de conductas con el conflicto armado (num. 4).....	299
D) Niveles de definición de situación jurídica (num. 6, 8, 9 y 10)	305
Artículo 29. Ámbito de competencia personal (John Zuluaga Taborda)	316
I. Anotación preliminar	318
II. Análisis e interpretación de los elementos	318
A) Integrantes de las FARC-EP en listados (num. 1)	318
B) Personas que hayan sido perseguidas penalmente en ejercicio del derecho a la protesta o disturbios internos (num. 2)	320
C) Delitos políticos o conexos vinculados a la pertenencia o colaboración con las FARC-EP (num. 3)	321
Artículo 30. Criterios de valoración de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas (John Zuluaga Taborda).....	324
I. Anotación preliminar	325
II. Análisis e interpretación de los elementos	326
A) Casos de participación determinante en crímenes internacionales y otros (num. 1)	326
B) Delitos comunes sin relación con el conflicto armado (num. 2)	328
Artículo 31. Resoluciones proferidas por la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas (John Zuluaga Taborda)	329
I. El trasfondo de la flexibilización a la reacción penal	329
II. Terminación anticipada en el marco de la JEP.....	330
A) Renuncia a la persecución penal.....	331
B) Preclusión de la investigación	334
C) Cesación de procedimiento.....	336
D) Sustitución de la sanción penal.....	338
Artículo 32. Procedimiento y efectos (John Zuluaga Taborda)	339
I. Anotación preliminar	340
II. Procedimiento ante la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas	342
A) Fase preliminar	342
B) Fase de sustanciación	344
C) Audiencia de resolución de situación jurídica.....	345
D) Ruta procesal. Sala de Definición de Situaciones Jurídicas	345
Artículo 33. Contribución a la satisfacción de los derechos de las víctimas (Juana Inés Acosta López - Carlos Enrique Arévalo Narváez)	347
I. El principio de condicionalidad: eje de la Ley de Amnistía	348
A) En relación con el derecho a la verdad de las víctimas	353
B) En relación con el derecho a la reparación de las víctimas	354
II. Vacíos y preguntas respecto de la materialización del principio de condicionalidad	356

CAPÍTULO IV

RÉGIMEN DE LIBERTADES

	PÁG.
Artículo 34. Libertad por efecto de la aplicación de la amnistía o de la renuncia a la persecución penal (Óscar Julián Guerrero Peralta)	358
I. Consideraciones generales	358
II. La noción de libertad inmediata y la libertad transitoria.....	362
Artículo 35. Libertad condicionada (Óscar Julián Guerrero Peralta)	366
Artículo 36. Acta formal de compromiso (Óscar Julián Guerrero Peralta)	375
Artículo 37. Procedimiento (Óscar Julián Guerrero Peralta).....	378
I. Introducción	379
II. Sujetos que pueden solicitar el beneficio	379
III. Trámite de conformidad con la situación jurídica del postulante y el régimen procesal aplicable.....	382
Artículo 38 (Natalia Silva Santaularia).....	386
I. Primer inciso	386
II. Segundo inciso	387
Artículo 39 (Natalia Silva Santaularia).....	389
Artículo 40 (Natalia Silva Santaularia).....	392

CAPÍTULO V

EFECTOS DE LA AMNISTÍA

Artículo 41. Efectos de la amnistía (Astrid Liliana Sánchez Mejía - Lina Chaparro Martínez).....	396
I. La extinción de diversas formas de responsabilidad individual.....	398
II. Efectos de la amnistía y derechos de las víctimas.....	401
III. La Ley de Amnistía y la extinción de dominio	405
Artículo 42. Efectos de la renuncia a la persecución penal (Astrid Liliana Sánchez Mejía - Lina Chaparro Martínez).....	411
Artículo 43. Efectos de la cesación de procedimiento y la suspensión condicional de la ejecución de la pena (Astrid Liliana Sánchez Mejía - Lina Chaparro Martínez).....	417

TÍTULO IV

TRATAMIENTOS PENALES ESPECIALES
DIFERENCIADOS PARA AGENTES DEL ESTADO

CAPÍTULO I

COMPETENCIA Y FUNCIONAMIENTO DE LA SALA
DE DEFINICIÓN DE SITUACIONES JURÍDICAS

Artículo 44. Sala de Definición de Situaciones Jurídicas (Gustavo Emilio Cote Barco).....	423
---	-----

	PÁG.
I. Introducción	424
II. Supuestos en los que la Sala debe definir la situación jurídica de agentes del Estado	426
III. Calificación de la relación de la conducta con el conflicto armado	427
IV. Definición de criterios de selección y priorización	428
V. Otras facultades de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas previstas en el Título III, relevantes para la aplicación de las normas contempladas en el Título IV	433

CAPÍTULO II

MECANISMOS DE TRATAMIENTO ESPECIAL DIFERENCIADO PARA AGENTES DEL ESTADO

Artículo 45. Mecanismos de tratamiento especial diferenciado para agentes del Estado (Gustavo Emilio Cote Barco)	435
I. Introducción	435
II. Mecanismos de resolución definitiva de la situación jurídica, entre ellos la renuncia a la persecución penal	436
III. En aplicación del principio de favorabilidad regulado en esta ley	437
Artículo 46. De la renuncia a la persecución penal (Gustavo Emilio Cote Barco)	439
I. Introducción	442
II. Crímenes internacionales y tipos penales consagrados en el Código Penal colombiano (num. 1)	444
III. “Crímenes de lesa humanidad” como concepto abierto	446
IV. Divergencias entre la definición nacional e internacional de los crímenes: tortura, desaparición forzada y reclutamiento de menores	451
V. Sustracción de menores	455
VI. ¿“Graves” crímenes de guerra?	456
VII. Ejecuciones extrajudiciales y otras formas de violencia sexual	462
VIII. Delitos que no fueron cometidos por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado (num. 2)	465
IX. Delitos contemplados en el Código Penal Militar (num. 3)	466
Artículo 47. Procedimiento para la aplicación de la renuncia a la persecución penal para los agentes del Estado (Gustavo Emilio Cote Barco)	468
I. Introducción	469
II. Inciso primero: reiteración de la regla general	469
III. Incisos segundo y tercero: elementos de juicio para establecer si la conducta fue cometida en relación con el conflicto armado	470
IV. Inciso cuarto: nuevamente, casos en los que no procede la renuncia a la persecución penal	471
V. Inciso quinto: vacíos e interrogantes sobre el trámite en concreto	471
Artículo 48. Otros efectos de la renuncia a la persecución penal (Gustavo Emilio Cote Barco)	475

	PÁG.
I. Efecto de cosa juzgada y revisión (nums. 1 y 2).....	476
II. Eliminación de antecedentes penales (num. 3).....	478
III. Efectos frente a otros tipos de responsabilidad (nums. 4 y 5).....	481
IV. Parágrafos.....	482
Artículo 49. Recursos contra las resoluciones de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas (Gustavo Emilio Cote Barco)	484
Artículo 50. Contribución a la satisfacción de los derechos de las víctimas (Juana Inés Acosta López - Carlos Enrique Arévalo Narváez)	491
I. Introducción	493
II. El principio de condicionalidad en el art. 50 de la LA.....	493
III. El principio de integralidad y complementariedad, materializado en el art. 50 de la LA.....	496
IV. Las reformas institucionales como garantía de no repetición en contexto de JT: el parágrafo del art. 50 de la LA.....	497
V. La necesidad de una vocación transformadora en la aplicación de políticas públicas en contextos de JT: parágrafo del art. 50.....	500

CAPÍTULO III

RÉGIMEN DE LIBERTADES

Artículo 51. Libertad transitoria condicionada y anticipada (Nelson Camilo Sánchez León - Alejandro Jiménez Ospina)	503
I. Introducción	505
II. Sobre el tratamiento penal especial diferenciado para agentes estatales en el Acuerdo Final	505
III. Sobre el régimen de libertades previo a la concesión del tratamiento penal especial definitivo para agentes estatales	507
IV. Alcance y contenido de la libertad transitoria condicionada y anticipada	508
V. Observaciones frente a la libertad transitoria condicionada y anticipada ...	511
Artículo 52. De los beneficiarios de la libertad transitoria condicionada y anticipada (Nelson Camilo Sánchez León - Alejandro Jiménez Ospina)	515
II. Que la persona sea considerada agente estatal.....	515
III. Que el agente estatal esté condenado o procesado por haber cometido conductas punibles por causa, con ocasión, o en relación directa o indirecta con el conflicto armado interno.....	517
IV. Que los delitos cometidos por el agente estatal no estén en la lista de no amnistiables o que, estándolo, este haya pasado más de 5 años privado de la libertad.....	519
V. Que el agente estatal solicite o acepte libre y voluntariamente su intención de acogerse a la Jurisdicción Especial para la Paz y se comprometa a contribuir a la verdad, a la no repetición, a la reparación inmaterial de las víctimas, así como atender los requerimientos de los órganos del sistema	522

	PÁG.
Artículo 53. Procedimiento para la libertad transitoria condicionada y anticipada (Nelson Camilo Sánchez León - Alejandro Jiménez Ospina).....	524
I. Introducción	525
II. Procedimiento para miembros de la fuerza pública	525
III. Procedimiento para agentes estatales no pertenecientes a la fuerza pública	527
IV. Observaciones frente al procedimiento para el otorgamiento de la libertad transitoria condicionada y anticipada.....	528
A) Participación de las víctimas en el procedimiento relativo a miembros de la fuerza pública.....	528
B) Posibilidad de interponer la acción de habeas corpus para el otorgamiento de la libertad transitoria condicionada y anticipada a miembros de la fuerza pública.....	531
Artículo 54. Supervisión (Nelson Camilo Sánchez León - Alejandro Jiménez Ospina)	533
Artículo 55. Libertad definitiva e incondicional (Nelson Camilo Sánchez León - Alejandro Jiménez Ospina)	537
I. Introducción	537
II. Sobre la renuncia a la persecución penal como tratamiento penal especial definitivo para agentes estatales en el marco del SIVJRNR	537
III. Sobre las consecuencias derivadas del otorgamiento de la libertad definitiva e incondicional	538

CAPÍTULO IV

PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD EN UNIDAD MILITAR O POLICIAL PARA INTEGRANTES DE LAS FUERZAS MILITARES Y POLICIALES EN EL MARCO DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ

Artículo 56. Privación de la libertad en unidad militar o policial para integrantes de las fuerzas militares y policiales (Nelson Camilo Sánchez León - Alejandro Jiménez Ospina).....	540
Artículo 57. De los beneficiarios de la privación de la libertad en unidad militar o policial para integrantes de las fuerzas militares y policiales (Nelson Camilo Sánchez León - Alejandro Jiménez Ospina).....	543
I. Introducción.....	543
II. Que sea agente estatal, perteneciente a las fuerzas militares o policiales	544
III. Que estén condenados o procesados por haber cometido conductas punibles por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado interno	544
IV. Que los delitos cometidos estén en la lista de no amniables y que la persona haya pasado menos de cinco años privada de la libertad.....	545
V. Que solicite o acepte libre y voluntariamente la intención de acogerse al sistema de la JEP y se comprometa a contribuir a la verdad, a la no repetición, a la reparación inmaterial de las víctimas, así como atender los requerimientos de los órganos del sistema.....	546

	PÁG.
Artículo 58. Procedimiento para la privación de la libertad en unidad militar o policial para integrantes de las fuerzas militares y policiales (Nelson Camilo Sánchez León - Alejandro Jiménez Ospina)	547
I. Introducción	547
II. Trámite para el otorgamiento del beneficio de privación de la libertad en unidad militar o policial	548
III. Observaciones frente al procedimiento para otorgamiento de la privación de la libertad en unidad militar o policial.....	549
Artículo 59. Supervisión (Nelson Camilo Sánchez León - Alejandro Jiménez Ospina)	550
I. Introducción	550
II. Condiciones de reclusión en unidades militares	551
III. Utilización de medios tecnológicos para la supervisión	551

TÍTULO V

DISPOSICIONES FINALES. SISTEMA DE DEFENSA

Artículo 60. Sistema de defensa jurídica gratuita (Heydi Patricia Baldosea Perea)	555
I. Antecedentes normativos y la garantía del derecho de defensa.....	556
II. La defensa gratuita en la Ley de Amnistía	560
A) Condiciones de accesibilidad	560
B) Aptitud de los profesionales que asumen la defensa	561
C) Modelos de asistencia legal	563

VIGENCIA

Artículo 61. Vigencia (Diana Dajer Barguil)	569
I. Introducción	569
II. La vigencia de la LA y los principios de seguridad jurídica e integralidad del SIVJRN.....	570
III. Concordancia entre la vigencia general de la LA con otras disposiciones	572
Índice de materias	575

TÍTULO I

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Artículo 1º. En consideración de que la Corte Constitucional señaló que la refrendación popular es un proceso integrado por varios actos, la presente ley declara que la refrendación popular del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, fue un proceso abierto y democrático constituido por diversos mecanismos de participación, en los que se incluyeron escenarios de deliberación ciudadana, manifestaciones de órganos revestidos de legitimidad democrática y la participación directa de los colombianos a través del plebiscito realizado el 2 de octubre de 2016, cuyos resultados fueron respetados, interpretados y desarrollados de buena fe con la introducción de modificaciones, cambios, precisiones y ajustes posteriores en la búsqueda de mayores consensos reflejados en el Acuerdo Final suscrito el 24 de noviembre del presente año.

Este proceso de refrendación popular culminó, luego de un amplio debate de control político en el que participaron representantes de las más diversas posiciones ideológicas de la sociedad civil y con la expresión libre y deliberativa del Congreso de la República, como órgano de representación popular por excelencia, mediante la aprobación mayoritaria de las Propositiones números 83 y 39 de 29 y 30 de noviembre del presente año en las plenarias del Senado de la República y la Cámara de Representantes, respectivamente.

Por lo tanto, los desarrollos normativos que requiera el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera que correspondan al Congreso de la República se adelantarán a través de los procedimientos establecidos en el Acto Legislativo número 01 de 2016, el cual entró en vigencia con la culminación del proceso refrendatorio. Este proceso legislativo contará con los espacios de participación ciudadana previstos en el Capítulo IX la Ley 5ª de 1992.

Lo anterior, sin perjuicio de que durante la implementación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto, se propicien mayores espacios de participación ciudadana que fortalezcan el proceso de transición hacia la construcción de una paz estable y duradera.

Art. 1º, 1

Jurisprudencia nacional: Corte Const., sents. C-160 de 2017; C-699 de 2016; C-332 de 2017.

Otros documentos: Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, en: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Paginas/Texto-completo-del-Acuerdo-Final-para-la-Terminacion-del-conflicto.aspx>; *El Espectador* (17 de febrero de 2017), “Fast” pero no “Fast Track”, por Rodrigo Uprimny, recuperado de: <http://www.elespectador.com/opinion/fast-pero-no-fat-track-columna-680564>; *Semana.com* (29 de noviembre de 2016), “Sin fast track la paz quedaría en aprietos”, recuperado de: <http://www.semana.com/nacion/articulo/congreso-inicia-refrendacion-de-acuerdos-de-paz/507221>; *El Espectador* (2017), Trámite de urgencia, la movida del Gobierno para proyectos que no pasaron por *fast track*, recuperado el 12 de junio de 2018 de: <https://www.elespectador.com/noticias/politica/tramite-de-urgencia-la-movida-del-gobierno-para-proyectos-que-no-pasaron-por-fast-track-articulo-728019>; Jiménez, C. (2018), La implementación del Acuerdo Final de Paz ya venía con problemas, recuperado el 12 de junio de 2018 de: <http://unperiodico.unal.edu.co/pages/detail/la-implementacion-del-acuerdo-final-de-paz-ya-venia-con-problemas/>; *El Colombiano* (2018), Con condiciones, Corte avaló la Ley de Amnistía, recuperado el 12 de junio de 2018 de: <http://www.elcolombiano.com/colombia/acuerdos-de-gobierno-y-farc/con-condiciones-la-corte-constitucional-avalo-la-ley-de-amnistia-CI8280400>; *El Colombiano* (2018), JEP envió a la Corte Constitucional el caso Santrich, recuperado el 12 de junio de 2018 de: <http://www.elcolombiano.com/colombia/jep-envio-a-la-corte-constitucional-el-caso-santrich-II8846578>; *El Tiempo* (2018), El impacto del freno a la JEP para juzgar a pedidos en extradición, recuperado el 12 de junio de 2018 de: <http://www.eltiempo.com/justicia/jep-colombia/reglamentacion-de-la-jep-en-el-congreso-sobre-extradicion-224170>; Comité Internacional de la Cruz Roja (2016), Colombia: 10 preguntas sobre acuerdos de paz, acuerdos especiales y DIH, recuperado el 5 de noviembre de 2017 de: <https://www.icrc.org/es/document/colombia-10-preguntas-sobre-acuerdos-de-paz-acuerdos-especiales-y-dih>; Rodríguez, C., Uprimny, R., Güiza, D., Molano, P., & Albarracín, M. (2016), Intervención ciudadana en el proceso de constitucionalidad PE0000045, *Dejusticia.org*, recuperado el 5 de noviembre de 2017 de: https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_816.pdf; *El Espectador* (2017, octubre), Nadie podrá modificar el Acuerdo de Paz en 12 años: Corte Constitucional, recuperado el 12 de junio de 2018 de: <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/nadie-podra-modificar-el-acuerdo-de-paz-en-12-anos-corte-constitucional-articulo-710694j>; *El Tiempo* (2018), Los gazapos hallados a Iván Duque en observaciones al acuerdo de paz, recuperado el 12 de junio de 2018 de: <http://www.eltiempo.com/politica/proceso-de-paz/los-gazapos-hallados-a-ivan-duque-en-observaciones-al-acuerdo-de-paz-227652>.

I. El contexto político del proceso referendatorio del Acuerdo de Paz con las FARC

1 En retrospectiva, diversos factores nacionales e internacionales contribuyeron a la generación de un escenario propicio para dar comienzo y poner fin

a las negociaciones de paz entre el Gobierno nacional y las FARC. Dentro del proceso de preparación de tal escenario, una de las herramientas empleadas por el Presidente Juan Manuel Santos fue la política exterior. A través del mejoramiento de las relaciones con los vecinos y, en general, con los países de la región, se logró el apoyo de Estados como Venezuela y Cuba para convencer a los jefes guerrilleros de sentarse a la mesa de negociación, y el respaldo del Presidente ecuatoriano para comenzar conversaciones con el Ejército de Liberación Nacional (ELN).

También se gestionó el soporte de socios internacionales claves como Estados Unidos, Alemania y la Unión Europea, que enviaron delegados especiales a las negociaciones y se han comprometido a apoyar a Colombia en diversas agendas del posconflicto. Al mismo tiempo, se obtuvo el compromiso de organizaciones internacionales como la ONU y la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC) para el proceso de verificación de la implementación de los acuerdos.

Sin embargo, el sorpresivo triunfo del “No” en el plebiscito –celebrado el 2 de octubre de 2016 en Colombia– para refrendar los acuerdos relativos a poner fin al conflicto armado interno, que fueron suscritos por el Gobierno colombiano y las FARC el 26 de septiembre de 2016, mantuvo en el limbo algunas semanas la suerte del proceso de paz de Colombia. No obstante, tanto los negociadores del Gobierno como de la guerrilla –de manera constructiva y expresando la mayor voluntad política– se sentaron de nuevo a la mesa de negociación para revisar mucho de lo acordado durante varios años (2012-2016) de negociaciones en La Habana, a fin de evaluar la posibilidad de introducirle cambios, luego de que los representantes del Gobierno recogieran las propuestas de los distintos grupos que conforman el variopinto espectro de quienes impulsaron la campaña del No¹. Sin excluir, por supuesto, de tal ejercicio a los partidarios del Sí. Finalmente, las partes suscribieron un nuevo acuerdo

¹ El tiempo para enmendar el Acuerdo era extremadamente corto considerando que la fecha límite parecía ser el 31 de octubre, fin de la primera prórroga del cese bilateral de acciones armadas. En medio de los acercamientos con figuras de la oposición, el plazo se ampliaría nuevamente hasta fin de año. El Presidente Santos debía reunirse no solamente con Álvaro Uribe (expresidente), Andrés Pastrana (Partido Conservador), Alejandro Ordoñez (exprocurador), sino también con múltiples grupos de la sociedad civil. Santos volvió a encontrarse “cara a cara” con Uribe después de varios años sin hablarse directamente. Asimismo, participaron como partidarios del No un sector de las iglesias evangélicas. Por otro lado, una parte significativa de los militares retirados expresó su consternación con respecto al nuevo enfoque de seguridad territorial, diseñado presuntamente para favorecer a los insurgentes y rechazó algunas de las disposiciones respecto a la JEP.

Art. 1º, 4-7

el 24 de noviembre de 2016, el cual se logró –en contra de todas las expectativas y en tiempo récord– 53 días después de haberse celebrado el plebiscito².

4 Lo claro fue que la directriz del Presidente enfatizó que los negociadores de ambas partes no debían pararse de la mesa hasta no haber alcanzado un nuevo acuerdo antes de que finalizara el año 2016. La celeridad que se le dio a la renegociación de los acuerdos tenía su explicación en el temor real que representaba un posible rompimiento del cese al fuego bilateral acordado y mantenido por las partes, situación que podía haber conducido a un reinicio general del conflicto.

5 Por ello, la comunidad internacional mantuvo también su apoyo al proceso y siguió ejerciendo presión a favor de salvar el proceso de paz. En tal sentido, el Premio Nobel de paz –que le fue otorgado al Presidente Santos en diciembre de 2016– le dio un nuevo aire internacional y doméstico al proceso. Legitimó política y moralmente al Presidente Santos para que persistiese en la búsqueda de una solución política del conflicto armado interno y cumpliera con el mandato que le impone la Constitución de Colombia, la cual establece la paz como un derecho fundamental (1991, art. 22)³. En suma, el Gobierno de Estados Unidos, los representantes de la Unión Europea, los líderes de sus Estados miembros, actores clave del Asia-Pacífico, la ONU y, al unísono, todos los países de América Latina y el Caribe, le siguieron y le siguen brindando su apoyo al proceso de paz.

6 Adicionalmente, una especie de “primavera colombiana” comenzó –a la semana siguiente del plebiscito– a tomarse las calles a lo largo y ancho del país, a fin de demandar la celeridad de la renegociación del acuerdo de paz en La Habana. Esa creciente movilización de estudiantes, grupos de víctimas, movimientos sociales, sindicatos, organizaciones religiosas, defensores de DD. HH., artistas y gente del común –que votaron por el Sí o por el No– comenzó a demandar que se alcanzara prontamente un nuevo acuerdo que permitiese contener un reinicio del conflicto armado.

7 En dicho escenario, tanto el Presidente Santos, como las FARC y, en general, gran parte de la clase política colombiana estuvieron a la altura del momento

² En dicho proceso se llevaron a cabo casi cien horas de encuentros entre grupos de presión y negociadores del Gobierno, presentando más de 500 propuestas que fueron debatidas con las FARC para divulgar un nuevo Acuerdo y que daría lugar a la firma final del mismo el 24 de noviembre en el Teatro Colón de la ciudad de Bogotá. Se hicieron 56 “ajustes, cambios o precisiones” en todos los temas a excepción del de participación política para las FARC. Así, pareció elevarse el consenso societal, aunque varios promotores del “NO”, particularmente del partido político CD, continuaron rechazando el nuevo Acuerdo en las sesiones de Senado y Cámara que finalmente lo refrendarían.

³ Ver comentario de Dajer al art. 5º LA en esta misma publicación.

histórico que encararon. La grandeza política y los intereses de toda una sociedad se colocaron por encima de la mezquindad de individuos o de grupos, cálculos electorales o de retaliaciones políticas. La paz es el bien público máspreciado y anhelado por los colombianos. Luego de que las partes lograsen el nuevo acuerdo, Santos sometió su refrendación al Congreso, a fin de evitar una nueva polarización de la sociedad colombiana, similar a la experimentada en el plebiscito. Adicionalmente, una vez el Congreso de la República refrendó en diciembre de 2016 el nuevo acuerdo, la Corte Const. procedió a declarar como constitucional el AL 01 de ese año, el cual permitió llevar a cabo –mediante el llamado *fast track*– un trámite legislativo más expedito para la implementación del acuerdo marco. Ese AL prescribió el uso del *fast track*, entre otros instrumentos jurídicos para implementar el Acuerdo de Paz, dentro del llamado “Procedimiento legislativo especial para la paz”. El trámite excepcional orientado por el AL fue legitimado por la Corte pese a las exigencias ciudadanas de un segundo plebiscito o mecanismo directo más amplio como un referendo, tal como se expone en la sentencia C-160 de 2017:

“La Corte destaca que cuando la participación ciudadana es previa es legítimo que el proceso continúe y concluya en virtud de las competencias de una autoridad instituida. En estos casos se entiende la participación como consulta previa al pueblo y vale como refrendación popular si los actos subsiguientes se encaminan a interpretar, respetar y desarrollar sus resultados de buena fe [...] Proceso que puede terminarse por la decisión libre y deliberativa de una autoridad revestida de legitimidad democrática, como puede ser el Congreso [...]”⁴.

La importancia y complejidad del contexto, su excepcionalidad, guiaron el concepto favorable de la Corte con respecto al mecanismo legislativo especial: 8

“[...] se trata de una situación de excepción –la transición– que acude a un régimen también excepcional –la alteración institucional del Estado de manera temporal– a fin de responder a las necesidades de la búsqueda de la paz. Entender el carácter doblemente extraordinario de este tipo de mecanismos es fundamental, pues los dilemas que deben ser afrontados habilitan al Estado a adoptar decisiones complejas que distan de la unanimidad y que propenden por mayores niveles de democratización a través de la búsqueda de la paz”⁵.

Frente a la presunta sustitución de la Constitución mediante el mecanismo legislativo especial, la Corte ya había respondido a favor del *fast track* en la sentencia C-699 de 2016: 9

⁴ Corte Const., sent. C-160 de 2017.

⁵ *Ibíd.*

Art. 1º, 10-11

“[...] el procedimiento de reforma constitucional, del cual forma parte la disposición acusada, no solo es especial ya que su objeto es la transición hacia la terminación del conflicto, sino además excepcional (solo para implementar el acuerdo) y transitorio (solo por 6 meses, prorrogable por un periodo igual). Esto significa que subsisten los mecanismos permanentes de enmienda constitucional, los cuales no son entonces ni suspendidos ni derogados. Además, implica que el procedimiento solo puede usarse para desarrollar el acuerdo final, y no para introducir reformas desprovistas de conexidad con este último. Finalmente, quiere decir que una vez se agote el término de aplicabilidad del mecanismo especial, las reformas introducidas por este conducto pueden ser a su vez modificadas o derogadas según los procedimientos permanentes de enmienda”⁶.

10 De allí que, desde esta perspectiva, se invoque en el art. 1 de la LA el concepto positivo de la Corte Const. con respecto a que la “refrendación popular” no alude exclusivamente a los mecanismos de participación directa de la ciudadanía, sino que puede ser un proceso que consta de “varios actos”, visto el resultado negativo que recibió el Gobierno nacional tras el plebiscito realizado el 2 de octubre de 2016. En otras palabras, la Corte Const. brindó respaldo político y jurídico al Acuerdo Final de paz suscrito entre el Estado colombiano –representado por el Presidente Juan Manuel Santos– y las FARC –representadas por su comandante, Timoleón Jiménez–. Así se evitó su fracaso y se legitimó un proceso de ajuste y reconversión jurídica que podría calificarse como *controlado*, pues la modificación y refrendación de la versión definitiva del “Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera”, de conformidad con sus competencias constitucionales, fue llevada a cabo por el Congreso de la República. A través de los debates y plenarias de Senado y Cámara de Representantes, claramente, el Gobierno de la “Unidad Nacional” pudo disponer de su doble mayoría para asegurar que los compromisos centrales a los que llegaron los negociadores en Cuba se preservaran casi intactos.

11 El Gobierno y el Congreso afirman en el mismo art. 1º LA que los resultados del plebiscito, en el que venció el “No”, representando en su momento el rechazo del Acuerdo Final por una mayoría estrecha de los votantes, fueron “respetados, interpretados y desarrollados de buena fe con la introducción de modificaciones, cambios, precisiones y ajustes”. Al ser conscientes de la existencia de un contexto de polarización societal adverso a la implementación del Acuerdo, el Gobierno y los defensores del proceso en el Congreso intentaron elevar el consenso político mediante una estrategia de dos frentes: a) buscar aproximaciones entre la Presidencia y los principales representantes

⁶ Corte Const., sent. C-699 de 2016.

de los grupos políticos, religiosos y sociales relacionados con la oposición al Acuerdo; y b) oír las posturas de los grupos de la sociedad civil que pudieron asistir a los debates congresionales. De esta manera, pudo refrendarse con relativa celeridad el nuevo Acuerdo Final, si bien sin terminar de convencer al núcleo más férreo de la oposición, representado por el partido político CD⁷. Aunque en su momento el propio Gobierno manifestó la posibilidad de realizar un segundo plebiscito para refrendar popularmente la nueva versión del Acuerdo de Paz, finalmente la desechó en aras de reglamentar jurídicamente y sin dilación todos sus puntos y agilizar su implementación, a fin de evitar una mayor polarización de la sociedad colombiana.

Tal “pragmatismo” gubernamental fue el mismo espíritu que inspiró la formulación del AL y que sólo sería aplicable una vez refrendado definitivamente el Acuerdo Final. El 7 de julio de 2016 el Congreso aprobó este “Procedimiento legislativo especial para la paz” o mecanismo de trámite rápido (*fast track*) que le permitió al Ejecutivo proponer de manera exclusiva todo el conjunto de leyes necesarias para aplicar el Acuerdo Final y tener prelación en el “orden del día” congresional. Complementariamente, se otorgaron facultades extraordinarias al Presidente por un período de seis meses y prorrogable por otros seis, y que le permiten expedir “decretos con fuerza de ley” en casi todos los ámbitos exceptuando impuestos y asuntos que ordinariamente requieren de una mayoría cualificada o absoluta para su aprobación. En este contexto, pudieron proponerse y aprobarse la Ley 1820 de 30 de diciembre de 2016 y el Decreto 277 de 17 de febrero de 2017, que constituyen la base jurídica de garantías para los guerrilleros desmovilizados, por cuanto definen la política de amnistía, indulto y alternatividad penal y los procedimientos específicos para implementarla, respectivamente.

Así pues, la participación ciudadana en el proceso legislativo especial quedó *canalizada* dentro de lo dispuesto por el Capítulo IX de la Ley 5ª de 1992. Es decir, las personas naturales o jurídicas pueden influir con sus opiniones en las comisiones constitucionales permanentes del Congreso solamente con previa inscripción y dentro de los días y horarios dispuestos por la Mesa Directiva; o bien, pueden presentar sus iniciativas legislativas según los requisitos estrictamente definidos por el art. 155 de la Const. Pol. a través de voceros autorizados por la Secretaría General y la Mesa Directiva. De acuerdo con esa disposición, deben articularse por lo menos un 5 por ciento de ciudadanos con respecto al censo electoral o el 30 por ciento de concejales y diputados del país, y además, en sintonía con el art. 163, debe respetarse la prelación

⁷ Partido político que lidera el expresidente Álvaro Uribe, el cual ha sido el más acérrimo opositor, tanto en el Congreso de la República como en la esfera pública, de los acuerdos alcanzados entre el Gobierno Colombiano y las FARC.

de los proyectos clasificados como de carácter urgente, entiéndase, aquellos tramitados vía *fast track*.

- 14 En últimas, el Presidente optó por dar a entender públicamente que el uso del mecanismo de refrendación por democracia directa fue un yerro político y eligió apelar a la jerarquía y funciones representativas que le confiere la ley para zanjar el debate socialmente polarizado. En esa línea se inscribe también el Decreto 277 de 2017 que pretende definir las condiciones de implementación de la Ley 1820. La razón de autoridad ejecutiva en última instancia es invocada por el Presidente en las consideraciones preliminares de ese Decreto, argumentando que a) de acuerdo con el art. 188 de la Const. Pol., el jefe del Ejecutivo “simboliza la unidad nacional” y garantiza los derechos y libertades de todos los ciudadanos, y b) por el art. 10 de Ley 418 de 1997 (prorrogado por la Ley 1738 de 2014), la dirección de todo proceso de paz le corresponde *exclusivamente* al Presidente como “responsable de la preservación del orden público en toda la Nación”. Lo que incluye el poder para elegir quiénes hablan en nombre del Gobierno y qué sectores de la sociedad civil pueden participar o ser escuchados si el Jefe de Estado juzga que pueden contribuir (o no) a la consecución del proceso de paz.

II. El mecanismo de *fast track* y los conceptos de la Corte Constitucional: entre defensores, críticos y el complejo escenario de refrendación

- 15 Viendo el advenimiento del *fast track*, una vez refrendado el nuevo Acuerdo por las mayorías de la “Unidad Nacional” y otros aliados en el Congreso, el CD apostó por recolectar firmas para realizar un referendo sobre los puntos “excluidos” del Acuerdo e incluso algunos de sus miembros amenazaron con impulsar una revocatoria del Congreso. Aunque los ajustes facilitaron el trámite del nuevo Acuerdo en el Congreso, los temas periféricos al proceso de paz, la división social en varios asuntos y el empecinamiento del CD motivaron al Gobierno nacional a acelerar el inicio del mecanismo rápido de trámite legislativo para implementar el desarme, desmovilización y reintegración de las FARC con ocasión de los mecanismos dispuestos hacia la JT, incluyendo el AL y la JEP.
- 16 Como ya lo señalamos, el *fast track* fue convenido de forma excepcional, ya que suspendía los procedimientos ordinarios en el Congreso de la República para la creación de leyes y reformas constitucionales que versaran directamente sobre la construcción de paz. Básicamente, esta vía rápida reducía significativamente el número de debates que se demandan para la aprobación de leyes y reformas constitucionales. Así pues, las reformas constitucionales no requerirían ocho debates sino cuatro en una sola vuelta entre Cámara de Representantes y Senado de la República. Asimismo, el Procedimiento Legislativo

Especial para la paz concedía prelación en el orden del día de los debates y agenda que se fijaran en ambas cámaras. Además, establecía que este debía regir por seis meses, tiempo prorrogable por un único período.

Ahora bien, el *fast track* o Procedimiento Legislativo Especial para la Paz fue sometido al consecuente examen de constitucionalidad por parte de la Corte Const., donde por medio de la sentencia C-699 de 2016 se declaró exequible, y se determinó la especificidad y condicionalidad de la esencia del mismo. En ese sentido, la Corte Const. declaró que se trataba de un mecanismo que se ajustaba al marco constitucional preexistente, de tal manera que la Corte no encontró ningún vicio de competencia por sustitución de la Carta Política. Asimismo, aseveró de forma categórica que este era un mecanismo especial, excepcional y transitorio, el cual se justificaba por el objetivo imperioso constitucional de lograr la paz⁸. 17

De acuerdo con esa sentencia, la sustitución de los principios constitucionales, y por tanto la inexecutableidad de un acto legislativo, solo tiene lugar cuando: 18

“[...] el elemento definitorio expresado en la premisa mayor⁹ es «reemplazado por otro –no simplemente modificado, afectado, vulnerado o contrariado–» y el nuevo es opuesto o integralmente diferente al anterior, al punto que resulte incompatible con los elementos definitorios de la identidad de la Constitución de 1991”¹⁰.

En ese mismo sentido, expresó que “desde la sentencia C-551 de 2003, y lo ha reiterado en diversas ocasiones [...] la Constitución colombiana de 1991, a diferencia de otras constituciones, [...] no contiene cláusulas pétreas o irreformables”¹¹. 19

Con respecto al presunto vicio de competencia para reformar la Constitución mediante un AL (como el 01 de 2016), en la misma sentencia se afirma: 20

“[...] no es un exceso del poder de revisión constitucional conferir facultades extraordinarias, pues ya lo ha hecho en el pasado por ejemplo en los actos legislativos 3 de 2002, 1 de 2003 y 5 de 2011. Esto es relevante no solo porque ya estos actos forman parte de la Constitución, y por tanto contribuyen a definir su propia identidad, sino además porque como se indicó, la

⁸ Corte Const., sent. C-699 de 2016. Procedimiento Legislativo Especial para agilizar el acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. Tránsito rápido o *fast track*.

⁹ Se refiere a un principio normativo original que da identidad o espíritu jurídico a la Carta Política y que trasciende a un artículo simple del orden constitucional.

¹⁰ Corte Const., sent. C-699 de 2016.

¹¹ *Ibíd.*

Corte ha juzgado exequible la habilitación legislativa extraordinaria al Presidente de la República por parte de los órganos constituidos competentes para reformar la Constitución (C-970 y 971 de 2004). Ciertamente, en algunos casos puede haber un vicio de competencia por sustitución del principio de separación de poderes que identifica la Constitución, en la delegación de funciones legislativas en órganos distintos al Congreso de la República. Sin embargo, y este es el punto que va en segundo lugar, en este caso no hay vicio de competencia de ese tipo”¹².

21 Esta sentencia de la Corte Const. que declara la constitucionalidad del *fast track* se configuró como un espaldarazo a la celeridad requerida por el Gobierno para refrendar jurídicamente el Acuerdo Final de Paz. Lo que en consecuencia se estableció como el mecanismo idóneo para garantizar el cumplimiento de lo dispuesto por las partes. Lo anterior con la intención de minimizar el riesgo de la imposición de tesis revisionistas impulsadas por los detractores del proceso ante un eventual cambio de Gobierno o reestructuración de mayorías en el Congreso. Así mismo, se configuró como un gesto de generación de confianza para que los miembros de las FARC cumplan de forma voluntaria y decidida con los procesos de desmovilización, desarme y reincorporación a la vida civil.

22 No obstante, la Corte Const. realiza un llamado de atención al órgano legislativo, ya que en la redacción del art. 5º del AL, donde estipula la entrada en vigencia del mecanismo, es bastante ambiguo, pues quedó consignado: “el presente acto rige a partir de la refrendación popular del Acuerdo Final para la terminación del conflicto [...]”. Empero, en ninguna parte se delimita o define qué y cómo se entenderá o surtirá un nuevo proceso de refrendación popular del Acuerdo, con lo cual se genera un problema adicional sobre la necesidad de refrendar el Acuerdo para proceder a su articulación con el sistema jurídico colombiano.

23 En ese tenor la Corte Const. expresa que “la concepción de la refrendación popular que se refleja en las deliberaciones del Congreso estaba ciertamente atada a un mecanismo de participación ciudadana. Pero no es posible establecer con la misma certeza si cualquier mecanismo de participación era suficiente [...]”. Seguidamente, y, con el propósito de soslayar tal vacío interpretativo, la Corte Const. afirma: “el procedimiento especial de reforma constitucional contemplado incluye tres etapas: una refrendación popular, una etapa parlamentaria y una instancia de control constitucional automático. Como se dijo, el AL 01 de 2016 no prevé una definición estricta de refrendación popular, ni se refiere tampoco a un mecanismo de participación democrática en específico, y es por eso que los organismos encargados de aplicarlo tienen un margen amplio de configuración e interpretación”. Por tanto, se puede interpretar de forma amplia

¹² *Ibíd.*

que el proceso de discusión en el Congreso de la República para la generación de legislación en pro de la construcción de paz, sobre cualquiera de los tópicos pactados en el Acuerdo de Paz, supone que el proceso de refrendación ya se cumple a través del ejercicio democrático representativo.

Ahora bien, indudablemente siempre se percibieron los desafíos del Procedimiento Legislativo Especial para la Paz. El *fast track* como mecanismo para el ejercicio legislativo y para las reformas constitucionales conllevaba importantes riesgos para el Estado y su institucionalidad. Por ejemplo, el Gobierno pretendió regular el voto obligatorio justificando que era necesario profundizar la democracia. Empero, ese tópico no versaba de forma directa sobre lo pactado en el Acuerdo Final de Paz. En ese sentido, tal reforma constitucional requeriría una interpretación expansiva y ampliada del mecanismo, lo que desvanecía su esencia, pues un mecanismo especial, excepcional y transitorio como el *fast track* implicaba una interpretación restringida en aras de no convertir la excepción en regla¹³. 24

Por lo tanto, el *fast track* como herramienta jurídica constituía un mecanismo idóneo que brindaba mejores posibilidades para la construcción de paz sostenible y duradera, pero implicaba riesgos inminentes en las reformas constitucionales o acciones legislativas que demandan discusiones arduas y complejas en el ejercicio ordinario de la democracia representativa, ya que por la vía rápida se incrementaba el peligro de que se impusieran intereses individuales, sin el respectivo proceso de escrutinio ordinario democrático. 25

A pesar de lo anterior, el Procedimiento Especial para la Paz se concibió como cardinal para blindar los acuerdos de paz y atendía a una situación de necesidad manifiesta frente al proceso de paz. Como sostiene Humberto de la Calle, representante del Gobierno en la negociación política, cuando afirma que las FARC han ido implementando varios de los puntos acordados y cardinales para la paz, tales como el cese al fuego, la agrupación en las ZVTN¹⁴ y la entrega de las armas. Esta circunstancia entraña un riesgo latente de retorno al conflicto armado si no hay ningún tipo de estabilidad, garantía o refrendación jurídica. Así entonces, el *fast track* permitiría de forma ágil darle sustento jurídico a los puntos concertados, lo cual debía difuminar la incertidumbre política y jurídica que amenazaría la implementación de los acuerdos. 26

¹³ *El Espectador* (17 de febrero de 2017), “Fast” pero no “Fast track”, por Rodrigo Uprimny. Recuperado de: <http://www.elespectador.com/opinion/fast-pero-no-fat-track-columna-680564>

¹⁴ *Semana.com* (29 de noviembre de 2016), “Sin *fast track* la paz quedaría en aprietos”. Recuperado de: <http://www.semana.com/nacion/articulo/congreso-inicia-refrendacion-de-acuerdos-de-paz/507221>

27 De igual forma, otras disposiciones estructurales para la construcción de una paz estable y duradera, como la JEP y el AL, sin este mecanismo excepcional tendrían dificultades monumentales de tiempo y de tipo político para ser implementadas, con lo cual se debilitarían las bases orgánicas y sustantivas de todo el proceso y Acuerdo de Paz.

28 No obstante lo anterior, en una decisión intempestiva e inesperada la Corte Const. en julio de 2017 por medio del proceso de revisión declaró inexecutable las disposiciones H y J del *fast track*. Tales literales instituían que “los proyectos de ley y de acto legislativo solo podrán tener modificaciones siempre que se ajusten al contenido del Acuerdo Final y que cuenten con el aval del Gobierno nacional” y que, “en la comisión y en las plenarias se decidirá sobre la totalidad de cada proyecto, con las modificaciones avaladas por el Gobierno, en una sola votación”¹⁵.

29 En esa misma sentencia, la Corte consideró que el voto en bloque de los congresistas no se ajustaba a la naturaleza constitucional del órgano legislativo. Asimismo, consideró que los avales del Gobierno para la modificación de algunos puntos del Acuerdo no respondían a una esencia democrática, con lo que se estaría vulnerando la función sustantiva del Congreso. Además, se atentaría contra el pilar constitucional de separación de poderes y, en consecuencia, se estaba generando una sustitución constitucional. En términos de la “premisa mayor” presuntamente transgredida por el AL, la Corte coincidió con el nuevo argumento de los demandantes señalando:

“[...] en criterio de la Corte, aun cuando es evidente que las enmiendas constitucionales que desarrollan mecanismos de justicia transicional no son *in genere* sustituciones a la Constitución, siguiendo los criterios señalados, también es cierto que pueden adoptarse medidas transicionales –reformatorias de la Constitución– que, en ciertos aspectos, sustituyan la Carta, situación que puede tener lugar cuando a través de ellas se reemplace un eje definitorio de la identidad de la Constitución, como puede ser el caso de la separación y el equilibrio de poderes”¹⁶.

30 Con respecto a la “premisa menor” o reforma propuesta en el AL, supuestamente sustitutiva de las funciones del Congreso por empoderamiento del Ejecutivo, la Corte afirmó:

“[...] el literal h) obliga a que todas las modificaciones a los proyectos de ley o de acto legislativo, tramitados bajo el procedimiento legislativo especial, deben cumplir con dos condiciones (i) que se ajusten al contenido del Acuerdo;

¹⁵ Corte Const., sent. C-332 de 2017.

¹⁶ *Ibíd.*

y (ii) que cuenten con el aval gubernamental. Así, en tanto conforme al literal a), las mencionadas iniciativas tienen reserva de formulación por el ejecutivo, entonces las modificaciones planteadas por el Congreso dependerán necesariamente de la voluntad del Gobierno, sin excepción y de forma absoluta. El literal j), en cambio, lo que reduce es la capacidad deliberativa del Congreso, en la medida en que obliga a que en las diferentes instancias del trámite legislativo la decisión que se adopte respecto del articulado se haga en bloque, incluidas las modificaciones avaladas por el Gobierno y en una sola votación. Esto implica, necesariamente, que los congresistas (i) no pueden decidir si abren la deliberación del articulado u optan, acreditado el consenso, por la votación en bloque; ni tampoco (ii) pueden expresar su desacuerdo parcial con la iniciativa, precisamente por la imposibilidad jurídica de someter el articulado a deliberación a partir de cada una de sus partes”¹⁷.

Esta decisión implicó un revés en la línea que venía erigiendo la Corte Const. sobre la implementación del Acuerdo de Paz, pues la sent. C-699 de 2016 declaró el *fast track* exequible. Además, esa misma sentencia dejó suficientemente claros los principios y criterios que regían el Procedimiento Legislativo Especial para la Paz, los cuales atendían fundamentalmente a la excepcionalidad, a lo transitorio y a lo especial en el marco de las posibilidades de la JT. 31

Por lo tanto, si la primera sentencia¹⁸ edifica los criterios orientadores del *fast track*, caracterizándolo como un mecanismo que responde a la excepcionalidad, temporalidad y especialidad en beneficio de la paz, y, sin embargo, recientemente, en el proceso de revisión determina que el procedimiento especial atenta contra la naturaleza deliberatoria del Congreso y afecta la separación de poderes, la Corte Const. creó un complejo y denso escenario político-jurídico para la refrendación de todo el Acuerdo de Paz. 32

Tal parece que la Corte Const. desconoce su reciente jurisprudencia, ya que al argumentar que hay una sustitución constitucional por afectación a las funciones constitucionales del Congreso, concedió al *fast track* una connotación de ordinario y permanente, lo cual contradice tanto la esencia de lo instituido por el mismo AL sobre su excepcionalidad, como la misma particularidad de todo proceso de transición hacia la paz. 33

De cualquier forma esta decisión generó un impacto político complejo para la refrendación de todos los puntos concertados en el Acuerdo de Paz con las FARC. Si bien los trámites de los demás aspectos acordados en La Habana siguieron en un proceso ordinario, el tiempo para la refrendación siguió apremiando. A la fecha de mediados de junio de 2018, *ad portas* del fin del 34

¹⁷ *Ibíd.*

¹⁸ Corte Const., sent. C-699 de 2016.

gobierno Santos y del ingreso de un nuevo mandatario¹⁹, el Presidente en ejercicio insistió en el carácter urgente de varios proyectos legislativos en trámite que se estaban dilatando en medio de las expectativas electorales. Los proyectos de ley que no pasaron por el *fast track* fueron sometidos, después del consenso del Consejo de Ministros, por trámites con carácter de urgente, entre ellos, el de sometimiento a la justicia de las organizaciones criminales y el de tratamiento penal diferencial a pequeños cultivadores de coca. Esta identificación está amparada en el art. 163 de la Const. Pol. y permite que sesionen las comisiones conjuntamente y que posteriormente se hagan las plenarias de Cámara y Senado de manera simultánea, reduciendo los tiempos y requisitos en casi 50 por ciento²⁰.

35 Este mecanismo de urgencia fue impelido por las considerables críticas a la aprobación de las leyes necesarias para cumplir cada uno de los puntos del Acuerdo. Algunos sectores académicos estiman que a pesar de los avances vía *fast track*, no se emitieron todas las leyes y reformas necesarias para implementar el Acuerdo, incluyendo la no aprobación del acto legislativo sobre reforma político-electoral y circunscripciones de paz²¹. Y aunque se aprobó la ley estatutaria para la JEP, se cuestiona que se limitó mucho la atribución de responsabilidad de terceros en hechos del conflicto armado. Adicionalmente, se juzga que ha habido retrasos manifiestos en el proceso de aplicación de la LA para los excombatientes de las FARC y los agentes del Estado responsables de delitos vinculados con el conflicto armado. Hacia marzo de 2018, la Corte Const. había avalado la LA, pero con condicionamientos. La Corte declaró exequibles los arts. 14, 34 y 35 para decir que la entrega de amnistía, indultos o tratamientos equitativos, así como la continuidad de las libertades condicionales, dependen del cumplimiento del régimen de condicionalidad que estableció la sent. C-674 de 2017²². Es decir, los responsables deben

¹⁹ En la primera vuelta de las elecciones por la Presidencia de la República, el 27 de mayo de 2018, los candidatos Iván Duque, del partido Centro Democrático, y Gustavo Petro, del movimiento “Colombia Humana”, obtuvieron, respectivamente, el primer y segundo lugares con 7.569.693 votos y 4.851.254 votos. Véase: <https://presidente2018.registraduria.gov.co/resultados/html/resultados.html>

²⁰ *El Espectador* (2017), *Trámite de urgencia, la movida del Gobierno para proyectos que no pasaron por fast track*, recuperado el 12 de junio de 2018 de <https://www.elespectador.com/noticias/politica/tramite-de-urgencia-la-movida-del-gobierno-para-proyectos-que-no-pasaron-por-fast-track-articulo-728019>.

²¹ C. Jiménez (2018), *La implementación del Acuerdo Final de Paz ya venía con problemas*, recuperado el 12 de junio de 2018 de <http://unperiodico.unal.edu.co/pages/detail/la-implementacion-del-acuerdo-final-de-paz-ya-venia-con-problemas/>

²² *El Colombiano* (2018), *Con condiciones, Corte avaló la Ley de Amnistía*, recuperado el 12 de junio de 2018 de: <http://www.elcolombiano.com/colombia/acuerdos->

comparecer ante la JEP, cooperar con la CVR y la Unidad de Búsqueda de Personas Dadas por Desaparecidas y acatar los requerimientos del Tribunal de Paz para la reparación de las víctimas.

Para hacer aún más compleja la implementación de la LA y de la propia JEP, en mayo de 2018 se produjo una colisión entre la FGN y la JEP, con ocasión de la solicitud de extradición de alias “Jesús Santrich”, negociador de las FARC (detenido en abril), que presentaron los Estados Unidos, haciendo uso de evidencias de la DEA y la propia Fiscalía con respecto al envío de un cargamento de 10 toneladas de cocaína al cartel mexicano de Sinaloa, en fechas posteriores a la firma del Acuerdo de Paz. La posición de la Fiscalía y de varios juristas es que los delitos cometidos por exmiembros de las FARC con posterioridad al 1º de diciembre de 2016 deben ser conocidos por la justicia ordinaria, pero la JEP intervino en virtud de la interpretación de su mandato sin haberse definido sus leyes estatutarias y de procedimiento²³. La JEP primero suspendió el trámite de extradición, y después decidió enviar a la Corte Const. el caso para que dirimiera el conflicto de competencias. Esta polémica motivó al Congreso a actuar mediante la presentación de un proyecto de ley en mayo, buscando que la JEP no pudiera juzgar a los exintegrantes de las FARC pedidos en extradición sino que simplemente se limitara a verificar si los presuntos hechos delictivos sucedieron luego de la firma de la paz, entre otras reglas de procedimiento²⁴.

36

III. El Acuerdo de Paz en Colombia como un “Acuerdo Especial” según el DIH

Un Acuerdo Especial, para el CICR y teniendo en cuenta el art. 3 común a los CG, es el que permite que un Estado y uno o varios grupos armados se comprometan con algunas disposiciones humanitarias orientadas a la humanización o terminación del conflicto armado. Es decir, un Acuerdo Especial suscrito por las partes involucradas en un conflicto genera la ampliación de las obligaciones derivadas de todo el DIH, como, por ejemplo, la protección de la dignidad en específicas situaciones de conflicto, la protección de la integridad humana de las personas que no se han involucrado en las hostilidades o para

37

de-gobierno-y-farc/con-condiciones-la-corte-constitucional-avalo-la-ley-de-amnistia-CI8280400.

²³ *El Colombiano* (2018), JEP envió a la Corte Constitucional el caso Santrich, recuperado el 12 de junio de 2018: <http://www.elcolombiano.com/colombia/jep-envio-a-la-corte-constitucional-el-caso-santrich-II8846578>.

²⁴ *El Tiempo* (2018), El impacto del freno a la JEP para juzgar a pedidos en extradición, recuperado el 12 de junio de 2018 de: <http://www.eltiempo.com/justicia/jep-colombia/reglamentacion-de-la-jep-en-el-congreso-sobre-extradicion-224170>.

proteger a los excombatientes, prohibir ciertos mecanismos de violencia que incluyen la degradación humana en cualquier forma, condenas fuera del marco legal vigente, entre otras. Empero, fundamentalmente, deben emplazar la creación de condiciones fácticas o generar estrategias de confianza entre las partes para la terminación del conflicto armado mediante un acuerdo político.

38 Por esta razón, es posible afirmar que estos acuerdos de cese al fuego o de paz pueden constituir un acuerdo especial, solo si contiene disposiciones relacionadas al DIH y sus protocolos adicionales, sin importar que sean pactados de forma paralela o por medio de terceros y se encuentren acompañados por otros cuerpos del derecho como los DD. HH. En todo caso, es menester precisar que “la firma de un Acuerdo Especial no afecta de manera alguna el estatus jurídico de los grupos armados no estatales y tampoco implica un reconocimiento de beligerancia”²⁵.

39 En el contexto colombiano, el AL 01 de 2016 establece que “en Desarrollo del derecho a la paz, el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera constituye un Acuerdo Especial en los términos del art. 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949. Con el fin de ofrecer más garantías de cumplimiento del Acuerdo Final, una vez este haya sido firmado y entrado en vigor ingresará en estricto sentido al bloque de constitucionalidad”²⁶.

40 Ahora bien, en relación con el Acuerdo de Paz con las FARC, Dejusticia (2016)²⁷ ha afirmado que los acuerdos especiales están orientados a reducir el sufrimiento ocasionado por la guerra; así, un acuerdo que busca el fin del conflicto, reformas estatales, obligatoriedad de protección del DIH y los DD. HH., cumple con las expectativas de un Acuerdo Especial, pues el reconocimiento de las obligaciones derivadas del DIH, crea las condiciones necesarias para la búsqueda de la paz y para la reconstrucción de modelos de convivencia y de confrontación política de una sociedad que ha sido afectada por un conflicto armado.

41 Esta forma de expresión de acuerdos especiales permite hablar de una nueva costumbre en el DI, la cual consistiría en acudir a acuerdos de paz no solo para

²⁵ Comité Internacional de la Cruz Roja (2016), Colombia: 10 preguntas sobre acuerdos de paz, acuerdos especiales y DIH, Recuperado el 5 de noviembre de 2017: <https://www.icrc.org/es/document/colombia-10-preguntas-sobre-acuerdos-de-paz-acuerdos-especiales-y-dih>.

²⁶ Corte Const., sent. C- 699-2016.

²⁷ C. Rodríguez, R. Uprimny, D. Güiza, P. Molano & M. Albarracín (2016), Intervención ciudadana en el proceso de constitucionalidad PE0000045, Dejusticia.org, recuperado el 5 de noviembre de 2017 de: https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_816.pdf

regular un conflicto, sino también para terminarlo y fortalecer instituciones del Estado de Derecho, en aras de encontrar una salida política a la guerra, sin legitimar las acciones beligerantes. Adjudicar al Acuerdo de Paz en Colombia el carácter de Acuerdo Especial en el marco del DIH, además busca darle un blindaje jurídico, otorgándole un lugar en la regla de interpretación denominada bloque de constitucionalidad²⁸, para, de tal forma, hacerlo de total cumplimiento²⁹.

Igualmente, Dejusticia (2016)³⁰ ha sostenido que vía consuetudinaria el Acuerdo de Paz, en el marco de los CG, goza de plena validez normativa, lo cual permite sostener legítimamente que este constituye un acuerdo especial. En ese sentido, la configuración de acuerdos especiales en el marco del art. 3 común a los CG cobra fundamentación a través de la costumbre internacional, y, teniendo en cuenta que nada se opone a extender la regulación humanitaria hacia otros aspectos, como reformas políticas, estrategias de construcción de verdad y modelos de reparaciones, entre otros, es posible aceptar la validez jurídica de los mismos. Es así como, en la experiencia comparada, existen acuerdos especiales que buscan terminar una confrontación armada y establecer instituciones de Estado de Derecho. Entre ellos, el Acuerdo de Nairobi (1985), el Acuerdo de Paz de Cotonou para Liberia (1993), el Acuerdo de Paz de Lomé (1999), el Acuerdo de San José entre el Gobierno de El Salvador y el Frente Farabundo de Martí para la Liberación Nacional (1990) y los acuerdos de paz de Burundi (2000).

Por lo tanto, el Acuerdo de Paz suscrito por el Gobierno colombiano y las FARC puede configurarse como un Acuerdo Especial en el marco de lo dispuesto por el art. 3 común a los CG. Esto porque el Acuerdo de Paz incorpora aspectos como la desmovilización, la dejación de armas, el cese de hostilidades, entre otros, todos ellos orientados tanto a la humanización como a la terminación del conflicto.

²⁸ El bloque de constitucionalidad es precisado por la Corte Const. en la sent. 067 de 2003, como aquella unidad jurídica compuesta por normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como criterios del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional *strictu sensu*.

²⁹ C. Rodríguez, R. Uprimny, D. Güiza, P. Molano & M. Albarracín (2016), Intervención ciudadana en el proceso de constitucionalidad PE0000045, Dejusticia.org, recuperado el 5 de noviembre de 2017 de: https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_816.pdf

³⁰ *Ibíd.*

44 En consecuencia, se cimientan obligaciones recíprocas en el cese al fuego, en la desmovilización, en el desarme o en el condicionamiento de beneficios judiciales, con lo cual se configura la garantía de cumplimiento de lo pactado por el establecimiento político y se amplían las obligaciones para las partes en la construcción de una paz estable y duradera. Y, por tanto, en referencia a la regla de interpretación denominada bloque de constitucionalidad el estamento político debe respetar y, además, prestar veeduría al cumplimiento de lo dispuesto por el Acuerdo de Paz pactado entre el Gobierno de Colombia y las FARC.

IV. Consideraciones finales

45 En un escenario de debate político socialmente polarizado, vistos los resultados divididos del plebiscito, el Presidente Juan Manuel Santos optó por hacer uso de la razón de autoridad ejecutiva y del papel legislativo y legitimador del Congreso de la República para refrendar el Acuerdo Final de Paz negociado entre el Gobierno y las FARC. Pudo hacerlo respaldado en la Const. Pol. y en la ley, haciéndose responsable en primera instancia de orientar el cierre de la negociación, de proponer los ajustes al acuerdo al sentarse con diversos sectores críticos y dar marcha al inicio de la implementación.

46 De cara a la férrea confrontación política y comunicativa que planteó el CD dentro y fuera del país, el Gobierno probó varias estrategias domésticas y de política exterior para blindar jurídica y políticamente el Acuerdo de La Habana. No obstante, las estrategias de desinformación a que recurrió la oposición, el elevado abstencionismo y una insuficiente pedagogía sobre los puntos negociados se combinaron para hundir la posibilidad de una refrendación popular directa. El umbral electoral se redujo al 13 por ciento para facilitar la refrendación con respaldo de la Corte Const. Pero aun así, el Gobierno fue derrotado por una diferencia de apenas 58.259 votos, donde el “No” sumó algo más de 6.430.170 votos o cerca del 50,22 por ciento de los sufragantes. La elevada abstención, de casi 63 por ciento del potencial electoral, reflejó la incertidumbre e indecisión de millones de ciudadanos en medio de la polarización, la conflictividad política y el desconocimiento de lo pactado. Asimismo, el carácter heterogéneo de los grupos de la sociedad civil, escépticos del proceso de paz, hizo extremadamente complejo el proceso de renegociación e introducción de cambios hacia la segunda versión del acuerdo definitivo.

47 Asuntos externos al conflicto armado interno tales como el debate sobre la adopción y el matrimonio igualitarios o la pugna por la identidad sexual diversa terminaron enredándose en el proceso político, debilitando la posibi-

lidad de construir consensos más amplios³¹. La presión que hizo manifiesta una fracción de las fuerzas militares, inquieta por las implicaciones de la JEP, en tensión con las ONG domésticas e internacionales que pugnan por la máxima justicia punitiva frente a los crímenes de lesa humanidad, tampoco se resolvió. Aunque la mayor parte del empresariado colombiano apoya el Acuerdo, muchos temen las presiones inflacionarias y fiscales de su implementación y otros temen que su actual posición como propietarios se encuentre amenazada por la política de reforma rural³².

³¹ Antes de las votaciones, el Presidente había garantizado la anulación de unas cartillas pedagógicas sobre diversidad sexual que el Ministerio de Educación haría difundir a las directivas de todos los establecimientos educativos sin distinción religiosa, pero esta polémica terminó mezclándose con la votación del plebiscito. En parte, debido a que algunos líderes católicos y evangélicos aseguraron que en el Acuerdo Final existía la imposición de una “ideología de género”, entre ellos, Alejandro Ordoñez. Esta controversia atizó por un tiempo la conflictividad social, ya que los defensores del Acuerdo recordaron que en el Acuerdo Final se hacía referencia no a una ideología sino al “enfoque diferencial y de género” como principio de protección y atención a las víctimas del conflicto armado, incluyendo la promoción de “la equidad de género mediante la adopción de medidas específicas para garantizar que mujeres y hombres participen y se beneficien...”. Incluso el Presidente aclaró que lo que el Acuerdo pretendía con el concepto de género era resaltar el papel de las mujeres como víctimas y como constructoras de paz. Sin embargo, algunos estimaron que el Acuerdo sí contenía implícitamente una doctrina de promoción y no solo protección del género diverso en tanto que el Gobierno nacional se comprometió a apoyar “la creación y el fortalecimiento de las organizaciones y movimientos sociales, incluyendo las organizaciones de mujeres, de jóvenes y de población LGBTI”. Léase el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, en: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Paginas/Texto-completo-del-Acuerdo-Final-para-la-Terminacion-del-conflicto.aspx>

³² El Presidente se vio forzado a convocarlos dentro del Consejo Gremial para explicarles que se ampliaría de 10 a 15 años el plazo de implementación del Acuerdo para reducir las presiones fiscales, que los derechos a la propiedad y a la iniciativa privada no se verían afectados por la política de restitución de tierras ni por la reforma rural, que el catastro agrario no pretende modificar los avalúos de las tierras y que tampoco se autorizaría la creación de nuevas ZRC más allá de la legislación vigente. José Félix Lafaurie, el director de Fedegán y conocido opositor al Acuerdo desde el uribismo, solicitó a Santos buscar puentes con el CD, mientras la ANDI, a través de su director, Bruce Mc Master, destacó el apoyo permanente de su gremio al proceso de paz y pidió celeridad para renegociar el Acuerdo e implantar una nueva reforma tributaria. Por su parte, los representantes de Analdex y de la SAC venían expresando su apoyo al proceso de manera temprana. Muchos de los empresarios, incluyendo la ANDI, expresaron satisfacción con los cambios introducidos al nuevo Acuerdo, pero Fedegán lo rechazó argumentando que habría despojo a terratenientes legítimos, que

48 En ese contexto, la vía rápida a la que dio vida el AL 01 de 2016, surgió como un procedimiento excepcional para priorizar la creación de leyes y reformas constitucionales asociadas al cumplimiento de las disposiciones del Acuerdo de Paz. En este marco pudieron aprobarse el AL y un conjunto de decretos para el montaje de la JEP. A pesar de que las disposiciones permitían el voto en bloque por parte de los legisladores y que los cambios legislativos debían contar con el aval del Gobierno, luego fueron declaradas inexecutable por violar el principio de separación de poderes. A pesar de todo, el AL 01 de 2017 creó las bases para la JEP, fue aprobado por el Congreso y pasó al estudio automático por la Corte Const. A finales de 2017, el Gobierno había anunciado el blindaje al acuerdo como un “referente jurídico y político para interpretar problemas asociados a los DD. HH.” durante tres períodos presidenciales. De hecho, la Corte trató de zanjar la discusión sobre la modificación de los acuerdos, en vísperas de la férrea competencia electoral, anunciando que avalaba el AL 02 de 2017 (la ley del “blindaje”) en su totalidad y que durante 12 años nadie podría modificar el Acuerdo de Paz³³.

49 No obstante, la incertidumbre volvió a elevarse cuando en una declaración de prensa, la Corte ratificó que el Estado en su conjunto debe cumplir con lo acordado con las FARC, pero que lo acordado podría modificarse en vista de que lo pactado debería considerarse “parámetro de interpretación” y no fuente de derecho³⁴. En este sentido, el candidato presidencial del CD, Iván Duque, elegido Presidente, podría alterar, aunque de forma limitada, este marco normativo mediante una reforma constitucional o mediante un referendo. Podría impulsar, por ejemplo, la no conexidad del narcotráfico con los delitos políticos, la no sustitución de penas privativas de la libertad por sanciones alternativas, el no sometimiento de expolicías y exmilitares a la JEP y la no participación política de excombatientes antes de pagar las penas. Sin embargo, enfrentaría obstáculos como los siguientes: primero, no podría desconocer la autonomía de la Sala Penal de la CSJ, que respalda la jurisprudencia sobre conexidad

Santos se negaba a reunirse a solas con este gremio, que al mismo tiempo había creado gremios ganaderos paralelos para entregarles el Fondo Nacional del Ganado y que las FARC tendrían asegurado el control territorial en varios departamentos y financiación ilegal suficiente para alzarse con el poder por vía electoral.

³³ *El Espectador* (2017, octubre), Nadie podrá modificar el Acuerdo de Paz en 12 años: Corte Constitucional, Recuperado el 12 de junio de 2018 de: <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/nadie-podra-modificar-el-acuerdo-de-paz-en-12-anos-corte-constitucional-articulo-710694j>.

³⁴ León (mayo de 2018), ¿Podría Duque modificar el Acuerdo de Paz?, recuperado el 12 de junio de 2018 de: <http://lasillavacia.com/podria-duque-modificar-el-acuerdo-de-paz-66216>

entre narcotráfico y delitos políticos³⁵. Segundo, no podría violar el principio constitucional de favorabilidad, que señala que no se puede aplicar una ley posterior más desfavorable a quien ya se ha sometido a la justicia; tercero, para deshacer los actos legislativos que incorporaron en la Constitución lo acordado, vía reforma constitucional, necesitaría contar con la mitad más uno de los votos en Senado y Cámara, algo que parece difícil considerando que el CD representa en el Senado el 18,6 por ciento de los votos y el 19,3 por ciento en la Cámara de Representantes. Si lograra alinear al Partido Conservador y a Cambio Radical, partidos críticos de los Acuerdos, difícilmente lograría un 43 por ciento de los votos en el Senado y 42,6 por ciento en la Cámara.

Finalmente, como se ha explicado, el Acuerdo de Paz entre las FARC y el Gobierno colombiano puede comprenderse como un Acuerdo Especial en el marco del art. 3 común a los CG, pues el Acuerdo concertado entre las partes está fundamentalmente orientado a la terminación del conflicto con amplias disposiciones que además de pretender humanizar las prácticas bélicas contemplan aspectos como la dejación de armas y la desmovilización, lo cual permite considerar que se trata de disposiciones derivadas o inspiradas en el DIH. Igualmente, esta forma de construir acuerdos especiales con disposiciones adicionales de DD. HH. ha sido aceptada por la comunidad internacional a través de la vía consuetudinaria, lo cual permite otorgarle plena validez normativa a lo dispuesto por las partes. Y, en consecuencia, se fomenta la integración del DIH, de los tratados internacionales y del Acuerdo Especial en el sistema jurídico doméstico, lo que reforzaría el cumplimiento de lo dispuesto por las partes tanto por el estamento político colombiano como por el judicial.

50

³⁵ *El Tiempo* (2018), Los gazapos hallados a Iván Duque en observaciones al acuerdo de paz, recuperado el 12 de junio de 2018 de: <http://www.eltiempo.com/politica/proceso-de-paz/los-gazapos-hallados-a-ivan-duque-en-observaciones-al-acuerdo-de-paz-227652>.

TÍTULO II

OBJETO Y PRINCIPIOS

CAPÍTULO I

OBJETO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

Artículo 2º. *Objeto.* La presente ley tiene por objeto regular las amnistías e indultos por los delitos políticos y los delitos conexos con estos, así como adoptar tratamientos penales especiales diferenciados, en especial para agentes del Estado que hayan sido condenados, procesados o señalados de cometer conductas punibles por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado.

Literatura: Alejandro Aponte, “Civiles y conflicto armado en la jurisprudencia de la Sala Penal de la CSJ”, en Alejandro Aponte, *Derecho penal y filosofía. Textos escogidos*, vol. I, Bogotá, Editorial Ibáñez, 2014; Alejandro Aponte, *Guerra y derecho penal de enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo*, Bogotá, Editorial Ibáñez, 2006; Sandra Castro, “Delitos contra el régimen constitucional y legal”, en *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003; Comité Internacional de la Cruz Roja, *Derecho Internacional Humanitario aplicable a conflictos armados no internacionales*, publicado por la oficina colombiana, Bogotá, reedición 2016; Juan Fernández, *Derecho penal. Parte general. Teoría del delito y de la pena*, vol. 2, Bogotá, Editorial Ibáñez, 2012; CIJT, *El proceso penal de justicia y paz. Compilación de autos de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia*. Bogotá, vol. 1, 2009, vol. 2. 2010; Iván Orozco, *Combatientes, rebeldes y terroristas. Guerra y derecho en Colombia*, 2ª ed., Bogotá, Temis, 2006.

Jurisprudencia nacional: Corte Const., sent. C-456 de 23 de septiembre de 1997; CSJ, sent. de 25 de septiembre de 1996 (rad. 12051).

El art. 2º hace parte del título II de la LA, capítulo I. El primer título se refiere a las “consideraciones preliminares”. Estas dan cuenta del complejo proceso jurídico político que antecedió a la expedición de la ley que se estudia¹. Termina la norma haciendo alusión a la necesidad de la apertura de “espacios de participación ciudadana que fortalezcan el proceso de transición hacia la construcción de una paz estable y duradera”. En seguida, el art. 2º se refiere al objeto de la Ley.

¹ Ver comentario de PASTRANA al art. 1º LA en esta misma publicación.

- 2 Es necesario advertir en primer término y en relación con el comentario al art. 2º y al 3º especialmente, que se trata de artículos introductorios y generales. De esta forma, otros autores trabajarán en detalle lo relacionado con el tratamiento simétrico, por ejemplo, respecto de los militares o policías, así como en relación general con los sujetos de la Ley. Por esa razón, este comentario puntual se detiene en los aspectos más problemáticos de la norma, como es el caso de la relación de las conductas con el conflicto armado, aspecto sustancial que se repite en el art. 3º del cual se ocupa este autor también, y que irradia el contenido de toda la Ley; igualmente, el comentario se ocupará de otros aspectos, también generales, y que introducen la Ley, por ejemplo, el tratamiento de la protesta social y de los hechos relacionados con los disturbios. Es un comentario extenso y complejo, en la medida en que se trata de los artículos que introducen y determinan la interpretación de toda la LA.

I. Trato simétrico pero diferenciado para actores del conflicto armado interno

- 3 Nótese que la norma introduce una distinción entre la concesión de amnistías e indultos, y la adopción de tratamientos penales especiales y diferenciados. Los primeros y siguiendo la tradición del país, se refieren a la aplicación de amnistías e indultos a los miembros de la guerrilla con la que se suscribió el Acuerdo, es decir, a los delincuentes políticos. Los segundos, que se refieren a tratamientos penales especiales y diferenciados, como es el caso principal de la renuncia a la persecución penal, vienen siendo aplicados a los agentes del Estado, que cumplan las condiciones previstas en el artículo y en la Ley. El Título IV de la LA se ocupa, precisamente, de “los tratamientos especiales diferenciados para agentes del Estado”. Desde el art. 45, la Ley se refiere a ello. Desde el punto de vista histórico, con anterioridad, y para considerar en contexto este aspecto, el MJP, cuyo primer artículo, el 66, es hoy recogido y modificado en algunos apartes por el art. 3 final del AL 01 de 2017, establece que, por vía de ley estatutaria, se podrá, en la lógica de la priorización, “establecer los casos, requisitos y condiciones en los que procederá la suspensión de la ejecución de la pena”. Además, se refiere la norma a “modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena”, así como también, a la “renuncia a la persecución judicial penal de todos los casos no seleccionados”. En este caso, en una norma vigente pero concebida con anterioridad, el marco general fue el de la discusión sobre priorización, pero se trata de un antecedente vivo de cara a la implementación actual de estos mecanismos especiales para agentes estatales. Es decir, debe entenderse en lógica de priorización y de selección.

Respecto del trato simétrico a los diferentes actores, el DIH, especialmente el art. 6.2 del PA II, no hace esa distinción entre partes del conflicto; se refiere a la aplicación más amplia posible de las amnistías, al final de las hostilidades, sin entrar a diferenciar, por ejemplo, entre actores regulares o irregulares, entre agentes estatales o *de facto*, en conflictos armados internos. No obstante, en la tradición de Colombia, la amnistía o el indulto solo se aplican, por regla constitucional, además, a los delincuentes políticos, esto es, especialmente, a las guerrillas social-revolucionarias que, a través de procesos de paz, sean integradas a la institucionalidad del país. Un ejemplo, relativamente reciente, es el caso del M-19, en que un número considerable de combatientes fueron amnistiados o indultados; como consecuencia de ello, han podido ejercer la actividad política, ocupando escaños en el Congreso de la República y liderando alcaldías y gobernaciones.

Esta ha sido la regla general en el país; solo en algunos momentos muy concretos se ha concebido una actuación de agentes del Estado –militares, por ejemplo–, en la lógica de la insurrección, como sujetos del delito de rebelión. Así, para citar este caso, como lo reconstruye IVÁN OROZCO, “el tipo penal de rebelión había surgido, entre nosotros, bajo el modelo de la guerra del campo y, con ello, asociado de manera dominante, a la lógica del derecho de los conflictos armados”². No obstante, “una situación insurreccional urbana, como la que se gestó el 9 de abril, sin verdaderos antecedentes en la vida nacional, representó un cambio en el modelo empírico del delito político”³. Así, en este caso, el capitán Philips, amigo personal de Gaitán y quien renegó públicamente de la condición oficial del ejército, se “erigió como soldado de la rebelión”, entendiéndose, insurrección y, además, caótica en aquel entonces. Como resultado de ello, la justicia penal lo procesó y condenó por rebelión. Pero, se trata tan solo de un hecho muy puntual en la historia de Colombia.

Por esta razón, además, se debe aclarar que los propios miembros de las fuerzas armadas o de policía no aceptan un tratamiento penal con fundamento en amnistías, aplicadas históricamente a los delincuentes políticos (es un asunto que, como se dice, ha sido de amplia tradición en el país y forma parte del tratamiento diferenciado que propone la norma). Sin embargo, el Acuerdo, avanzando mucho más que otros procesos de paz, incorpora a los agentes del Estado, en una lógica que en todas las piezas de implementación de dicho Acuerdo se basa en los principios de simetría, diferenciabilidad e inescindibilidad. Es este el postulado inicial básico del art. 2º, que establece el ámbito de la LA.

² OROZCO, *Combatientes, rebeldes y terroristas*. Guerra y derecho en Colombia, 2ª ed., Bogotá, Temis, 2006, pág. 145.

³ *Ibíd.*, pág. 145.

7 Como se ha dicho, el tratamiento diferenciado se repite a lo largo de la Ley y de otras piezas centrales, como es el caso del AL 01 de 2017. Así, por ejemplo, el art. 9º de esta ley, hace relación al tratamiento especial para agentes del Estado, que no recibirán amnistía o indulto, sino tratamiento penal diferenciado, cuando hayan “cometido delitos con ocasión, con causa o en relación directa o indirecta con el conflicto armado”.

II. Sobre la conexidad de diversas conductas con los delitos políticos

8 El art. 2º se refiere, como se observa, a la aplicación de la Ley para delitos políticos y conexos con estos. En este punto, la propia Ley designa, en principio, cuáles delitos son conexos con el delito político⁴. Ella recoge las tres conductas que en la tradición jurídica de Colombia constituyen el delito político: la rebelión que es, a su vez, el núcleo del delito político; la sedición, y la asonada, fundamental esta para el tratamiento de la protesta social. Pero, de la misma forma, incluye, en el art. 15, a manera de listado y en función de la amnistía de *iure*, otras conductas que hoy de plano son concebidas como delitos políticos. A manera de ejemplo, lo cual es ciertamente extraño en la tradición del país, el art. 15 se refiere al delito de “conspiración” y “seducción”. Una explicación posible de esta inclusión, puede consistir en que con ella se pretende abarcar todas las conductas ligadas a la rebelión misma, como es el caso de una conspiración. Desde el punto de vista dogmático, se trata de un delito autónomo, pero que se liga necesariamente a la rebelión. Incluso, hay autores que lo conciben como acto preparatorio. Así, “el mero acuerdo para cometer el delito, que sería un acto preparatorio de la rebelión, está sancionado independientemente como conspiración”⁵. Lo cierto es que no existe en el país una tradición de aplicación de este tipo de conductas, aún menos de la noción de “seducción”. Al contrario, es amplia la tradición de la imputación penal de la rebelión, sedición y asonada, como el núcleo de conductas que configuran el delito político⁶.

⁴ Véase el comentario de TARAPUÉS referente a los arts. 8º y 16 LA.

⁵ CASTRO, “Delitos contra el régimen constitucional y legal”, en *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pág. 178.

⁶ El autor ha elaborado un trabajo de reconstrucción de sentencias emblemáticas de la Sala Penal de la CSJ, en las que aborda estos delitos enunciados y en sentencias en las cuales aborda, igualmente, las nociones de “ferocidad y barbarie”, conceptos ligados al delito político y a los cuales la Ley también hace referencia, en el lit. a del art. 23. Ver: APONTE, “Civiles y conflicto armado en la jurisprudencia de la Sala Penal de la CSJ”, en ALEJANDRO APONTE, *Derecho penal y filosofía. Textos escogidos*, vol. I, Bogotá, Editorial Ibáñez, 2014, págs. 220-256.

Luego, el art. 16 enumera delitos conexos, entre ellos, por ejemplo, el concierto para delinquir, delito que, necesariamente, forma parte de la rebelión o de la sedición. Es su condición básica. Por ello, frente al delito de rebelión y sus relaciones con el concierto para delinquir, desde el punto de vista dogmático se trataría más bien de la existencia de un concurso aparente, que debe resolverse según la regla de la consunción, de conformidad con la propia noción de complejidad del delito de rebelión. Incluso, podría decirse, de manera gráfica, que la rebelión o la sedición son una especie de concierto para delinquir calificado⁷. Recuérdese, incluso, que en la tradición del país, tradición ligada a la complejidad de la rebelión y entendiéndose el delito como un delito complejo, el propio homicidio de otros combatientes quedaba subsumido en el delito de rebelión. Ello, siempre que se tratara de muerte en combate y en los avatares de la guerra. Así, el art. 125 del CP de 1980 contenía una regla que solo es comprensible en la lógica del derecho de la guerra: “Los rebeldes o sediciosos no quedarán sujetos a pena por los hechos punibles cometidos en combate, siempre que no constituyan actos de ferocidad, barbarie o terrorismo”. Es decir, el delito de rebelión subsumía, en la tradición del país, una serie de conductas que, necesariamente, están ligadas a la rebelión, como el uso de las armas para sustituir un régimen constitucional.

9

En cualquier caso, más que la discusión propiamente dogmática, es importante entender la discusión político-criminal: la mera pertenencia, al ser criminalizada *per se*, v. gr., como crimen de lesa humanidad, invalidaría de plano el propio Acuerdo de Paz. Hoy, la Ley que se comenta, en desarrollo de una enemistad relativa, por decirlo así, propia del Acuerdo y, desde luego, de una manera más coherente con supuestos dogmáticos y con la complejidad de la rebelión, entiende que los más diversos delitos, que están ligados de forma inescindible al delito principal, el de rebelión, son delitos amnistiables. Aquí coinciden dogmática y política criminal.

10

De hecho, cuando el art. 2º hace referencia general a la conexidad, se debe entender esta en el contexto general de la complejidad del delito de rebelión

11

⁷ Para algunos autores, como la autora recién citada, el hecho de concertarse, aunque ella se refiere al mero acuerdo que no es propiamente concertarse, pues este hecho ya hace parte, fácticamente, de la actuación macrocriminal, al ser “un acto preparatorio de la rebelión”, en caso de que se incurra efectivamente en la rebelión, no se respondería por conspiración, pues se trataría, citando a FERNANDO VELÁZQUEZ, de un acto copenado, y debería aplicarse el principio de subsidiariedad. (CASTRO, *loc. cit.*, pág. 178). Por su parte, con mayor atino, FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, sitúa los “actos copenados”, en el ámbito de la consunción, pues son simples “partes” del delito. En cualquier caso, el mismo autor concibe los delitos complejos, como situados en el ámbito de la consunción, tal como aquí se afirma. FERNÁNDEZ, Derecho penal. Parte general. Teoría del delito y de la pena, vol. 2, Bogotá, Editorial Ibáñez, pág. 948.

que, por el propio modelo descriptivo de la conducta contenida en el art. 467 del CP vigente, que se refiere a quienes “...mediante el empleo de las armas pretendan derrocar el Gobierno nacional, o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente...”, está suponiendo un grupo, el hecho fáctico de reunirse, concertarse; está aludiendo a un sujeto plural y suponiendo el uso de las armas y el uso, incluso y así ha sido en la historia del país, de uniformes militares de uso privativo de las fuerzas armadas. También estas conductas están ligadas directamente al ejercicio fáctico de la rebelión.

12 Es una conducta que presupone una especie de sujeto activo calificado, en la medida en que se trata de un sujeto activo plural, necesariamente; un individuo, en solitario, no forma parte de la rebelión, tampoco de la sedición. Un solo sujeto armado, que dispara en una plaza pública, sin pertenecer a un colectivo, no es un rebelde en el sentido del CP y del tratamiento político-criminal de esta conducta. Por esa misma razón, presupone un concierto, una reunión, una confluencia de personas en función de la comisión de las conductas de rebelión y en ello está implícito el concierto para delinquir. Además, presupone el uso de las armas, de telecomunicaciones, el uso de prendas de uso privativo de las fuerzas armadas; todas estas conductas forman parte de la rebelión y son, de plano, delitos conexos. Así lo establece la Ley que se comenta.

13 Esta aclaración en detalle se adelanta en razón a que durante años operó una radicalización de la guerra contra las guerrillas, y a que durante décadas, el derecho penal fue usado como una especie de continuación de dicha guerra por medios civiles, por lo que, en la práctica judicial, se descompuso el delito de rebelión en todos sus componentes, de tal suerte que las sentencias por rebelión fueron sentencias con penas muy elevadas, pues en ellas se sancionaba el concierto y las demás conductas mencionadas, de manera independiente; además, durante años, sobre todo en función del estado de sitio o del estado de conmoción interior, el ámbito general de imputación de conductas ligadas al conflicto fue el del terrorismo, de tal suerte que la rebelión terminaba diluida en toda suerte de conductas imputadas de manera independiente y con efectos punitivos ampliados⁸. De esta forma, la enemistad se convertía, por vía de la respuesta punitiva ampliada, en enemistad absoluta: el enemigo militar, al ser convertido en un gran terrorista, no podría ser objeto de tratamiento penal más benigno.

⁸ Una reconstrucción minuciosa, en detalle, de cómo en períodos en los que la guerra contra las guerrillas o contra el narcotráfico ha estado en sus niveles más álgidos y ha tenido lugar la sustitución de la rebelión por el terrorismo o por el mero crimen organizado, se puede encontrar en: APONTE, *Guerra y derecho penal de enemigo*. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo, Bogotá, Editorial Ibáñez, 2006, ver el capítulo: “De cómo la guerra y la política absorben el derecho. Historia del derecho penal de la emergencia”, págs. 292-330.

Al contrario, la presente Ley, que no parte del paradigma de la enemistad absoluta, y que está pensada en lógica transicional y en función de la contribución del derecho penal a la paz, recoge la tradición de conexidad del delito político, y crea un marco general de imputación más acorde con la dinámica fáctica del mismo delito y de la actuación guerrillera. Para casos complejos, como es el tema del narcotráfico, la propia Ley crea una salida que está en manos de la Sala de Amnistía e Indulto, dentro de la JEP. Al mismo tiempo, descarta de plano, también por la vía de un listado complejo que, incluso va más allá de los crímenes internacionales, aquellas conductas que no se consideran conexas con la rebelión (ver lits. a y b del art. 23, en el cual se establecen los criterios de conexidad).

14

III. La amplia tradición del país en torno de los “delitos atroces”

Además del plano propiamente legal, se debe tener en cuenta la amplísima tradición que ha existido en el país sobre el tratamiento penal de la complejidad del delito de rebelión. Es un fenómeno ligado directamente a la conexidad. Por ejemplo, a instancia del CP de 1980, especialmente hasta el año 1997, cuando tuvo lugar la decisión de la Corte Const. sobre la inexecutableidad del art. 127 del CP ya citado, el delito de terrorismo, pero especialmente los actos de “ferocidad” o “barbarie”, no hacían parte de la conexidad de plano de diversas conductas con el delito de rebelión⁹. La Sala Penal de la CSJ abordó numerosos casos de acciones guerrilleras, en las cuales encontró la comisión de conductas constitutivas de ferocidad y barbarie. Estas eliminaban la posibilidad de las amnistías y no se consideraron conexas con el delito de rebelión¹⁰.

15

⁹ Corte Const., sent. C-456 de 23 de septiembre de 1997. En este caso, los magistrados Alejandro Martínez y Carlos Gaviria Díaz, salvaron el voto, haciendo alusión a la historia del tratamiento del delito político en el país. En virtud de esta providencia, desde el punto de vista penal, la figura del delito político y la asociación tradicional que esto implicaba, del combatiente interno al combatiente de las guerras interestatales, llegaba de alguna manera a su fin. En todo caso, siempre ha permanecido vigente esta figura como recurso *ad hoc* para la negociación política con combatientes de las guerrillas. Además, el Marco Jurídico para la Paz rescató también, en su art. 67 transitorio, la discusión sobre delito político y sirvió de marco general para el tratamiento actual que se le da a la figura.

¹⁰ Véase, a manera de ejemplo, la providencia de la Sala Penal de la CSJ, sent. de 25 de septiembre de 1996, radicado 12051. En esta providencia, por ejemplo, la Sala Penal, haciendo alusión al DIH y a su tematización en el caso colombiano, aclara que “el combate comporta un enfrentamiento armado de carácter militar, regular o irregular, colectivo, determinado en tiempo y espacio, con el propósito de someter al contrario y con el fin último de imponer un nuevo régimen constitucional”. En este punto, resalta

- 16 La LA hoy, con muy buen criterio y en función de la tradición del país, en el art. 23, precisamente respecto de los “criterios de conexidad”, en el párrafo, literal a), se refiere al caso en que “alguna sentencia penal hubiera utilizado los términos ferocidad, barbarie u otro equivalente, no se podrá conceder amnistía...”. El otro término equivalente, utilizado incluso hasta el día de hoy, es por ejemplo el de “delitos atroces”. En esta norma, la Ley indica que la Sala de Amnistía e Indulto concederá la amnistía por delitos políticos y conexos. Pero, aclara que, cuando una providencia haya utilizado las nociones enunciadas, y otras, como, por ejemplo, la noción de delitos atroces, “no se podrá conceder amnistía o indulto exclusivamente por las conductas delictivas que correspondan a las aquí enunciadas como no amnistiabiles”.
- 17 De hecho, los actos de ferocidad y barbarie deben ser concebidos en conjunto como delitos atroces y han estado presentes en la discusión sobre crímenes graves y crímenes internacionales. Los delitos atroces son, de suyo, aquellos delitos que, en la jurisprudencia penal anterior al CP de 2001, constituyen auténticos antecedentes de los denominados hoy, crímenes internacionales. Se trata de un gran aporte del derecho penal y constitucional colombiano, a la reflexión continental sobre crímenes internacionales.

IV. Sobre la relación, directa o indirecta de las conductas, con el conflicto armado interno: arts. 2º y 3º

- 18 En razón a que los arts. 2º y 3º se refieren a la relación de las conductas con el conflicto armado interno, se adelantará una reflexión en profundidad sobre ello, cuando se comente el art. 3º. Pero, en este apartado, se introduce este tema esencial.
- 19 La segunda parte del art. 2º, cuando hace relación al tratamiento diferenciado para agentes estatales, se refiere a aquellos “que hayan sido condenados, procesados o señalados de cometer conductas punibles por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado”. (Entiéndase, conflicto armado interno como se ha definido siempre en el país, como lo hace la Comité Internacional de la Cruz Roja, conflicto armado no internacional)¹¹.

el verbo rector de la conducta de rebelión en el caso colombiano. Para una reconstrucción en detalle de esta tradición, ver el trabajo de APONTE titulado “Civiles y conflicto armado en la jurisprudencia de la Sala Penal de la CSJ”, en ALEJANDRO APONTE, *Derecho penal y filosofía. Textos escogidos*, vol. I, Bogotá, Editorial Ibáñez, 2014, págs. 220-256.

¹¹ Véase, por ejemplo, Comité Internacional de la Cruz Roja, *Derecho Internacional Humanitario aplicable a conflictos armados no internacionales*, publicado por la oficina colombiana, Bogotá, reedición 2016.

Se aclara, además, que esta reflexión debe adelantarse en consonancia con el art. 3º de la Ley, el cual se refiere al *ámbito de aplicación*, cuando se hace alusión a que la Ley se aplica “de forma diferenciada e inescindible a todos quienes, habiendo participado de manera directa o indirecta con el conflicto armado, hayan sido condenados, procesados o señalados de cometer conductas punibles por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado cometidas con anterioridad a la entrada en vigor del acuerdo final”. (La fecha límite, repetida en varias normas, es el 1 de diciembre de 2016). Luego, la norma agrega que la Ley “también cobijará conductas amnistiables estrechamente vinculadas al proceso de dejación de armas”. Se entiende, por supuesto y lo mismo vale respecto de la fecha límite, que las demás conductas de carácter ordinario o conductas que constituyan crímenes internacionales, no serán cubiertas por la Ley, si se cometen con posterioridad a dicha fecha límite, o cuando no hagan parte inescindible del proceso de dejación de armas.

20

Respecto del tema que nos ocupa ahora, y en relación con el cual deben leerse en conjunto los apartados citados de los arts. 2º y 3º, lo primero que es necesario advertir, es que todo el andamiaje jurídico-político de los acuerdos, de la JEP y de la LA, pasa por la constatación de esta regla de causalidad. Ella supone el punto de partida central y determinante, y es el reconocimiento estatal –no solo gubernamental–, jurisprudencial y de la doctrina dominante, de la existencia incuestionable de un conflicto armado interno en el país. Este es el punto de partida para entender el ámbito en el que se mueve todo el sistema integral de JT.

21

Pero la conexidad de las conductas con esta realidad fáctica incuestionable y tal como se ha visto incluso desde los meses de marzo a mayo o junio de 2017 y desde allí hasta el momento, en que han sido presentadas numerosas solicitudes a la Secretaría Ejecutiva de la JEP, se trata de uno de los temas más complejos y con mayor implicación para la implementación, no solo de la amnistía, sino del Acuerdo mismo y del trabajo a futuro de la propia Jurisdicción.

22

El art. 2º, luego de señalar la aplicación de amnistías e indultos y al hacer alusión al tratamiento diferenciado a agentes estatales, se descompone en dos supuestos. En primera instancia, la norma se refiere a sujetos que hayan sido condenados, procesados o señalados de cometer conductas “por causa y con ocasión” del conflicto armado. Es una alusión semejante, digamos, a la contenida en el CP vigente que, desde el art. 135, sobre las infracciones al DIH, hace referencia a conductas cometidas “con ocasión y en desarrollo del conflicto armado”. En el segundo supuesto, se refiere a conductas cometidas de manera general, “en relación directa o indirecta” con el conflicto armado¹².

23

¹² Hay que aclarar, además, que la norma y de manera quizá un poco antitécnica, pero recogiendo un uso normal que se le ha dado a la expresión, se refiere a “señala-

24 Son expresiones y condiciones ligadas a la relación de causalidad de las acciones con el conflicto armado interno. Además, se trata de expresiones que se repiten a lo largo de la Ley y de todas las piezas jurídicas que componen la JEP. Por ejemplo, cuando el num. 1 del art. 17 se refiere a providencia judicial que “condene, procese o investigue por pertenencia o colaboración”¹³ (la noción de pertenencia indica ya una relación de causalidad).

25 El num. 6 del art. 28, por su parte, se refiere a la definición de situación jurídica de quienes “sin pertenecer a una organización rebelde, tengan investigación en curso...”. El art. 30, cuando hace relación a criterios de valoración por parte de la Sala de Resolución de Situaciones Jurídicas, añade un aspecto esencial: *el contexto*. Ya no se habla solo de relación de causalidad, sino de “delitos que hayan sido cometidos en el contexto y en razón del conflicto armado”.

26 Incluso nociones complejas como “participación determinante”, que es una especie de sustituto del criterio de máximo responsable, solo es posible interpretarla una vez se haya establecido el estadio previo de la conexidad de los actos de quien así participe con el conflicto armado¹⁴. Singular complejidad surge cuando, incluso muchos individuos, que participaron en la elaboración de planes y políticas del aparato criminal, cometieron conductas de carácter ordinario, no relacionadas directa ni indirectamente con el conflicto armado. Una regla básica para los operadores es la siguiente: no todos los crímenes cometidos en escenario de conflicto armado constituyen *per se* crímenes ligados a dicho conflicto (el proceso especial de JYP, es un escenario privilegiado para constatar esta regla)¹⁵.

do”. El sistema penal no “señala”; se trata, en general, de un vocablo sociológico para denotar que una persona ha sido “señalada” por las instituciones de haber cometido un delito. Es una expresión que también se repite en el art. 3º.

¹³ Esta noción de colaboración es especialmente problemática y en este comentario se ofrecen pautas para su interpretación.

¹⁴ Es asunto relevante, además, para definir la posible responsabilidad de terceros, tema especialmente complejo y que ha recibido un tratamiento inesperado, por decirlo de esta manera, por la Corte Const. y por el Congreso de la República, al momento de cierre en la elaboración de este comentario. Ya los terceros no tendrán la obligación de presentarse ante la JEP, sino que su presentación será voluntaria. Esto, como se entenderá, deja a la Jurisdicción sin posibilidad de recibir testimonios y de contrastar verdades por parte de terceros que, en muchos casos, fueron auténticamente responsables.

¹⁵ Esto lo pudo constatar el área de justicia del Observatorio Internacional de la Ley de Justicia y Paz del Centro Internacional de Toledo para la Paz, cuando documentó en su segundo informe, a partir de un seguimiento a las fórmulas de imputación utilizadas por los fiscales y a las decisiones judiciales, que los fiscales buscaban fórmulas de

También, como se ha visto, existen alusiones genéricas ligadas a la extraordinaria tradición de figuras jurídico-políticas aplicadas al conflicto armado, como lo son las nociones de ferocidad y barbarie, a las cuales se refiere el lit. a) del primer párrafo del art. 23. Las providencias sobre delitos atroces, que incorporaron en su momento estas nociones, partieron siempre de la comprobación fáctica de la conexidad de las acciones con el conflicto armado. Ellas deben tenerse en cuenta por todos los operadores del nuevo sistema de JT.

27

imputación de delitos ordinarios, pero cometidos en el contexto del conflicto armado interno. Puede verse la página: www.citpaxobservatorio.org/ véase, igualmente, la amplia recopilación que adelantó el CIJT, en la oficina de Colombia, de las decisiones de la Sala Penal de la CSJ. Son dos volúmenes titulados: El proceso penal de justicia y paz. Compilación de autos de la Sala de Casación penal de la CSJ, vol. 1, 2009, vol. 2. 2010.

Artículo 3º. *Ámbito de aplicación.* La presente ley aplicará de forma diferenciada e inescindible a todos quienes, habiendo participado de manera directa o indirecta en el conflicto armado, hayan sido condenados, procesados o señalados de cometer conductas punibles por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado cometidas con anterioridad a la entrada en vigor del acuerdo final. También cobijará conductas amniables estrechamente vinculadas al proceso de dejación de armas.

Además se aplicará a las conductas cometidas en el marco de disturbios públicos o el ejercicio de la protesta social en los términos que en esta ley se indica.

En cuanto a los miembros de un grupo armado en rebelión solo se aplicará a los integrantes del grupo que haya firmado un acuerdo de paz con el Gobierno, en los términos que en esta ley se indica.

Literatura: KAI AMBOS, *Treatise on International Criminal Law*, vol. II, Oxford, Oxford University Press, 2014; ALEJANDRO APONTE, *Guerra y derecho penal de enemigo*. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo en Colombia, Bogotá, Editorial Ibáñez, 2004; ALEJANDRO APONTE, “Persecución penal nacional del homicidio en persona protegida: alcances y límites del derecho penal en contextos de justicia transicional”, en ALEJANDRO APONTE, *Derecho penal internacional. Textos escogidos*, vol. II, Editorial Ibáñez, 2014; ALEJANDRO APONTE, “Terrorismo y crímenes internacionales en Colombia: tensiones en torno de la persecución penal nacional de crímenes internacionales”, en KAI AMBOS (coord.), *Terrorismo y derecho penal*, Fundación Konrad-Adenauer, Cedpal-Universidad de Göttingen, 2015; NILS MELZER, *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario*, Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 2010; IVÁN OROZCO, *Combatientes, rebeldes y terroristas*. Guerra y Derecho en Colombia, 2ª ed., Bogotá, Temis, 2006.

Jurisprudencia internacional: CorteIDH, sent. de 4 de febrero de 2000, caso Las Palmeras vs. Colombia.

Jurisprudencia nacional: Corte Const., sent. C-291 de 25 de abril de 2007; CSJ, sents. de 4 de febrero de 1999 (rad. 11837); de 10 de mayo de 2010 (rad. 49134); de 10 de mayo de 2010 (rad. 49253); CSJ, sent. de 15 de marzo de 2017 (rad. 45750); CSJ, auto de 14 de junio de 2017 (rad. 49790).

Otros documentos: FGN, Directiva 008 de 2015.

I. Aclaración previa

Tal como se indicó respecto del art. 2º, el tema de la conexidad de las acciones con el conflicto armado es transversal tanto a dicha disposición como al art. 3º. Lo es, además, a toda la Ley. Por lo tanto, comienza el comentario de esta norma, con la síntesis expuesta hasta el momento y siguiendo la secuencia necesaria con el art. 2º. Así, de manera general, puede concebirse que la noción *por causa y con ocasión del conflicto armado* es una consideración fáctica que está directamente relacionada con las infracciones al DIH contenidas en el CP. Además, por supuesto, está en consonancia directa con las reglas del DIH (teniéndose en cuenta, además, el sistema de fuentes con que operaría de manera general la JEP). Es decir, es una noción fáctica con consecuencias normativas concretas y complejas.

El punto de partida es el DIH y la tradición en Colombia de la jurisprudencia constitucional y penal de *humanización del DIH*, es decir, de expansión de sus efectos en función de la mayor protección de civiles o de combatientes rendidos o puestos fuera de combate por diversas circunstancias¹.

Así, respecto de la protección de civiles ajenos al conflicto, por ejemplo, ha sido necesario extender los efectos de la protección, desligando a una diversidad de actores y sujetos civiles que, si bien se han movido en el escenario del conflicto, no debieron ser considerados como objetivos militares. Pero que, además, en términos del derecho penal, no debieron ser tampoco concebidos como sujetos de la acción penal: no pueden ser criminalizados, quienes, por ejemplo, le han vendido alimentos a las guerrillas, quienes los han transportado, incluso quienes han sido en un momento muy concreto usados como correos humanos, etc. El sistema penal, en numerosas ocasiones con una guerra intensificada, los ha juzgado y condenado. Pero justo, en desarrollo de la LA, se deben interpretar estas acciones, como acciones ligadas por ejemplo

¹ El autor de este escrito ha trabajado en diversos textos y escenarios con fundamento en esta categoría que es muy explicativa del caso colombiano, en el cual, como se dice, tanto la jurisprudencia constitucional, como la jurisprudencia penal, han abierto el espectro de protección del DIH, llegando incluso a protección de sujetos que en otras latitudes pueden eventualmente no ser protegidos por el DIH con tanto celo. La razón es clara: entre más degradado sea un conflicto armado, su impacto es mayor sobre todo frente a los civiles y, por ello, es función del DIH protegerlos con mayor celo y proteger el entorno en que se desarrolla una guerra degradada. Este es, además, el espíritu con el cual se debe leer y aplicar la LA y el espíritu con el cual se debe leer la estructura de la JEP. Ver, a manera de ejemplo, APONTE, “Persecución penal nacional del homicidio en persona protegida: alcances y límites del derecho penal en contextos de justicia transicional”, en ALEJANDRO APONTE, *Derecho penal internacional, Textos escogidos*, vol. II, Bogotá, Editorial Ibáñez, 2014, págs. 332-389.

de manera indirecta con el conflicto armado y, lo más importante, acciones de sujetos que deben ser concebidos como sujetos amnistiables. En todo caso, no como sujetos de aplicación de una sanción penal.

4 En un escenario de conflicto armado interno y de violencia generalizada y difusa, existen sujetos que deben ser rigurosamente diferenciados, con el objetivo de atribuir responsabilidad penal, cuando sea el caso, mientras se deben identificar correctamente las personas protegidas por el DIH. Este es un principio con base en el cual se debió trabajar siempre para proteger sobre todo a los civiles y que incluso hoy debe seguirse, si se tiene en cuenta que aún pervive el conflicto armado con el ELN. Se trata, además, de un principio central también hoy para establecer el ámbito de aplicación de la LA. De esta forma, DIH y derecho penal se entremezclan e interactúan en una lógica no punitivista y en una lógica de protección ampliada y humanizante de quienes son concebidos como personas protegidas.

5 Así, se debe tener en cuenta que internacionalmente, se reconoce el estatus de *combatiente* a los miembros de las fuerzas militares enfrentadas, sean estas estatales o no estatales. En los conflictos armados internos se consideran combatientes los miembros de las fuerzas armadas estatales legales. Por su parte, quienes pertenezcan a fuerzas irregulares, con funciones permanentes dentro del grupo, son reconocidos como *miembros de un grupo armado organizado al margen de la ley*². Hay que aclarar, además, que en la tradición del país, en el contexto del delito político, dicho delito ha supuesto, desde el siglo XIX, el tratamiento de los rebeldes en el derecho interno, asimilados a combatientes en el derecho internacional. Esta caracterización y sus consecuencias, fue objeto de tratamiento extenso en el comentario al art. 2º³.

² De conformidad con lo establecido por el Comité Internacional de la Cruz Roja, el concepto “grupo armado organizado” se refiere a las fuerzas armadas no estatales. Así, “[...] los grupos armados organizados que pertenecen a una parte no estatal en un conflicto armado incluyen tanto a las fuerzas armadas disidentes como a otros grupos armados organizados. Las fuerzas armadas disidentes constituyen, esencialmente, una parte de las fuerzas armadas de un Estado que se ha vuelto en contra del gobierno. Otros grupos armados organizados reclutan a sus miembros sobre todo entre la población civil, pero el grado de organización militar que alcanzan es suficiente para conducir las hostilidades en nombre de una parte en conflicto, aunque no siempre con los mismos medios, intensidad y nivel tecnológico que las fuerzas armadas estatales. [...]”. MELZER, *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario*, Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 2010, pág. 31. En todo caso, la noción de actuar “al margen de la ley” es una denominación que se usa en el país y que está presente en la discusión transicional, desde la expedición de la LJP, tal como se indica en la cita que sigue.

³ Véase, además, y en perspectiva histórica, OROZCO, *Combatientes, rebeldes y terroristas*. Guerra y Derecho en Colombia, 2ª ed., Bogotá, Temis, 2006, págs. 99-129.

Esta categoría permite, por una parte, otorgarles responsabilidad equivalente a la de los combatientes dentro del DIH y, por otra parte, que en el ámbito interno sean responsables por los delitos cometidos. 6

Se debe resaltar, además, el hecho de que, en el contexto colombiano, la figura del miembro de grupo armado irregular es la categoría con la que constitucional, legal y jurisprudencialmente se caracteriza a los miembros de fuerzas beligerantes armadas ilegales. Incluso, también aquellos que no habían sido considerados en la tradición del país como delincuentes políticos. Es el caso de la LJP que, más allá de que los sujetos de dicha Ley fueran o no concebidos como delincuentes políticos, estableció mecanismos especiales para la desmovilización y reintegración de los miembros de grupos armados organizados al margen de la ley⁴. En igual sentido, el MJP estableció la posibilidad de crear mecanismos de JT para grupos armados al margen de la ley que hayan sido parte en el conflicto armado interno. 7

Igualmente, la jurisprudencia constitucional ha asimilado la categoría de miembro de grupo armado organizado al margen de la ley con la noción de combatiente. Según lo establecido por la Corte Const., el término combatiente en su sentido genérico comprende a los miembros de las fuerzas armadas y a los de los grupos armados irregulares que toman parte en las hostilidades: 8

“[...] El término ‘combatientes’ en Derecho Internacional Humanitario tiene un sentido genérico, y un sentido específico. *En su sentido genérico, el término ‘combatientes’ hace referencia a las personas que, por formar parte de las fuerzas armadas y los grupos armados irregulares, o tomar parte en las hostilidades, no gozan de las protecciones contra los ataques asignadas a los civiles.* En su sentido *específico*, el término ‘combatientes’ se utiliza únicamente en el ámbito de los conflictos armados internacionales para hacer referencia a un *status* especial, el ‘*status* de combatiente’, que implica no solamente el derecho a tomar parte en las hostilidades y la posibilidad de ser considerado como un objetivo militar legítimo, sino también la facultad de enfrentar a otros combatientes o individuos que participan en las hostilidades, y el derecho a recibir trato especial cuando ha sido puesto fuera de combate

⁴ El art. 1º de la LJP, Ley 975 de 2005, establecía: “[...] *Objeto de la presente ley.* La presente ley tiene por objeto facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. *Se entiende por grupo armado organizado al margen de la ley, el grupo de guerrilla o de autodefensas, o una parte significativa e integral de los mismos como bloques, frentes u otras modalidades de esas mismas organizaciones, de las que trate la Ley 782 de 2002. [...]*” (Subrayado fuera de texto)

por rendición, captura o lesión en particular el status conexo o secundario de “prisionero de guerra” [...]. *Para los efectos del principio de distinción en su aplicación a los conflictos armados internos, y de las distintas reglas que lo componen en particular, el Derecho Internacional Humanitario utiliza el término ‘combatientes’ en su sentido genérico. Está fuera de duda que el término ‘combatientes’ en sentido específico, y las categorías jurídicas adjuntas como ‘status de prisionero de guerra’, no son aplicables a los conflictos armados internos [...]*⁵. (Subrayado fuera del texto).

- 9 Por su parte, la Sala Penal de la CSJ, durante décadas, ha asimilado al miembro del grupo irregular a los combatientes de las guerras interestatales. Particularmente, con el propósito de diferenciarlos de los civiles habitantes de los territorios donde los grupos irregulares ostentan presencia territorial y han desarrollado operaciones militares:

“[...] El combate a que se refiere el artículo 127 del Código Penal, presupone un enfrentamiento armado entre combatientes, una acción militar de carácter regular o irregular contra el legítimo contradictor, determinable en tiempo y espacio, pues no es sólo la condición de rebelde de quien ejecuta el acto delictivo lo que exonera de penalidad su acción, sino la circunstancia de haber cometido el hecho en el contexto de una confrontación armada con las fuerzas del Estado [...]”⁶.

- 10 Otra categoría son los *civiles* que se encuentran en territorios de conflicto. Los civiles pueden (i) no participar en las hostilidades, caso en el cual gozan de protección absoluta, o (ii) participar en las hostilidades de manera *directa o indirecta*⁷. Quienes participan directamente en las hostilidades pierden la protección frente a los ataques militares directos, mientras preparan, ejecutan el ataque y se repliegan o se retiran. Son estos tres momentos (preparación, ejecución y repliegue), los que permiten determinar el ámbito temporal en el cual, los civiles que participan directamente en las hostilidades pierden su protección. En ese sentido, antes de la preparación y una vez terminado el repliegue, estas personas son civiles plenamente protegidas por el DIH (este es un aspecto clave para la implementación de las normas de la LA que se estudia)⁸.

⁵ Corte Const., sent. C-291 de 2007, fundamento 3.3.1

⁶ CSJ, Sala de Casación Penal, sent. de 4 de febrero de 1999 (rad. 11837), fundamento 1.2.

⁷ Lo referente a la participación directa e indirecta de los civiles es desarrollado con más profundidad cuando se examinan los numerales del parágrafo del art. 135 del CP.

⁸ En la Guía para interpretar la noción de participación directa, elaborada por el CICR, en el capítulo muy relevante sobre “El inicio y fin de la participación directa en

De esta forma, los civiles que participan directamente en las hostilidades se diferencian de los miembros del grupo armado, por el hecho de que, aunque no participan en los combates, tienen o pueden tener funciones permanentes y específicas dentro del grupo. Al respecto, ha dicho el Comité Internacional de la Cruz Roja:

11

“[...] la calidad de miembro de esos grupos no puede depender de una adscripción abstracta, de vínculos familiares, o de cualquier otro criterio que pueda ocasionar errores, arbitrariedades o abusos. Por el contrario, la calidad de miembro debe depender de si la función continua que asume una persona corresponde a la que todo el grupo ejerce de forma colectiva, es decir, la conducción de las hostilidades en nombre de una parte no estatal en un conflicto. Por consiguiente, según el DIH, *el criterio decisivo para que exista la calidad de miembro en un grupo armado organizado es que una persona asuma una función continua para el grupo y que esa comprenda su participación directa en las hostilidades* (en adelante, «función continua de combate»). *La función continua de combate [...] distingue a los miembros de las fuerzas combatientes organizadas de una parte no estatal de las personas civiles que participan directamente en las hostilidades [...]*”⁹. (Subrayado fuera de texto).

Finalmente, se encuentran los civiles que participan indirectamente en las hostilidades. Es decir, quienes tan solo apoyan el esfuerzo militar de una de

12

las hostilidades”, el autor inicia enfatizando el aspecto crítico que constituye el ámbito temporal: “Es necesario determinar con mucho cuidado el comienzo y el fin de los actos específicos que constituyen una participación directa en las hostilidades”. Luego, añade: “el concepto de participación directa incluye la fase inmediata de ejecución del acto específico”, que posea, además, las características de “*umbral de daño, causalidad directa y nexa beligerante*”. Pero también puede, dice el autor, comprender “las medidas preparatorias” del acto, así como “el despliegue al lugar de su ejecución y el regreso, cuando éstos constituyan parte integrante del acto y operación específico”. MELZER, *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario*, Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 2010, pág. 65.

⁹ De otra parte, en un sentido crítico, pero perfectamente compatible con lo que aquí se expone, pues acentúa el tema de la pertenencia, KAI AMBOS sostiene que “el enfoque de membresía subyacente implica que todos los miembros de un grupo armado organizado, en el contexto del DIH, no están protegidos por la inmunidad civil y, por lo tanto, constituyen un objetivo militar legítimo”. AMBOS, *Treatise on International Criminal Law*, vol. II, Oxford, Oxford University Press, 2014, pág. 153 [traduc. del autor]. Como se dice, esta postura es compatible con lo que aquí se señala y, para entenderla aún mejor, véase el párrafo 10, sobre las diversas categorías de personas que están ligadas al conflicto armado.

las partes, sin ejecutar un ataque directo contra uno de los grupos combatientes, y que nunca pierden la protección que les otorga el DIH. En todo caso, los civiles que participan indirectamente en las hostilidades estarían en principio sujetos al derecho penal, en los casos que sus acciones constituyan delitos. Este principio sufre una transformación lógica en el contexto de aplicación de la LA.

- 13 Es en este punto donde se produce, precisamente, una especie de inflexión, por decirlo así, respecto del ámbito de aplicación de la LA. Así, para la interpretación del punto concreto del art. 2º que se estudió y para interpretar el punto correspondiente del art. 3º, puede ayudar una especie de juego de espejos. Los avances del DIH, en función de la protección de los civiles ajenos al conflicto y en función de la protección celosa de aquellos que, incluso habiendo participado en los ámbitos señalados, no son considerados como objetos de una acción militar, deben tener su correlato ampliado en la aplicación de la LA. Es decir, en función de la ampliación del ámbito de protección de las personas protegidas, que no debían ser consideradas objetivos militares, el DIH en Colombia, y sobre todo por vía de jurisprudencia, ha buscado preservar la vida, integridad física, integridad sexual y la libertad de las personas protegidas. Incluso, así desarrollen algunas actividades, las personas que se mueven en ámbitos cercanos al conflicto armado, cuando en sí mismas constituyeron delitos, nunca debieron ser consideradas objetivos militares. Ello, en la medida en que sus acciones estaban integradas al ámbito de protección del DIH. Hoy, en virtud de la LA y a manera de un espejo ampliado, precisamente los delitos cometidos por estas personas, quedan dentro del ámbito regulativo de la amnistía, muy especialmente, en desarrollo del art. 2º de la Ley que ya se comentó, es decir, en función de una participación por ejemplo indirecta en el escenario de conflicto armado.
- 14 El juego de espejos enunciado revela una imagen concreta: cuando se aplica el DIH, se cierra el espectro de relación directa e indirecta con el conflicto armado, de tal suerte que se amplía el ámbito de protección, no solo a civiles ajenos al conflicto, sino respecto de aquellos que incluso han participado de las hostilidades indirectamente y que no pierden su carácter de persona protegida.
- 15 Pero, por su parte, cuando se aplica hoy la LA, en el caso de estos actores que han participado de manera indirecta, se amplía el espectro de aplicación, de tal suerte que incluso los delitos cometidos por ellos, que no los blindaba antes del sistema penal, hoy deben ser objeto de aplicación de la Ley. Cuando esta se aplica, debe verificarse si se trata directamente de delitos conexos, o si se trata de delitos que deben ser evaluados en todo caso por la Sala de Amnistía e Indulto. Pero este es otro tema. Lo importante es establecer los ámbitos temporales y espaciales para discernir las condiciones de causalidad prevista por el artículo y su alusión a la relación directa e indirecta de las acciones con el conflicto armado interno.

II. Casos fallados por la Sala de Casación Penal de la CSJ: sobre las relaciones de causalidad con el conflicto armado interno

Ahora bien, con lo expuesto, que hunde sus raíces en la tradición del país, ya se establecen marcos y márgenes muy amplios, tanto con criterios objetivos como subjetivos, que deben tener límites, de tal suerte que no se trata de ampliar la relación de causalidad de las acciones con el conflicto armado a límites difusos y artificiales, como la discusión pública hoy, desde el mes de febrero de 2017, ha dado testimonio. Incluso el Sistema Interamericano de DD. HH. se ha manifestado en su momento, para efectos de la protección de civiles, respecto del ámbito temporal y espacial, para establecer cuándo existe conflicto armado¹⁰. 16

Ello, efectivamente, era cierto y real desde el punto de vista fáctico, pero esta extensión se llevó a cabo, en función, como se dice, de la protección ampliada y necesaria a los civiles incluso que participaron indirectamente de las hostilidades; pero esta consideración fáctica no puede ser hoy amparada para forzar e instrumentalizar el ingreso a la JEP por actores ligados a la comisión de toda clase de crímenes de carácter ordinario o a la mera corrupción. No puede ser utilizada como recurso retórico para forzar la relación de causalidad, amparándose en una violencia social y política extendida y difusa, incluso la más indirecta, para que sean tenidas en cuenta por la Jurisdicción toda clase de acciones delictivas que nada tienen que ver con el conflicto armado. El conflicto no es una *sombrilla* bajo la cual se ampara toda clase de conductas. 17

Para ilustrar este escenario ampliado que desvirtuaría el carácter mismo de la JEP y la aplicación concreta de la LA, basta mirar ejemplos concretos de solicitudes de libertad que han tenido lugar desde el mes de febrero de 2017. En efecto, ejemplos reales, utilizados aquí con fines académicos y de ilustración, son elocuentes, pues comienzan a surgir zonas grises y, más allá, escenarios que desnaturalizan la función de la JEP, a partir de los cuales se pretende extender el ámbito de causalidad con el conflicto armado interno. 18

El caso del Palacio de Justicia, por ejemplo, por tradición en la discusión del país, que incluso en su momento se dijo que era un tema de DIH y no de terrorismo, podría estar conectado con el conflicto armado. Otros casos o supuestos exigirán una interpretación muy aguda. Por ejemplo, casos ventilados en los medios de comunicación, que son casos claros de corrupción de funcionarios de un gobierno que enfrentó a las FARC con vehemencia, en la 19

¹⁰ Véase cómo al respecto una sentencia pionera de la CorteIDH, sobre las relaciones entre derechos humanos y DIH, así como también las condiciones de aplicación del DIH en el sistema interamericano: CorteIDH, Las Palmeras vs. Colombia, sent. de 4 de febrero de 2000, excepciones preliminares, párr. 29.

narrativa que se dio en los medios, en abril de 2017, se los quiso asociar con el conflicto armado, en la medida en que, se dijo, a toda costa tendría que seguir gobernando el mismo presidente, para seguir enfrentando a la guerrilla. Son hechos que deben mirarse con mucho cuidado y atención, respecto de los supuestos de toda la JEP y a la aplicación de la LA. Incluso, en octubre de 2017, en medio del mayor escándalo que haya vivido el sistema judicial en el país, con un expresidente de la CSJ en la cárcel y varios magistrados de la Sala Penal investigados y señalados de cometer diversos delitos, precisamente un exmagistrado del Consejo Superior de la Judicatura, que fue sancionado por esta práctica, ha insinuado que debería ir a la JEP, pues su delito estaría ligado a la definición de un conflicto de competencias entre la justicia ordinaria y la justicia penal militar. Como este caso se originó en acciones realizadas por los militares en el contexto del conflicto, entonces el exmagistrado sancionado por corrupción insinúa que ese acto estaría también ligado a la lógica del conflicto armado.

- 20 Esto ha tenido lugar en la discusión pública, pero la Sala Penal se ha ocupado durante el año 2017 de resolver casos de solicitudes de amnistías, en los cuales se ha ventilado este tema crítico de la relación de las conductas con el conflicto armado. Lo ha hecho la Sala con mesura, buscando aportar elementos para la interpretación de normas procesales muy complejas. En todo caso, lo correcto y lo que correspondería es que la Sala de Amnistía y la propia Jurisdicción, se encargue de aplicar la Ley y de aportar los elementos de interpretación.
- 21 No obstante, la Sala Penal de la CSJ se ha tenido que ocupar de la solución de casos que de ninguna manera constituyen una especie de zona gris, sino que son un ejercicio arbitrario de razones para ingresar al sistema de JT. Es el caso siguiente, por ejemplo, de mayo de 2017. En desarrollo del mismo, un policía, es decir, un funcionario estatal, “fue condenado el 7 de septiembre de 2016 por el Tribunal de Bogotá, junto con otros acusados, como coautor del delito de concierto para delinquir agravado, al establecerse que entre el 7 y el 12 de febrero de 2008, 54 personas realizaron consignaciones [...] en el marco de una defraudación masiva mediante el conocido método de pirámides con el *Esquema Ponzi*”¹¹.
- 22 El policía solicitaba, desde el 2 de enero, ser atendido por la Secretaría Ejecutiva de la JEP, con el propósito de someterse a ella y recibir el tratamiento penal diferenciado. La Sala, con mesura y adelantando una metodología muy interesante, buscando hacer pedagogía con la interpretación de la LA en conjunto, se ocupó, en primer lugar y en extenso, de dicha interpretación. Busca la

¹¹ CSJ, Sala de Casación Penal, sent. de 10 de mayo de 2010 (rad. 49253), págs. 1-2.

Sala Penal enviar un mensaje a las autoridades judiciales sobre formas posibles de interpretación de la Ley y particularmente del tema ligado a la libertad. Al final y respecto del caso concreto, dice con razón elemental: “Se advierte que la conducta de implementar pirámides con el *Esquema Ponzi* para defraudar a las personas, no fue cometida por causa o con ocasión del conflicto armado, ni tiene relación alguna directa ni indirecta con este; es evidente que no se cumple con la aludida exigencia legal”¹².

La JEP no puede servir como una especie de “lavadero” para limpiar toda clase de culpas derivadas de todos los delitos imaginables. El sistema tiene que usar todos los filtros, el listado de nombres y toda clase de verificaciones, pero, ante todo, hay que consolidar prontamente una jurisprudencia que acierte desde el principio frente a este tema. 23

La misma Sala Penal, en un caso resuelto en la misma fecha sobre una solicitud de libertad, hizo un recuento de hechos claramente relacionados con el conflicto. Así, según la Sala, respecto de quien adelanta la solicitud, “se estableció [...] que colaboró con las FARC, especialmente con el atentado denominado La Graduación, que correspondió a la explosión de un carro bomba el 19 de octubre de 2016 en la Escuela Superior de Guerra, causando lesiones a más de 30 personas y múltiples daños”¹³. La FGN imputó, además del delito de rebelión, los delitos de terrorismo, daño en bien ajeno, lesiones personales agravadas. Fue luego sentenciada la persona y fue declarado prescrito el delito de rebelión¹⁴. Es, como se dice, un caso claro de relación directa con el conflicto armado¹⁵. 24

Además, estas decisiones se refieren a una previa, la primera sentencia que sobre el tema de la libertad dictó la Sala Penal en marzo de 2017¹⁶. En este caso, agentes de la policía de Fresno, Tolima, fueron informados de la presencia de un vehículo en el que se movilizaban individuos que portaban armamento ilegal. Entre los ocupantes se encontraba un suboficial de la policía al que se le imputaron diversos delitos y quien presentó ante la Sala Penal solicitud de libertad, alegando cumplir con los requisitos de la LA. La Sala rechaza la solicitud, aborda los requisitos y concluye, en relación con el punto que 25

¹² *Ibíd.*, pág. 21.

¹³ CSJ, Sala de Casación Penal, sent. de 10 de mayo de 2010 (rad. 49134), pág. 3.

¹⁴ *Ibíd.*, pág. 3.

¹⁵ Habría que evaluar si la acción es terrorismo, si es terrorismo por fuera de conflicto armado o si lo es, como ha sido la tendencia en jurisprudencia relevante, como infracción al DIH. Pero este es otro asunto.

¹⁶ Se trata prácticamente de la primera sentencia de la Sala, con rad.45750 de 15 de marzo de 2017.

nos compete directamente, lo siguiente: “De conformidad con los hechos que se declaran probados en el proceso adelantado por *fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego* [...], se advierte que en principio la conducta no fue cometida por causa o con ocasión del conflicto armado, ni tiene relación alguna directa ni indirecta con este”¹⁷. La Sala dice en “principio” y ello es interesante, pues de conformidad con el contexto, podría llegarse a la conclusión de que el suboficial y los acompañantes tenían las armas para cometer por ejemplo homicidios contra civiles y presentarlos como logros en la guerra; en este caso, el examen sería diverso. Pero no es este el caso probado, aunque la Corte no entra a estudiar a fondo el punto, pues ello no le corresponde.

26 Por su parte, en un caso posterior, fallado el 14 de junio de 2017 y más allá del hecho de que la Sala no concedió el beneficio de libertad solicitado por incumplimiento de requisitos mínimos, el juez penal constata un hecho que sí tiene lugar en un escenario complejo de conflicto armado. Además, se trata de un caso especialmente grave, de muertes fuera de combate, de indigentes del Valle, trasladados y ejecutados por agentes del ejército en zona de conflicto en el Cauca, bajo el argumento de pertenecer a las guerrillas. Es decir, se trata de un claro caso de los mal llamados “falsos positivos”, casos extremadamente graves, en los cuales se anula de plano el principio de distinción y se extreman las consecuencias de una guerra degradada.

27 Se aclara que se trataría de un caso en principio situado en conexión con el conflicto, pero es un caso límite y por eso no se puede soslayar de forma alguna la discusión compleja que existe hoy sobre este tipo de casos. Se trata de un asunto especialmente complejo, pues comprende casos que incluso para algunos sectores críticos no deben ingresar a la JEP, pues se trataría de homicidios comunes contra personas indefensas, adelantados con meros propósitos individuales y aprovechando el escenario de conflicto armado. Y este es precisamente un caso complejo por estas circunstancias: indigentes que fueron muertos fuera de todo escenario de combate. Narra la Sala que para el “25 de agosto de 2007”, un grupo de militares, “reportaron la muerte en combate de tres personas al parecer miembros de un grupo armado ilegal...”. Sin embargo, “luego se pudo establecer que las personas fallecidas eran indigentes residentes en la ciudad de Cali, lugar desde donde fueron trasladados a zona rural del departamento del Cauca, lugar donde fueron ejecutados”¹⁸.

28 La Sala es cautelosa frente a este tema, no entra a referirse, ni siquiera de manera sumaria, a la relación de causalidad con el conflicto; el juez penal adelanta una consideración de procedimiento y de falta de requisitos para negar con razón la solicitud de libertad.

¹⁷ *Ibíd.*, pág. 14.

¹⁸ CSJ, Sala de Casación Penal, sent. de 10 de mayo de 2010 (rad. 49134); auto de 14 de junio de 2017 (rad. 49790).

III. Sobre el tratamiento penal de la protesta social

El art. 3º que se comenta contiene una regla que es básica frente a cualquier opción de consolidación de la paz. Dice, respecto de la Ley, que esta “además se aplicará a las conductas cometidas en el marco de disturbios públicos o el ejercicio de la protesta social en los términos que en esta ley se indica[n]”. 29

Tal como se ha visto y se ha señalado en función de la tradición del país en el comentario al art. 2º, el cual debe ser leído en conexión estricta con el presente comentario, un hecho es fundamental para la aplicación de la ley que se estudia: no es el terrorismo o la figura del crimen organizado el ámbito general de imputación de las conductas cometidas; es el escenario de los crímenes internacionales el contexto a partir del cual se conciben las conductas y el ámbito en que ellas se deben comprender¹⁹. Entre ellos, por supuesto, los crímenes de guerra, hoy concebidos en el CP como infracciones al DIH, reguladas desde el art. 135 de dicho Código. 30

Incluso en el contexto de JYP, a pesar de la declaratoria de inconstitucionalidad del art. 71 de la Ley 975 de 2015, que les otorgaba carácter de sediciosos a los sujetos de dicho proceso –especialmente a miembros de grupos paramilitares–, también ha sido el marco de los crímenes internacionales, y no el del terrorismo, el ámbito general de imputación de las conductas. Inclusive, conductas de terrorismo fueron concebidas como parte del conflicto armado y fueron imputadas por ejemplo con base en el art. 144 CP que se refiere precisamente a “actos de terrorismo” en el contexto del conflicto armado interno. 31

Pero el hecho de que el ámbito general de imputación de las conductas, también y de manera sustancial, contenido en el Acuerdo de Paz, en la LA y en la versión final de la JEP, sea el de los crímenes internacionales y el propio DIH, permite abrir un espacio necesario, en función de toda posible reconciliación y de construcción de tejido social, para la descriminalización de la protesta social. 32

IV. Hacia la descriminalización de la protesta social

Un asunto especialmente sensible en la historia de las relaciones entre guerra y derecho y, concretamente, en la historia del tratamiento penal y constitucional 33

¹⁹ Para un análisis en detalle de cómo ha sido en Colombia el contexto de los crímenes internacionales el que ha prevalecido desde el proceso de justicia y paz, y no el ámbito del terrorismo o del narcotráfico, ver: APONTE, “Terrorismo y crímenes internacionales en Colombia: tensiones en torno de la persecución penal nacional de crímenes internacionales”, en Kai Ambos, Ezequiel Malarino, Christian Steiner (ed.), *Terrorismo y derecho penal*, Fundación Konrad-Adenauer, Cedpal-Universidad de Göttingen, 2015, págs. 113-146.

del delito de rebelión, está relacionado con el tratamiento punitivo de la protesta social. Uno de los impactos mayores que ha tenido el conflicto armado interno en el país, que ha operado durante décadas y que ha incidido directa y negativamente en la imposibilidad de expresión social de la disidencia o de la inconformidad, ha sido la criminalización de la protesta social.

34 Es una de las consecuencias más negativas de la degradación del conflicto armado, pues así como en desarrollo de la facticidad de la confrontación armada, decenas de civiles desarmados y ajenos al conflicto, pero que han vivido en las zonas afectadas por él, han sido concebidos como actores ligados a alguna de las partes en la confrontación, el ejercicio de la protesta social muchas veces ha estado ligado a los escenarios mismos del conflicto, generando como consecuencia la criminalización de actores civiles que alientan la protesta social legítima. De igual manera, lo cual es aún más crítico, la cercanía de actores civiles a la guerra ha propiciado que estos sean asesinados y perseguidos: decenas de líderes sociales han sufrido y siguen sufriendo esta suerte.

35 A la sombra del enemigo, por ejemplo de las guerrillas rebeldes, se ha criminalizado la protesta social²⁰. Eso fue claro por ejemplo en la década de los setenta del siglo pasado con el denominado “Estatuto de seguridad” y, en general, frente a numerosas normas de excepción que fueron dictadas al amparo del estado de sitio, tanto en esa década como en las siguientes. Por ello, igualmente, a la sombra de grandes enemigos posteriores, como es el caso del narcoterrorismo urbano, en la década de los ochenta y de los noventa, fueron artificialmente concebidos como enemigos absolutos, tanto las guerrillas social-revolucionarias, como la misma protesta social.

36 Por esta razón, con muy buen criterio y atendiendo precisamente las lecciones históricas y la tradición de una aplicación disfuncional de la norma penal, tanto el Acuerdo general firmado entre el Gobierno y las guerrillas de las FARC-EP, como, en el caso concreto, de la amnistía, uno de los aspectos centrales está relacionado con la descriminalización de la protesta social. Ello, por la vía concreta de la aplicación del mecanismo de la amnistía, precisamente a actores que se han movido en el escenario general de la protesta social y que, en escenarios degradados de conflicto armado interno, han cometido incluso delitos que, en todo caso, deben ser amnistiados, pues ellos están directamente relacionados con dicha protesta social.

37 De conformidad con lo expuesto y según la norma que luego es desarrollada por la propia LA en diversos artículos, es necesario introducir una aclaración

²⁰ Para un estudio en detalle de la dinámica cotidiana del derecho penal de enemigo en Colombia ver APONTE, *Guerra y derecho penal de enemigo*. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo en Colombia, Bogotá, Editorial Ibáñez, 2004. En este libro, se estudia en detalle, en el contexto de las formas en que se manifiesta el derecho penal de enemigo, la criminalización de fenómenos económicos, sociales y políticos.

fundamental: la protesta social en sí, desarmada, pacífica, es un derecho y no hará parte del tratamiento penal diferencial que establece la Ley. Ello no puede estar sujeto a confusiones. La protesta social no es un delito, aunque en numerosas ocasiones haya sido concebida como tal. La protesta social a la cual se refiere la norma, es aquella que, como la misma norma lo indica y en contextos de violencia generalizada, terminó en disturbios; es aquella protesta que terminó en acciones delictivas que inclusive han hecho parte del tercer delito que constituye, en la tradición de Colombia, el núcleo del delito político: *el delito de asonada*.

También se debe aclarar –y los operadores deben ser muy conscientes de ello–, que el hecho de que sean sujetos de la protesta social violenta, sujetos de la LA, no quiere decir que sean efectivamente guerrilleros. Precisamente, este hecho, este señalamiento, es el que ha propiciado su persecución y criminalización. Por ello, la aplicación de la amnistía debe entenderse en un contexto más generalizado de descriminalización y de nueva concepción político-criminal, ligada al proceso de paz y no como una vía indirecta y con beneficios, de señalamientos que nunca debieron tener lugar.

Este es un hecho complejo en la propia estructura de la Ley, pues no existe amnistía de *iure* por ejemplo para hechos relacionados con la protesta social violenta. Estos hechos deben pasar por verificación de la Sala de Amnistía e Indulto y ello parece más dispendioso e inequitativo frente a quienes sí son rebeldes o sediciosos. Debería ser más expedito, pero el peligro real es que, si la Ley posibilitara la concesión de la amnistía de *iure*, ello podría entenderse como una declaración contradictoria y un señalamiento de rebeldes a quienes justamente no lo fueron y fueron falsamente incriminados como tales. Es una paradoja que debe ser resuelta por los operadores, especialmente de la Sala mencionada, para que además de la celeridad en la solución de los casos, propendan resarcir el daño causado previamente por una falsa incriminación.

Hay que aclarar, de otra parte, que las acciones propias de la denominada asonada han sido objeto de un tratamiento penal muy diferenciado, incluso en el escenario propio del delito político. En una escala de gravedad, su tratamiento ha sido el más benigno, aunque, precisamente por lo expuesto, numerosos casos de asonada fueron criminalizados por años como casos propiamente de rebelión o de terrorismo.

Se trata de una estructura general de la Ley que, a partir del art. 3º, conserva este mismo *telos*. Por ejemplo, el art. 24 no solo se refiere a la amnistía sino al propio indulto, cuando hace referencia al traslado a la Sala de Amnistía e Indulto de causas en las cuales se hayan ventilado conductas que, con muy buen criterio, han sido concebidas como conductas, incluso violentas, ligadas a disturbios y a la protesta social que pudo derivar en violencia. Así, por ejemplo,

señala la norma, casos de lesiones personales con incapacidades menores, daño en bien ajeno, obstrucción de vías públicas, empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos.

42 Este tipo de conductas, en momentos muy álgidos de confrontación estatal con actores armados, fueron concebidas como acciones terroristas. Así, nótese el cambio de paradigma que es necesario defender en lógica transicional y en función de la paz y la reconciliación: del uso sistemático de tipos penales indeterminados, como el lanzamiento de sustancias peligrosas, que han obrado en la práctica como una especie de “rastrillo” que va capturando los actores más desprotegidos en dinámicas de violencia, se pasa a la concesión de amnistías para aquellos actores justamente sancionados penalmente con fundamento en dichas normas.

43 Es en este contexto en el que debe leerse la descriminalización de la protesta social, la aplicación de la amnistía para aquellos actores que, ligados a escenarios de violencia política y social, fueron en su momento investigados o sancionados como rebeldes armados o como terroristas. Es un auténtico ejercicio de desescalamiento del conflicto armado, en función de políticas restaurativas.

V. Directiva de la FGN sobre descriminalización de la protesta social

44 En este sentido se trata, y así debe entenderse, de una política estatal conjunta. Por ello, debe destacarse de manera particular un esfuerzo de la FGN que, en su momento, con muy buen criterio y en el marco de la estrategia de priorización creada en el año 2012, puso en marcha un sistema de descriminalización de la protesta social. Expidió el ente acusador, en efecto, una directiva sobre ello, no solo ligada como consecuencia a un tema técnico de priorización, sino a una convicción liberal profunda de los límites de poder punitivo en el enfrentamiento de la protesta social en escenarios degradados de conflicto armado.

45 Dice la Directiva 008 de 2015, “por medio de la cual se establecen lineamientos generales con respecto a delitos en que se puede incurrir en el curso de la protesta social”, en su primer apartado sobre decisiones que deben asumir los fiscales: “Esta directiva tiene como objetivo establecer límites al poder punitivo del Estado cuando ocurren hechos violentos en el curso de manifestaciones públicas”.

46 Se trata de un documento extenso y complejo que debe ser leído en consonancia con el Acuerdo de Paz, con la LA y con la estructura final de la JEP. Forma parte, como se ha dicho, de la estrategia de priorización, pero va más allá, aunque es apenas coherente: no solo se trata de descriminalizar la protesta social, sino que, además, en una empresa de persecución penal coherente,

líderes de la protesta social que antaño fueron criminalizados por un derecho penal de enemigo, incluso cuando habían actuado en el contexto de protestas que generaron violencia, no deben ser concebidos, en ningún caso, como “máximos responsables”.

Así, se trata de un nuevo lenguaje en la persecución penal de crímenes internacionales, o de la macrocriminalidad. Se une entonces, una nueva visión político-criminal que hoy actúa de la mano de estrategias coherentes de priorización, con una visión renovada del derecho penal que debe actuar de manera diferenciada y no en lógica punitivista indiferenciada. Por esa razón, la directiva parte del punto de partida según el cual, “las conductas punibles cometidas por los manifestantes deben interpretarse de conformidad con los derechos fundamentales a la libertad de expresión y de reunión, y de acuerdo con el principio democrático”. Así, dicho punto de partida recalca el hecho de que la protesta social en sí es un derecho y expresa derechos fundamentales, es intocable desde el punto de vista penal; pero, una vez se entra en el terreno de las conductas punibles, de conductas violentas, se debe prohijar el mismo principio democrático, que esta vez se expresa en una lógica no criminalizante.

47

En consonancia con la LA, la directiva hace referencia específicamente al delito de asonada como centro de imputación, además de hacerlo respecto de otras conductas que hoy son también objeto de tratamiento penal diferenciado en la Ley, por ejemplo, en el art. 24 ya reseñado: acciones de “obstrucción de vías y perturbación de transporte”. Por ello, aclara con contundencia la directiva: “el tipo penal de terrorismo no debe ser utilizado, bajo ninguna circunstancia, para *reprimir* las conductas violentas en que se incurra en una manifestación”.

48

Con este principio de la directiva se cierra el ciclo de argumentación propuesto en este punto del artículo comentado: del uso político-instrumental del terrorismo como ámbito general de imputación de conductas cometidas en el contexto del conflicto armado interno y que ha servido por décadas a la persecución penal de enemigos políticos y de la protesta civil, se busca pasar hoy, y hay que defender este principio, a la descriminalización del ejercicio de la política y de la protesta social, desechando la aplicación inmediata del terrorismo como ámbito general de imputación de las conductas.

49

Respecto del art. 3º, se agrega, finalmente y con el propósito de cerrar el ámbito de aplicación de la LA y los sujetos de la misma, que dicho inciso final condiciona la vinculación de sujetos de la Ley, respecto de quienes forman parte de un “grupo armado en rebelión”. Así, solo se aplicará la Ley a “los integrantes del grupo que hayan firmado un acuerdo de paz con el gobierno, en los términos que en esta ley se indica”.

50

51 No se aplicará, en consecuencia, a miembros de las denominadas bandas emergentes (Bacrim), ni a organizaciones del crimen organizado o transnacional, ni a disidentes de las FARC por supuesto. Pero deja las puertas abiertas en un futuro para miembros del ELN, en desarrollo del proceso de paz actual con ese grupo, que se espera llegue a buen término también.

Artículo 4º. Alcance. Se aplicará la totalidad de los principios contenidos en el acuerdo de creación de la Jurisdicción Especial para la Paz en el marco del fin del conflicto, respecto de la amnistía, el indulto y otros mecanismos penales especiales diferenciados de extinción de responsabilidades y sanciones penales principales y accesorias. Del mismo modo, se aplicarán respecto de todas las sanciones administrativas, disciplinarias, fiscales o renuncia del Estado al ejercicio de la acción penal. Los principios deberán ser aplicados de manera oportuna.

Literatura: ALEJANDRO APONTE, “Macrocriminalidad y función penal en lógica transicional. Aportes posibles del derecho penal a las garantías de no repetición”, en Francisco Cortés, Kai Ambos, John Zuluaga (ed.), *Justicia transicional y derecho penal internacional. Dimensiones filosófica y jurídica*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2018, págs. 167-199.

Otros documentos: Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, disponible en: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf>.

Esta norma se refiere al alcance de la LA. Para establecerlo, hace referencia directamente a los principios. De esta forma entonces, dice la norma, que “se aplicará la totalidad de los principios contenidos en el acuerdo de creación de la Jurisdicción Especial para la Paz”. Todos ellos, respecto de las amnistías, los indultos, los mecanismos penales especiales; igualmente, se aplicarán en relación con las sanciones administrativas, disciplinarias, fiscales o respecto de “renuncia del Estado al ejercicio de la acción penal”.

El artículo alerta sobre la aplicación de los principios a todos los mecanismos previstos en la Ley, advirtiendo, además, que se aplicarán “de manera oportuna”, precisamente entendiendo los tiempos en que cada una de las figuras o mecanismos deben aplicarse.

La norma hace mención a los principios directamente relacionados con el Acuerdo de Paz, y que están, igualmente, de forma más directa, relacionados con la JEP. No obstante, esta norma y su cometido general, debe leerse de manera integral, incluso respecto de principios que están presentes en el Acuerdo, en su estructura más general y, en todo caso, con aquellos principios que, más allá de la estructura de la JEP, tienen efectos penales concretos. Es decir, la perspectiva de los principios debe ser integral y no solo respecto del

componente de justicia. Es el caso, por ejemplo, de principios de carácter penal que están presentes en el acuerdo específico sobre narcotráfico, y que constituyen una guía para pensar en una visión político criminal de conjunto sobre el Acuerdo de Paz y la aplicación de las normas y mecanismos penales: se trata de avanzar de un punitivismo exacerbado hacia una descriminalización de fenómenos sociales, políticos y económicos; es la misma idea que subyace por ejemplo a la descriminalización de la protesta social, tal como se estudió en el art. 3º ya comentado.

4 Así, este principio orientador, en el acuerdo sobre drogas ilícitas, que ha dado lugar a la promoción de un “tratamiento penal diferenciado”, mediante el cual, a despecho de años de lucha inútil, donde se privilegió el tratamiento militar y punitivo de las drogas ilícitas, significa que el acento no estará en la persecución penal de los meros consumidores o de los llamados “raspachines” y campesinos que han sembrado la hoja de coca, sino que el acento debe estar en la desactivación de las organizaciones criminales; en lógica de priorización que es trasversal a todo el trabajo de la JEP, este acento radica más en la desactivación del negocio macrocriminal. Se trata, como se dice, de un gran principio orientador que en su concepción básica debe ser tenido en cuenta también por los operadores en la aplicación de la LA.

5 Toda la LA y los mecanismos penales que orientan la JEP deben mirarse como parte integral de una política criminal renovada; no debe la Ley mirarse como un catálogo de beneficios, sino como parte incluso de tendencias renovadas en lógica restaurativa y en lógica transicional. La integralidad del sistema no solo se refiere a la interacción entre los diversos mecanismos o instituciones del SIVJNRN, sino que tiene que ver también con una nueva visión de la política criminal, con acento en la construcción de escenarios propicios para la reconciliación, ligados incluso a dinámicas de no repetición. Es una función punitiva diferente y los operadores deben seguirla. Para ello, los principios son centrales. Así, además, en función ya concreta de los principios que han alimentado el acuerdo específico sobre la JEP, estos deben concebirse en relación también con los propios principios que alimentan el Acuerdo de Paz, y que están reseñados como “Declaración de principios” de 7 de junio de 2014. El primero de ellos, el “reconocimiento de las víctimas”, se refiere a su posición central en todo el Acuerdo. Es un principio que luego sirve, por ejemplo, de “criterio orientador” frente a instituciones que componen el sistema integral, como es el caso del criterio de “centralidad de las víctimas”, que alimenta la Comisión de Esclarecimiento de la Verdad.

6 De esta forma, en el punto 5.1.2 que hace relación a la noción de *justicia*, en el Acuerdo de Paz, en su versión final, el num. I, establece los “Principios Básicos del Componente de Justicia del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJNRN)”. Por cuestiones de espacio, no es

dable en este punto citar textualmente cada uno de los principios. El lector y los operadores deben leerlos en su literalidad; se encuentran reseñados a partir del punto cinco del Acuerdo de Paz, y en las págs. 143 a 146 de la versión publicada en la red del Acuerdo Final, disponible en la página del Alto Comisionado Para la Paz¹.

Pero, además, y como se ha dicho, se deben leer en consonancia con otros principios que se encuentran reseñados en puntos concretos del Acuerdo, en su versión más general, y en función de una visión político-criminal renovada; incluso, una política criminal que mire más hacia el futuro que hacia el pasado, anclado en lógica retributiva. Así, el tercer principio, por ejemplo, dice: “Un paradigma orientador del Componente de Justicia del SIVJRNR es la idea de que la comunidad política no es solo una unión de coetáneos, sino también un vínculo entre generaciones que se eslabonan en el tiempo. La Justicia es prospectiva en cuanto considera que una época influye ineluctablemente sobre las posteriores. Se trata de una justicia prospectiva respetuosa de los valores del presente y a la vez preocupada por acabar con conflictos que no deben ser perpetuados, en aras de la defensa de los derechos de las futuras generaciones”.

Es un propósito que se afinca en una visión de futuro renovada y más integral, tal como lo afirma el segundo principio: “uno de los paradigmas orientadores del componente de justicia del SIVJRNR, será la aplicación de una justicia restaurativa que preferentemente busca la restauración del daño causado y la reparación de las víctimas afectadas por el conflicto, especialmente para acabar la situación de exclusión social que les haya provocado la victimización”.

Son ejes transversales que deben ofrecer contexto a los operadores; todo ello enmarcado en un objetivo, destacado en el segundo gran principio: “Los objetivos del componente de justicia del SIVJRNR 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, respecto a hechos cometidos en el marco del mismo y durante este que supongan graves infracciones del Derecho Internacional Humanitario y graves violaciones de los Derechos Humanos”.

Este es un entramado complejo y un *telos* que debe alimentar el juicio de los operadores en cada una de las acciones procesales y sustanciales que se adelanten, frente a la aplicación de cada una de las figuras contenidas en la LA y resaltadas en el art. 4º que se comenta.

¹ Disponible en: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf> (Consultado 30/01/2018).

- 11 Además, en el Acuerdo mismo, luego de los principios, se enuncian disposiciones que, referidas a las amnistías, anteceden la Ley que se comenta. Están relacionados en el num. II y siguen en orden a los principios, desde el num. 17 y deben ser leídos y tenidos en cuenta por los operadores. Finalmente, y por supuesto, deben tenerse en cuenta y ser leídos en contexto con todos los principios que se han enunciado, los propios “principios aplicables”, materia de otros comentaristas en este libro, que constituyen el capítulo II de la LA que se comenta.
- 12 Se agrega, finalmente, que desde el punto de vista penal y tal como se ha advertido, los operadores deben abordar la LA en conjunto y de manera integral, como un cúmulo de herramientas, principios, categorías, en función de una política criminal renovada, diferente a modelos criminalizantes anteriores y en función del plausible papel del derecho penal en el contexto de una paz posible y de una posible reconciliación. Ello, sin pretender, por supuesto, exacerbar la función penal, sino precisamente, de aceptar sus límites, pero a partir de ellos, concebir como posible, funciones que el derecho penal no ha tenido hasta ahora².

² Sobre la necesidad de apostar por una renovada función del derecho penal en lógica transicional, véase, a manera de ejemplo, APONTE, “Macrocriminalidad y función penal en lógica transicional. Aportes posibles del derecho penal a las garantías de no repetición”, en Francisco Cortés, Kai Ambos, John Zuluaga (ed.), *Justicia transicional y derecho penal internacional. Dimensiones filosófica y jurídica*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2018, págs. 167-199.

CAPÍTULO II

PRINCIPIOS APLICABLES

Artículo 5º. Derecho a la paz. La paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento. La paz es condición esencial de todo derecho y es deber irrenunciable de los colombianos alcanzarla y preservarla.

Literatura: ROBERT ALEXY, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, en MIGUEL CARBONELL y LEONARDO GARCÍA (coords.), *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta, 2010; KAI AMBOS (Coord.), *Justicia de transición y Constitución II: Análisis de la sentencia C-577 de 2014 de la Corte Constitucional*, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2015; KAI AMBOS (Coord.), *Justicia de transición y Constitución: análisis de la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional*, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2014; FRANCISCO DE ROUX, *La audacia de la paz imperfecta*, Bogotá, Planeta, 2017; Pamina Firchow, “Do Reparations Repair Relationships? Setting the Stage for Reconciliation in Colombia”, en *International Journal of Transitional Justice*, vol. 11, Issue 2, 2017, págs. 315-338; JOHAN GALTUNG, *Peace by peaceful means: Peace and conflict, development and civilization*, Sage, 1996; JOHAN GALTUNG, *Theories of Peace, A Synthetic Approach to Peace Thinking*, Oslo, International Peace Research Institute, 1967; CHRISTIAN GUILLERMET FERNÁNDEZ/DAVID FERNÁNDEZ PUYANA, *The Adoption of the Declaration on the Right to Peace by the United Nations: a Human Rights Landmark*, Peace Human Rights Governance, 1(2), págs. 275-297; JÜRGEN HABERMAS, *Between facts and norms: Contributions to a discourse theory of law and democracy*, John Wiley & Sons, 2015; FERNANDO HARTO DE VERA, “La construcción del concepto de paz: Paz negativa, paz positiva y paz imperfecta”, en *Cuadernos de estrategia*, 2016, págs. 119-146; ROGER MAC GINTY y FIRCHOW PAMINA, “Top-down and bottom-up narratives of peace and conflict”, en *Politics* 36.3, 2016, págs. 308-323; FRANCISCO MUÑOZ (ed.), *La paz imperfecta*, Universidad de Granada, 2001; MARÍA BELÉN OLMOS, “The Right to Peace according to the Contemporary Public International Law”, en *Persona & Derecho* 59, 2008, págs. 77-96; ALEJANDRO VALENCIA VILLA, “Colombia: ¿Camina hacia la paz?”, en CARMELO FALEH y CARLOS VILLÁN (eds.), *El derecho humano a la paz y la (in) seguridad humana*, AEDIDH / Velasco, 2017; CARLOS VILLÁN DURÁN, “Luces y sombras en el proceso de codificación internacional del derecho humano a la paz”, en CARMELO FALEH y CARLOS VILLÁN (eds.), *El derecho humano a la paz y la (in) seguridad humana*, AEDIDH / Velasco, 2017, págs. 21-36; CARLOS VILLÁN DURÁN, “El derecho humano a la paz”, en *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, ANIDIP, vol. 2, 2014, págs. 10-42; CARLOS VILLÁN DURÁN, “Civil society organizations contribution

to the universal declaration on the human right to peace”, en *International Journal on World Peace*, 2011, págs. 59-93.

Jurisprudencia nacional: Corte Const., sents. T-439 de 1992; T-102 de 10 de marzo de 1993; C-214 de 9 de junio de 1993; C-225 de 18 de mayo de 1995; C-048 de 24 de enero de 2001; C-370 de 18 de mayo de 2006; C-771 de 13 de octubre de 2011; C-579 de 28 de agosto de 2013; C-577 de 6 de agosto de 2014; C-379 de 18 de julio de 2016; C-253 de 27 de abril de 2017; C-408 de 28 de junio de 2017; C-607 de 3 de octubre de 2017; C-608 de 3 de octubre de 2017; Corte Const., Comunicado de prensa de la sent. C-674 de 14 de noviembre de 2017, y Corte Const., Comunicado de prensa de la sent. C-007 de 1º de marzo de 2018.

Otros documentos: Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, versión de 24 de noviembre de 2017; Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 71/189 de 19 diciembre de 2016; Asamblea General de las Naciones Unidas, Resoluciones 53/243 A y B de 6 de octubre de 1999; Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 39/11, anexo, de 12 de noviembre de 1984; Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 33/7 de 15 de diciembre de 1978; Exposición de motivos del Proyecto de Ley número 01 de 2016, Senado, *Por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales*, Gaceta núm. 1128/16; Instituto Kroc de Estudios Internacionales de Paz, *Informe sobre el estado efectivo de implementación del Acuerdo de Paz en Colombia*, Universidad de Notre Dame, 2017; Instituto para la Economía y la Paz, *Index of Global Peace*, Sidney, 2017; Instituto para la Economía y la Paz, *Index of Global Peace*, Sidney, 2016; Instituto para la Economía y la Paz, *Positive Peace Report, A compilation of the leading research on positive peace and resilience*, Sidney, 2016; Instituto para la Economía y la Paz, *Pillars of peace: Understanding the key attitudes and institutions that underpin peaceful societies*, Sidney, 2014; MISAEL PASTRANA BORRERO, *Gaceta Constitucional* nº 26, 21 de marzo de 1991; DIEGO URIBE VARGAS, *Gaceta Constitucional* nº 82, 25 de mayo de 1991.

I. Introducción

1 El derecho a la paz, consagrado en el art. 22 de la Const. Pol., ha sido base y fundamento de todo el diseño e implementación del *Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera*, entre el Gobierno de Colombia y las FARC¹. En este contexto, el art. 5º

¹ Para citar un caso, el preámbulo del Acuerdo Final pone de “presente que el artículo 22 de la Constitución Política de la República de Colombia impone la paz como un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento”, subraya “que el artículo 95 afirma que el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución implica responsabilidades, entre ellas, propender al logro y mantenimiento de la paz”, y destaca “que la paz ha venido siendo calificada universalmente como un derecho

incluye dicho derecho como principio esencial e inescindible a la LA, reiterando el doble carácter de la paz como derecho y deber de obligatorio cumplimiento, acentuando su condición como pilar para el ejercicio de los demás derechos y designando a todos los colombianos como acreedores responsables de su garantía².

Siendo el derecho a la paz uno de los pilares fundamentales del Acuerdo, su inclusión como principio dentro de la LA establece el sentido teleológico que debe servir de guía para interpretar las disposiciones normativas de la ley en referencia, así como la aplicación de todos sus preceptos. En este contexto, este comentario analiza la normativa, la jurisprudencia y la doctrina más relevante en materia del concepto, dimensión y desarrollo del derecho a la paz, nacional e internacionalmente, y su concordancia con la LA.

II. Concepto y dimensiones del derecho a la paz: la LA como instrumento para materializar la noción de paz negativa

Uno de los principales retos que presenta la conceptualización de la paz, como señala GALTUNG, es que usualmente esta palabra es usada como una

humano superior, y requisito necesario para el ejercicio de todos los demás derechos y deberes de las personas y del ciudadano”. Ver, Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, versión de 24 de noviembre de 2017, preámbulo, pág. 6. En igual sentido, haciendo referencia al plebiscito para refrendar el Acuerdo, la Corte Const. resaltó en la sent. C-379 de 2016, que “en el complejo proceso de construcción de un Acuerdo Final se trató de conciliar, de forma óptima, dos principios que se encuentran en tensión [...] la garantía del valor, principio y derecho fundamental a la paz y [...] la necesidad de construir la paz a través de una política pública que se desarrolle mediante una dinámica de participación ciudadana amplia y democrática, en la cual participe directamente el pueblo”. Corte Const., sent. C-379 de 18 de julio de 2016.

² Como se verá más adelante, dichas características del derecho a la paz son asignadas por la propia Const. Pol. de Colombia y han sido objeto de precisión y desarrollo por parte de la Corte Const. en diversas ocasiones. En este sentido, la sent. C-370 de 18 de mayo de 2006 señala que “la Constitución define en el artículo 22 la paz como un derecho fundamental de naturaleza colectiva, y como un deber de obligatorio cumplimiento, el cual de conformidad con los artículos 2º y 189 superiores vinculan al Estado y particularmente al Gobierno nacional, en la adopción de políticas públicas encaminadas a la preservación del orden público y el mantenimiento de la convivencia pacífica. Los particulares también en virtud de lo dispuesto por el artículo 95, numeral 6, ídem, tienen el deber de propender por el logro y mantenimiento de la paz”. Corte Const., sent. C-370 de 18 de mayo de 2006.

expresión sombrilla que abarca objetivos y preocupaciones globales³. Así, por ejemplo, mientras la sent. T-102 del 1993 de la Corte Const. define la paz como “el respeto efectivo de los derechos humanos”, la sent. C-225 de 1995 indica que “la paz no debe ser entendida como la ausencia de conflictos sino como la posibilidad de tramitarlos pacíficamente”⁴.

4 Dos nociones útiles para dilucidar el concepto de paz desde una perspectiva sociológica son las categorías de *paz negativa* y *paz positiva*⁵. Así, mientras la primera acepción hace referencia a la ausencia de violencia o de miedo frente a la violencia, la segunda refleja las condiciones que permiten la justicia social, restaurar relaciones sociales y atacar situaciones de violencia estructural⁶. Estos dos conceptos de paz han sido utilizados, por ejemplo, por IEP, para realizar desde el año 2007 el Índice Mundial de Paz. Utilizando análisis estadísticos derivados del examen empírico y sistemático de datos nacionales e internacionales, el IEP define la paz positiva como las “actitudes, instituciones y estructuras que permiten crear y mantener sociedades pacíficas”⁷. Luego de analizar más de 4700 variables, el IEP derivó ocho pilares en materia de paz positiva frente a los cuales se pueden identificar indicadores para medir el nivel de paz de un país; a saber, (i) entorno comercial sólido, (ii) altos niveles de capital humano, (iii) bajos niveles de corrupción, (iv) libre flujo de información, (v) buenas relaciones con los países vecinos, (vi) aceptación de los derechos de los demás, (vii) buen funcionamiento del gobierno y (viii) distribución equitativa de los recursos⁸.

³ GALTUNG, *Theories of Peace, A Synthetic Approach to Peace Thinking*, Oslo, International Peace Research Institute, 1967, pág. 6.

⁴ Cfr. Corte Const., sents. T-102 de 10 de marzo de 1993, lit. E, y C-225 de 1995, párr. 20.

⁵ Otra noción relevante para la conceptualización de la paz es el concepto de *paz imperfecta*, desarrollado por FRANCISCO MUÑOZ para explicar aquellos estados dinámicos e inacabados en los cuales acciones pacíficas se presentan en medio de conflictos. Ver, Muñoz (ed.), *La paz imperfecta*, Universidad de Granada, 2001 y HARTO DE VERA, “La construcción del concepto de paz: paz negativa, paz positiva y paz imperfecta”, en *Cuadernos de estrategia*, núm. 183, 2016, págs. 119-146. De igual forma, para un análisis sobre este concepto en Colombia se recomienda consultar: FRANCISCO DE ROUX, *La audacia de la paz imperfecta*, Bogotá, Planeta, 2017.

⁶ Ver GALTUNG, *Peace by peaceful means: Peace and conflict, development and civilization*, Sage, 1996.

⁷ Instituto para la Economía y la Paz, *Positive Peace Report, A compilation of the leading research on positive peace and resilience*, Sidney, 2016, pág. 11.

⁸ Ver, Instituto para la Economía y la Paz, *Pillars of peace: Understanding the key attitudes and institutions that underpin peaceful societies*, Sidney, 2014. Otra metodología que es pertinente resaltar para la identificación de la conceptualización y medición

De manera particular para el caso colombiano, según el IEP, Colombia pasó del puesto 147 al puesto 146 en el Índice Mundial de Paz del 2016 al 2017⁹. De acuerdo con el IEP, el cese al fuego y el proceso de paz entre el Gobierno colombiano y las FARC se reflejaron en puntajes mejorados en varios indicadores de un año a otro, como reducciones en el impacto del terrorismo y número de muertes por conflicto interno¹⁰.

La Corte Const. ha resaltado en diversas ocasiones la relación entre la justicia transicional y los conceptos de paz positiva y negativa, señalando que la justicia transicional busca alcanzar “un delicado balance entre ponerle fin a las hostilidades y prevenir la vuelta a la violencia (paz negativa) y consolidar la paz mediante reformas estructurales y políticas incluyentes (paz positiva)”¹¹. La LA, al introducir una serie de disposiciones para regular las amnistías e indultos por los delitos políticos y los delitos conexos con estos, se convierte en un instrumento de justicia transicional que permite materializar el concepto de paz negativa, al facilitar los procesos de dejación de armas y cese de hostilidades¹². Es por esta razón por la que el PA II a los CG de 1949 indica en el art. 6 (5) que “a la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado”. Por su parte, otras disposiciones del Acuerdo Final que van encaminadas a erradicar las causas del conflicto, como por ejemplo las estipulaciones referentes a la reforma rural integral, son más cercanas a la noción de paz positiva.

En virtud del principio de integralidad, la materialización de la paz negativa a través de las disposiciones establecidas en la LA dependerá de su exitosa implementación, al tiempo que tendrá repercusiones en la ejecución satisfactoria de los demás instrumentos de justicia transicional establecidos en el Acuerdo, así como en la garantía efectiva de los derechos a la verdad,

de la paz es la investigación participativa. Ver, MAC GINTY/FIRCHOW, “Top-down and bottom-up narratives of peace and conflict”, en *Politics* 36.3, 2016, págs. 308-323; y FIRCHOW, “Do Reparations Repair Relationships? Setting the Stage for Reconciliation in Colombia”, en *International Journal of Transitional Justice*, vol. 11, Issue 2, 2017, págs. 315-338.

⁹ Cfr. Instituto para la Economía y la Paz, *Index of Global Peace*, Sidney, 2016, e Instituto para la Economía y la Paz, *Index of Global Peace*, Sidney, 2017.

¹⁰ Instituto para la Economía y la Paz, *Index of Global Peace*, Sidney, 2017, pág. 17.

¹¹ Ver, entre otras, Corte Const., sents. C-579 de 28 de agosto de 2013, C-577 de 6 de agosto de 2014, C-379 de 18 de julio de 2016 y C-408 de 28 de junio de 2017.

¹² Al respecto, ver Exposición de motivos del 16 Proyecto de Ley número 001 de 2016, Senado, *Por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales*, Gaceta núm 1128/16, pág. 16.

justicia, reparación y no repetición. Para ilustrar esta situación, VALENCIA VILLA advierte sobre los interrogantes existentes frente a “si la aplicación de la ley de amnistías, indultos y tratamientos penales especiales diferenciados para agentes del Estado, o la propia jurisdicción especial para la paz, dejarán en la impunidad a muchas personas que cometieron crímenes internacionales”¹³.

8 Por su parte, el *Informe sobre el estado efectivo de implementación del Acuerdo de Paz en Colombia*, publicado por el Instituto Kroc a un año de la firma del Acuerdo Final, resalta la importancia de materializar las disposiciones de la LA en un corto plazo, para dar seguridad jurídica a los excombatientes y miembros de las fuerzas armadas. De igual forma, el Informe pone de presente las dificultades de orden administrativo y legal que han demorado la implementación de la LA, lo que ha frenado el proceso de concesión de los beneficios del Acuerdo, y advierte que estos retrasos podrían crear “una cascada de efectos negativos que impida la implementación de otras disposiciones del Acuerdo de Paz”¹⁴.

III. El derecho a la paz en el ordenamiento jurídico nacional e internacional

9 Como se señaló con anterioridad, el derecho a la paz, con diversas características y componentes, está establecido en varias disposiciones de la Const. Pol. De hecho, su inclusión en la Constitución y discusión por parte de la Asamblea Constituyente de 1991 es tan prominente, que en ocasiones se ha hecho referencia a esta Carta Política como la “Constitución para la Paz”¹⁵.

10 Para citar un caso, en una intervención de 13 de febrero de 1991 ante la Asamblea, Misael Pastrana Borrero indicó que dicha Constituyente había sido “concebida de manera fundamental para devolverle al país la ruta de la paz perdida”¹⁶. En este sentido, el *Informe-Ponencia para Primer Debate en Plenaria de la Carta de Derechos, Garantías y Libertades de la Constitución de 1991*, resalta la redacción del art. 22 en la Constitución, denominándolo derecho síntesis que “permite ejercer a cabalidad el resto de las prerrogativas

¹³ VALENCIA, “Colombia: ¿Camina hacia la paz?”, en Carmelo Faleh y Carlos Villán (ed.), *El derecho humano a la paz y la (in)seguridad humana*, AEDIDH / Velasco, 2017, pág. 218.

¹⁴ Instituto Kroc de Estudios Internacionales de Paz, *Informe sobre el estado efectivo de implementación del Acuerdo de Paz en Colombia*, Universidad de Notre Dame, 2017, pág. 30.

¹⁵ Ver, al respecto, Corte Const., sents. T-439 de 1992, T-102 de 1993, C-225 de 1995, C-577 de 2014 y C-379 de 2016.

¹⁶ PASTRANA BORRERO, *Gaceta Constitucional* nº 26, 21 de marzo de 1991, pág. 10.

ciudadanas”¹⁷. De manera particular, la paz está consagrada como finalidad del Estado en el preámbulo y en el art. 2º, como derecho individual y colectivo de conformidad con los arts. 22 y 88, y como deber en cabeza del Estado y los particulares en virtud de los arts. 22, 95.6 y 189.

En diversos pronunciamientos, la Corte Const. ha precisado el contenido de la paz, entendida desde la triple categorización de derecho¹⁸, deber¹⁹ y finalidad²⁰ que distingue la Const. Pol. Así, en una de las primeras providencias proferidas por la Corte Const. al respecto, la sent. T-102 de 10 de marzo de 1993, dicha Corporación reconoció la multiplicidad que asume el ejercicio del derecho a la paz, indicando que es (i) un derecho de autonomía que reclama a su vez un deber jurídico correlativo de abstención, (ii) un derecho de participación que faculta a su titular para intervenir en los asuntos públicos, y (iii) un poder de exigencia frente al Estado y los particulares²¹. De igual forma, en la sent. C-370 de 18 de mayo de 2006, la Corte Const. derivó cinco alcances normativos de la paz a nivel nacional e internacional, indicando que “constituye (i) uno de los propósitos fundamentales del Derecho Internacional; (ii) un fin fundamental del Estado colombiano; (iii) un derecho colectivo en cabeza de la Humanidad, dentro de la tercera generación de derechos; (iv) un derecho subjetivo de cada uno de los seres humanos individualmente considerados; y (v), un deber jurídico de cada uno de los ciudadanos colombianos, a quienes les corresponde propender a su logro y mantenimiento”²².

Por su parte, la sent. C-379 de 18 de julio de 2016 reseña tres obligaciones derivadas de la triple condición de la paz como derecho, deber y valor fundante del Estado colombiano: “(i) un deber estatal de diseño e implementación de acciones, normativas y de política pública, dirigidas a la superación del conflicto armado y, en general, el logro de la convivencia pacífica; (ii) un deber social de preferir a la solución pacífica como mecanismo exclusivo y constitucionalmente admisible de resolución de las controversias; y (iii) el logro progresivo de la plena vigencia de los derechos fundamentales, lo cual es un presupuesto tanto para la paz como para la vigencia del orden democrático, concebido desde una perspectiva material”²³. Como se ve, los tres alcances referidos hacen alusión a la paz entendida desde las concepciones positiva y negativa.

¹⁷ URIBE VARGAS, *Gaceta Constitucional* nº 82, 25 de mayo de 1991, pág. 11.

¹⁸ Const. Pol., art. 22.

¹⁹ Const. Pol., arts. 22, 95.6 y 189.

²⁰ Const. Pol., preámbulo y art. 2º.

²¹ Corte Const., sent. T-102 de 10 de marzo de 1993, lit. E. Jurisprudencia reiterada por la Corte Const. en las sents. C-370 de 18 de mayo de 2006, C-771 de 13 de octubre de 2011, y C-379 de 18 de julio de 2016.

²² Corte Const., sent. C-370 de 18 de mayo de 2006, núm. 4.1.1.

²³ Corte Const., sent. C-379 de 18 de julio de 2016, párr. 23.

- 13 De igual manera, frente a la paz como deber general de obligatorio cumplimiento, la Corte Const. ha precisado la función que las diversas ramas del poder público ejercen frente a su garantía en contextos de acuerdos de paz. Así, en cuanto al papel del Gobierno colombiano, la Corte ha indicado que “la rama ejecutiva es la principal responsable de cumplir con la obligación de adelantar los medios pertinentes y necesarios para proteger la seguridad de los habitantes del territorio nacional”²⁴, así como que corresponde al presidente dirigir la realización de diálogos de paz²⁵ y firmar los acuerdos derivados de los mismos²⁶.
- 14 De igual forma, en consonancia con el principio de separación y colaboración armónica de poderes, la corporación en referencia también ha especificado que “a la rama legislativa le corresponde adoptar las leyes que desarrollen el acuerdo de paz que haya suscrito el Jefe de Estado”²⁷, al tiempo que “la rama judicial tiene la competencia exclusiva de adjudicación, que en el caso particular analizado se traduce en la potestad de investigar y sancionar las conductas cometidas en el marco del conflicto armado”²⁸.
- 15 En este contexto, la LA es un ejemplo del ejercicio de estas distintas potestades en cabeza de diversos órganos estatales, teniendo el presidente la facultad de liderar las negociaciones que derivaron en el Acuerdo Final, el Congreso la competencia de desarrollarlo a través, entre otras, de la aprobación y expedición de la LA, y la rama judicial la función de implementar sus disposiciones a través de las distintas provisiones que regulan la composición y el procedimiento de la JEP y el funcionamiento de sus diversas salas.
- 16 Por otro lado, internacionalmente, la paz se encuentra consagrada como propósito dentro de diversos instrumentos internacionales, como el preámbulo y los arts. 1 y 2 de la Carta de las NN. UU., el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el preámbulos y los arts. 1, 2, 3 de la Carta de la OEA, el preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el preámbulo del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el art. 3 común a los CG y el preámbulo de sus PA I y II²⁹. La Asamblea General de las NN. UU. se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre el derecho a la paz a través, entre otras, de la Declaración sobre la Preparación de las Sociedades

²⁴ Corte Const., sent. C-048 de 24 de enero de 2001, párr. 7.

²⁵ Corte Const., sent. C-379 de 18 de julio de 2016, párr. 34.

²⁶ Corte Const., sent. C-214 de 9 de junio de 1993.

²⁷ Corte Const., sent. C-379 de 18 de julio de 2016, párr. 36.

²⁸ Corte Const., sent. C-379 de 18 de julio de 2016, párr. 37.

²⁹ Para un estudio sobre la consagración de la paz en el derecho internacional ver, MARÍA BELÉN OLMOS, *The Right to Peace according to the Contemporary Public International Law*, Persona & Derecho 59, 2008, págs. 77-96.

para Vivir en Paz³⁰, la Declaración sobre el Derecho de los Pueblos a la Paz³¹ y la Declaración y el Programa de Acción sobre una Cultura de Paz³².

A su vez, luego de varios esfuerzos de la sociedad civil³³ y discusiones al interior del Consejo de Derechos Humanos³⁴, el 19 de diciembre de 2016 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración sobre el Derecho a la Paz³⁵. Si bien este instrumento reitera en el art. 1 “que toda persona tiene derecho a disfrutar de la paz de tal manera que se promuevan y protejan todos los derechos humanos y se alcance plenamente el desarrollo”, algunos sectores de la sociedad civil han señalado que la misma requiere mayor precisión y desarrollo frente a la consagración de la paz como derecho humano y sus componentes³⁶.

Como se ve, en Colombia la paz se encuentra consagrada tanto en diversas normas constitucionales como en varias leyes que las desarrollan. Además, la paz también se encuentra en distintas disposiciones de DI que forman parte del bloque de constitucionalidad³⁷. Todos estos preceptos, por su parte, al darle

³⁰ Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 33/7 de 15 de diciembre de 1978.

³¹ Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 39/11, anexo, de 12 de noviembre de 1984.

³² Asamblea General de las Naciones Unidas, Resoluciones 53/243 A y B de 6 de octubre de 1999.

³³ Es pertinente resaltar el esfuerzo realizado por diversas organizaciones de la sociedad civil durante varios años, lideradas por la Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (AEDIDH), para compilar diversas disposiciones encaminadas a reconocer la paz como derecho humano a nivel internacional a través de la Declaración de Santiago sobre el Derecho Humano a la Paz, y contribuir a su discusión e inclusión en instrumentos jurídicos internacionales. En este sentido, se recomienda ver: VILLÁN, “Civil society organizations contribution to the universal declaration on the human right to peace”, en *International Journal on World Peace*, 2011, págs. 59-93.

³⁴ Ver VILLÁN, “El derecho humano a la paz”, en *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, ANIDIP, vol. 2, 2014, págs. 10-42.

³⁵ Asamblea General de las Naciones Unidas, Resoluciones 71/189 de 19 diciembre de 2016. Para un análisis del proceso de creación de esta declaración y su comparación con instrumentos anteriores ver: GUILLERMET/FERNÁNDEZ, “The Adoption of the Declaration on the Right to Peace by the United Nations: a Human Rights Landmark”, en *Peace Human Rights Governance*, 1(2), págs. 275-297.

³⁶ Ver: VILLÁN, “Luces y sombras en el proceso de codificación internacional del derecho humano a la paz”, en Carmelo Faleh y Carlos Villán (ed.), *El derecho humano a la paz y la (in)seguridad humana*, AEDIDH/Velasco, 2017, págs. 21-36.

³⁷ Cfr. Corte Const., sent. C-379 de 18 de julio de 2016, núm. 22.1.

contenido a la paz como derecho, deber y valor constitucional, son también pertinentes al interpretar el art. 5º de la LA.

IV. El derecho a la paz como contexto de interpretación de la LA

19 El derecho a la paz también ha sido fundamento para la consagración de diversas disposiciones de JT en Colombia. Así, años antes de la promulgación del MJP³⁸, la Corte Const. señaló en la sent. C-370 de 2006, en la cual revisó la constitucionalidad de diversas disposiciones de la LJP, que la Const. Pol. permite la implementación de normas especiales de JT, donde se presenta “una tensión entre el objetivo social de lograr un tránsito efectivo hacia la paz o la democracia, y los derechos de las víctimas a que las violaciones de derechos sean investigadas, enjuiciadas y castigadas por el Estado, y a que se logre una efectiva reparación”³⁹.

20 En igual sentido, en la sent. C-771 de 2011, la Corte determinó que el derecho a la paz es un “criterio que justifica la existencia de instituciones de justicia transicional”⁴⁰. Sin embargo, en la providencia citada la Corte también resaltó que esto no implica la conformidad constitucional de cualquier norma que el legislador apruebe con el propósito de materializar el derecho a la paz, “sino apenas la eficacia conceptual del planteamiento y la posibilidad de expedir normas que establezcan instituciones de justicia transicional”⁴¹.

³⁸ El Marco Jurídico para la Paz, consagrado en el Acto Legislativo 01 de 2012, incluyó diversas disposiciones de justicia transicional en la Constitución, luego de indicar que “Los instrumentos de justicia transicional serán excepcionales y tendrán como finalidad prevalente facilitar la terminación del conflicto armado interno y el logro de la paz estable y duradera, con garantías de no repetición y de seguridad para todos los colombianos; y garantizarán en el mayor nivel posible, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación”. Cfr. KAI AMBOS (Coord.), *Justicia de transición y Constitución: Análisis de la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional*, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2014, y KAI AMBOS (Coord.), *Justicia de transición y Constitución II: Análisis de la sentencia C-577 de 2014 de la Corte Constitucional*, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2015.

³⁹ Corte Const., sent. C-370 de 18 de mayo de 2006, núm. 4.3.5. A su vez, la sent. C-577 señala que “la finalidad de la Justicia Transicional va dirigida en último término a encarar las violaciones masivas de derechos humanos, tratando de equilibrar la necesidad de justicia con el anhelo de alcanzar la paz”. Corte Const., sent. C-577 de 6 de agosto de 2014, núm. 5.2.

⁴⁰ Corte Const., sent. C-771 de 13 de octubre de 2011, núm. 4.2.

⁴¹ Corte Const., sent. C-771 de 13 de octubre de 2011, núm. 4.2.

Más adelante, en la sent. C-579 de 2013 –en la que la Corte Const. revisó la constitucionalidad de la selección y priorización de crímenes en el marco de un sistema general de justicia transicional, a propósito de una demanda contra el MJP–, la Corte indicó que en contextos de JT es necesario “efectuar una ponderación entre diferentes principios y valores como la paz y la reconciliación, y los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la garantía de no repetición”⁴².

21

De manera particular, esta conclusión ha sido reiterada por la Corte Const. en diversas providencias, en las cuales ha revisado disposiciones encaminadas a implementar el Acuerdo Final. Así, por ejemplo, en la sent. C-253 de 2017, la Corte incluso precisó que uno de los factores que debe ser tenido en cuenta para la valoración judicial de los decretos expedidos por el presidente en ejercicio de las facultades constitucionales conferidas en el art. 2º del AL 1 de 2016, es el contexto de justicia transicional en el cual son proferidos. Unos de los elementos esenciales de dicho contexto es servir de vehículo para la eficacia del derecho a la paz a través de la finalización del conflicto armado. No obstante, la Corte Const. también indicó que este marco también actúa como límite, de tal forma que las disposiciones expedidas para implementar el Acuerdo Final deben estar dirigidas al logro de los objetivos de la justicia transicional⁴³.

22

En igual sentido, la Corte Const. precisó en las sents. C-607 de 2017 y C-608 de 2017, que adoptar la justicia transicional como contexto de interpretación de las disposiciones que implementen el Acuerdo Final, supone tener en consideración “que cuando la exequibilidad de una medida dependa del resultado de una ponderación entre los principios constitucionales en que ella se fundamenta, por una parte, y los principios constitucionales que ella limite, por otra, el principio constitucional y derecho fundamental a la paz suma su peso a aquellos”⁴⁴. De esta manera, y como corolario, “en un contexto de justicia transicional pueden resultar exequibles algunas medidas que, de ordinario –es decir, sin el efecto del principio y derecho a la paz–, serían inexecutable”⁴⁵.

23

V. El derecho a la paz y el régimen de condicionalidades

Específicamente para la LA, en la sent. C-007 de 2018, en la cual la Corte Const. revisó la constitucionalidad de la ley que se comenta, dicha Corporación

24

⁴² Corte Const., sent. C-579 de 28 de agosto de 2013, núm. 9.4.

⁴³ Corte Const., sent. C-253 de 27 de abril de 2017.

⁴⁴ Corte Const., sents. C-607 de 3 de octubre de 2017, núm. 139; C-608 de 3 de octubre de 2017, núm. 49.

⁴⁵ Corte Const., sent. C-607 de 3 de octubre de 2017, núm. 139; C-608 de 3 de octubre de 2017, núm. 49.

puso de presente que los beneficios penales consagrados en la LA generan limitaciones a los derechos de las víctimas que se justifican con el fin de que tengan impacto en materia de no repetición, reconciliación y paz. Sin embargo, precisamente por restringir los derechos de las víctimas, estos beneficios “están sometidos a un *régimen de condicionalidades*, cuyo desconocimiento acarrea consecuencias que deben estar guiadas por los principios de proporcionalidad y gradualidad”⁴⁶.

25 Dicho *régimen de condicionalidades*, por su parte, está consagrado en el núm. 6º de la parte resolutive de la providencia citada, como una consecuencia del principio de integralidad. De acuerdo con este régimen, el compromiso de acceso a las medidas de la Ley 1820 de 2016 “no exime a los beneficiarios del deber de cumplir con las obligaciones que impone el SIVJRN durante la vigencia de la JEP”⁴⁷. Este régimen se ha consagrado en el art. 20 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia en la JEP, en revisión de la Corte Const. al momento de redacción de este comentario, y está compuesto por una serie de requisitos en materia de verdad, reparación y no repetición, como la dejación de armas, la obligación de contribuir activamente al proceso de reincorporación a la vida civil y la abstención de delinquir⁴⁸.

26 En la sent. C-007 de 2018, la Corte precisó que la implementación del *régimen de condicionalidades* debe guiarse por los principios de proporcionalidad y gradualidad, los cuales permiten tener en cuenta aspectos como la gravedad del incumplimiento y la entidad del beneficio. En concreto, y particularmente para los casos de las amnistías *de iure*, la Corte ha destacado los siguientes tres aspectos que deben informar la aplicación de los principios de proporcionalidad y gradualidad: (i) los beneficios otorgados deben tener la mayor estabilidad posible; (ii) la JEP debe determinar caso a caso la existencia de un incumplimiento con las condiciones del SIVJRN, la gravedad del mismo, su justificación y sus consecuencias, y (iii) estos criterios deben ser acatados tanto por el legislador, como por los magistrados de la JEP⁴⁹.

27 En este orden de ideas, retomando la consagración del derecho a la paz como principio de la LA, su inclusión dentro de dicha ley permite que, con el objetivo de resolver problemas jurídicos en la aplicación de sus disposiciones, se realicen ponderaciones entre la paz y otros principios con los cuales pueda entrar en conflicto. No obstante, y para finalizar, es relevante poner de manifiesto que el uso del derecho a la paz al ponderar casos de colisión de principios

⁴⁶ Corte Const., Comunicado de prensa de la sent. C-007 de 1º de marzo de 2018.

⁴⁷ Corte Const., Comunicado de prensa de la sent. C-007 de 1º de marzo de 2018.

⁴⁸ Corte Const., Comunicado de prensa de la sent. C-674 de 14 de noviembre de 2017, núm. 9.

⁴⁹ Corte Const., Comunicado de prensa de la sent. C-007 de 1º de marzo de 2018.

no está exento de riesgos frente al posible margen de discrecionalidad judicial que podría implicar su aplicación en supuestos concretos de implementación de la LA⁵⁰. En este sentido, la argumentación dada para justificar la decisión será un elemento determinante para evaluar el resultado del ejercicio de ponderación realizado⁵¹. De manera particular, la Corte Const. en la sent. C-007 de 2018 enfatizó la relevancia del *régimen de condicionalidades* para proteger de manera expresa a las víctimas en el marco de ejecución de la LA, caso en el cual los principios de proporcionalidad y gradualidad deben servir de guía para alcanzar un equilibrio entre la seguridad jurídica de los excombatientes, la estabilidad de la paz y la garantía de los derechos a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición.

⁵⁰ Cfr. HABERMAS, *Between facts and norms: Contributions to a discourse theory of law and democracy*, John Wiley & Sons, 2015.

⁵¹ Cfr. ROBERT ALEXY, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, en MIGUEL CARBONELL y LEONARDO GARCÍA (coords.), *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta, 2010.

Artículo 6°. Integralidad. Las amnistías e indultos, y los tratamientos penales especiales, incluidos los diferenciados para agentes del Estado, son medidas del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, cuyos fines esenciales son facilitar la terminación del conflicto armado interno, contribuir al logro de la paz estable y duradera con garantías de no repetición, adoptar decisiones que otorguen plena seguridad jurídica para todos y satisfacer los derechos de las víctimas. Por ello, los distintos componentes y medidas del Sistema Integral están interconectados a través de mecanismos, garantías, requisitos para acceder y mantener los tratamientos especiales de justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz.

Se aplicará la totalidad de los principios contenidos en el acuerdo de creación de la Jurisdicción Especial para la Paz respecto de la amnistía, el indulto y otros mecanismos especiales de extinción de responsabilidades y sanciones penales principales y accesorias. Lo anterior se aplicará del mismo modo respecto de todas las sanciones administrativas o renuncia del Estado a la persecución penal. Los principios deberán ser aplicados de manera oportuna.

Literatura: ALEJANDRO APONTE *et al.*, *Perspectivas del proceso penal especial de Justicia y Paz en una dinámica ampliada de justicia transicional*, Observatorio Internacional de DDR y Ley de Justicia y Paz, CITpax, 2012; PABLO DE GREIFF, “Los esfuerzos de reparación en una perspectiva internacional: el aporte de la compensación al logro de la justicia imperfecta”, en *Revista de Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 17, Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, 2005, págs. 153-199; DIEGO TARAPUÉS, *Justicia transicional, reforma constitucional y paz: reflexiones sobre la estrategia integral de justicia transicional en Colombia*, Biblioteca Jurídica Diké, 2017.

Jurisprudencia nacional: Corte Const., sents. C-578 de 5 de junio de 2002, C-695 de 28 de agosto de 2002, C-470 de 19 de julio de 2017, núm. 4; Comunicados de prensa de las sents. C-674 de 14 de noviembre de 2017, y C-007 de 1º de marzo de 2018.

Otros documentos: Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, versión del 24 de noviembre de 2017; Congreso de la República, Ponencia para primer debate en segunda vuelta al Proyecto de Acto Legislativo nº 14 de 2011, Senado, 094 de 2011, Cámara, “Por medio del cual se es-

tablecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”, Bogotá, 30 de mayo de 2012; Fondo de Capital Humano del Institute for Integrated Transitions -IFIT-, Prioridades para la construcción de la paz durante el 2017, en: <http://www.ifit-transitions.org/files/documents/prioridades-para-la-construccion-de-la-paz-durante-el-2017-march-2017.pdf> (última consulta diciembre de 2017); Instituto Kroc de Estudios Internacionales de Paz, Informe sobre el estado efectivo de implementación del Acuerdo de Paz en Colombia, Universidad de Notre Dame, 2017, págs. 30 y 61; PABLO DE GREIFF, *Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición*, A/HRC/21/46, Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 21º período de sesiones, Nueva York, 2012.

I. Introducción

Los diversos componentes del Acuerdo Final hacen parte de una estrategia integral de justicia transicional, que tiene por objetivo lograr una paz estable y duradera y, al mismo tiempo, garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, justicia, reparación y no repetición¹. Por esta razón, el art. 6º de la LA establece como principio la integralidad, el cual enfatiza que las amnistías, indultos y tratamientos penales especiales establecidos en dicha ley no son componentes aislados, sino que hacen parte de un conjunto holístico y complejo, compuesto por diversos instrumentos de JT que integran el SIVJRN. 1

A continuación, se establece el sentido, alcance y consecuencias de la integralidad como principio fundamente y guía de la LA, a partir de tres elementos de análisis: (i) los fines de la LA en el marco de una estrategia integral de justicia transicional, (ii) la LA como instrumento del SIVJRN, y (iii) el principio de integralidad como criterio de interpretación de las disposiciones de la LA. 2

II. Fines de la LA en el marco de una estrategia integral de justicia transicional

De acuerdo con el art. 6º, las amnistías, indultos y tratamientos penales especiales incluidos en la LA son medidas del SIVJRN destinadas a cumplir cuatro fines: (i) facilitar la terminación del conflicto armado interno; (ii) contribuir al logro de la paz estable y duradera con garantías de no repetición; (iii) adoptar decisiones que otorguen plena seguridad jurídica para todos, y (iv) satisfacer los derechos de las víctimas. Sin embargo, para cumplir dichos 3

¹ Cfr. TARAPUÉS, *Justicia transicional, reforma constitucional y paz: reflexiones sobre la estrategia integral de justicia transicional en Colombia*, Biblioteca Jurídica Diké, 2017.

objetivos, el principio de integralidad determina que todos los instrumentos que componen el SIVJRNR deben ser implementados de forma coherente y articulada, de manera que el desarrollo de la ejecución de un mecanismo tendrá efectos en todo el Sistema².

4 El cumplimiento de los fines perseguidos por un mecanismo de JT como lo es la LA, dependerá de sus relaciones complementarias con los demás mecanismos del Sistema³. De hecho, como señala el *Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición*, PABLO DE GREIFF, la aplicación íntegra y articulada, bajo un enfoque global, de distintos mecanismos destinados a satisfacer los derechos de las víctimas a la verdad, justicia, reparación y no repetición, ofrece un mayor sentido de justicia que aquel dado por un diseño y desarrollo fragmentado⁴. El Acuerdo Final reitera este enfoque al señalar que “la experiencia internacional demuestra que la efectividad de estas medidas es mayor si se aplican de manera articulada y complementaria”⁵.

5 La adopción de una perspectiva integral en el diseño e implementación de una estrategia de JT tiene distintos antecedentes en Colombia, que reiteran la necesidad de articular de manera coherente diversos tipos de instrumentos, para que los fines de los mismos prosperen. Así, por ejemplo, en la sent. C-370 de 2006, en la cual la Corte Const. revisó la constitucionalidad de varias disposiciones de la LJP, la Corte indicó que dicha normativa había sido concebida como un conjunto integral para lograr la paz en un contexto determinado, por lo que los juicios de ponderación que se efectuasen sobre sus disposiciones debían tener en cuenta que todas sus medidas se encontraban concatenadas.

² En palabras de la Corte Const., “La interpretación coherente e integral de los acuerdos y de las medidas que lo desarrollan, permite trascender a una visión holística, en el que los diferentes elementos del proceso de justicia transicional deben ser analizados como partes inescindibles de un todo, interdependientes y ligados al mismo fin, de tal manera que se deje de lado el análisis aislado y fragmentario que solo puede tener como resultado la distorsión del proceso”. Corte Const., sent. C-470 de 19 de julio de 2017, núm. 4.

³ Para un análisis sobre la coherencia en un contexto de justicia transicional, cfr. PABLO DE GREIFF, “Los esfuerzos de reparación en una perspectiva internacional: el aporte de la compensación al logro de la justicia imperfecta”, en *Revista de Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 17, Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, 2005, págs. 153-199.

⁴ PABLO DE GREIFF, *Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición*, A/HRC/21/46, Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 21º período de sesiones, Nueva York, 2012.

⁵ Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, versión de 24 de noviembre de 2017, preámbulo, pág. 127.

En la práctica, la implementación coordinada de varias disposiciones de la LJP ha enfrentado diversos desafíos para cumplir sus fines, como la articulación de las medidas de reparación contenidas en dicha ley con los mecanismos de reparación incluidos en la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras⁶. En este contexto, el MJP se concibió con el propósito específico de establecer una estrategia integral de justicia transicional en el ordenamiento jurídico interno⁷.

Esta estrategia integral fue retomada por el Acuerdo Final, y pone de presente que, precisamente para cumplir los fines perseguidos por los diferentes instrumentos de JT, estos deben ser implementados de manera simultánea, articulada y coherente, para generar una construcción progresiva y sostenible de confianza e institucionalidad⁸. Es esto lo que permitirá, en últimas, que instrumentos como la LA efectivamente faciliten la terminación del conflicto armado interno con garantías de no repetición, seguridad jurídica y satisfacción de los derechos de las víctimas.

III. La LA como instrumento del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición

Con el propósito de delimitar la forma como el principio de integralidad se debe aplicar en el marco de la LA, el art. 6º especifica que los componentes y medidas del Sistema Integral están interconectados a través de mecanismos, garantías y requisitos para acceder y mantener los tratamientos especiales de justicia en la JEP. Para dilucidar las dimensiones de esta disposición, es

⁶ A modo de ejemplo, luego de la expedición de la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, en el marco de diversos procesos judiciales de la Justicia y Paz se presentaron diversos cuestionamientos sobre si las reparaciones a las víctimas debían realizarse de acuerdo con los criterios de reparación administrativa establecidos en la nueva legislación, lo cual derivó en diversos retos frente a la forma de realizar dichas reparaciones. Cfr. APONTE *et al.*, *Perspectivas del proceso penal especial de Justicia y Paz en una dinámica ampliada de justicia transicional*, Observatorio Internacional de DDR y Ley de Justicia y Paz, CITpax, 2012.

⁷ Congreso de la República, Ponencia para primer debate en segunda vuelta al Proyecto de Acto Legislativo nº 14 de 2011, Senado, 094 de 2011, Cámara, “Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”, Bogotá, 30 de mayo de 2012.

⁸ Fondo de Capital Humano del Institute for Integrated Transitions -IFIT-, Prioridades para la construcción de la paz durante el 2017, en: <http://www.ifit-transitions.org/files/documents/prioridades-para-la-construccion-de-la-paz-durante-el-2017-march-2017.pdf> (última consulta diciembre de 2017).

pertinente realizar algunas precisiones sobre cómo está constituido el SIVJNRN, así como el cometido de la LA dentro del mismo.

- 9 En términos generales, el Sistema combina una serie de mecanismos judiciales y extrajudiciales que, en conjunto, están dirigidos a finalizar el conflicto, construir una paz estable y duradera y satisfacer los derechos de las víctimas a la verdad, justicia, reparación y no repetición. Estos instrumentos son cinco: (i) la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición, (ii) la Unidad para la Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado, (iii) la JEP, (iv) las medidas de reparación integral y (v) las garantías de no repetición. De manera particular, la LA determina y regula tratamientos especiales de justicia en el marco del SIVJNRN.
- 10 Así mismo, como señala explícitamente el art. 1º del AL 01 de 2017, el cual crea un título de disposiciones transitorias en la Constitución, los distintos mecanismos y medidas de verdad, justicia, reparación y no repetición no pueden entenderse de manera aislada, pues forman parte de un sistema que busca una respuesta integral a las víctimas. Es por esto por lo que, como indica el citado artículo, y reitera la Corte Const. en la sent. C-007 de 2018, providencia que revisa la constitucionalidad de la LA, dichos mecanismos se encuentran conectados a través de relaciones de condicionalidad y de incentivos para acceder y mantener cualquier tratamiento especial de justicia, así como fundados en el reconocimiento de verdad y responsabilidades, cuyo cumplimiento debe ser verificado por la JEP. Justamente este vínculo lleva a que la implementación de un instrumento del Sistema produzca efectos sobre los demás. Así, por ejemplo, como alerta el Instituto Kroc, la garantía de los derechos de las víctimas depende de la efectividad en los canales de comunicación y flujo entre los distintos mecanismos; de manera particular para la LA, la seguridad jurídica de los excombatientes facilitada por sus disposiciones, es un prerequisite para el éxito de la reincorporación y la efectividad en el cumplimiento de otras disposiciones del Acuerdo Final, como es el caso de las medidas en materia de contribución a la verdad⁹.
- 11 En el mismo sentido, la integralidad del Sistema es, como principio, el factor determinante para que, en conjunto, todas sus partes contribuyan a cumplir los objetivos del mismo especificados en el Acuerdo: la satisfacción de los derechos de las víctimas, la rendición de cuentas, la no repetición, la implementación de las medidas con enfoque territorial, diferencial y de género, la seguridad jurídica, la convivencia y reconciliación y la legitimidad

⁹ Instituto Kroc de Estudios Internacionales de Paz, Informe sobre el estado efectivo de implementación del Acuerdo de Paz en Colombia, Universidad de Notre Dame, 2017, págs. 30 y 61.

de las disposiciones. Es por ello por lo que el Acuerdo especifica que cada mecanismo del Sistema tiene una función que no puede ser duplicada por los demás instrumentos y ninguno podrá primar sobre otro¹⁰.

De igual manera, como señaló la Corte Const. en la sent. C-674 de 2017, referente a la revisión de la constitucionalidad del AL 01 de 2017, la integridad del Sistema hace que sus beneficios, derechos y garantías no puedan entenderse de manera absoluta. Por esta razón, cada uno de los tratamientos especiales, beneficios, renunciaciones, derechos y garantías del Acuerdo Final están sujetos a la verificación de la JEP¹¹.

De manera particular, se debe dar cumplimiento al *régimen de condicionalidad*, establecido en el art. 20 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz, en revisión de la Corte Const. al momento de redacción de este comentario. Este régimen está compuesto por: (i) la dejación de armas; (ii) la obligación de contribuir activamente al proceso de reincorporación a la vida civil, (iii) la obligación de aportar verdad plena; (iv) la garantía de no repetición y abstención de delinquir; (v) la contribución a la reparación de las víctimas, y (vi) la entrega de los menores de edad¹². En concordancia con el art. 14 de la LA y el art. 7º del Decreto Ley 277 de 2017, estas condiciones son aplicables a los tratamientos especiales establecidos en la ley que se comenta.

Los requisitos citados guardan consonancia con la jurisprudencia reiterada de la Corte Const. Así, en numerosas ocasiones la Corte ha indicado que, si bien el Congreso tiene un amplio poder de configuración normativa en materia de amnistías e indultos, dicha facultad debe respetar ciertos límites delineados por el constituyente, entre los cuales se encuentran las garantías para la satisfacción de los derechos de las víctimas¹³. De manera particular para el caso de la LA, en la sent. C-007 de 2018, la Corte aplicó el principio de integralidad para declarar la exequibilidad de sus arts. 14, 33, 34, 35 (parg., inc. 6º), 50 y 55, bajo el entendido de que la contribución a la satisfacción de los derechos de las víctimas se enmarca en el régimen de condicionalidades del SIVJRN¹⁴. A su vez, como se señaló en el comentario del art. 5º de la LA, la Corte también indicó que la implementación del *régimen de condicionalidades* debe guiarse

¹⁰ Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, versión de 24 de noviembre de 2017, preámbulo, pág. 130.

¹¹ Corte Const., Comunicado de prensa de la sent. C-674 de 14 de noviembre de 2017, núm. 9.

¹² Corte Const., Comunicado de prensa de la sent. C-674 de 14 de noviembre de 2017, núm. 9.

¹³ Cfr. Corte Const., sents. C-578 de 5 de junio de 2002 y C-695 de 28 de agosto de 2002.

¹⁴ Corte Const., Comunicado de prensa de la sent. C-007 de 1º de marzo de 2018.

por los principios de proporcionalidad y gradualidad, en virtud de los cuales se debe evaluar, caso a caso y procurando la mayor estabilidad jurídica posible, la gravedad del incumplimiento y la entidad del beneficio.

IV. El principio de integralidad como criterio de interpretación de las disposiciones de la LA

15 Como tercer elemento de análisis de la norma, es relevante señalar que el art. 6º también establece la integralidad como un criterio ampliado de interpretación de las disposiciones de la LA. De esta manera, el último inciso del art. 6º precisa el alcance de la LA, indicando que los principios contenidos en el acuerdo de creación de la JEP también deben ser aplicados, de manera oportuna, a los tratamientos penales especiales establecidos en la ley que se comenta. Al respecto, se precisan dos tipos de principios que deben ser tenidos en cuenta en virtud del criterio de integralidad, al implementar las disposiciones de la LA.

16 Por un lado, los principios establecidos en el Capítulo II del Título II de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz que, como se señaló anteriormente, se encuentra en revisión por la Corte Const. al momento de redacción del presente texto. Entre otros, dicho capítulo regula la implementación en la JEP de los principios de centralidad de los derechos y participación efectiva de las víctimas, cumplimiento del régimen de condicionalidad, legalidad, selección, debido proceso, seguridad jurídica, protección de todos los intervinientes en el proceso, derecho aplicable, favorabilidad, enfoque diferencial, paz como principio orientador, reparación integral de las víctimas, deber del Estado de garantizar y respetar los derechos humanos y de debida diligencia al investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos, participación política, fuentes del derecho en materia procesal, derecho de defensa, temporalidad, prevalencia, articulación y coordinación con la jurisdicción especial indígena, doctrina probable, gratuidad e idioma.

17 Por otro lado, los principios contenidos en el Acuerdo Final también son criterio de interpretación de la LA, como consecuencia del principio de integralidad. Algunos de estos son el respeto a los derechos del debido proceso, defensa y presunción de inocencia, la independencia e imparcialidad de los magistrados de las salas y secciones, así como de los integrantes de la Unidad de Investigación y Acusación¹⁵. Estas disposiciones, a su vez, reiteran algunos preceptos base del Sistema Integral, como lo son el reconocimiento de

¹⁵ Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, versión de 24 de noviembre de 2017, preámbulo, pág. 146.

las víctimas como ciudadanos con derechos y su debida participación en los distintos instrumentos de justicia transicional, la garantía de que debe existir verdad plena sobre lo ocurrido, la admisión de responsabilidad por parte de quienes participaron en el conflicto, el enfoque de derechos y, en últimas, el principio de satisfacción de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición¹⁶.

Para finalizar, se debe resaltar que, de acuerdo con el AL 02 de 2017, tanto las actuaciones de todos los órganos y autoridades del Estado, como los desarrollos normativos del Acuerdo Final y su interpretación y aplicación, deben guardar coherencia e integralidad con lo acordado, procurando preservar los contenidos, compromisos, espíritu y principios del Acuerdo. Esta disposición, en concordancia con la sent. C-470 de 2017 de la Corte Const., crea un criterio ampliado de control constitucional, aplicable a la LA, que fue tenido en cuenta en la revisión de esta ley por la Corte en la sent. C-007 de 2018¹⁷.

18

¹⁶ Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, versión del 24 de noviembre de 2017, preámbulo, pág. 124 y ss.

¹⁷ Corte Const., sent. C-470 de 19 de julio de 2017, núm. 3, y Comunicado de prensa de la sent. C-007 de 1º de marzo de 2018.

Artículo 7º. Prevalencia. Las amnistías, indultos y los tratamientos penales tales como la extinción de responsabilidades y sanciones penales y administrativas o renuncia del Estado a la persecución penal establecidos en el acuerdo de Jurisdicción Especial para la Paz, incluidos los diferenciados para agentes del Estado, prevalecerán sobre las actuaciones de cualquier jurisdicción o procedimiento, en especial sobre actuaciones penales, disciplinarias, administrativas, fiscales o de cualquier otro tipo, por conductas ocurridas en el marco del conflicto interno, por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta a este.

La amnistía será un mecanismo de extinción de la acción penal, disciplinaria, administrativa y fiscal, cuya finalidad es otorgar seguridad jurídica a los integrantes de las FARC-EP o a personas acusadas de serlo, tras la firma del Acuerdo Final de Paz con el Gobierno nacional y la finalización de las hostilidades, todo ello sin perjuicio de lo establecido en el artículo 41 sobre extinción de dominio.

En lo que respecta a la sanción disciplinaria o administrativa, la amnistía tendrá también el efecto de anular o extinguir la responsabilidad o la sanción disciplinaria o administrativa impuesta por conductas relacionadas directa o indirectamente con el conflicto armado.

Jurisprudencia internacional: TPIY, *Prosecutor v. Kunarac, Kovac y Vokovic* (No. IT-96-23 y IT-96-23/1), Appeals Chamber, 12 de junio de 2002; TPIY, *Prosecutor v. Strugar* (No. IT-01-42-T), Trial Chamber, 31 de enero de 2005.

Jurisprudencia nacional: Corte Const., sents. C-781 de 2012, C-579 de 2013, C-674 de 2017, y C-007 de 2018; Corte Const., Comunicado de Prensa No. 55 de 14 de noviembre de 2017; Corte Const., auto de 27 de junio de 2018.

I. Primer inciso

1 El art. 7º enuncia uno de los principios clave del sistema contenido en la Ley 1820 de 2016. Esta disposición indica que los beneficios concebidos en la LA son de aplicación preferente sobre las conductas “*ocurridas en el marco del conflicto interno, por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta a este*” y prevalecen sobre los distintos procedimientos o actuaciones adelantadas en

otras jurisdicciones¹. Cabe aclarar que el principio de prevalencia se predica tanto del Acuerdo Final², como de la JEP³ (también denominado “fuero de atracción”⁴) y, en el caso particular, de los beneficios de la Ley 1820 de 2016. Estas dos últimas vertientes del principio están íntimamente relacionadas, como se verá a continuación.

La Ley 1820 de 2016 nació con la finalidad de que, en tanto no estuvieran constituidas las salas y secciones de la JEP, las amnistías, los indultos y los tratamientos penales especiales debían ser aplicados por la jurisdicción que estuviera conociendo de cada causa. Queda reflejada así la preferencia de los beneficios penales transitorios sobre las actuaciones que venían adelantándose por cualquier jurisdicción, siempre que se cumpliera con los criterios dispuestos en la Ley. En ningún caso se deriva de este artículo que la jurisdicción ordinaria debiera perder competencia con respecto a la concesión de beneficios; de hecho, es esta la que ha venido otorgándolos antes y durante la entrada en funcionamiento de las salas de la JEP.

Uno de los criterios enunciados en el art. 7º, de hecho, se refiere directamente a la competencia material de la JEP. Su análisis consiste en determinar cuándo existe una relación entre un hecho punible y el conflicto armado; asunto poco pacífico ni decantado con suficiencia en la doctrina y jurisprudencia. Hasta el momento, las imputaciones efectuadas por la justicia ordinaria durante el conflicto no han esclarecido de manera inequívoca este vínculo de causalidad. Si bien existen criterios en la jurisprudencia nacional (generalmente provienen de la jurisprudencia de los tribunales internacionales *ad hoc*⁵) para establecer la relación directa con el conflicto⁶, es extremadamente controvertido el concepto y alcance de la expresión “*relación indirecta*”. De esta manera, los criterios establecidos en la Ley para discriminar las cuestiones que debe conocer con prevalencia la JEP generan no pocos quebraderos de cabeza. Las calificaciones jurídicas diferentes sobre fenómenos similares desde el punto de vista fáctico reflejan posturas opuestas e inconsistentes dentro del sistema judicial. Así, es claro que la competencia preferente de

¹ En el sistema jurídico colombiano estas jurisdicciones son la ordinaria, la indígena y la militar.

² Art. transitorio 27 del AL 01 de 2017.

³ Art. transitorio 6º del AL 01 de 2017.

⁴ Corte Const., sent. C-674 de 2017, punto 4.5.2.4., inciso (xiii).

⁵ Por ejemplo, TPIY, Prosecutor vs. Kunarac, Kovac y Vokovic (No. IT-96-23 y IT-96-23/1), Appeals Chamber, 12 de junio de 2002, párr. 58, y TPIY, Prosecutor vs. Strugar (No. IT-01-42-T), Trial Chamber, 31 de enero de 2005, párr. 215.

⁶ Véanse, por ejemplo, las sents. de la Corte Const., C-781 de 2012 y C-579 de 2013; además, véanse los comentarios de APONTE a los arts. 2º y 3º, de COTE al art. 9º y de ZULUAGA al art. 28 LA.

esta Jurisdicción, que implicará la revisión de múltiples decisiones y procesos penales, debe determinar *caso a caso* qué conductas tienen relación con el conflicto armado.

4 Todos los procesos en trámite que versen sobre conductas relacionadas con el conflicto en los términos de la LA serán absorbidos por el sistema de la JEP. Empero, el art. transitorio 5º del AL 01 de 2017 contempla esta preferencia de manera especial para las conductas que se consideren graves infracciones al DIH o graves violaciones de los DD. HH. cometidas antes de la entrada en vigor del Acuerdo. Ello alude a los criterios de priorización y selección para centrar los esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables, por los más graves delitos⁷. En principio, los delitos cometidos por las FARC-EP con posterioridad a la firma del Acuerdo Final deben juzgarse en la jurisdicción ordinaria⁸.

5 Por otro lado, el art. 7º alude indirectamente a la competencia personal de la LA. A diferencia de las normas que regulan la JEP y que comprenden a todos los que participaron de manera directa o indirecta en el conflicto armado⁹, la Ley de Amnistía solo es aplicable a los integrantes de las FARC-EP y a los agentes del Estado. No obstante, solo aparece regulado en la Ley el procedimiento de suscripción de actas de compromiso y consecuente aplicación de beneficios para miembros de las FARC-EP y de la fuerza pública. Así, con anterioridad a la constitución de las Salas de la JEP y las secciones del Tribunal para la Paz, solo aquellos podían ser destinatarios de beneficios instrumentales. No queda claro en la Ley 1820 de 2016 cómo otros agentes del Estado distintos a los anteriores, como los alcaldes o los personeros, podrían acceder a estos beneficios.

6 El artículo comentado no distingue la amnistía del indulto, aunque sí se hace especial mención a este segundo instrumento en el art. 24 de la Ley¹⁰. Se especifica la distinta naturaleza de la acción a la que se renunciaría o de la sanción que se extinguiría, que podría ser penal, disciplinaria, administrativa,

⁷ Art. 3º del AL 01 de 2017.

⁸ Art. transitorio 5, inc. 3º, del AL 01 de 2017.

⁹ Pero véase la sent. C-674 de 2017, que declara inexecutable la competencia obligatoria de la JEP sobre los terceros a la que se refieren los incs. 2º y 3º del art. transitorio 16 del AL 01 de 2017.

¹⁰ La distinción entre amnistía e indulto se ha reconocido tradicionalmente en Colombia, véase el Decreto Ley 100 de 1980, el cual establecía como formas de extinción de la acción penal y de la pena, la amnistía y el indulto, pero claramente afirmaba que la amnistía extinguía la acción penal, y el indulto solamente la pena; también ver art. 82 (3) y 88 (2) del Código Penal actual; además, véase el comentario de IBÁÑEZ a art. 24 en esta misma publicación.

fiscal o “*de cualquier otro tipo*”. Y, si bien el Capítulo V del Título III contiene disposiciones sobre los efectos de la amnistía¹¹ y la renuncia a la persecución penal¹², ambos tienen idénticas consecuencias jurídicas (extinción de la acción y la sanción penal junto con las accesorias); pero la primera se refiere a los miembros de las FARC-EP, y la segunda a los agentes del Estado.

Por último, aunque la amnistía, el indulto y la renuncia a la acción penal no son aplicables a los delitos más graves, los miembros de las FARC-EP o de la fuerza pública que sumen más de cinco años privados de la libertad han visto absorbidos sus procesos por la JEP y han recibido distintos beneficios penales. Estas medidas favorables se han traducido, adicionalmente, en beneficios tempranos como la suspensión de las órdenes de captura para integrantes de las FARC-EP¹³ y de la fuerza pública¹⁴.

II. Segundo inciso

La prevalencia se predicará solamente de los procesos donde los vinculados se acojan voluntariamente a la JEP, por ende, la prevalencia no será automática. En este punto, cabe precisar que la prevalencia de la LA es imprescindible para garantizar la seguridad jurídica mencionada en múltiples ocasiones en el Acuerdo Final y en sus normas de implementación. Esta seguridad jurídica se refiere a los integrantes de las FARC-EP o aquellos acusados de serlo (si bien el art. 17 amplía –o mejor, especifica– la competencia personal de los posibles beneficiarios del grupo armado), y garantiza que la amnistía extinguirá las acciones penales, administrativas, disciplinarias y fiscales. Lo anterior es lógico por cuanto la desmovilización, la dejación de armas y la reintegración de las FARC-EP forman parte de las negociaciones en el proceso de paz, con sus correspondientes garantías y condiciones para los actores del conflicto.

Este mismo acápite dispone que el contenido de la LA no tendrá efectos sobre la figura de la extinción de dominio (“*sin perjuicio de lo establecido*”

¹¹ Art. 41 de la Ley 1820 de 2016.

¹² Art. 42 de la Ley 1820 de 2016.

¹³ En este sentido, el Decreto Ley 900 de 2017 *por el cual se adiciona el artículo 8º de la Ley 418 de 1997, a su vez modificado por el artículo 1º de la Ley 1779 de 2016 y se dictan otras disposiciones*, en relación con la suspensión de órdenes de captura una vez terminadas las ZVT y PTN, y hasta que su situación jurídica se resuelva por el órgano competente de la JEP.

¹⁴ Decreto Ley 706 de 2017, *por el que se aplica un tratamiento especial a los miembros de la fuerza pública en desarrollo de los principios de prevalencia e inescindibilidad del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y se dictan otras disposiciones*, que incluye la suspensión de la ejecución de las órdenes de captura dictadas en contra de miembros de la fuerza pública.

en el artículo 41 sobre extinción de dominio”). Puesto que el art. 41 será comentado más adelante, no es necesario entrar a analizar en detalle este concepto¹⁵. Valga mencionar que su fundamento es garantizar la reparación a las víctimas. Sin embargo, se desconoce la finalidad de esta disposición para con los agentes del Estado toda vez que, con base en la adicional extinción de la acción de repetición, será el mismo Estado el que, a la postre, las reparará¹⁶.

10 Para los conflictos de competencia entre cualquier jurisdicción y la JEP, el Acuerdo previó la creación de una Sala Incidental integrada por tres magistrados de la Corte Const. y tres magistrados de las salas o secciones de la JEP no afectados por dicho conflicto jurisdiccional. La decisión se adoptaría en la Sala Incidental por mayoría simple y, de no alcanzarse mayoría, en aplicación del carácter preferente de la JEP, resolvería la presidenta de esta Jurisdicción¹⁷. Por otro lado, el AL 01 de 2017 añadió la creación de una Sala Incidental para resolver los conflictos de competencia entre la JEP y la Jurisdicción Especial Indígena, cuyas decisiones se tomarían en idénticos términos a los de la Sala Incidental ya descrita¹⁸.

11 No obstante, la Corte Const. en sent. C-007 de 2018, con fundamento en la sent. C-674 de 2017, dispuso que el principio de prevalencia es conforme a la Constitución, pero con ciertos límites. Así, el art. transitorio 9º del AL 01 de 2017 fue declarado inexecutable por la Corte, la cual resolvió que los conflictos de competencia entre la JEP y cualquier otra jurisdicción se dirimirían con los instrumentos ya previstos en el ordenamiento jurídico¹⁹.

12 De hecho, la Corte ya ha resuelto conflictos de competencias entre jurisdicciones. En auto 401 de 2018, por ejemplo, resolvió que la captura de Jesús Santrich²⁰ por la FGN fue legal, y que la Sección de Revisión del Tribunal para la Paz no podía suspender el proceso de extradición puesto que ello vulneraba el art. 113 de la Constitución²¹.

III. Tercer inciso

13 No hubo una previsión semejante en la Ley 975 de 2005, pues esta es la primera oportunidad en Colombia en la que se involucra a los agentes del

¹⁵ Ver comentario de SÁNCHEZ y CHAPARRO al art. 41 LA en esta misma publicación.

¹⁶ Ver art. 42 de la Ley 1820 de 2016 y comentario de SÁNCHEZ y CHAPARRO.

¹⁷ Acuerdo final, num. 9; y AL 01 de 2017, art. transitorio 9º.

¹⁸ AL 01 de 2017, art. transitorio 9º.

¹⁹ Corte Const., sent. C-007 de 18, párrs. 581-586.

²⁰ Seuxis Paucias Hernández Solarte, alias *Jesús Santrich*, es excomandante de las FARC-EP.

²¹ Corte Const., auto 401 de 27 de junio de 2018, ref.: exp. CJU-00002.

Estado, principales sujetos de las sanciones disciplinarias y administrativas, en un mecanismo de JT. Así, este inciso se refiere esencialmente a los miembros de las corporaciones públicas, y a los empleados o trabajadores del Estado o de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios²². La utilización de la palabra “*amnistía*” en este acápite, empero, genera incertidumbre con respecto a los destinatarios de estos beneficios. Lo anterior porque la LA, desde el principio, distingue entre amnistías e indultos (para integrantes de las FARC-EP) y tratamientos penales especiales (para agentes del Estado), e indica expresamente que estos no recibirán amnistía ni indulto²³.

Se destaca una disposición específica acerca de suspensión de funciones y atribuciones en relación con los integrantes de la fuerza pública. El art. 48 párrafo 2º de la Ley 1820 de 2016, aclara los supuestos en que procede el levantamiento de la suspensión del ejercicio de funciones y atribuciones de los miembros de la fuerza pública investigados. Al respecto valga precisar que este artículo limita en mayor medida que el art. 46 los efectos de la renuncia a la persecución penal en cuanto al levantamiento de la suspensión de funciones, ya que adiciona los delitos de homicidio, tráfico de armas y concierto para delinquir²⁴.

14

²² Art. transitorio 17 del AL 01 de 2017.

²³ Art. 9º de la Ley 1820 de 2016.

²⁴ Ver comentarios de COTE a los arts. 46 y 48 LA en esta misma publicación.

Artículo 8º. *Reconocimiento del delito político.* Como consecuencia del reconocimiento del delito político y de conformidad con el Derecho Internacional Humanitario, a la finalización de las hostilidades el Estado colombiano otorgará la amnistía más amplia posible.

En virtud de la naturaleza y desarrollo de los delitos políticos y sus conexos, para todos los efectos de aplicación e interpretación de esta ley, se otorgarán tratamientos diferenciados al delito común. Serán considerados delitos políticos aquellos en los cuales el sujeto pasivo de la conducta ilícita es el Estado y su régimen constitucional vigente, cuando sean ejecutados sin ánimo de lucro personal.

También serán amnistiables los delitos conexos con el delito político que describan conductas relacionadas específicamente con el desarrollo de la rebelión y cometidos con ocasión del conflicto armado, así como las conductas dirigidas a facilitar, apoyar, financiar u ocultar el desarrollo de la rebelión.

Serán considerados delitos conexos al delito político, aquellos calificados como comunes cuando cumplan los requisitos anteriores y no se trate de conductas ilícitas cometidas con ánimo de lucro personal, en beneficio propio o de un tercero.

Literatura: ALEJANDRO APONTE, “Civiles y conflicto armado en la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 19, 2007; HERNANDO CORREA PERAZA, Amnistías, indultos y perdones, “Entre la insurrección comunera y las conversaciones de La Habana”, *Cuadernos del Centro de Pensamiento* No. 7, 2014; ROBERT FERRARI, “Political crime”, en *Columbia Law Review*, num. 20, 1920; CARLOS GAVIRIA DÍAZ, *Sentencias, Herejías constitucionales*, Bogotá: Fondo de Cultura Económica, 2002; ANDREA MATEUS-RUGELES/JUAN-RAMÓN MARTÍNEZ-VARGAS, “Aproximación al tratamiento de la amnistía en el derecho internacional”, en *Revista de Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 11, No. 2, 2009, págs. 133-179; ALBERTO MONTORO, “En torno a la idea de delito político. Notas para una ontología de los actos contrarios a derecho”, en *Anales de Derecho*, núm. 18, 2000; IVÁN OROZCO ABAD, *Combatientes, rebeldes y terroristas: guerra y derecho en Colombia*, 2ª ed., Bogotá, Temis, 2006; CHARIS PAPACHARALAMBOUS, *Das politische Delikt im legalistischen Rechtsstaat: Beitrag zu einer Theorie der illegalen politischen Kommunikation*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1991; RICARDO POSADA MAYA, “Aproximación al concepto jurídico del delito político”, en Ricardo Posada (ed.), *Delito político, terrorismo y temas de derecho penal*,

Bogotá, Universidad de los Andes, 2010; MARÍA M. SÁNCHEZ TRIANA, “El tratamiento del delito político en Colombia: un legado de su tradición jurídica”, en Ramírez Moncayo *et al.* (ed.), *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*, vol. 3, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2010; HANS SCHNEIDER, *Kriminologie*, Berlin, De Gruyter, 1987; DIEGO FERNANDO TARAPUÉS SANDINO, “El delito político en la Constitución de 1991: una herencia constitucional como herramienta en la búsqueda de la paz”, en *Papel Político*, vol. 16, núm. 2, 2011a; TARAPUÉS SANDINO, DIEGO FERNANDO, “Un recuento teórico e histórico del delito político y de su rol actual en Colombia”, en *Memorias de Investigación Grupo Gicpoderi 2011b*, Cali, Universidad Santiago de Cali, 2011; DIEGO FERNANDO TARAPUÉS SANDINO, “Contenido y alcance del delito político en el marco jurídico para la paz y en la sentencia C-577 de 2014”, en K. AMBOS/C. STEINER (Coords.), *Justicia de transición y constitución II: Análisis de la sentencia C-577 de 2014 de la Corte Constitucional*, Bogotá, Temis/Cedpal/Konrad-Adenauer-Stiftung, 2015; HELMUT WILLEMS, “Strukturen und Entwicklungen politisch motivierter Kriminalität in Deutschland”, en *Jahrestagung, Politischer Extremismus, Jugendkriminalität und Gesellschaft*, Konstanz, DVJJ, 2001.

Jurisprudencia nacional: Corte Const., sent. C-577 de 2014.

El art. 8º eleva a la categoría de principio el “reconocimiento del delito político” y fija como consecuencia jurídica el otorgamiento de la “amnistía más amplia posible” en concordancia con lo dispuesto por el DIH a la finalización de las hostilidades en un conflicto armado¹; esto como una expresión jurídica que articula derecho nacional e internacional². La base jurídica para elevar el reconocimiento del delito político a la categoría de principio se deriva de manera directa del ordenamiento constitucional, el cual brinda un tratamiento especial y diferenciado al delito político. Este tratamiento jurídico especial es una tradición histórica que data de varias constituciones colombianas hasta llegar a la actual Constitución Política de 1991³. En el plano constitucional se

1

¹ Al respecto véase el art. 6, num. 5, del PA II a los CG: “A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado”. Cfr. MATEUS-RUGELES/MARTÍNEZ-VARGAS, “Aproximación al tratamiento de la amnistía en el derecho internacional”, en *Revista de Estudios Socio-Jurídicos* vol. 11, No. 2, 2009, págs. 151-152.

² El delito político en el derecho colombiano ha estado ligado interpretativamente a las disposiciones del DIH sobre combatientes, al respecto véase: OROZCO, *Combatientes, rebeldes y terroristas: guerra y derecho en Colombia*, 2ª ed., Bogotá, Temis, 2006, págs. 10 y ss.; APONTE, “Civiles y conflicto armado en la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 19, 2007, págs. 90 y ss.

³ Cfr. GAVIRIA, *Sentencias, Herejías constitucionales*, Bogotá: Fondo de Cultura Económica, 2002, págs. 306-308; SÁNCHEZ, “El tratamiento del delito político en Colombia: un legado de su tradición jurídica”, en Ramírez Moncayo *et al.* (ed.), *Realidades y*

diferencia al delito político del delito común para brindarle un trato diferenciado tal como lo prevé de manera general la LA y de manera expresa el art. 8º. El delito político es mencionado en seis artículos constitucionales que, de manera conjunta con otras disposiciones legales, integran el régimen de tratamiento diferenciado a este tipo de delitos. La Constitución habla del delito político cuando se refiere a la prohibición de extradición (art. 35), a la concesión de amnistías e indultos (art. 150, num. 17 y art. 201, num. 2) y a los requisitos para ocupar determinados cargos públicos de elevada importancia (arts. 179, num. 1, 232 y 299)⁴. Además, se suman algunas disposiciones transitorias⁵, las cuales tienen estas mismas finalidades⁶.

2

El segundo inciso del art. 8º expresa de manera clara e inequívoca que el tratamiento diferenciado se brindará solo a los delitos políticos y sus conexos, excluyendo de plano a los delitos comunes. La aplicación de un régimen diferenciado más benigno es la razón principal por la cual surge la necesidad jurídica (legal y jurisprudencial) de establecer explícitamente cuáles son los delitos políticos y conexos⁷. El delito político es ante todo una categoría jurídica que depende de la determinación del legislador y de la aplicación interpretativa de los jueces; por consiguiente, dicho concepto puede variar considerablemente

tendencias del derecho en el siglo XXI, vol. 3, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2010, págs. 448 y ss.; TARAPUÉS, “El delito político en la Constitución de 1991: una herencia constitucional como herramienta en la búsqueda de la paz”, en *Papel Político*, vol. 16, núm. 2, 2011a, págs. 383 y ss. Sobre la recurrencia al uso de la amnistía y al indulto en la historia política colombiana (63 y 25 veces, respectivamente, hasta antes de la suscripción de los Acuerdos de La Habana), véase: Correa, “Amnistías, indultos y perdones, Entre la insurrección comunera y las conversaciones de La Habana”, en *Cuadernos del Centro de Pensamiento* No. 7, 2014, págs. 5 y ss.

⁴ TARAPUÉS SANDINO, 2011a, págs. 389 y ss.

⁵ Los arts. transitorios 18 y 30, así como el recién derogado art. transitorio 67, por el art. 4º del AL 01 de 2017, son disposiciones que posibilitan la participación en política de personas que hayan cometido delitos políticos. Por su parte el art. transitorio 19 del nuevo Título Transitorio incorporado por el AL 01 de 2017 menciona igualmente al delito político para insistir en la prohibición de extradición de la cual goza.

⁶ La Corte Constitucional las denomina como las tres finalidades del delito político, véase sent. C-577 de 2014, VII. Consideraciones, num. 6.2.; igualmente TARAPUÉS, “Contenido y alcance del delito político en el marco jurídico para la paz y en la sentencia C-577 de 2014”, en K. AMBOS/C. STEINER (Coords.) *Justicia de transición y constitución II: Análisis de la sentencia C-577 de 2014 de la Corte Constitucional*, Bogotá, Temis/Cedpal/Konrad-Adenauer-Stiftung, 2015, págs. 22 y ss.

⁷ TARAPUÉS, “Un recuento teórico e histórico del delito político y de su rol actual en Colombia”, en *Memorias de Investigación Grupo Gicpoderi 2011*, Cali, Universidad Santiago de Cali, 2011b, pág. 224.

según el lugar y el momento⁸. Esto es justamente lo que hace la LA al darle contenido al delito político en la actual coyuntura marcada por la suscripción del Acuerdo de Paz y la implementación normativa de lo negociado con el grupo guerrillero FARC-EP, ya que mediante esta norma el legislador trata de establecer las fronteras entre conductas propias de la delincuencia política que tuvieron lugar con ocasión del conflicto armado y el resto de conductas que son tomadas como delincuencia común.

El art. 8º ha optado por seguir la diferenciación doctrinaria propia de las teorías mixtas o eclécticas del delito político⁹, al definirla mediante tres elementos. En primer lugar, el art. 8º admite la existencia no solo de delitos políticos puros, sino que también reconoce a los denominados delitos conexos¹⁰. En segundo lugar, esta norma toma el elemento principal de la teoría objetiva para la definición del delito político puro, al centrarse en el bien jurídico tutelado y en los tipos penales que directamente atentan o ponen en riesgo la existencia del régimen constitucional vigente¹¹. En ese sentido, el inc. 2º del art. 8º fija claramente los alcances de los delitos políticos puros: “aquellos en los cuales el sujeto pasivo de la conducta ilícita es el Estado y su régimen constitucional vigente”. En tercer lugar, incorpora el elemento central de la teoría subjetiva ligado a la motivación y finalidad política para la comisión del delito¹², pues incluso para el reconocimiento de delito político puro, no basta con la realización de la conducta, considerada únicamente desde el punto de vista objetivo, sino que además exige que los actos “sean ejecutados sin ánimo de lucro personal”.

Por último, el reconocimiento de delitos conexos incluye la comisión de otros tipos penales necesariamente articulados a la realización de delitos políticos puros, pues, desde el punto de vista objetivo, deben ser “conductas

⁸ FERRARI, “Political crime”, en *Columbia Law Review*, num. 20, 1920, pág 309; WILLEMS, “Strukturen und Entwicklungen politisch motivierter Kriminalität in Deutschland”, en *Jahrestagung, Politischer Extremismus, Jugendkriminalität und Gesellschaft*, Konstanz, DVJJ, 2001, págs. 31-32 y SCHNEIDER, *Kriminologie*, Berlin, De Gruyter, 1987.

⁹ Sobre estas teorías véase: POSADA, “Aproximación al concepto jurídico del delito político”, en Ricardo Posada (ed.), *Delito político, terrorismo y temas de derecho penal*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2010, págs. 28-29; CHARIS PAPACHARALAMBOUS, *Das politische Delikt im legalistischen Rechtsstaat: Beitrag zu einer Theorie der illegalen politischen Kommunikation*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1991, págs. 137 y ss.; TARAPUÉS, 2011b, págs. 238-239.

¹⁰ MONTORO, “En torno a la idea de delito político. Notas para una ontología de los actos contrarios a derecho”, en *Anales de Derecho*, núm. 18, 2000, pág. 142.

¹¹ POSADA, 2009, pág. 15.

¹² *Ibíd.*, pág. 19.

relacionadas específicamente con el desarrollo de la rebelión y cometidos con ocasión del conflicto armado” o deben ser “conductas dirigidas a facilitar, apoyar, financiar u ocultar el desarrollo de la rebelión”¹³. Pero además, desde el punto de vista subjetivo, es indispensable la valoración de la motivación política, pues según este elemento estas conductas serán conexas al delito político siempre y cuando “no se trate de conductas ilícitas cometidas con ánimo de lucro personal, en beneficio propio o de un tercero”. En suma, el art. 8º de la LA eleva el delito político a la categoría de principio legal y con ello fija las bases normativas preponderantes para la interpretación y aplicación de las disposiciones relacionadas con su contenido, alcance y consecuencias jurídicas.

¹³ La posición adoptada por la Ley 1820 recoge lo que doctrinariamente se toma como delito político relativo, es decir, incluye delitos conexos y complejos: “Los delitos complejos o mixtos son delitos comunes realizados por móviles políticos o sociales (por ejemplo, el asesinato de un Jefe de Estado). Los delitos conexos son también delitos comunes (asesinato, robo, secuestro,...) que constituyen un medio para la realización de un fin político y también los delitos comunes que se cometen en el curso de una rebelión, revuelta política o guerra civil”, MONTORO, 2000, pág. 142.

Artículo 9º. *Tratamiento penal especial, simétrico, simultáneo, equilibrado y equitativo.* Los agentes del Estado no recibirán amnistía ni indulto. Los agentes del Estado que hubieren cometido delitos con ocasión, por causa, o en relación directa o indirecta con el conflicto armado antes de la entrada en vigor del Acuerdo Final de Paz, recibirán un tratamiento penal especial diferenciado, simétrico, equitativo, equilibrado y simultáneo de conformidad con esta ley.

Literatura: KAI AMBOS, *Treatise on International Criminal Law*, vol. II: The Crimes and Sentencing, Oxford, Oxford University Press, 2014; STEFANIE BOCK, “Zurechnung im Völkerstrafrecht”, en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 7-8/2017, págs. 410-427; ANTONIO CASSESE, “The Nexus Requirement for War Crimes”, en *Journal of International Criminal Justice* 10, 2012, págs. 1395-1417; ANTONIO CASCINO, “Delitos contra la administración pública”, en *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, 2ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011; GUSTAVO COTE, “Responsabilidad del superior jerárquico y responsabilidad penal por omisión de miembros de la fuerza pública en Colombia: ¿convergencia entre el Derecho Penal nacional e internacional?”, en *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, N° 28, enero-junio de 2016, págs. 49-112; MICHAEL COTTIER, Article 8, en O. Triffterer/K. Ambos (ed.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, 3ª ed., München, C. H. Beck, 2016, págs. 295-322; HUMBERTO DE LA CALLE, “Conferencia central”, en A. Molano (ed.), *Entre transición y restauración: desafíos para la sociedad colombiana en el posconflicto*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2014, págs. 13-24; KNUT DÖRMANN, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003; ALFONSO GÓMEZ-MÉNDEZ/CARLOS GÓMEZ-PAVAJEAU, *Delitos contra la administración pública*, 3ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008; GUILLERMO PORTILLA, “Responsabilidad penal omisiva de los superiores jerárquicos en el Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera de 24 de noviembre de 2016 de Colombia”, en *Revista Nuevo Foro Penal*, vol. 13, No. 88, enero-junio 2017, págs. 113-149; VAN DER WILT, “War Crimes and the Requirement of a Nexus with an Armed Conflict”, en *Journal of International Criminal Justice* 10, 2012, págs. 1113-1128.

Jurisprudencia internacional: TPIY, Prosecutor v. Kunarac et al. (IT-96-23 & IT-96-23/1-A), Appeals Chamber, Judgement, 12 de junio de 2002; TPIY, Prosecutor v. Tadić (IT-94-1), Appeals Chamber, Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction, 2 de octubre de 1995; TPIY, Prosecutor v. Blaškić (IT-95-14-T), Trial Chamber, Judgement, 3 de marzo de 2000; TPIY, Prosecutor v. Tadić (IT-94-1-T), Trial Chamber, Opinion and Judgment, 7 de mayo de 1997; TPIY, Prosecutor v. Karadžić (IT-95-5/18-T), Trial Chamber, Judgement, 24 de marzo de 2016; TPIY, Prosecutor v.

Haradinaj *et al.* (IT-04-84bis-T), Trial Chamber II, Public Judgement with confidential annex, 29 de noviembre de 2012; TPIY, Prosecutor v. Vasiljevic (IT-98-32-T), Trial Chamber II, Judgment 29 de noviembre de 2002; TPIR, Prosecutor v. Akayesu (ICTR-96-4-T), Chamber I, Judgment, 2 de septiembre de 1998; TPIR, Prosecutor v. Akayesu (ICTR-96-4-A), Appeals Chamber, Judgment, 1 de junio de 2001; CPI, Prosecutor v. Germain Katanga (ICC-01/04-01/07), Trial Chamber II, Judgment pursuant to article 74 of the Statute; CPI, Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo (ICC-01/05-01/08), Trial Chamber III, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute; CPI, Prosecutor v. Lubanga (ICC-01/04-01/06-803), Pre-Trial Chamber I, Decision on the Confirmation of Charges, 29 de enero de 2007.

Jurisprudencia nacional: Corte Const., sents. C-563 de 7 de octubre de 1998, C-299 de 30 de junio de 1994, C-579 de 28 de agosto de 2013, C-291 de 25 de abril de 2007; Corte Const., comunicado No. 55 de 14 de noviembre de 2017; CSJ, Sala de Casación Penal, sent. de 28 de agosto de 2013 (rad. 36460); CSJ, Sala de Casación Penal, sent. de 30 de abril de 2014 (rad. 43248); CSJ, Sala de Casación Penal, sent. de 15 de febrero de 2017 (rad. 34982).

Otros documentos: Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, versión de 24 de noviembre de 2017, disponible en: <https://www.mesadeconversaciones.com.co/comunicados/acuerdo-final-para-la-terminaci%C3%B3n-del-conflicto-y-la-construcci%C3%B3n-de-una-paz-estable-y-1> (última fecha de consulta: 13 de febrero de 2017); Proyecto de acto legislativo 002 de 2016 Cámara, por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución aplicables a los agentes del Estado para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones, disponible en: http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=03&p_numero=002&p_consec=46996 (última fecha de consulta: 11 de julio de 2017); Exposición de motivos, proyecto de ley número 01 de 2016 Senado, por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales, disponible en: http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=1790&p_numero=01&p_consec=46902 (fecha de consulta: 21 de febrero de 2017); Compromiso del Gobierno Nacional en el marco del fin del conflicto armado para la aplicación de la Jurisdicción Especial para la Paz a los “agentes del Estado”, disponible en: <https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/pdfs/Compromiso%20del%20Gobierno%20nacional%20en%20el%20marco%20del%20fin%20del%20conflicto.pdf> (última fecha de consulta: 28 de junio de 2017); Informe de conciliación al proyecto de ley estatutaria 08 de 2017 Senado y 016 de 2017 Cámara, Gaceta del Congreso, Senado y Cámara, Año XXVI, No. 1109, 28 de noviembre de 2017; Informe de conciliación al proyecto de ley 225/18 Senado- 239/18 Cámara “por medio del cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la jurisdicción especial para la paz”.

Documentos periodísticos: “De la justicia especial para las FARC a la de los militares”, revista *Semana*, 19 de diciembre de 2015, disponible en: <http://www.semana.com/nacion/articulo/proceso-de-paz-de-la-justicia-especial-para-las-farc-la-de-los-militares/454383-3> (fecha última consulta: 30 de junio de 2017); “«No se puede equiparar a nuestro Ejército con las Farc»: Procurador General”, *El Espectador*, 25 de febrero

de 2015, disponible en: <http://www.elespectador.com/noticias/judicial/no-se-puede-equiparar-nuestro-ejercito-farc-procurador-articulo-546158> (fecha última consulta: 30 de junio de 2017); “Los cuatro temores de los militares frente al proceso de paz”, *La Silla Vacía*, 29 de octubre de 2014, disponible en: <http://lasillavacia.com/historia/historia-militares-juanita-49005> (fecha última consulta: 30 de junio de 2017); “Críticos del proceso de paz... No solo es Uribe”, revista *Semana*, 15 de septiembre de 2012, disponible en: <http://www.semana.com/nacion/articulo/criticos-del-proceso-paz-no-solo-uribe/264797-3> (última fecha de consulta: 30 de junio de 2017); “Gobierno estudia beneficios para militares, si se firma paz”, periódico *El Tiempo*, 5 de abril de 2013, disponible en: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-12726355> (última fecha de consulta: 30 de junio de 2017); WILSON LÓPEZ “La construcción de confianza en los procesos de paz”, revista *Semana*, 6 de diciembre de 2012, disponible en: <http://www.semana.com/opinion/articulo/la-construccion-confianza-procesos-paz/268939-3> (fecha última consulta: 30 de junio de 2017); “¿Al fin cuándo es el Día D?”, revista *Semana*, 1º de diciembre de 2016, disponible en: <http://www.semana.com/nacion/articulo/dia-d-y-fast-track-cronograma-del-gobierno-y-farc-para-el-desarme/507638> (fecha última consulta: 10 de julio de 2017); “Al proceso de paz le llegó el ‘Día D’”, *Verdadabierta.com*, 1 de diciembre de 2016, disponible en: <http://www.verdadabierta.com/procesos-de-paz/farc/6489-al-proceso-de-paz-le-llego-el-dia-d> (fecha última consulta: 11 de julio de 2017); “Acuerdo de paz con las Farc entra en vigor, hoy es el día D”, *Ámbito Jurídico*, 1 de diciembre de 2016, disponible en: <https://www.ambitojuridico.com/bancoconocimiento/administracion-publica/acuerdo-de-paz-con-las-farc-entra-en-vigor-hoy-es-el-dia-d> (fecha última consulta: 11 de julio de 2017).

I. Consideraciones preliminares

El art. 9º, así como las demás normas de la LA que se refieren a agentes del Estado¹, reflejan uno de los dilemas que marcaron el proceso de paz llevado a cabo en La Habana con las FARC. Por un lado, algunos sectores sociales críticos frente a la negociación exigían que no se equiparara a la fuerza pública con la guerrilla, es decir, que el tratamiento de unos y otros no fuera el mismo². Incluso, algunos militares en retiro expresaron preocupaciones en este

¹ Ver comentario a los arts. 45 y ss.

² Durante el tiempo que duró la negociación entre el Gobierno nacional y el grupo guerrillero FARC-EP varios medios de comunicación dieron cuenta de las críticas que algunos sectores formularon a dicho proceso. En este sentido ver, por ejemplo, “De la justicia especial para las FARC a la de los militares”, publicado por la revista *Semana* el 19 de diciembre de 2015, disponible en: <http://www.semana.com/nacion/articulo/proceso-de-paz-de-la-justicia-especial-para-las-farc-la-de-los-militares/454383-3> (fecha última consulta: 30 de junio de 2017); también “«No se puede equiparar a nuestro Ejército con las Farc»: Procurador General”, publicado en *El Espectador* el 25 de febrero de 2015, disponible en: <http://www.elespectador.com/noticias/judicial/no-se-puede-equiparar-nuestro-ejercito-farc-procurador-articulo-546158> (fecha última consulta: 30 de junio de 2017).

sentido³. El punto de partida de esta posición es que la fuerza pública es un actor legal y legítimo. De hecho, así se contempló en el Acuerdo de Paz, en donde se afirma que “los miembros de la fuerza pública ostentan el ejercicio legítimo de la fuerza y sus acciones se presumen legales”⁴. Sin embargo, por otro lado, dado que a los miembros de las FARC como resultado del proceso de paz se les otorgan beneficios penales considerables, parecería inequitativo que a los militares sí se les aplicara la legislación penal ordinaria⁵. La fórmula “tratamiento penal especial diferenciado, simétrico, equitativo, equilibrado y simultáneo” que se encuentra en el Acuerdo de Paz⁶ y que se incorporó también en el art. 9º constituye, en consecuencia, un *punto medio entre dos extremos* posibles: tratar por igual a quienes se sometan a la JEP independientemente del grupo o actor al cual pertenecen, o aplicar los mecanismos de JT solo a los miembros de la guerrilla y no a quienes cometieron crímenes actuando en nombre del Estado. Al final se decidió aceptar un tratamiento distinto para guerrilleros y militares (“tratamiento penal especial diferenciado”), pero sin que esto implique necesariamente la aplicación de sanciones o normas más o menos drásticas para unos o para otros (“tratamiento [...] simétrico, equitativo, equilibrado”). En este sentido, como lo dispone el art. 9º, los agentes del Estado no recibirán amnistía ni indulto como los guerrilleros, aunque se ha decidido concederles otros beneficios, como por ejemplo la renuncia a la persecución penal⁷. Igualmente, a los miembros de la fuerza pública se les reconoce el derecho, en caso de ser condenados por el Tribunal de Paz, a ser privados de la libertad en centros de reclusión especiales⁸.

³ Ver “Los cuatro temores de los militares frente al proceso de paz”. Publicado en el portal de noticias *La Silla Vacía* el 29 de octubre de 2014, disponible en: <http://lasillavacia.com/historia/historia-militares-juanita-49005> (fecha última consulta: 30 de junio de 2017); “Críticos del proceso de paz... No solo es Uribe”, publicado en la revista *Semana* el 15 de septiembre de 2012, disponible en: <http://www.semana.com/nacion/articulo/criticos-del-proceso-paz-no-solo-uribe/264797-3> (última fecha de consulta: 30 de junio de 2017).

⁴ Ver Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, versión de 24 de noviembre de 2017, apartado 5.1.2., punto 32 (quinto párrafo). Disponible en: <https://www.mesadeconversaciones.com.co/comunicados/acuerdo-final-para-la-terminaci%C3%B3n-del-conflicto-y-la-construcci%C3%B3n-de-una-paz-estable-y-1> (última fecha de consulta: 13 de febrero de 2017).

⁵ Ver “Los cuatro temores de los militares frente al proceso de paz” (nota al pie 2); también “Gobierno estudia beneficios para militares, si se firma paz”, publicado el 5 de abril de 2013 en *El Tiempo*, disponible en: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-12726355> (última fecha de consulta: 30 de junio de 2017).

⁶ Ver Acuerdo Final (nota al pie 4), apartado 5.1.2., punto 32 (cuarto párrafo).

⁷ Ver arts. 46 y ss. LA así como el comentario a estas normas en esta misma obra.

⁸ Ver inc. 2º del art. transitorio 25 AL 01 de 2017; ver comentario de SÁNCHEZ y JIMÉNEZ al art. 56 LA en esta misma obra.

Los fundamentos del art. 9º se encuentran en el acápite del Acuerdo de Paz en donde se define el SIVJRNR. Al respecto es importante tener en cuenta, en primer lugar, que el SIVJRNR pretende ser *integral*⁹ y por esto debe ser un escenario adecuado para que, como se afirma en el Acuerdo, “*todos* a quienes les quepa responsabilidad por violaciones a los derechos humanos o infracciones al DIH hagan el correspondiente reconocimiento”¹⁰ (cursivas por fuera del texto original). Con esto se busca “aplicar con mayor efectividad medidas que garanticen la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición”¹¹ así como lograr un “máximo de rendición de cuentas”¹². Siendo este el objetivo del SIVJRNR, es apenas lógico que su implementación abarque a los distintos actores del conflicto armado y no solo a los miembros de la guerrilla de las FARC. Esto contribuye no solamente a afianzar la legitimidad del sistema entre las partes antes enfrentadas, ya que evita dar la impresión de que los mecanismos de JT son unilaterales y que el Gobierno colombiano no representó en la negociación los intereses de quienes durante el conflicto combatieron en su nombre, sino además ante la sociedad en general, ya que al incorporar, por ejemplo, a los miembros de la fuerza pública en los mecanismos de JT en donde no solamente se establecerán responsabilidades sino también se tomarán medidas orientadas a la reparación, se evita excluir a sus víctimas de este proceso transicional. Precisamente, un aspecto fundamental en este sentido que se menciona en el Acuerdo conectado a la integralidad del SIVJRNR es la “recuperación de la confianza”¹³. Aunque en el Acuerdo no se especifica a qué tipo de confianza se alude, con base en lo dicho hasta aquí es posible entender dicha confianza en dos sentidos: por un lado, la recuperación de la confianza entre las partes anteriormente enfrentadas pero que ahora deben responder en igual medida ante una justicia que debe ser imparcial¹⁴, y, por otro lado, la recuperación de la confianza por parte de la sociedad en general en la administración de justicia (así se trate de una jurisdicción especial) y en la aplicación del Derecho¹⁵, en la medida en que ningún tipo de actor ni de víctimas debe ser excluida *a priori* de los mecanismos de JT.

⁹ Ver Acuerdo Final (nota al pie 4), apartado 5.1. (pág. 127).

¹⁰ *Ibíd.*

¹¹ *Ibíd.*

¹² *Ibíd.*

¹³ *Ibíd.*, apartado 5.1. (pág. 128).

¹⁴ Ver LÓPEZ, “La construcción de confianza en los procesos de paz”, publicado el 6 de diciembre de 2012 en la revista *Semana*, disponible en: <http://www.semana.com/opinion/articulo/la-construccion-confianza-procesos-paz/268939-3> (fecha última consulta: 30 de junio de 2017).

¹⁵ Sobre construcción de confianza como fortalecimiento del Estado de Derecho ver DE LA CALLE, “Conferencia central”, en A. Molano (ed.), *Entre transición y res-*

3 Para el art. 9º también son especialmente relevantes los puntos 15, 32 y 34 del num. 5.1.2. del Acuerdo de Paz, en el cual se establecen las bases del componente de justicia del SIVJNR. El punto 15 reitera que el SIVJNR debe ser integral y en este sentido establece que este es “inescindible” y que su aplicación se hará de manera “simultánea”¹⁶. Aunque ni el Acuerdo de Paz ni la LA precisan el sentido de estos dos adjetivos, se puede suponer, siguiendo “su sentido natural y obvio”¹⁷, que el primero alude a que son las autoridades u órganos que integran la JEP, cuya creación se previó en el Acuerdo, las que en el marco de la JT deben ocuparse de casos que involucren tanto a exguerrilleros como a agentes del Estado, y no otro tipo de autoridad como jueces penales ordinarios o militares; mientras que el segundo implica que el tratamiento de ambos tipos de actores debe tener lugar de manera paralela sin que los casos que involucren agentes del Estado o miembros de las FARC sean prioritarios o se deban tramitar de manera preferente frente a los demás.

4 Además, el art. 9º es consecuencia directa de lo dispuesto en el punto 32 y por eso reproduce en buena parte su párrafo cuarto¹⁸. De hecho, en el punto 32 se encuentran elementos adicionales que deben tenerse en cuenta para la

tauración: Desafíos para la sociedad colombiana en el posconflicto, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2014, pág. 17.

¹⁶ Ver Acuerdo Final (nota al pie 4), apartado 5.1.2., punto 15.

¹⁷ De acuerdo con el art. 28 del C. C. colombiano, “Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en estas su significado legal”.

¹⁸ Aunque en este último también se afirma, adicionalmente, que “deberá tenerse en cuenta la calidad de garante de derechos por parte del Estado”. Se debe señalar que esta frase es ambigua, ya que, por un lado, parece referirse a la posición de garante de las autoridades estatales en términos jurídico-penales, lo cual fundamenta, por ejemplo, la responsabilidad penal a título de omisión impropia así como la responsabilidad con fundamento en la posición del superior jerárquico; mientras que, por otro lado, justamente después de dicha afirmación se incluyó la referencia a la presunción de legalidad de las actuaciones de los agentes del Estado, lo cual, al parecer, debería operar a favor suyo en el momento de evaluar la responsabilidad penal. Con relación a la responsabilidad del superior jerárquico en el marco del Acuerdo de Paz ver PORTILLA, “Responsabilidad penal omisiva de los superiores jerárquicos en el Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera de 24 de noviembre de 2016 de Colombia”, en *Revista Nuevo Foro Penal*, vol. 13, No. 88, enero-junio 2017, págs. 113-149; COTE, “Responsabilidad del superior jerárquico y responsabilidad penal por omisión de miembros de la fuerza pública en Colombia: ¿convergencia entre el Derecho Penal nacional e internacional?”, en *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Nº 28, enero-junio de 2016, págs. 49-112.

interpretación del art. 9º, los cuales también fueron acogidos y desarrollados en el AL 01 del 4 de abril del 2017. Se debe recordar que este AL introdujo en la Const. Pol. varios artículos transitorios relacionados con la implementación del Acuerdo de Paz, de manera que sus disposiciones constituyen norma superior con relación a la LA y por lo tanto deben tenerse en cuenta para su interpretación. Dentro de estos elementos se encuentra la definición de “agentes del Estado” y los requisitos o criterios para establecer cuando una conducta que ha sido cometida por un agente del Estado puede ser conocida por los órganos que integran la JEP, bien sea para conceder beneficios penales o para juzgar a los responsables.

II. Sentido de la expresión “agentes del Estado”

La expresión “agentes del Estado” del art. 9º debe interpretarse, en consecuencia, conforme a la definición establecida tanto en el párrafo sexto del punto 32 del acápite sobre justicia del Acuerdo de Paz como en el art. transitorio 17 del AL 01 de 2017 –en este sentido también habría que mencionar el parágrafo 2º del art. 63 del proyecto de ley estatutaria de la JEP, aprobado en conciliación por el Senado de la República y la Cámara de Representantes y que se encuentra pendiente de control constitucional–¹⁹. Es importante señalar que esta definición no limita el ámbito de aplicación de la LA ni en general de la JEP a los miembros de la fuerza pública²⁰, pero tampoco parece ser tan amplia como el concepto de “servidor público” que se encuentra en el art. 20 del CP y que tanto el Acuerdo como el art. transitorio 17 reproducen parcialmente. El art. transitorio 17 del AL 01 de 2017 y el punto 32 del

5

¹⁹ Ver Informe de conciliación al proyecto de ley estatutaria 08 de 2017 Senado y 016 de 2017 Cámara, Gaceta del Congreso, Senado y Cámara, Año XXVI, No. 1109, 28 de noviembre de 2017.

²⁰ De acuerdo con el art. 216 de la Const. Pol. la fuerza pública colombiana está integrada “en forma exclusiva” por las fuerzas militares y la Policía Nacional. Según el art. 217 de la Const. Pol. las fuerzas militares están compuestas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. La diferencia entre agentes del Estado (como género) y miembros de la fuerza pública (como especie) fue reconocida desde la exposición de motivos del AL 01 de 2017 en la cual se hizo referencia a “la importancia de involucrar a los agentes del Estado, especialmente a los miembros de la fuerza pública, en la implementación de mecanismos de justicia transicional”. Ver Proyecto de acto legislativo 002 de 2016 Cámara, por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución aplicables a los agentes del Estado para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones, disponible en: http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=03&p_numero=002&p_consec=46996 (última fecha de consulta: 11 de julio de 2017).

Acuerdo de Paz hacen alusión, siguiendo lo dispuesto en el inc. 1º del art. 20 del CP y del art. 123 de la Const. Pol., a “toda persona que al momento de la comisión de la presunta conducta criminal estuviere *ejerciendo como miembro de las corporaciones públicas, como empleado o trabajador del Estado o de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios*” (cursivas por fuera del texto original). Sin embargo, el art. transitorio 17 no menciona lo dispuesto en el inciso 2º del art. 20 del estatuto punitivo, en donde se alude, entre otros, a los miembros de la fuerza pública y a los particulares que ejercen funciones públicas²¹.

6 Por consiguiente, la relación entre el concepto de “agente del Estado” que se encuentra en el art. 9º LA y el concepto de “servidor público” acogido en el CP no parece del todo clara y constituye entonces uno de los puntos que tendrán que dilucidar los órganos que integran la JEP. De cualquier manera, es posible afirmar que con “agentes del Estado” se está haciendo alusión a todos los “servidores públicos”, al menos en sentido estricto. Así, al referirse a miembros de corporaciones públicas, el concepto de “agente del Estado” abarca también a los miembros de corporaciones de elección popular, como por ejemplo, a los miembros del Congreso Nacional, a los diputados de las asambleas departamentales y a los miembros de los consejos municipales²². Asimismo, al referirse a empleados o trabajadores del Estado, el concepto de “agente del Estado” incluye a todas las personas naturales que han estado vinculadas al Estado a cualquier título, en palabras de GÓMEZ MÉNDEZ y GÓMEZ PAVAJEAU, “en los diferentes niveles de la administración: nacional, departamental, municipal y de territorios indígenas [...]”²³, bien sea como empleados públicos o como trabajadores oficiales²⁴. En consecuencia, esta definición permite aplicar la LA a una amplia variedad de sujetos que han

²¹ El inc. 2º del art. 20 del CP dispone lo siguiente: “Para los mismos efectos se consideran servidores públicos los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Política”.

²² Sobre “miembros de corporaciones públicas” según el art. 20 del CP ver GÓMEZ MÉNDEZ/GÓMEZ PAVAJEAU, *Delitos contra la administración pública*, 3ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, pág. 81.

²³ *Ibíd.*, pág. 81.

²⁴ De acuerdo con GÓMEZ MÉNDEZ Y GÓMEZ PAVAJEAU los empleados públicos están vinculados a la administración pública mediante una relación legal y reglamentaria, la cual se concreta por medio de un “acto condición” que comprende el nombramiento y la posesión, mientras que los trabajadores oficiales están vinculados a la administración mediante una relación contractual laboral bilateral. *Ibíd.*, pág. 82.

tenido vínculos con diferentes instituciones estatales, no solo con las instituciones encargadas de brindar seguridad, e incluso a servidores públicos que no se mencionan expresamente en estas disposiciones, como por ejemplo a ministros, jueces o directivos de órganos de control²⁵.

El hecho de que ni el punto 32 del Acuerdo de Paz ni el art. transitorio 17 mencionen a los miembros de la fuerza pública al definir qué se entiende por “agente del Estado”, como sí lo hace el art. 20 CP al definir “servidor público”, no debe ser problemático y no se podría interpretar como su exclusión de la LA. Como lo ha dicho la Corte Const., la noción de servidor público que subyace a la Const. Pol. hace referencia a toda persona natural a la que se le ha asignado el cumplimiento “de una función estatal, a través de un vínculo jurídico que implica o no subordinación laboral”²⁶, lo cual claramente cobija a los miembros de las Fuerzas Militares como de la Policía Nacional²⁷. Pero, además, desde una interpretación teleológica es posible afirmar que la razón de ser de las normas de la LA que se dirigen a los agentes del Estado, y en consecuencia parte de la razón de ser de la LA misma, es precisamente beneficiar a los miembros de la fuerza pública²⁸. Así se desprende de la exposición de motivos del AL 01 de 2017, en donde se afirma que esta Ley permite materializar el compromiso suscrito el 19 de diciembre de 2015 entre los ministros de Defensa y de Justicia, en el cual se establecieron los lineamientos para estas normas²⁹. De cualquier

7

²⁵ Con relación a la definición de “servidores públicos” que hacía el art. 63 del CP de 1980 (modificado por el art. 18 de la Ley 190 de 1995) y que se repite en el art. 20 del CP actual ver Corte Const. I, sent. C-563 de 7 de octubre de 1998, apartado 3.11 lit. c) (pág. 18).

²⁶ Ver en este sentido Corte Const., sent. C-299 de 30 de junio de 1994, apartado 3.1. (pág. 12). Al respecto ver GÓMEZ MÉNDEZ/GÓMEZ PAVAJEAU (nota al pie 22), págs. 77-81.

²⁷ De acuerdo con el art. 217 Const. Pol., la función de las fuerzas militares consiste en la “defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional”, mientras que según el art. 218 *ibíd.*, la función de la Policía Nacional es “el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz”.

²⁸ Ver también art. transitorio 21 AL 01 de 2017, en donde se prevé expresamente para miembros de la fuerza pública un tratamiento penal especial en los mismos términos que en la LA.

²⁹ Exposición de motivos, proyecto de ley 01 de 2016 Senado, por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales. Disponible en: http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=1790&p_numero=01&p_consec=46902 (fecha de consulta: 21 de febrero de 2017). El acuerdo entre los ministerios de Defensa y de Justicia que aquí se menciona se encuentra disponible en: <https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/pdfs/Compro>

manera, el parágrafo 2º del art. 63 del proyecto de ley estatutaria de la JEP—el cual, para el momento de la escritura del presente texto, aún no ha entrado en vigencia— si hace referencia explícita a los miembros de la fuerza pública.

8 Por otro lado, teniendo en cuenta que según el inciso 2º del art. 20 de la Const. Pol., los particulares deben ser considerados servidores públicos cuando ejercen funciones públicas de forma permanente o transitoria, podría plantearse la pregunta de si en el contexto de la LA es posible tratar como agentes del Estado a los particulares que cumplan con esta misma condición. Si bien la Corte Const. ha afirmado con relación al art. 20 del CP que “objetivamente quien ejerce una función pública adquiere la condición de servidor público”³⁰, al respecto es importante tener en cuenta que la alusión que esta norma hace a los particulares es en realidad una extensión del concepto de “servidor público”, de cara a los tipos penales que atentan con la administración pública en los que el sujeto activo es calificado³¹. De hecho, la misma Corte Const. ha reconocido que se trata de una “asimilación” que por razones prácticas realiza la legislación penal ordinaria³²; asimilación que no se encuentra en la LA. Así las cosas, la respuesta al interrogante aquí planteado tendría que ser negativa. Esta conclusión es coherente, además, con el hecho de que tanto en la LA como en el AL 01 de 2017 se contemplaron normas específicas sobre civiles, las cuales también permiten concederles beneficios penales como la terminación anticipada de los procesos que existan en su contra³³. En todo caso, no se debe perder de vista que según lo dispuesto por la Corte Const. en la sent. C-674 de 2017, la competencia de la JEP sobre civiles y agentes del Estado no miembros de la fuerza pública debe estar sujeta al sometimiento voluntario de la persona en cuestión —esto lo reitera el art. 11 (parg.) y el art. 47 (sobre el proceso para sometimiento voluntario) del proyecto de reglas de procedimiento de la JEP aprobado en conciliación por el Senado de la República y la Cámara de Representantes, las cuales no han entrado en vigencia para el momento de preparación del presente comentario—³⁴; según la Corte, de esta manera se respeta

[miso%20del%20Gobierno%20nacional%20en%20el%20marco%20del%20fin%20del%20conflicto.pdf](#) (última fecha de consulta: 28 de junio de 2017).

³⁰ Ver Corte Const. (nota al pie 25).

³¹ Ver arts. 397 y ss. del CP. Al respecto CANCINO, “Delitos contra la administración pública”, en *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, 2ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, págs. 103 y ss.

³² Ver Corte Const. (nota al pie 25).

³³ Ver art. transitorio 16 AL 01 de 2017 y art. 28 num. 6 y 8 LA, así como el comentario a estas dos últimas disposiciones en esta misma obra.

³⁴ Informe de conciliación al proyecto del ley 225/18 Senado- 239/18 Cámara “por medio del cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la jurisdicción especial para la paz”.

el principio de legalidad y de juez natural, dado que la JEP constituye una jurisdicción *ad hoc*, creada con posterioridad a los hechos sobre los cuales se podría pronunciar³⁵.

III. Delitos con ocasión, por causa, o en relación directa o indirecta con el conflicto armado

Las conductas por las que los agentes del Estado pueden recibir un tratamiento penal especial diferenciado, simétrico, equitativo, equilibrado y simultáneo deben haber sido cometidas “con ocasión, por causa, o en relación directa o indirecta con el conflicto armado”³⁶. Para interpretar esta disposición es posible acudir al art. transitorio 23 del AL 01 de 2017, en el cual se previeron algunos criterios para establecer cuándo una conducta cumple con esta condición y en consecuencia esta se encuentra dentro del ámbito de competencia de la JEP. Aunque el art. transitorio 23 se ubica en el Capítulo VII de dicha ley, en el cual se incluyeron “las normas aplicables a la fuerza pública”, los criterios allí estipulados son de carácter general y pueden tener aplicación frente a todos los agentes del Estado. De hecho, se debe advertir que en ocasiones pareciera que los términos “miembros de la fuerza pública” y “agentes del Estado” se emplearan como si fueran equivalentes, lo cual, como aquí se explicó, es equivocado. En todo caso, aplicar criterios distintos para definir el mismo requisito o elemento dependiendo de si se trata de un miembro de la fuerza pública o de un agente del Estado que no lo es no parece tener ninguna justificación; cosa distinta es que la definición de la conexión entre la conducta y el conflicto armado resulte menos compleja frente a aquellos que con relación a estos.

De acuerdo con el art. transitorio 23, se debe tener en cuenta si el conflicto armado fue la causa directa o indirecta de la comisión de la conducta punible o si la existencia del conflicto armado influyó en el autor, partícipe o encubridor en uno o varios de los siguientes aspectos: en su capacidad para cometerla, en la decisión para cometerla o en la manera en que fue cometida³⁷. Estos criterios

³⁵ Ver Corte Const., comunicado No. 55 de 14 de noviembre de 2017, párrs. 21 y 22; el sometimiento voluntario a la JEP de civiles y agentes del Estado no miembros de la fuerza pública estaría regulado en el art. 64 del proyecto de ley estatutaria de la JEP aprobado en conciliación por el Senado de la República y la Cámara de Representantes.

³⁶ Al respecto ver también comentario a los arts. 2º y 3º LA en esta misma obra.

³⁷ El mismo art. transitorio 23 aclara, por ejemplo, que la influencia en la capacidad para cometer la conducta se da cuando el perpetrador ha adquirido, debido al conflicto armado, habilidades mayores que le sirvieron para ejecutarla. De la misma manera, según esta disposición el conflicto armado ha influido en la forma como la conducta

aparecen en el art. transitorio 23 como criterios generales para establecer la competencia objetiva (*ratione materiae*) de la JEP frente a cualquier conducta, pero fueron tomados de los criterios propuestos inicialmente por la Cámara de Apelaciones del TPIY en el caso *Kunarac et al.*, concretamente para explicar el elemento contextual de los crímenes de guerra³⁸.

11 Dado que el nexo entre la conducta y el conflicto armado, en cuanto elemento contextual, constituye el aspecto característico de los crímenes de guerra, del cual se deriva su injusto específico³⁹, y por lo tanto permite diferenciarlos no solamente de los demás crímenes internacionales sino también de crímenes “ordinarios”, normalmente de competencia de las jurisdicciones penales nacionales⁴⁰, la generalización que se hace en el art. transitorio 23 puede causar confusiones. En este sentido se debe señalar que los órganos que componen la JEP no son competentes únicamente frente a crímenes de guerra; también son de competencia de la JEP, por ejemplo, conductas que constituyen crímenes de lesa humanidad, tortura, desaparición forzada o acceso carnal violento, los cuales no exigen por definición ningún tipo de relación con un conflicto armado. Además, la competencia de los órganos de la JEP no siempre se debe ejercer en el mismo sentido y por esta razón la referencia que se hace en el art. 9º LA a la relación de la conducta con el conflicto armado parece contradictoria. Así, por ejemplo, para que los agentes del Estado puedan beneficiarse con la

se cometió siempre que el perpetrador de la conducta, como producto del conflicto, haya tenido la oportunidad de contar con los medios que le sirvieron para consumarla. Sobre la relación de la conducta con el conflicto armado, ver igualmente comentarios de APONTE a los arts. 2º y 3º LA en esta misma publicación.

³⁸ Ver TPIY, *Prosecutor v. Kunarac et al.* (IT-96-23 & IT-96-23/1-A), Appeals Chamber, Judgment, 12 de junio de 2002, párr. 58. En este mismo sentido ver por ejemplo CPI, *Prosecutor v. Germain Katanga* (ICC-01/04-01/07), Trial Chamber II, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, párr. 1176; CPI, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo* (ICC-01/05-01/08), Trial Chamber III, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, párr. 142. Este requisito se formula en el documento “Elementos de los crímenes” de la siguiente manera: “Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él”. Los “Elementos de los crímenes” pueden ser consultados en: http://legal.un.org/icc/asp/1stsession/report/first_report_contents.htm (última fecha de consulta: 29 de julio de 2017).

³⁹ En este sentido ver BOCK, “Zurechnung im Völkerstrafrecht”, en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 7-8/2017, pág. 411.

⁴⁰ Ver AMBOS, *Treatise on International Criminal Law*, vol. II: The Crimes and Sentencing, Oxford, Oxford University Press, 2014, págs. 140-141; Cottier, Article 8, en O. Triffterer/K. Ambos (ed.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, 3ª ed., München, C. H. Beck, 2016, párr. 37; Bock (nota al pie 39), págs. 412-413.

renuncia a la persecución penal según el art. 47 LA, deben demostrar ante la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas que la conducta en cuestión se cometió con ocasión, por causa, o en relación directa o indirecta con el conflicto armado de acuerdo con los criterios previstos en el art. transitorio 23⁴¹, al mismo tiempo que si dicha conducta cumple precisamente con dicho elemento, podría considerarse como crimen de guerra, y en consecuencia debería ser juzgada por el Tribunal para la Paz⁴².

En todo caso, la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales sobre el elemento contextual de los crímenes de guerra debe ser tenida en cuenta, al menos como punto de partida, para definir este elemento. Según dicha jurisprudencia, si bien debe existir una relación estrecha entre la conducta y el conflicto (“*closely related*”)⁴³ y se debe tratar de un nexo evidente (“*evident nexus*”)⁴⁴, esto no implica que el conflicto deba ser la causa inmediata del crimen o que este tenga que haber sido cometido en el curso o desarrollo de las hostilidades⁴⁵. Incluso, de acuerdo con la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales, para que exista una relación estrecha entre la conducta y un conflicto armado no es necesario que la conducta coincida temporal ni geográficamente con algún combate o con acciones bélicas⁴⁶. Adicionalmente, para precisar estas consideraciones, desde el caso *Kunarac et al.* también se establecieron otros criterios un poco más específicos, los cuales, aunque no se mencionan en la LA o en el AL 01 de 2017, son igualmente relevantes en el contexto del art. 9º⁴⁷. Como ejemplo se puede mencionar el hecho de que

12

⁴¹ Con relación a la renuncia a la persecución penal en beneficio de agentes del Estado ver comentario al art. 46

⁴² Ver Acuerdo Final (nota al pie 4), apartado 5.1.2., puntos 53 y 54; art. transitorio 7 AL 01 de 2017.

⁴³ Ver TPIY, Prosecutor v. Tadić (IT-94-1), Appeals Chamber, Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction, 2 de octubre de 1995, párr.70.

⁴⁴ Ver TPIY, Prosecutor v. Blaškić (IT-95-14-T), Trial Chamber, Judgement, 3 de marzo de 2000, párr. 69.

⁴⁵ Ver TPIY, Prosecutor v. Kunarac *et al.* (nota al pie 38), párrs. 57-58.

⁴⁶ Ver TPIY, Prosecutor v. Tadić (IT-94-1-T), Trial Chamber, Opinion and Judgment, 7 de mayo de 1997, párr. 573; CPI, Prosecutor v. Lubanga (ICC-01/04-01/06-803), Pre-Trial Chamber I, Decision on the Confirmation of Charges, 29 de enero de 2007, párr. 287; TPIY, Prosecutor v. Karadžić (IT-95-5/18-T), Trial Chamber, Judgement, 24 de marzo de 2016, párr. 442.

⁴⁷ La Corte Const. también se ha referido a estos criterios y en general a la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales con el fin de interpretar los tipos penales consagrados en el Título II del Libro Segundo del CP (delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario), arts. 135 y ss. Ver por ejemplo Corte Const., sent. C-291 de 25 de abril de 2007, lit. D. num. 1.2.3.. También la CSJ

el perpetrador haya tenido la condición de combatiente, o de que la víctima haya sido no combatiente, así como el hecho de que la conducta haya sido cometida en ejercicio de los deberes oficiales del perpetrador⁴⁸.

13

De cualquier manera, cabe preguntarse si el elemento “con ocasión, por causa, o en relación directa o indirecta con el conflicto armado” en cuanto condición general para definir la competencia material de la JEP, debería ser interpretado en este contexto y para este fin de la misma forma que el elemento contextual de los crímenes de guerra, especialmente si se tiene en cuenta que la expresión “relación directa o indirecta” puede sugerir un campo de aplicación más o menos amplio. Al respecto es importante señalar que, con relación a los crímenes de guerra, parte de la literatura ha abogado por una interpretación restrictiva de dicho elemento contextual⁴⁹, con el fin de no desnaturalizar lo que en principio debe constituir un sistema penal excepcional, dirigido a un tipo de criminalidad que ostenta características especiales, es decir el DPI. Esta misma lógica podría seguirse en el marco de la JEP para delimitar su ámbito de competencia, la cual al constituir un mecanismo de JT también está llamada a ser excepcional y por lo tanto su ámbito de aplicación se debe diferenciar claramente de la justicia penal ordinaria. Así las cosas,

ha hecho referencia a estos criterios y, además, ha acudido a la decisión de la Cámara de Apelaciones del TPIY en *Kunarac et al.* (nota al pie 38, párr. 58: “*under the guise of the armed conflict*”) para establecer el nexo entre la conducta y el conflicto armado en casos en los que civiles han sido asesinados por miembros de la fuerza pública y presentados posteriormente como bajas en combate (llamados “falsos positivos”). En estos casos la CSJ ha afirmado que dicho nexo también se da cuando la conducta ha sido cometida “bajo la apariencia del conflicto armado”, ver CSJ, Sala de Casación Penal, sent. de 28 de agosto de 2013 (rad. 36460), consideración 3. (La violación del Derecho Internacional Humanitario), págs. 20-21; CSJ, Sala de Casación Penal, sent. de 30 de abril de 2014 (rad. 43248), apartado 3.5.2., pág. 56.

⁴⁸ En este sentido, el TPIY ha afirmado: “*In determining whether or not the act in question is sufficiently related to the armed conflict, the Trial Chamber may take into account, inter alia, the following factors: the fact that the perpetrator is a combatant; the fact that the victim is a non-combatant; the fact that the victim is a member of the opposing party; the fact that the act may be said to serve the ultimate goal of a military campaign; and the fact that the crime is committed as part of or in the context of the perpetrator’s official duties*”, TPIY, Prosecutor v. *Kunarac et al.* (nota al pie 38), párr. 59. Ver igualmente TPIY, Prosecutor v. *Haradinaj et al.* (IT-04-84bis-T), Trial Chamber II, Public Judgement with confidential annex, 29 de noviembre de 2012, párr. 397.

⁴⁹ Ver en este sentido AMBOS (nota al pie 40), págs. 142-143; BOCK (nota al pie 39), pág. 413; CASSESE, “The Nexus Requirement for War Crimes”, en *Journal of International Criminal Justice* 10, 2012, pág. 1397; VAN DER WILT, “War Crimes and the Requirement of a Nexus with an Armed Conflict”, en *Journal of International Criminal Justice* 10, 2012, págs. 1127-1128.

no cualquier tipo de relación entre la conducta y el conflicto armado sería suficiente en general para los efectos de la LA y en especial en el sentido del art. 9º. Al igual que se ha afirmado para los crímenes de guerra, se debería exigir un vínculo *funcional* entre la conducta y el conflicto, es decir, que los actos deben haber sido influenciados al menos de manera considerable por el conflicto armado, de tal forma que los crímenes no hayan sido cometidos solo aprovechando “el caos” generado por esta circunstancia⁵⁰, sino con miras a lograr los objetivos de la confrontación. En este sentido, se podría exigir que los agentes del Estado, cuyas conductas se quieran someter a la JEP, hayan tenido de todas maneras una relación estrecha con alguno de los grupos de combatientes enfrentados⁵¹ (fuerzas militares, grupos paramilitares o FARC), aunque tal vez no sea necesario restringir el campo de aplicación del art. 9º y de la LA a conductas que de alguna manera estén conectadas con una campaña u operación militar concreta, tal y como algunos autores al parecer también lo han reclamado para los crímenes de guerra⁵².

Criterios, por ejemplo, como el establecido por la CSJ en la sentencia de casación de 15 de febrero de 2017 con relación al tipo penal “homicidio en

14

⁵⁰ Sobre este tipo de vínculo ver AMBOS (nota al pie 40), pág. 141; BOCK (nota al pie 39), pág. 413.

⁵¹ Ver por ejemplo, con relación al elemento contextual de los crímenes de guerra: TPIR, Prosecutor v. Akayesu (ICTR-96-4-T), Chamber I, Judgement, 2 de septiembre de 1998, párr. 630 (“*The category of persons to be held accountable in this respect then, would in most cases be limited to commanders, combatants and other members of the armed forces*”); TPIY, Prosecutor v. Vasiljevic (IT-98-32-T), Trial Chamber II, Judgment 29 de noviembre de 2002, párr. 57 (“*The Trial Chamber is also satisfied that the acts of the Accused were closely related to the armed conflict. Although he did not take part in any fighting, the Accused was closely associated with Serb paramilitaries, his acts were all committed in furtherance of the armed conflict, and he acted under the guise of the armed conflict*”); TPIR, Prosecutor v. Akayesu (ICTR-96-4-A), Appeals Chamber, Judgement, 1 de junio de 2001, párr. 444 (“*This nexus between violations and the armed conflict implies that, in most cases, the perpetrator of the crime will probably have a special relationship with one party to the conflict*”). En este sentido ver VAN DER WILT (nota al pie 49), pág. 1127, para quien, además, el elemento contextual de los crímenes de guerra exige que la persona haya estado en capacidad de valerse de los típicos medios y métodos de guerra; así también AMBOS (nota al pie 40), pág. 143; Bock (nota al pie 39), pág. 413.

⁵² Así lo exige por ejemplo CÂSSESE (nota al pie 49), pág. 1397 con relación a los crímenes de guerra: “*To be more explicit: the offence must be committed to pursue the aims of the conflict or, alternatively, be carried out with a view to somehow contributing to attain the ultimate goals of a military campaign or, at a minimum, in unison with the military campaign*”.

persona protegida”⁵³, resultan, en consecuencia, al menos para efectos de delimitar el ámbito de aplicación de la JEP, demasiado amplios. En esta decisión la CSJ afirmó que dicho tipo penal puede ser cometido “incluso por quien no está involucrado en el conflicto armado pero guarda simpatía con alguno de los contrincantes y animadversión hacia el otro”⁵⁴. Aunque la CSJ no da ningún ejemplo concreto que permita comprender mejor el alcance de esta afirmación, resulta bastante dudoso que solo la motivación que ha tenido una persona para actuar –lo cual constituye un aspecto subjetivo que no está contemplado en este tipo penal ni en la definición internacional de los crímenes de guerra⁵⁵– pueda fundamentar el nexo entre una conducta y un conflicto armado, cuando esta persona desde el punto de vista objetivo no ha estado involucrada en el conflicto. Con esta afirmación la CSJ transforma un elemento objetivo de la descripción típica en un ingrediente subjetivo, no contemplado en el tipo, que va más allá del dolo y el cual puede predicarse de cualquier sujeto que, por ejemplo, haya expresado su “simpatía” o “animadversión” frente alguno de los actores y haya actuado por cuenta propia, persiguiendo incluso intereses individuales, sin que se cumpla la relación funcional a la que ya se hizo referencia. Es entonces fundamental definir con precisión los límites de la competencia material de la JEP al interpretar los crímenes sobre los cuales ella tiene competencia, con el fin de no desplazar a la justicia penal ordinaria, para lo cual, valga decirlo, sus órganos deben apartarse de la jurisprudencia nacional existente cuando sea necesario.

15 En todo caso, se debe tener en cuenta, por un lado, que ni los criterios señalados en el art. transitorio 23 AL 01 de 2017 ni los demás criterios establecidos por la Cámara de Apelaciones del TPIY en el caso *Kunarac et al.* deben tomarse como una especie de “*check-list*” para afirmar si una conducta ha sido cometida “con ocasión, por causa, o en relación directa o indirecta con el conflicto armado”. Así como, por otro lado, ninguno de estos criterios

⁵³ El tipo penal de “homicidio en persona protegida” se encuentra contemplado en el art. 135 CP. Según esta disposición quien “*con ocasión y en desarrollo de conflicto armado*, ocasione la muerte de persona protegida conforme a los Convenios Internacionales sobre Derecho Humanitario ratificados por Colombia, incurrirá en prisión de cuatrocientos ochenta (480) a seiscientos (600) meses” (cursivas por fuera del texto original).

⁵⁴ CSJ, Sala de Casación Penal, sent. de 15 de febrero de 2017 (rad. 34982), apartado 3.2., pág. 29.

⁵⁵ Ver por ejemplo arts. 2 y 3 del Estatuto del TPIY, art. 4 del Estatuto del TPIR, arts. 3 y 4 del Estatuto del TESL, art. 8 ER. Sobre los elementos de los crímenes de guerra en el ER y en especial con relación al alcance del elemento subjetivo frente al elemento contextual ver DÖRMANN, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, págs. 19-22.

puede fundamentar por sí mismo y *a priori* dicha conclusión⁵⁶. En cada caso debe valorarse cuáles de estos criterios son útiles para tomar una decisión en este sentido y el peso argumentativo que dadas las circunstancias del caso le corresponde a cada uno. La pregunta concreta sobre hasta donde se puede llegar en la interpretación de dicha expresión en un país en el que el conflicto armado se ha manifestado de distintas maneras y por tanto tiempo se mantiene, sin embargo, abierta.

IV. Restricción a delitos cometidos “sin ánimo de enriquecimiento personal ilícito, o en caso de que existiera, sin ser este el determinante de la conducta delictiva” según los arts. transitorios 17 y 23

Otro aspecto que se debe resaltar, es la referencia que en los arts. transitorios 17 y 23 del AL 01 de 2017 se hace al ánimo de obtener enriquecimiento personal ilícito, como una circunstancia que impediría afirmar que una conducta cometida por un agente del Estado es de competencia de la JEP. Esta restricción no se encuentra en el art. 9º LA. Sin embargo, el art. transitorio 17 define lo que se entiende por “agentes del Estado” en el marco de la JEP y, además, como ya se explicó, el art. transitorio 23 establece en términos generales cuándo una conducta ha sido cometida “por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado”. Por esta razón, es posible afirmar que el tratamiento penal especial diferenciado al que hace referencia el art. 9º LA no aplica frente a conductas que hayan sido cometidas con dicho ánimo de enriquecimiento personal, cuando este ha sido el factor determinante del crimen en cuestión.

Con relación a este requisito (negativo) se debe señalar, adicionalmente, que en la LA también se incluyó una circunstancia similar pero con relación a las conductas conexas a los delitos políticos. Según el literal (b) del párrafo del art. 23 LA, no se podrán considerar como conexas a los delitos políticos y por lo tanto no podrán ser objeto de amnistía o indulto los delitos comunes “cuya motivación haya sido obtener beneficio personal, propio o de un tercero”⁵⁷. Es interesante observar que cuando se trata de delitos cometidos por organizaciones rebeldes, el ánimo de enriquecimiento personal excluye, al parecer de plano, la posibilidad de obtener beneficios penales, mientras que

⁵⁶ Con relación al criterio de condición de combatiente del perpetrador para determinar que se ha cometido un crimen de guerra ver BOCK (nota al pie 39), págs. 412-413; con relación a la condición de no combatiente de la víctima ver CASSESE (nota al pie 49), págs. 1397-1398.

⁵⁷ Ver comentario al art. 23 incluido en esta misma obra.

cuando se trata de agentes del Estado, esto solo ocurre si el ánimo de enriquecimiento, en los términos de los arts. transitorios 17 y 23, ha sido “el determinante de la conducta delictiva”. Es decir que podrían haber casos en los que a pesar de haber existido dicha motivación, el agente del Estado cuya conducta está en tela de juicio podría de todas formas resultar beneficiado con la terminación del proceso penal que cursa en su contra. Si esta distinción tiene algún fundamento, es algo que deberán definir los organismos que integran la JEP o incluso la Corte Const. Sin embargo, no parece haber una justificación clara para este trato privilegiado.

V. Antes de la entrada en vigor del Acuerdo Final de Paz: refrendación

18 Finalmente, el art. 9º LA aclara que las conductas de los agentes del Estado deben haber sido cometidas “antes de la entrada en vigor del Acuerdo Final de Paz”⁵⁸, para que puedan ser objeto del tratamiento penal especial diferenciado previsto en esta Ley. Se debe señalar que, al parecer, cuando se suscribió el Acuerdo no había claridad sobre cuál sería esta fecha, pues tanto el Gobierno nacional como los líderes de las FARC sostenían opiniones distintas⁵⁹. Sin embargo, como posibles fechas de “entrada en vigor” se tienen al menos dos momentos relevantes. Por un lado, está la fecha en la que se firmó la versión final del Acuerdo de Paz, es decir el 24 de noviembre del año 2016. Pero, por otro, está la fecha en la que culminó el proceso de refrendación del Acuerdo mediante su aprobación por parte de la Cámara de Representantes el 30 de noviembre del mismo año (el Congreso de la República lo aprobó el día 29 de ese mismo mes)⁶⁰. Si bien en el Acuerdo de Paz no se dice explícitamente cuándo debía entrar en vigor dicho Acuerdo, de varias de sus disposiciones se desprende que esta fecha debía ser el día de la firma. En efecto, en el Acuerdo se estableció que el denominado día D, a partir del cual comenzarían a correr los términos pactados para su cumplimiento, sería el día de su firma⁶¹ y, más adelante, en el mismo Acuerdo se estipuló que para efectos de la dejación de las armas, al día de la entrada en vigor del Acuerdo Final se le denominaría

⁵⁸ Al respecto ver también el comentario al art. 3º LA en esta misma obra.

⁵⁹ En este sentido ver: “¿Al fin cuándo es el Día D?”, publicado en la revista *Semana* el 1º de diciembre de 2016, disponible en: <http://www.semana.com/nacion/articulo/dia-d-y-fast-track-cronograma-del-gobierno-y-farc-para-el-desarme/507638> (fecha última consulta: 10 de julio de 2017).

⁶⁰ Al respecto ver comentario al art. 1º LA en esta misma obra.

⁶¹ Ver Acuerdo Final (nota al pie 4), Protocolo del capítulo Despliegue del mecanismo de Monitoreo y Verificación del Acuerdo de Cese al Fuego y de Hostilidades Bilateral y Definitivo (CFHBD) y Dejación de las Armas, pág. 227.

“día D”.⁶² No obstante, una vez fue refrendado el Acuerdo por el Congreso Nacional, varios medios de comunicación informaron que el “día D” había llegado⁶³ y solo a partir de ese momento comenzó el proceso de desarme. Así las cosas, para efectos del límite temporal de la LA, debería tenerse en cuenta esta última fecha, a pesar de que en el Acuerdo de Paz se previó (implícitamente) algo distinto.

Con la refrendación el Acuerdo de Paz no solamente dejó de ser un acuerdo entre partes y adquirió legitimidad democrática. De esta manera, además, el Acuerdo ingresó al ordenamiento jurídico colombiano. Esta conclusión encuentra fundamento en los arts. 4º y 5º del AL 01 de 7 de julio de 2016⁶⁴. Según el art. 4º de este AL el Acuerdo de Paz ingresaría al bloque de constitucionalidad para ser tenido en cuenta como criterio de interpretación de las normas que se profieran durante su implementación una vez este hubiera “sido firmado y entrado en vigor”. Asimismo, esta norma hace referencia a la “aprobación del Acuerdo Final” precisamente mediante el Congreso. Más aún, según el art. 5º dicho AL solo regiría “a partir de la refrendación popular” del Acuerdo, lo cual, dada la coyuntura que se presentó con el plebiscito realizado el 2 de octubre de 2016, tuvo lugar precisamente el 30 de noviembre de ese año al ser aprobado finalmente por la Cámara de Representantes. Es decir que solo a partir de ese momento tendría vigencia el art. 4º y en consecuencia se incorporaría el Acuerdo al bloque de constitucionalidad.

19

⁶² Ver Acuerdo Final (nota al pie 4), Protocolo y Anexos del capítulo de dejación de armas (DA) del Acuerdo de Cese al Fuego y de Hostilidades Bilateral y Definitivo (CFHBD), pág. 271.

⁶³ Ver “Al proceso de paz le llegó el ‘Día D’”, publicado en [Verdadabierta.com](http://www.verdadabierta.com) el 1º de diciembre de 2016, disponible en: <http://www.verdadabierta.com/procesos-de-paz/farc/6489-al-proceso-de-paz-le-llego-el-dia-d> (fecha última consulta: 11 de julio de 2017); “Acuerdo de paz con las Farc entra en vigor, hoy es el día D”, publicado en *Ámbito Jurídico* el 1º de diciembre de 2016, disponible en: <https://www.ambitojuridico.com/bancoconocimiento/administracion-publica/acuerdo-de-paz-con-las-farc-entra-en-vigor-hoy-es-el-dia-d> (fecha última consulta: 11 de julio de 2017).

⁶⁴ Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera.

Artículo 10. *Deber de investigar, esclarecer, perseguir y sancionar.* Lo previsto en esta ley no se opone al deber del Estado colombiano de investigar, esclarecer, perseguir y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y las graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, conforme a lo establecido en el acuerdo de Jurisdicción Especial para la Paz.

Literatura: JUANA ACOSTA/CINDY ESPITIA, *Pasado, presente y futuro de la justicia transicional en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, en prensa, 2017; JUANA ACOSTA/CINDY ESPITIA, *La justicia transicional a la luz del derecho internacional: la postura de la Corte Constitucional*, en prensa, 2017; KAI AMBOS, *Impunidad y derecho penal internacional*, 2ª ed., Buenos Aires, Ad-hoc, 1999; CRISTIAN CORREA, *Verdad, justicia y reparación: los grupos vulnerables y la justicia transicional. Terrorismo, justicia transicional y grupos vulnerables*, 2014, págs. 129-149; EZEQUIEL MALARINO, “Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Fundación Konrad-Adenauer Stiftung e. V., 2010, págs. 25-61; ANGÉLIKA RETTBERG, *Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2005; *Transitional Justice Institute*, Las pautas de Belfast sobre amnistía y responsabilidad, 2014.

Jurisprudencia internacional: CorteIDH, Caso Barrios Altos vs. Perú, fondo, sent. de 14 de marzo de 2001; CorteIDH, Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia, reparaciones y costas, sent. de 27 de febrero de 2002 (Serie C No. 92); CorteIDH, Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, fondo, reparaciones y costas, sent. de 25 de noviembre de 2003 (Serie C No. 101); CorteIDH, Caso 19 Comerciantes vs. Colombia, fondo, reparaciones y costas, sent. de 5 de julio de 2004 (Serie C No. 109); CorteIDH, Caso Huilca Tecse vs. Perú, sent. de 3 de marzo de 2005; CorteIDH, Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador, sent. del 1º de marzo de 2005; CorteIDH, Caso Almonacid Arellano vs. Chile, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sent. de 26 de septiembre de 2006; CorteIDH, Caso La Cantuta vs. Perú, fondo, reparaciones y costas, sent. de 29 de noviembre de 2006; CorteIDH, Caso García Prieto y otros vs. El Salvador, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sent. de 20 de noviembre de 2007 (Serie C No. 168); CorteIDH, Caso Ticona Estrada y otros vs. Bolivia, fondo, reparaciones y costas, sent. de 27 de noviembre de 2008 (Serie C No. 191); CorteIDH, Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, sent. de 23 de noviembre de 2009; CorteIDH, Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia, sent. de 1º de septiembre de 2010; CorteIDH, Caso

Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sent. de 26 de mayo de 2010 (Serie C No. 213); CorteIDH, Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil, sent. de 24 de noviembre de 2010, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas; CorteIDH, Caso Vera Vera y otra vs. Ecuador, sent. de 19 de mayo de 2011; CorteIDH, Caso Gelman vs. Uruguay, sent. de 24 de febrero de 2011, fondo y reparaciones; CorteIDH, Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina, sent. de 26 de agosto de 2011; CorteIDH, Caso Gudiel Álvarez (Diario Militar) vs. Guatemala, fondo reparaciones y costas, sent. de 20 noviembre de 2012 (Serie C No. 253); CorteIDH, Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia, sent. de 14 de noviembre de 2014; TEDH, Case of Abdülsamet Yaman vs. Turkey, sent. de 2 de noviembre de 2004 (Application No. 32446/96); TPIY, Prosecutor vs. Furundžija, sent. de 10 de diciembre de 1998 (Case No. IT-95-17/1-T); TESL, Prosecutor vs. Gbao, Appeals Chamber, Decision on Preliminary Motion on the Invalidity of the Agreement Between the United Nations and the Government of Sierra Leone on the Establishment of the Special Court, 25 de mayo de de 2004 (Decision No. SCSL-04-15-PT-141).

Jurisprudencia nacional: Corte Const., sents. T-553 de 28 de noviembre de 1995; T-406 de 23 de mayo de 2002; T-1051 de 28 de noviembre 2002; C-818 de 9 de agosto de 2005; C-370 de 18 mayo de 2006; SU-254 de 24 de abril de 2013; C-579 de 28 de agosto de 2013; C-180 de 27 de marzo de 2014; C-286 de 20 de mayo de 2014; C-577 de 6 de agosto de 2014; C-795 de 30 de octubre de 2014; T-037 de 28 de enero de 2015; C-694 de 11 de noviembre de 2015; C-084 de 24 de febrero de 2016; T-130 de 14 de marzo de 2016.

Otros documentos: Consejo de Seguridad ONU, Estado de derecho y la justicia en transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, 3 de agosto de 2004 (S/2004/616; ONU); Report of the Special Rapporteur on the promotion of truth, justice, reparation and guarantees of non-recurrence, 27 de agosto de 2014 (A/HRC/27/56); Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, El derecho a la verdad (UN Doc. A/HRC/5/7), 7 de junio de 2007; Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Amnistías (HR/PUB/09/1), Publicación de las Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2009; Informe del Secretario General al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos (U.N. Doc. S/2004/616), 3 de agosto de 2004; ONU, Report of the Special Rapporteur on the promotion of truth, justice, reparation and guarantees of non-recurrence, 27 de agosto de 2014 (A/HRC/27/56).

Dado el carácter central y transversal del deber de investigar, esclarecer, perseguir y sancionar graves violaciones a los DD. HH. y graves infracciones al DIH en la implementación de mecanismos de racionalización de la acción

penal, como lo son las amnistías, indultos y tratamientos penales especiales contemplados en la LA, se analizará i) la conformidad de la disposición con el DI y la Const. Pol.; iii) las consecuencias jurídicas que emanan de su contenido; iii) su naturaleza jurídica, y iv) su relación con el Acuerdo de Paz¹ y los arts. 23 y 46 de la LA.

2 Una revisión textual del art. 10, permite identificar una distinción entre la formulación de la obligación internacional y la estipulada en la Ley. Al respecto, derivaremos la obligación internacional de la doctrina y jurisprudencia del Sistema Interamericano, no porque esta no se desprenda también del sistema universal, sino porque es en el ámbito regional donde mejor ha sido desarrollada y donde además ha sido aplicada a los casos colombianos².

3 Así, la CorteIDH ha interpretado que el deber de investigar, *juzgar* y sancionar³, a pesar de que no se encuentra comprendido expresamente en la CADH⁴, se deriva del deber de garantía, contenido en el art. 1.1 de dicho instrumento. Este mismo deber quedó consagrado en la LA como el deber del Estado de investigar, *esclarecer, perseguir* y sancionar graves violaciones a

¹ Ver Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, versión de 24 de noviembre de 2017, apartado 5.1.2. Disponible en: <https://www.mesadeconversaciones.com.co/comunicados/acuerdo-final-para-la-terminaci%C3%B3n-del-conflicto-y-la-construcci%C3%B3n-de-una-paz-estable-y-l> (fecha de consulta: 13 de febrero de 2017).

² Cfr. AMBOS, *Impunidad y derecho penal internacional*, 2ª ed., Buenos Aires, Ed. Ad-hoc, 1999.

³ En contextos de normalidad: CorteIDH, Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, fondo, reparaciones y costas, sent. de 25 de noviembre de 2003 (Serie C No. 101), párr. 275; CorteIDH, Caso Gudiel Álvarez (Diario Militar) vs. Guatemala, fondo, reparaciones y costas, sent. de 20 noviembre de 2012 (Serie C No. 253), párr. 234; CorteIDH, Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sent. de 26 de mayo de 2010 (Serie C No. 213), párr. 218. En contextos de JT: CorteIDH, Caso Barrios Altos vs. Perú, fondo, sent. de 14 de marzo de 2001; CorteIDH, Caso Almonacid Arellano vs. Chile, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sent. de 26 de septiembre de 2006; CorteIDH, Caso La Cantuta vs. Perú, fondo, reparaciones y costas, sent. de 29 de noviembre de 2006; CorteIDH, Caso Gelman vs. Uruguay, fondo y reparaciones, sent. de 24 de febrero de 2011; CorteIDH, Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sent. de 24 de noviembre de 2010.

⁴ MALARINO, “Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Fundación Konrad-Adenauer Stiftung e. V., 2010, págs. 25-61.

los DD. HH. y graves infracciones al DIH. En ese orden de ideas, surge la pregunta de si de esta diferencia en la formulación se deriva alguna consecuencia relevante para el alcance del principio. Así pues, existen dos caminos para su interpretación; el primero, parte de una lectura sistemática del estándar a la luz de la jurisprudencia de la Corte Const. y de la CorteIDH. Mientras que el segundo parte de una interpretación exegética y gramatical de su contenido. Cualquiera de los dos caminos, en nuestra opinión, llevará a una misma conclusión; el art. 10 no amplía ni restringe el estándar internacional.

La Corte Const. en su jurisprudencia ha reconocido la existencia de la obligación internacional de investigar y esclarecer los hechos relacionados con las graves violaciones a los DD. HH. y al DIH, como también de perseguir y sancionar a los responsables⁵. Esta conclusión ha sido extraída por la Corte Const. a partir de la jurisprudencia de la CorteIDH⁶. De esta forma, haciendo una interpretación sistemática, el art. 10 únicamente cristaliza la interpretación constitucional de una obligación internacional que tiene el Estado colombiano para investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los DD. HH. y al DIH⁷. La importancia de este deber para Colombia además se desprende del hecho de que el Tribunal Constitucional lo ha identificado como un pilar esencial de

4

⁵ Ver Corte Const., sent. SU-254 de 24 de abril de 2013, tercer punto del fundamento de la decisión y la sent. C-715 de 13 de septiembre de 2012, cuarto punto del fundamento de la decisión. En ambas, la Corte Const. ha determinado que el derecho a la justicia de las víctimas implica la obligación de investigar y esclarecer las violaciones, además de perseguir y sancionar a los responsables.

⁶ Al respecto ver Corte Const., sent. C-579 de 28 de agosto de 2013, en el punto 8.1.3.1 del fundamento de la decisión donde el tribunal constitucional hace referencia a las siguientes sentencias de la CorteIDH en los casos: Velásquez Rodríguez vs. Honduras de 29 de julio de 1988, párr. 166, Durand y Ugarte vs. Perú de 16 de agosto de 2000, párrs. 129 y 130; Barrios Altos vs. Perú de 14 de marzo de 2001, párrs. 41 al 48; Myrna Chang vs. Guatemala de 25 de noviembre de 2003, párr. 274; 19 Comerciantes vs. Colombia de 5 de julio de 2004, párrs. 176-177 y 262-263; Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador de 1º de marzo de 2005, párrs. 166 y 170-172; Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil de 24 de noviembre de 2010, párr. 137; Contrera y otros vs. El Salvador de 31 de agosto de 2011, párrs. 126 y 127; Masacre de Río Negro vs. Guatemala de 4 de septiembre de 2012, párrs. 254-257; Masacre de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador de 25 de octubre de 2012, párrs. 242-249; entre otros; además Corte Const., sent. T-595 de 30 de agosto de 2013, cuarta consideración específica que toma el criterio como conclusión propia del estándar internacional.

⁷ Cfr. Corte Const., sent. C-579 de 28 de agosto de 2013 en el punto 8.1.2 donde reconoce que del deber de garantizar los DD. HH. se deriva la obligación de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los mismos. Para más información, se pueden consultar otras sents. de la Corte Const., como la T-553 de 28 de noviembre de 1995; T-406 de 23 de mayo de 2002; y T-1051 de 28 de noviembre 2002.

la Const. Pol. al materializar en su cumplimiento las obligaciones de respeto, garantía y protección de los DD. HH., derivadas del principio de Estado Social de Derecho⁸.

5 Por otro lado, la segunda interpretación con fundamento en un criterio exegético, parte de las diferencias antes mencionadas, al incluir los términos *esclarecer* y *perseguir* que son utilizados por el texto legal. En cuanto al primero, la Corte IDH en reiteradas ocasiones ha afirmado que solo si se esclarecen las circunstancias de las violaciones a los DD. HH. el Estado habrá cumplido con su obligación de investigar y eventualmente sancionar, consagrada en la CADH⁹. De tal manera que el esclarecimiento de los hechos parece ser un presupuesto para el cumplimiento de la obligación de investigar, y de esta manera no existe modificación al contenido del estándar internacional. En cuanto al segundo término, con el cual se consagra la obligación de perseguir a los responsables de cometer graves violaciones a los DD. HH., que parecería ser distinta a la obligación de juzgar, la CorteIDH en su jurisprudencia tampoco ha planteado diferencias significativas¹⁰. Lejos de esto, ha aplicado los conceptos

⁸ Cfr. Corte Const., sents. C-084 de 24 de febrero de 2016. párrs. 82-85; C-370 de 18 mayo de 2006; C-579 de 28 de agosto de 2013; C-694 de 11 de noviembre de 2015.

⁹ Cfr. CorteIDH, Caso 19 Comerciantes vs. Colombia, fondo, reparaciones y costas, sent. de 5 de julio de 2004 (Serie C No. 109), párr. 176; CorteIDH, Caso García Prieto y otros vs. El Salvador, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sent. de 20 de noviembre de 2007 (Serie C No. 168), párr. 154; CorteIDH, Caso Ticona Estrada y otros vs. Bolivia, fondo, reparaciones y costas, sent. de 27 de noviembre de 2008 (Serie C No. 191), párr. 80; CorteIDH, Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia, reparaciones y costas, Corte Const., sent. 27 de febrero de 2002 (Serie C No. 92), párr. 109.

¹⁰ Por otra parte, resulta relevante que la CorteIDH defina la impunidad como “la falta en su conjunto de investigación, *persecución*, *captura*, *enjuiciamiento* y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana”, diferenciando en el concepto entre *persecución*, *captura*, *juicio* y *condena*. Pero sobre esta diferencia la Corte tampoco profundiza demasiado, al respecto ver sentencias: CorteIDH, Caso Huilca Tecse vs. Perú de 3 de marzo de 2005, párr. 82; CorteIDH, Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador de 1º de marzo de 2005, párr. 60; CorteIDH, Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina de 26 de agosto de 2011, párr. 133; CorteIDH, Caso 19 Comerciantes vs. Colombia de 5 de julio de 2004, párr. 175; CorteIDH, Caso Vera Vera y otra vs. Ecuador de 19 de mayo de 2011, párr. 97; CorteIDH, Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos de 23 de noviembre de 2009, párr. 212; de esto es posible inferir que esa distinción no está conectada con la obligación de investigar, juzgar y sancionar, y en ese orden de ideas tampoco estaría conectada con la relación entre perseguir y juzgar a la que se refiere el presente texto.

de juzgar y perseguir como sinónimos¹¹. En este sentido, el contenido de la obligación internacional y del estándar de la LA es exactamente el mismo.

Así, tomando en consideración que el art. 10 señala que la LA no se opondrá al deber de investigar, esclarecer, perseguir y sancionar *las graves violaciones a los derechos humanos y las graves infracciones al DIH*, este cumple con los estándares que han surgido en el DIDH y el ordenamiento jurídico interno. Como se verá a continuación, no solo materializa los criterios mínimos que, de acuerdo con órganos internacionales, la Const. Pol. y la Corte Const., deben estar presentes en marcos de JT, sino que además acoge la regla de derecho más estricta que ha surgido sobre la materia.

En el DIDH, especialmente en el seno de la CorteIDH¹², ha surgido una álgida discusión alrededor del contenido de la obligación de los Estados de investigar, juzgar y sancionar en contextos de JT y los límites que, en tal sentido, existen en la facultad del Estado de renunciar a la acción penal o a la ejecución de la pena¹³. Si bien parece que ha surgido una tendencia a aceptar una flexibilización de la obligación en procesos de JT¹⁴, existe consenso respecto

¹¹ Cfr. por ejemplo con la sent. de la CorteIDH, Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia de 26 de mayo de 2010, párr. 154, en la cual se usó el término *perseguir* como sinónimo de *juzgar*; sent. de la CorteIDH, Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá de 12 de agosto de 2008 (Serie C No. 186), párr. 203, donde el Tribunal determina que el deber *perseguir* conductas ilícitas deriva de la obligación general de garantizar el respeto de los DD. HH., nuevamente siendo intercambiable con el término de *juzgar*; lo mismo ocurre en las sents. de la CorteIDH: Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México de 16 de noviembre de 2009, párr. 346; CorteIDH, Caso Suárez Peralta vs. Ecuador de 21 de mayo de 2013, párr. 175; CorteIDH, Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia de 1º de septiembre de 2010, párr. 207; y finalmente CorteIDH, Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia de 14 de noviembre de 2014, párr. 459.

¹² La CorteIDH ha tenido la oportunidad de abordar la convencionalidad del contenido y aplicación de marcos de JT en América Latina. En cinco ocasiones –Caso Barrios Altos vs. Perú, Caso Almonacid Arellano vs. Chile, Caso la Cantuta vs. Perú, Caso Gelman vs. Uruguay y Caso Gomes Lund y otros vs. Brasil–. La Corte analizó la responsabilidad internacional de los Estados por el incumplimiento de la obligación de investigar, juzgar y sancionar en contextos de JT de dictadura a democracia. Solo en una oportunidad –Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador– la Corte estudió el alcance y contenido de tal obligación en el tránsito del conflicto armado hacia la paz.

¹³ Esta discusión ha sido objeto de análisis en ACOSTA/ESPITIA, *Pasado, presente y futuro de la JT en el sistema interamericano de derechos humanos*, en prensa, 2017; texto que servirá, en gran parte, de fundamento en el desarrollo de este comentario.

¹⁴ RETTBERG, *Entre el perdón y el piedadón: preguntas y dilemas de la justicia transicional*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2005, pág. IX; DE GREIFF, “Los esfuerzos de

a que dicha adecuación no debe ser arbitraria o ilimitada¹⁵. Es por esto por lo que el debate se ha centrado en determinar qué tanto se puede ceder y qué tanto se pueden armonizar los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación de las víctimas¹⁶ con la búsqueda de la paz.

8 A pesar de que la discusión ha tenido múltiples aristas¹⁷, esta parece centrarse en dos posiciones principales. Por un lado, se señala que los Estados, en contextos de JT, no pueden omitir su deber de investigar, juzgar y sancionar, y por tanto no pueden otorgar amnistías u otro mecanismo equivalente a los responsables de *graves violaciones a los derechos humanos*¹⁸ –estándar

reparación en una perspectiva internacional: el aporte de la compensación al logro de la justicia imperfecta”, en *Estudios Socio-Jurídicos*, 2005, vol. 7, págs. 153-199; CORREA, *Verdad, justicia y reparación: los grupos vulnerables y la justicia transicional. Terrorismo, justicia transicional y grupos vulnerables*, 2014, págs. 129-149; ONU, *Report of the Special Rapporteur on the promotion of truth, justice, reparation and guarantees of non-recurrence*, 27 de agosto de 2014 (A/HRC/27/56); *Transitional Justice Institute, Las pautas de Belfast sobre amnistía y responsabilidad*, 2014, págs. 6-10.

¹⁵ ONU, *Report of the Special Rapporteur on the promotion of truth, justice, reparation and guarantees of non-recurrence*, 27 de agosto de 2014 (A/HRC/27/56); *Transitional Justice Institute, Las pautas de Belfast sobre amnistía y responsabilidad*, 2014, págs. 6-10; Consejo de Seguridad de la ONU, *Estado de derecho y la justicia en transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, 3 de agosto de 2004 (S/2004/616).

¹⁶ La flexibilización del estándar, bajo ninguna circunstancia, puede suponer una limitación al núcleo esencial de los derechos a la verdad, justicia y reparación de las víctimas.

¹⁷ La definición del alcance de la obligación del Estado de investigar, juzgar y sancionar en contextos de JT no ha sido unívoca. Diversas posturas han surgido, no solo por la cantidad de actores que han participado en la discusión, sino también por la heterogeneidad de las posiciones que los mismos órganos internacionales han manifestado. A modo de ejemplo, la CorteIDH, en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, señaló ocho expresiones, con consecuencias jurídicas diferentes, al referirse a los límites de las amnistías. El Tribunal afirmó que se deben investigar, juzgar y sancionar –y por tanto estarán prohibidas las amnistías– frente a (i) crímenes de lesa humanidad, (ii) infracciones graves al DIH, (iii) serias violaciones al derecho internacional, (iv) crímenes de guerra, (v) crímenes internacionales, (vi) violaciones de los derechos reconocidos por la Convención y (vii) graves violaciones a los derechos humanos. Cfr. ACOSTA/ESPITIA, *Pasado, presente y futuro de la JT en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, en prensa, 2017.

¹⁸ Sistema Universal: Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos. El derecho a la verdad (UN Doc. A/HRC/5/7), 7 de junio de 2007, párrs. 20, 240; Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos, *Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que*

más estricto— y, por otro, en el Caso Masacres de El Mozote vs. El Salvador, se afirma que esta prohibición solo se predica frente a los *crímenes internacionales* —estándar más flexible—¹⁹.

En este caso, el art. 10 de la LA acoge la primera postura, es decir, el estándar más riguroso, en tanto no se requiere de una cualificación especial o la configuración de elementos contextuales para que una grave violación a los DD. HH., por sí misma, sea necesariamente, y sin excepción, objeto de persecución por parte del Estado. 9

La incorporación en el art. 10 del estándar más estricto trae importantes consecuencias jurídicas. En primer lugar, podría pensarse que acoger el estándar más estricto ayudaría a que la LA pase más fácilmente un control de constitucionalidad por parte de la Corte Const. —como en efecto ocurrió²⁰—, así 10

han salido de un conflicto, Amnistías (HR/PUB/09/1), Publicación de las Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2009; Informe del Secretario General al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos (U.N. Doc. S/2004/616), 3 de agosto de 2004; Sistema europeo de derechos humanos: TEDH, Case of Abdülşamet Yaman v. Turkey, sent. de 2 de noviembre de 2004 (Application No. 32446/96), párr. 55, 261; esta regla ha sido reiterada en casos que versan sobre transiciones de dictadura a democracia: CorteIDH, Caso Barrios Altos vs. Perú, fondo, sent. de 14 de marzo de 2001; CorteIDH, Caso Almonacid Arellano vs. Chile, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sent. de 26 de septiembre de 2006; CorteIDH, Caso La Cantuta vs. Perú, fondo, reparaciones y costas, sent. de 29 de noviembre de 2006; CorteIDH, Caso Gelman vs. Uruguay, fondo y reparaciones, sent. de 24 de febrero de 2011; CorteIDH, Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sent. de 24 de noviembre de 2010. Corte Const., sents. T-130 de 2016; T-037 de 2015; C-694 de 2015 y C-577 fe 2014.

¹⁹ Tribunales penales internacionales: TPIY, Prosecutor v. Furundžija, sent. de 10 de diciembre de 1998 (Case No. IT-95-17/1-T), párr. 155; TESL, Prosecutor v. Gbao, Appeals Chamber, Decision on Preliminary Motion on the Invalidity of the Agreement Between the United Nations and the Government of Sierra Leone on the Establishment of the Special Court (Decision No. SCSL-04-15-PT-141), 25 de mayo de 2004, párr. 10; Res. 1757 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (ONU Doc. S/RES/1757), 30 de mayo de 2007; Estatuto del TESL, 16 de enero de 2002, art. 10. DIH: II PA. Art. 6.5 y Regla Consuetudinaria no. 159. CorteIDH: Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, fondo, reparaciones y costas, sent. de 25 de octubre de 2012; Corte Const., sent. C-579 de 2013.

²⁰ Corte Const., Comunicado 08 de 1º de marzo de 2018, el Tribunal declaró la constitucionalidad del art. 10 de la LA.

como un control de convencionalidad por parte de órganos internacionales, especialmente del Tribunal Interamericano²¹.

11 Así, teniendo en cuenta la discusión sobre el alcance del deber de investigar, juzgar y sancionar en procesos de JT –ya abordado–; pero además la disparidad de posturas, expresadas tanto por la CorteIDH²² como por la Corte Const.²³,

²¹ Es importante recordar que la CorteIDH, en seis ocasiones, ha analizado leyes de amnistía a la luz de la CADH. En estos seis casos, el Tribunal concluyó que las disposiciones carecían de efectos jurídicos por desconocer los estándares del DIDH: CorteIDH, Caso Barrios Altos vs. Perú, fondo, sent. de 14 de marzo de 2001; CorteIDH, Caso Almonacid Arellano vs. Chile, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sent. de 26 de septiembre de 2006; CorteIDH, Caso La Cantuta vs. Perú, fondo, reparaciones y costas, sent. de 29 de noviembre de 2006; CorteIDH, Caso Gelman vs. Uruguay, fondo y reparaciones, sent. de 24 de febrero de 2011; CorteIDH, Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sent. de 24 de noviembre de 2010; CorteIDH, Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, fondo, reparaciones y costas, sent. de 25 de octubre de 2012.

²² No es clara aún la posición de la CorteIDH frente al estándar que se debe aplicar en contextos de transición de conflicto armado a paz. Como ya se señaló, en los casos de transición de dictadura a democracia, la Corte reiteró la regla de que no podrán otorgarse amnistías a responsables de cometer graves violaciones a los derechos humanos. En el caso El Mozote vs. El Salvador, la CorteIDH señaló que i) el marco normativo debía analizarse a la luz del PA II a los CG y la regla consuetudinaria No. 159 y ii) en consecuencia, los Estados, al finalizar un conflicto armado, deben procurar otorgar la amnistía más amplia posible, salvo para responsables de cometer crímenes de guerra y de lesa humanidad. A pesar de que en esta sentencia parece configurarse la regla que podría ser aplicable al caso colombiano, por la similitud de los contextos –la terminación del conflicto armado interno– la CorteIDH, en el caso Rochac Hernández vs. El Salvador, a pesar de versar sobre hechos que ocurrieron en el marco del conflicto armado, reiteró la regla desarrollada en contextos de transición de dictadura a democracia. Esta decisión, junto a las múltiples interpretaciones que han surgido de la sentencia de El Mozote, dificultan la identificación de los estándares que podrían ser aplicados a Colombia.

²³ La Corte Const. tampoco ha desarrollado una única postura sobre la materia. En la sent. C-579 de 2013 acogió el estándar de la sent. de El Mozote, al analizar el MJP. En las sents. SU-254 de 2013, C-180 de 2014, C-286 de 2014 y C-577 de 2014 señaló que no es admisible la exoneración de responsables de *graves violaciones* a los derechos humanos. En la sent. C-795 de 2014 indicó que el Estado no puede eximirse de su obligación de investigar los *graves atropellos* en contra de los DD. HH. Cfr. ACOSTA/ESPITIA, *La JT a la luz del DI: La postura de la CC*, en prensa, 2017. En el comunicado de prensa No. 8 de 2018, la Corte Const. señaló que el límite a la potestad del Estado de otorgar mecanismos de racionalización de la acción penal lo constituyen las *graves violaciones* a los derechos humanos.

que dificultan precisar cuál es el límite concreto a la aplicación de mecanismos de racionalización de la acción penal en transiciones de conflicto armado a paz y la eventual regla de derecho que aplicarán para analizar la LA, concebir como principio rector la regla más rigurosa mitiga el riesgo de que la Ley pueda perder efectos jurídicos, por una eventual declaración de responsabilidad internacional del Estado por la CorteIDH.

En segundo lugar, ante el eventual examen de la responsabilidad internacional del Estado, en el marco del análisis de la LA por la CorteIDH, el Tribunal podría aplicar, en principio, el estándar más riguroso, y no el desarrollado en el caso *El Mozote*, en la medida en que, de acuerdo con el art. 29 de la CADH, ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes”.

En tal sentido, debido a que el Estado ha reconocido en la LA un alcance más amplio del deber de investigar, juzgar y sancionar en contextos de JT y, en la medida en que esta obligación redundaría en el derecho de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación, existe la posibilidad de que la CorteIDH analice la responsabilidad del Estado a la luz del contenido del deber que ha sido reconocido por el legislador colombiano y que fue corroborado por la Corte Const. en su pronunciamiento sobre la LA²⁴.

En relación con la naturaleza jurídica de la disposición contenida en el art. 10 de la LA, es preciso resaltar que el deber de investigar, esclarecer, perseguir y sancionar ha sido consagrado por la propia ley como un *principio*²⁵. Tal reconocimiento supone, en los términos de la Corte Const., que la disposición tendrá tres funciones esenciales en la LA; i) fundamentar dicha ley, en tanto fija los criterios básicos o pilares estructurales de la norma; ii) servir como instrumento de interpretación, ya que constituye una guía hermenéutica para “descifrar el contenido normativo de las reglas jurídicas que, al momento de su aplicación, resulten oscuras, indeterminadas, imprecisas o aún contradictorias”²⁶, y iii) fungir como fuente integradora, en caso de insuficiencia normativa²⁷.

²⁴ “La Corte recordó que el otorgamiento de amnistías al cese de las hostilidades es una facultad expresamente reconocida a los Estados por el derecho internacional humanitario, según el art. 6.5 del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949. En todo caso, resaltó que existen ciertos límites a la concesión de este tipo de beneficios, que giran alrededor de las obligaciones de (i) investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos y las graves infracciones al derecho internacional humanitario”. Corte Const., Comunicado 08 de 1º de marzo de 2018. El Tribunal declaró la constitucionalidad del art. 10 de la LA.

²⁵ No se desprende ni de la ley ni de la exposición de motivos, lo que el propio legislador entendió como “principio”.

²⁶ Corte Const., sent. C-818 de 2005.

²⁷ *Ibíd.*

15 Por último, la función hermenéutica que desempeñará el art. 10, dentro del cuerpo normativo, supone necesariamente analizar si existe correspondencia entre el contenido del principio y lo establecido en los arts. 23 y 46 de la LA; disposiciones que definen las conductas que, bajo ninguna circunstancia, podrán ser objeto de aplicación de tratamientos penales especiales²⁸.

16 Tanto en el punto 40, del apartado 5.1.2. del Acuerdo de Paz, como en los arts. 23 y 46 de la LA, se establece que no serán objeto de amnistía, indulto o beneficio equivalente i) los delitos de lesa humanidad, ii) los graves crímenes de guerra²⁹, iii) la toma de rehenes, iv) la tortura, v) las ejecuciones extrajudiciales, vi) la desaparición forzada, vii) el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, viii) la sustracción de menores, ix) el desplazamiento forzado y x) el reclutamiento forzado.

17 Sin ánimo de entrar a analizar a profundidad los artículos mencionados de la LA, pues estos serán desarrollados a continuación, el asunto concreto que debe definirse, es qué sucede si alguna *grave violación a los DD. HH. o grave infracción al DIH*, en términos del art. 10, no se encuentra contemplada en las conductas enunciadas en el párrafo anterior. Ante tal supuesto, el art. 10 consagrará un estándar más alto y otras conductas tendrían que ser incluidas, vía interpretación, lo cual resultaría problemático no solo desde el punto de vista constitucional, sino también desde la dogmática penal, especialmente, en relación con el principio de legalidad.

18 Antes de la revisión de la norma por la Corte Const., cobraba fuerza una postura, en virtud de la cual las conductas excluidas para ser objeto de la aplicación de un beneficio penal, en el Acuerdo de Paz y los arts. 23 y 46 de la LA, no eran suficientes para garantizar que ninguna grave violación a los DD. HH. o una grave infracción al DIH se quedara sin ser investigada, juzgada y sancionada. Lo anterior, especialmente, debido a que, como lo señalaban sus expositores, se exigía un requisito adicional –la sistematicidad– a los crímenes de guerra para que pudieran ser excluidos³⁰. Conforme a esta postura, el art. 10 contemplaría un estándar más alto al consagrado en los arts. 23 y 46 de la LA y el Acuerdo de Paz.

²⁸ Estos artículos serán desarrollados y analizados en subsiguientes apartes.

²⁹ En el Acuerdo de Paz y en la LA, los graves crímenes de guerra han sido definidos como toda infracción al DIH que se ha cometido de forma sistemática.

³⁰ Ver, por ejemplo, Comisión Colombiana de Juristas. Demanda de inconstitucionalidad contra el MJP. Presentada ante la Corte Constitucional del Colombia, 29 de diciembre de 2012. Disponible en: <http://www.iccnw.org/documents/ColJuristasdemanda.pdf>. Cfr. ACOSTA/ESPITIA, *Pasado, presente y futuro de la JT en el sistema interamericano de derechos humanos*, en prensa, 2017.

La discusión sobre la materia, en parte, quedó superada ya que la Corte Const. declaró la inexecutable de las expresiones “graves” y “sistematicidad” –en relación con los crímenes de guerra amnistiables– del art. 23, por cuanto, en su criterio, i) se apartan de los estándares internacionales y ii) generan incertidumbre para las víctimas.

Es preciso resaltar que esta decisión, que además pone fin oficialmente al Marco Jurídico para la Paz, resulta considerablemente opuesta al razonamiento efectuado por el Alto Tribunal en la sent. C-579 de 2013; providencia en la que se había señalado que la expresión “grave crimen de guerra” – es decir, la comisión de graves infracciones al DIH de forma sistemática³¹ – no suponía la configuración de un requisito adicional a los señalados en el ER para que se excluya de toda posibilidad de ser objeto de amnistía u otro tratamiento penal especial, sino que, por el contrario, tal sistematicidad exigida hace referencia al nexo que debe existir entre la conducta y el conflicto armado, como parte de un plan organizado o político³².

³¹ Tal definición se encontraba contemplada en el MJP.

³² Corte Const., sent. C-579 de 28 de agosto de 2013.

Artículo 11. Favorabilidad. En la interpretación y aplicación de la presente ley se garantizará la aplicación del principio de favorabilidad para sus destinatarios.

Literatura: LON FULLER, *The morality of law*, Yale University Press, 1969; MALGOSIA FITZMAURICE, “Interpretation of human rights treaties”, en D. Shelton (ed.), *The Oxford handbook of international human rights law*, Oxford, Oxford University Press, 2013; FERNANDO VELÁSQUEZ, *Fundamentos de derecho penal*, Parte general, Universidad Sergio Arboleda, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2017; EUGENIO RAÚL ZAFFARONI/ALEJANDRO ALAGIA/ALEJANDRO SLOKAR, *Derecho penal*, Parte general, 2ª ed., Buenos Aires, Editorial Ediar, 2002.

Jurisprudencia internacional: CorteIDH, Caso 19 Comerciantes vs. Colombia, sent. de 5 de julio de 2004 (Fondo, reparaciones y costas); CorteIDH, Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, sent. de 31 de agosto de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas); CorteIDH, Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname, sent. de 30 de enero de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

Jurisprudencia nacional: Corte Const., sents. C-251 de 1997; C-318 de 1998; T-1319 de 2001; C-200 de 2002; T-272 de 2005; C-592 de 2005; T-091 de 2006; T-085 de 2012; C-438 de 2013; C-313 de 2014; T-121 de 2015; CSJ, Sala de Casación Penal, sent. de 28 de noviembre de 2002 (rad. 17.358); CSJ, Sala de Casación Penal, decisión de 19 de abril de 2017 (rad. 49979); CSJ, Sala de Casación Penal, decisión de 3 de mayo de 2017 (rad. 49891); CSJ, Sala de Casación Penal, decisión de 7 de junio de 2017 (rad. 50291); Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, decisión de 27 de junio de 2017 (rad. 2015 00043); Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, decisión de 20 de abril de 2017 (rad. 11 001 22 52 000 2015 00043).

Otros documentos : CorteIDH, OC- 4/84, 19 de enero de 1984; OC- 5/85, 13 de noviembre de 1985.

I. Introducción

1 El principio de favorabilidad ha sido mencionado en diversos documentos y normatividades relacionados con el Acuerdo de Paz¹. El Acuerdo Final para

¹ Ver también, Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, 24 de noviembre de 2016, Sección “Contenidos, alcances y límites de la concesión de amnistías e indultos, así como de otros tratamientos

la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera dispuso específicamente: “Al momento de determinar las conductas amnistiables o indultables, se aplicará el principio de favorabilidad para el destinatario de la amnistía o indulto, cuando no existiera en el derecho internacional una prohibición de amnistía o indulto respecto a las conductas de que se hubiera acusado a los rebeldes o a otras personas acusadas de serlo”².

Este principio tiene dos manifestaciones: i) el principio *pro homine* o cláusula de favorabilidad en la interpretación de los derechos, y ii) el principio de favorabilidad penal. 2

II. Principio “pro homine” o cláusula de favorabilidad en la interpretación de los derechos

El principio *pro homine* es un criterio hermenéutico desarrollado en el contexto del DIDH. De acuerdo con este criterio, siempre se debe aplicar la regla más favorable a las personas. Este marco interpretativo se fundamenta en que el objeto y fin de los tratados de derechos humanos es la salvaguarda de la dignidad y la eficaz protección de la persona humana³. 3

Varios tratados e instrumentos internacionales universales y regionales contienen previsiones que proveen un marco *pro homine* de interpretación⁴. Estas previsiones han permitido el desarrollo de aproximaciones interpretativas *pro homine* en los organismos y tribunales de derechos humanos⁵. 4

La Corte Constitucional colombiana también ha adoptado este criterio de interpretación para establecer el contenido de los derechos fundamentales⁶. 5

especiales”; Ley 1820 de 2016, art. 21; Decreto 706 de 2017, art. 2º; Decreto 277 de 2017, art. 2º.

² Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, 24 de noviembre de 2016, pág. 149.

³ Ver, por ejemplo, Preámbulo del PIDCP, Preámbulo de la CADH.

⁴ Ver, por ejemplo, art. 5 PIDCP, art. 29 CADH, art. 1 num. 2 Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, arts. 17 y 18 CEDH, art. 10 ER.

⁵ FITZMAURICE, “Interpretation of human rights treaties”, en D. Shelton (ed.), *The Oxford handbook of international human rights law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, págs. 755 y ss.; ver, por ejemplo, CorteIDH, Opinión Consultiva OC- 4/84, 19 de enero de 1984, párr. 20; Opinión Consultiva OC- 5/85, 13 de noviembre de 1985, párr. 46; Caso 19 Comerciantes vs. Colombia, sent. de 5 de julio de 2004 (Fondo, reparaciones y costas), párr. 173.

⁶ Ver, por ejemplo, Corte Const., sents. C-251 de 1997, C-318 de 1998, T-1319 de 2001, C-592 de 2005, C-438 de 2013, C-313 de 2014 y T-121 de 2015.

La Corte ha sostenido que el principio *pro homine* se basa en que el Estado colombiano está fundado en la dignidad humana (art. 1º de la Const.) y tiene como fines garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Const. Pol. (art. 2º)⁷. La Corte ha señalado que el principio *pro homine* o principio de favorabilidad “obliga a que siempre, sin excepción, entre dos o más posibles análisis de una situación, se prefiera aquella que resulte más garantista o que permita la aplicación de forma más amplia del derecho fundamental”⁸.

- 6 Como consecuencia el principio *pro homine* obliga a escoger: (i) la disposición más amplia y protectora sin tener en cuenta su jerarquía o temporalidad y (ii) la interpretación de una disposición que propenda la protección más extensiva.

III. Principio de favorabilidad penal

- 7 Uno de los principios centrales en el derecho penal liberal es el principio de legalidad, el cual implica la prohibición de la retroactividad de la ley penal⁹. La irretroactividad se fundamenta en que conforme a la dignidad humana y la libertad, los ciudadanos deben conocer las leyes anticipadamente para poder determinar su conducta¹⁰. En consecuencia, la regla general es que las conductas se rigen por la ley vigente en el momento en el que tuvieron lugar.

- 8 El principio básico es que las leyes penales se aplican desde su promulgación o la fecha que indiquen para su entrada en vigencia hasta su derogatoria. Sin embargo, este postulado tiene una excepción: el principio de favorabilidad penal, conforme al cual cuando se presenta tránsito de legislaciones penales siempre se debe aplicar la más favorable¹¹. Este principio permite la aplicación ultractiva y retroactiva de la ley. La aplicación ultractiva de la ley es posible cuando la nueva ley es desfavorable en comparación con una derogada, en ese escenario el actor debe ser juzgado por la ley vigente al momento de cometer el hecho delictivo. La aplicación retroactiva de la ley se permite cuando la

⁷ Corte Const., sent. C-438 de 2013.

⁸ Corte Const., sent. T-085 de 2012.

⁹ Art. 15 PIDCP, art. 9 CADH, art. 29 de la Const. Pol.

¹⁰ FULLER, *The morality of law*, Yale University Press, 1969.

¹¹ Art. 15 PIDCP, art. 9 CADH, art. 29 Const. Pol. Ver, CorteIDH, Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, sent. de 31 de agosto de 2004 (Fondo, reparaciones y costas); Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname, sent. de 30 de enero de 2014 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).

nueva ley es más benigna que la anterior, en este caso la nueva ley se aplicará a hechos cometidos con anterioridad a su vigencia¹².

De acuerdo con la CSJ,

9

“el principio de favorabilidad instituido en nuestro ordenamiento jurídico como principio rector y según el cual, en materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable, presupone la existencia de un conflicto de leyes en el tiempo, es decir, de una sucesión de normas que regulen una misma hipótesis fáctica de manera diferente, o le señalan consecuencias jurídicas distintas, resultando una de ellas menos gravosa para los intereses del procesado”¹³.

ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR han señalado que el principio de favorabilidad penal se fundamenta en la naturaleza de la ley penal y en la racionalidad de la acción del Estado:

10

“Si [la ley penal] prevé solo situaciones excepcionales, la sucesión de leyes que altera la incidencia del estado en el círculo de bienes jurídicos del autor denota una modificación de la valoración del conflicto. Si las agencias políticas consideran no racional una injerencia de esa magnitud —o de cualquier otra—, no tiene sentido que el juez la habilite porque se la consideraba razonable en el momento en que el autor cometió el hecho”¹⁴.

La Corte Const. y la CSJ han sostenido que el principio de favorabilidad también es una garantía para los procesados en los casos de coexistencia de normatividades que regulen de manera diferente un mismo supuesto de hecho¹⁵.

11

¹² VELÁSQUEZ, *Fundamentos de derecho penal*, Parte general, Universidad Sergio Arboleda, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2017, pág. 195; VELÁSQUEZ, *Derecho Penal*, Parte general, Medellín, Librería Jurídica Comlibros, 2009, págs. 193, 194. Corte Const., sents. C-200 de 2002, T-272 de 2005, C-592 de 2005.

¹³ CSJ, Sala de Casación Penal, sent. de cas. de 28 de noviembre de 2002 (rad. 17.358).

¹⁴ ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho penal*, Parte general, 2ª ed., Buenos Aires, Editorial Ediar, 2002, pág. 122.

¹⁵ La Corte Const. y la CSJ se pronunciaron en el contexto de la vigencia simultánea de dos CPP, la Ley 600 de 2000 y la Ley 906 de 2004. El CPP de 2004 entró en vigencia gradualmente entre 2005 y 2008, se establecieron cuatro fases, para cada una de ellas se eligieron diferentes distritos judiciales. El CPP de 2004 solo aplica para las conductas cometidas después de su entrada en vigencia en el distrito judicial correspondiente (art. 530). La vigencia simultánea de los dos CPP generó solicitudes de aplicación favorable de las reglas del CPP de 2004 en casos regulados por el CPP de 2000.

- 12 En cuanto a la aplicación del principio de favorabilidad a las leyes procesales, tradicionalmente se ha distinguido entre las leyes sobre ritualidad de los procedimientos y las leyes procesales con efectos sustanciales. La regla general es que las leyes sobre ritualidades o formalismos son de aplicación inmediata (art. 40 Ley 153 de 1887), y por ello, se ha sostenido que no admiten aplicación retroactiva o ultractiva¹⁶. Adicionalmente, algunas disposiciones han limitado la aplicación de la favorabilidad solo a ley procesal penal de efectos sustanciales (art. 6º de la Ley 906 de 2004).
- 13 La Corte Const. ha señalado que las leyes procesales deben interpretarse según el principio de favorabilidad del art. 29 constitucional. De acuerdo con la Corte, “tratándose de la aplicación del principio de favorabilidad en materia penal, no cabe hacer distinción entre normas sustantivas y normas procesales, pues el texto constitucional no establece diferencia alguna que permita un trato diferente para las normas procesales”¹⁷. En consecuencia, la favorabilidad procede frente a cualquier tipo de normas penales: sustantivas, procesales o de ejecución penal¹⁸.

Ver, por ejemplo, Corte Const., sents. C-592 de 2005 y T-091 de 2006. CSJ, auto de 4 de mayo de 2005, Proceso No. 19094.

¹⁶ FERNANDO VELÁSQUEZ, *Fundamentos de derecho penal*, Parte general, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2017, pág. 195.

¹⁷ Corte Const., sent. C-592 de 2005.

¹⁸ Ver, Corte Const., sents. C-200 de 2002, T-272 de 2005 y C-592 de 2005.

Esta postura ha sido sostenida también por FERNANDO VELÁSQUEZ, *Fundamentos de derecho penal*, Parte general, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2017, pág. 195.

La Corte Const. en las sents. C-200 de 2002, T-272 de 2005 y C-592 de 2005 cita jurisprudencia de la CSJ sobre la interpretación del art. 40 de la Ley 153 de 1887 con fundamento en el principio de favorabilidad previsto en la Constitución de 1886. La CSJ sostuvo que el texto constitucional no distinguía entre leyes sustantivas o adjetivas ni procesales. Adicionalmente, la CSJ argumentó que no se podía interpretar el art. 40 de la Ley 153 como limitante de la retroactividad de la ley penal más favorable solo a las leyes penales sustantivas, ya que dicha interpretación equivaldría a darle aplicación preferente a un texto legal sobre una garantía constitucional (La Corte Const. cita: CSJ, Sala de Casación Penal, sents. de 15 de marzo de 1961 y 13 de septiembre de 1945). La Corte Const. en la sent. C-592 de 2005 incorpora la siguiente cita textual de la CSJ: “A pesar de lo dispuesto en el art. 40 de la ley 153 de 1887 sobre la vigencia inmediata de lo relativo a la sustanciación y ritualidad de los juicios, es doctrina constitucional y legal la de que ni siquiera lo que se refiere a procedimiento debe tener aplicación inmediata si, sin solicitud de parte, apareciere como menos favorable, a simple vista, que el procedimiento anterior” (CSJ, auto de 22 de septiembre de 1950. LXVIII, 232; 29 de septiembre de 1950, LXVIII, 271).

IV. Principio de favorabilidad y aplicación de la Ley 1820 de 2016

Al ofrecerse beneficios y tratamientos favorables en contextos transicionales, usualmente se presentan amplios debates con fundamento en el principio de favorabilidad. En efecto, este principio se ha invocado por postulados a la LJP solicitando la aplicación de beneficios previstos en la Ley 1820 de 2016.

14

Por ejemplo, algunos desmovilizados con base en la LJP pertenecientes a grupos armados ilegales diferentes a las FARC han solicitado la libertad condicionada prevista en la Ley 1820. En primer lugar, la CSJ ha señalado que el ámbito de aplicación de la Ley 1820 no incluye a todos los postulados a la LJP, sino solo a los desmovilizados de las FARC—tanto quienes estén en proceso de dejación de armas como quienes se hayan desmovilizado antes del Acuerdo de Paz¹⁹. La CSJ ha precisado:

“[S]on destinatarios de la libertad condicionada tanto los integrantes de las FARC-EP incluidos en los listados elaborados por los representantes de ese grupo subversivo para acceder a la amnistía e indulto regulados en la Ley 1820 de 2016 como quienes han sido condenados, procesados o investigados por su pertenencia o colaboración con esa organización, con independencia de que se hayan desmovilizado del grupo con antelación a la firma del acuerdo, pues ni la ley ni el Acuerdo Final para la Paz los excluye”²⁰.

¹⁹ CSJ, Sala de Casación Penal, decisión de 19 de abril de 2017 (rad. 49979); decisión de 3 de mayo de 2017 (rad. 49891); decisión de 7 de junio de 2017 (rad. 50291). En el mismo sentido, ver Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, decisión de 27 de junio de 2017 (rad. 2015 00043).

Tales sentencias contienen la posición actual de la CSJ y del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en cuanto a que el ámbito de aplicación de la Ley 1820 incluye a los integrantes de las FARC que se desmovilizaron antes del Acuerdo de Paz. Cabe mencionar que la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá en una decisión anterior sostuvo la posición contraria. Al analizar la aplicabilidad de la normativa que desarrolla el Acuerdo Final de Paz, en particular los arts. 1º y 3º de la Ley 1820, esta Sala argumentó que solo cobija a los integrantes del grupo armado ilegal que estén en proceso de dejación de armas—Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, 14 de marzo de 2017 (rad. 2014 0110)—. La magistrada Uldi Teresa Jiménez López presentó salvamento de voto frente a la posición mayoritaria, señalando que los postulados bajo la LJP pertenecientes a las FARC sí son destinatarios de la Ley 1820. La CSJ revocó dicha decisión del Tribunal, sentando la posición actual—CSJ, AP2789-2017, 3 de mayo de 2017 (rad. 49891)—.

²⁰ CSJ, Sala de Casación Penal, decisión de 19 de abril de 2017 (rad. 49979).

15 En segundo lugar, la Corte Suprema de Justicia y la Sala de Justicia y Paz del Tribunal de Bogotá han concluido que la libertad condicionada (Ley 1820) no puede ser aplicada en virtud del principio de favorabilidad a los postulados a la LJP pertenecientes a grupos armados ilegales diferentes a las FARC, en tanto la figura de la libertad condicionada no está prevista ni tiene equivalente en la LJP. Por ello, no se trata de normativas que regulen un mismo supuesto de hecho de manera diferente²¹.

Al respecto, vale la pena mencionar el siguiente argumento de la CSJ:

“no sobra recordar que dicho principio aplica frente a supuestos de hechos similares que reciben soluciones diferentes en estatutos sucesivos en el tiempo, constituyendo un requisito esencial para pregonar su concesión, la identidad en el objeto de regulación, situación no concurrente en el caso examinado donde la figura de la libertad condicionada no está contenida en la Ley de Justicia y Paz mientras que sí hace parte de la Ley 1820 de 2016”²².

16 Adicionalmente, es posible que surjan cuestiones de favorabilidad en relación con el derecho sustancial aplicable. El Acuerdo de Paz indica que el marco jurídico de referencia para la calificación jurídica de las conductas incluye el CP colombiano, el DPI, el DIDH y el DIH, siempre con la aplicación obligatoria del principio de favorabilidad²³. La Corte Const. ha precisado que aunque el principio de favorabilidad es garantía fundamental y el SIVJRN implica la aplicación de diferentes fuentes normativas, la aplicación del principio de favorabilidad no supone el desconocimiento de los derechos de las víctimas o de la comunidad ni de las obligaciones internacionales del Estado. De acuerdo con el marco constitucional colombiano, que comprende el bloque de constitucionalidad, deben armonizarse todos los principios involucrados²⁴.

17 Una de las cuestiones de favorabilidad que puede surgir está relacionada con la aplicación de un sistema complejo de fuentes para la calificación de la conducta. Es de resaltar que la lista de delitos por los que no procede la amnistía o el indulto (arts. 23 y 30) contiene categorías de crímenes internacionales

²¹ CSJ, Sala de Casación Penal, decisión de 19 de abril de 2017 (rad. 49979); decisión de 7 de junio de 2017 (rad. 50291); Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, decisión de 27 de junio de 2017 (rad. 2015 00043) y decisión de 20 de abril de 2017 (rad. 11 001 22 52 000 2015 00043).

²² CSJ, Sala de Casación Penal, decisión de 19 de abril de 2017 (rad. 49979),

²³ Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, 24 de noviembre de 2016, pág. 147, par. 19, art. transitorio 5º del AL I de 2017.

²⁴ Corte Const., sent. C-007 de 2018, párrs. 637, 638.

que no están tipificados en la normativa penal colombiana de la misma manera. Por ejemplo, la lista incluye ejecuciones extrajudiciales, aunque estas conductas no están previstas bajo esa categoría en el derecho doméstico. En el Código Penal colombiano dichas conductas son reguladas en los delitos de homicidio agravado y homicidio en persona protegida, los cuales no aparecen en el listado de delitos no amnistiables o indultables²⁵.

Otra de las posibles cuestiones de favorabilidad que puede surgir se deriva de la inclusión de categorías vagas e imprecisas en la lista de delitos para los que no pueden concederse amnistías o indultos. Por ejemplo, “otras formas de violencia sexual” (arts. 23 y 30) es una categoría amplia que no tiene correspondencia exacta con los tipos penales del derecho penal doméstico y puede generar interpretaciones diversas²⁶.

Estas y otras cuestiones de favorabilidad que surjan en la implementación de la ley serán resueltas por el operador judicial competente. Es de recordar que la determinación de la ley más favorable o benigna se debe analizar en concreto, teniendo en cuenta las particularidades de cada caso. El operador judicial en la justicia ordinaria o en el SIVJNR debe esbozar soluciones hipotéticas del caso según las diferentes leyes, comparar los resultados que puede generar la aplicación de cada ley, y escoger la más favorable al procesado²⁷.

²⁵ Al respecto ver los comentarios de los arts. 23 (TARAPUÉS), 30 (ZULUAGA) y 46 (COTE).

²⁶ Al respecto ver los comentarios de los arts. 23 y 30 (TARAPUÉS), 30 (ZULUAGA) y 46 (COTE).

²⁷ FERNANDO VELÁSQUEZ, *Fundamentos de derecho penal*, Parte general, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2017, pág. 196; ver, Corte Const., sents. C-200 de 2002 y C-592 de 2005.

Artículo 12. *Debido proceso y garantías procesales.* En todas las actuaciones judiciales y administrativas que se deriven de la presente ley, se respetarán los principios y garantías procesales del debido proceso y del derecho a la defensa.

Literatura: *Amnesty International*, Fair Trial Manual, 2014; KAI AMBOS, *Treatise on International Criminal Law*, Vol. III: International Criminal Procedure, Oxford, Oxford University Press, 2016; DOUGLAS BELOOF, “The Third Model of Criminal Process: The Victim Participation Model,” en *Utah L. Rev.* 289, 1999; DOUGLAS BELOOF,/PAUL CASSELL/STEVEN TWIST, *Victims in criminal procedure*, Carolina Academic Press, 2010; ANTONIO BERISTAIN, *Victimología: nueve palabras clave*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000; ANTONIO BERISTAIN, *Protagonismo de las víctimas de hoy y mañana* (Evolución en el campo jurídico penal, prisional y ético), Valencia, Tirant lo Blanch, 2004; JAIME BERNAL/EDUARDO MONTEALEGRE, *El proceso penal*, tomo II: Estructura y garantías procesales, 6ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013; ALBERTO BINDER, *Introducción al derecho penal*, 2ª ed., Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999; JOHN BRAITHWAITE, “Restorative Justice: Assessing Optimistic and Pessimistic Accounts,” en *Crime and Justice* 25:1, 1999; JOHN BRAITHWAITE, “Building Legitimacy through Restorative Justice”, en T. Tyler (ed.), *Legitimacy and Criminal Justice: International Perspectives*, Russell Sage Foundation, 2007; KERRY CLAMP, *Restorative justice in transition*, Routledge, 2013; LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 1995; MARK FREEMAN, *Truth commissions and procedural fairness*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006; SAM GARKAWA, “The South African Truth and Reconciliation Commission: a suitable model to enhance the role and rights of the victims of gross violations of human rights,” en *Melbourne University Law Review*, 27, 2003; MEGAN HIRST, “Victims’ participation and reparations in international criminal proceedings”, en *Routledge Handbook of International Human Rights Law*, S. Sheeran/N. Rodley (ed.), Routledge, 2013; JUANA MARÍA IBÁÑEZ, “Artículo 8. Garantías judiciales”, en C. Steiner/P. Uribe (ed.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*, Suprema Corte de Justicia de la Nación y Konrad Adenauer Stiftung, 2014; JUANA MARÍA IBÁÑEZ, “Artículo 25. Protección judicial”, en C. Steiner/P. Uribe (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*, Suprema Corte de Justicia de la Nación y Konrad Adenauer Stiftung, 2014; International Bar Association, *Derechos Humanos en la Administración de Justicia: un manual sobre Derechos Humanos para jueces, fiscales y abogados*, 2010; DIEGO LÓPEZ/ASTRID LILIANA SÁNCHEZ, *La defensa de la libertad: análisis de las relaciones entre ley, derechos fundamentales y derechos humanos en el sistema penal colombiano*, Bogotá, Fiscalía General de la Nación, 2007; ERIK LUNA, “The Models of Criminal Procedure”, en *Buffalo Criminal Law Review*, 2(2), 1999; JULIO MAIER, “La víctima y el sistema penal,” en *De los delitos y de las víctimas*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1992; KIERAN MCEVOY/LOUISE MALLINDER, “Amnesties in Transition: Punishment, Restoration, and the Governance of Mercy”, en *Journal of Law and Society*, 39,

2012; LOUISE MALLINDER, *Amnesty, Human Rights and Political Transitions: Bridging the Peace and Justice Divide*, Hart Publishing, 2008; MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, Madrid, Tecnos, 1985; PACKER, “Two models of the criminal process”, en *University of Pennsylvania Law Review*, 113, 1964; DANIEL PASTOR, “Una ponencia garantista acerca de la acusación particular en los delitos de acción pública,” en *XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal*, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2009; WILLIAM PIZZI, “Victims’ Rights: Rethinking Our Adversary System”, en *Utah L. Rev.*, 349, 1999; YESID REYES, “La acción civil derivada de la comisión de un delito y el sistema procesal penal adversarial”, en *XXVIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Bogotá, Instituto Colombiano de Derecho Procesal y Universidad Libre, 2007; CLAU ROXIN, *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000 (trad. de la 25ª ed. alemana de G. Córdoba/D. Pastor, revisada por J. Maier); ASTRID LILIANA SÁNCHEZ, *Victims’ Rights in Flux: Criminal Justice Reform in Colombia*, Springer, 2017; RONALD SLYE, “The legitimacy of amnesties under international law and general principles of anglo-american law: is a legitimate amnesty possible”, en *Virginia Journal of International Law*, 2002; U.S. Senate Committee on the Judiciary, Senate Report 108-191: Crime Victims’ Rights Constitutional Amendment, 2003.

Jurisprudencia internacional: CorteIDH, Caso Loayza Tamayo, sent. de 17 de septiembre de 1997; *Caso Suárez Rosero*, sent. de 12 de noviembre de 1997; Caso Castillo Páez vs. Perú, sent. de 3 de noviembre de 1997; Caso Castillo Petruzzi y otros, sent. de 30 de mayo de 1999; Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú, Fondo, reparaciones y costas, sent. de 31 de enero de 2001; Caso Gomez Lund (Guerrilha do Araguaia) vs. Brazil, sent. de 24 de noviembre de 2010; Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay, Fondo, reparaciones y costas, sent. de 13 de octubre de 2011.

Jurisprudencia nacional: Corte Const., sents. C-1512 de 2000 y C-496 de 2015.

Otros documentos: CorteIDH, OC-11/90, 10 de agosto de 1990; CorteIDH, OC-21/14, 19 de agosto de 2014; Comisión IDH, Informe N° 50/00, 13 de abril de 2000, Caso Figueredo Planchart; Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 13; Comité de Derechos Humanos, Comunicación N° R.12/52, Sergio Euben López Burgos c. Uruguay, 29 de julio de 1981; Comunicación N° 74/1980, Miguel Ángel Estrella c. Uruguay, 29 de marzo de 1983; Comunicaciones Nos. 210/1986 y 225/1987, Earl Pratt e Ivan Morgan c. Jamaica, 6 de abril de 1989; Comunicación No 219/1986, Dominique Guesdon c. Francia, 25 de julio de 1990; Comunicación N° 240/1987, Collins c. Jamaica, 1º de noviembre de 1991; Comunicación No. 64/1979, Consuelo Salgar de Montejo c. Colombia, 24 de marzo de 1982; Comunicación No. 349/1989, Caso Clifton Wright c. Jamaica, 27 de julio de 1992; Comunicación No. 237/1987, Denroy Gordon c. Jamaica, 5 de noviembre de 1992; Comunicación No. 330/1988, Caso Albert Berry c. Jamaica, 7 de abril de 1994; Comunicación No. 770/1997, Dimitry L. Gridin c. Federación de Rusia, 27 de junio de 1996; Comunicación N° 526/1993, Michael y Brian Hill c. España, 2 de abril de 1997; Comunicación N° 615/1995, Byron Young c. Jamaica, 4 de noviembre de 1997; Comunicación N° 577/1994, Víctor Alfredo Polay Campos c. Perú, 6 de noviembre de 1997; Comunicaciones Nos. 623/1995, 624/1995, 626/1995, 627/1995, Victor P. Domukovsky, Zaza Tsiklauri, Petre Gelbakhiani e Irakli Dokvadze c. Georgia, 6 de abril de 1998; Comunicación N° 610/1995, Nicholas Henry, 20 de octubre de 1998;

Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff, Consejo de Derechos Humanos, 21º período de sesiones, A/HRC/21/46, 9 de agosto de 2012.

I. Introducción

1 El Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera hizo énfasis en que todas las actuaciones en el marco del SIVJRNDR deben respetar los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa¹. En desarrollo del Acuerdo, el art. 12 de la Ley 1820 establece que en todas las actuaciones judiciales y administrativas derivadas de esta ley se deben respetar las garantías del debido proceso y del derecho de defensa.

Este comentario se divide en dos partes: la primera examina el derecho al debido proceso y sus garantías. La segunda parte analiza la participación de las víctimas en relación con el derecho al debido proceso.

II. El derecho al debido proceso y sus garantías

2 El derecho al debido proceso o derecho a un juicio justo se encuentra consagrado en el art. 29 de la Const. Pol., en instrumentos internacionales de DD. HH. (ej.: arts. 10 y 11 de la DUDH, art. 14 del PIDCP, art. XVIII y XXVI de la DADDH, arts. 8 y 25 de la CADH, art. 6 de la CEDH), y en fuentes de derecho penal internacional (ej: art. 66 del ECPI, art. 21 Estatuto del TPIY, art. 20 del Estatuto del TPIR, Regla 87 de las Reglas de Procedimiento y Prueba del TPIY y TPIR).

3 El principio de juicio justo o debido proceso se ha representado como “una especie de derecho sombrilla que describe la esencia de los derechos procedimentales (la idea de justicia). Esta idea de justicia es expresada en una serie de derechos individuales que buscan asegurar procedimientos basados en el *rule of law* (imperio de la ley)”².

4 Así, una de las finalidades del debido proceso es la protección de los derechos de todos los involucrados en un procedimiento administrativo o judicial³. El debido proceso involucra un conjunto de requisitos en los procedimientos que buscan garantizar que las personas puedan defender sus derechos. Asimismo, el debido proceso implica el establecimiento de controles y límites a

¹ Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, 24 de noviembre de 2016, págs. 134, 146, 153.

² AMBOS, *Treatise on International Criminal Law*, Vol. III: International Criminal Procedure, Oxford University Press, 2016, pág. 60. Traducción libre de la autora.

³ Corte Const., sents. C-1512 de 2000 y C-496 de 2015.

los poderes del Estado⁴. Estas restricciones buscan impedir abusos frente a los asociados, asegurar que los asociados no se vean sometidos a decisiones arbitrarias, y garantizar que los individuos sean tratados con dignidad. Teniendo en cuenta lo anterior, en un Estado de Derecho es clave la tutela efectiva del debido proceso⁵.

Otra finalidad fundamental del debido proceso es la defensa y preservación de la justicia⁶. La CorteIDH ha precisado esta finalidad en los siguientes términos:

“El debido proceso se encuentra, a su vez, íntimamente ligado con la noción de justicia, que se refleja en: (i) un acceso a la justicia no solo formal, sino que reconozca y resuelva los factores de desigualdad real de los justiciables, (ii) el desarrollo de un juicio justo y (iii) la resolución de las controversias de forma tal que la decisión adoptada se acerque al mayor nivel de corrección del derecho, es decir que se asegure, en la mayor medida posible, su solución justa”⁷.

La Corte Const. y la CorteIDH han señalado que el debido proceso debe garantizarse tanto en actuaciones judiciales como administrativas⁸. La CorteIDH ha precisado que las garantías mínimas del debido proceso legal consagradas explícitamente para casos penales (art. 8.2 de la CADH) son aplicables, en lo que corresponda, a otros procedimientos legales –civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter–⁹.

La Corte Const. ha resaltado que el derecho a un juicio justo o derecho al debido proceso incorpora una serie de derechos y garantías esenciales de todo proceso, tales como: derecho al juez natural; derecho a ser juzgado con las formas propias de cada juicio; derecho a la defensa; derecho a un proceso público sin dilaciones injustificadas, y derecho a la imparcialidad del juez¹⁰.

⁴ Corte Const., sent. C-496 de 2015; CorteIDH, OC-21/14, 19 de agosto de 2014.

⁵ BINDER, *Introducción al derecho penal*, 2ª ed., Buenos Aires, Ad Hoc, 1999; FERRAJOLI, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 1995; MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, Madrid, Tecnos, 1985; ROXIN, *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000, pág. 10.

⁶ Corte Const., sent. C-496 de 2015. CorteIDH, OC-21/14, 19 de agosto de 2014, párr. 109.

⁷ CorteIDH, OC-21/14, 19 de agosto de 2014, párr. 109.

⁸ Corte Const., sent. C-496 de 2015. CorteIDH, Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú, Fondo, reparaciones y costas, sent. de 31 de enero de 2001, párr. 71; Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay, Fondo, reparaciones y costas, sent. de 13 de octubre de 2011, párrs. 118 y 119. CorteIDH, OC-11/90, 10 de agosto de 1990, párr. 28; OC-21/14, 19 de agosto de 2014, párr. 109.

⁹ CorteIDH, OC-11/90, 10 de agosto de 1990, párr. 28.

¹⁰ Corte Const., sent. C-496 de 2015.

8 Las garantías para un juicio justo reconocidas para los procesados en el contexto del derecho internacional de los DD. HH. y del DPI son las siguientes¹¹:

- Derecho a ser oído por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad a la ley¹².
- Derecho a ser juzgado en un plazo razonable, sin dilaciones indebidas¹³.
- Presunción de inocencia¹⁴.

¹¹ Para análisis con mayor detalle sobre juicio justo en el contexto internacional, ver AMBOS, *Treatise on International Criminal Law*, Vol. III: International Criminal Procedure, Oxford, Oxford University Press, 2016, págs. 57 y ss.; *Amnesty International, Fair Trial Manual*, 2014; IBÁÑEZ, “Artículo 8. Garantías judiciales”, en Christian Steiner y Patricia Uribe (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*, Suprema Corte de Justicia de la Nación y Konrad Adenauer Stiftung, 2014; IBÁÑEZ, “Artículo 25. Protección judicial”, en Christian Steiner y Patricia Uribe (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*, Suprema Corte de Justicia de la Nación y Konrad Adenauer Stiftung, 2014; International Bar Association, *Derechos Humanos en la Administración de Justicia: un manual sobre Derechos Humanos para jueces, fiscales y abogados*, 2010. Para un estudio sobre derechos fundamentales y humanos en el proceso penal colombiano que incluye la relación entre el nivel internacional y el nivel doméstico, ver LÓPEZ/SÁNCHEZ, *La defensa de la libertad: análisis de las relaciones entre ley, derechos fundamentales y derechos humanos en el sistema penal colombiano*, Bogotá, Fiscalía General de la Nación, 2007.

¹² DUDH, art. 10; PIDCP, art. 14 num. 1; Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura, Principio 3; DADDH, art. XXVI; CADH, art. 8 num. 1; *Caso Genie Lacayo*, sent. de 29 de enero de 1997; CorteIDH, *Caso Loayza Tamayo*, sent. de 17 de septiembre de 1997; Comisión IDH, Informe N° 50/00, 13 de abril de 2000, *Caso Figueredo Planchart*.

¹³ PIDCP, art. 14 num. 3 lit. c; Comité de Derechos Humanos, Comunicaciones Nos. 210/1986 y 225/1987. *Earl Pratt e Ivan Morgan c. Jamaica*, 6 de abril de 1989; Comité de Derechos Humanos, Comunicación N° 526/1993, *Michael y Brian Hill c. España*, 2 de abril de 1997; Comité de Derechos Humanos Observación General No. 13; art. 67(1)(c) ECPI; 21(4)(c) Estatuto del TPIY; 20(4)(c) Estatuto del TPIR; CADH, art. 8 num. 1; CorteIDH, *Caso Genie Lacayo*, sent. de 29 de enero de 1997; CorteIDH, *Caso Suárez Rosero*, sent. de 12 de noviembre de 1997.

¹⁴ DUDH, art. 11 num. 1; PIDCP, art. 14 num. 2; Comité de Derechos Humanos, Comunicación No. 770/1997, *Dimitry L. Gridin c. Federación de Rusia*, 27 de junio de 1996; Comité de Derechos Humanos, Comunicación N° 577/1994, *Víctor Alfredo Polay Campos c. Perú*, 6 de noviembre de 1997; Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 13; art. 66 ECPI; art. 21(3) Estatuto del TPIY; art. 20(3) Estatuto del TPIR; DADDH, art. XXVI; CADH, art. 8 num. 2; CorteIDH, *Caso Loayza Tamayo*, sent. de 17 de septiembre de 1997; CorteIDH *Caso Suárez Rosero*, sent. de 12 de noviembre de 1997.

- Derecho a ser notificado de las acusaciones o de la existencia del procedimiento en un idioma que comprenda, sin demora¹⁵.
- Derecho a la asistencia gratuita de un traductor o intérprete¹⁶.
- Derecho a contar con el tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa¹⁷.
- Derecho a la asistencia jurídica –por un defensor de su elección o un defensor de oficio– o a defenderse personalmente¹⁸.
- Derecho a presentar evidencia, a obtener la comparecencia de testigos de descargo y a interrogar a los testigos¹⁹.

¹⁵ PIDCP, art. 4 num. 3 lit. a; Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 13; art. 55(2)(c), 67(1)(a) ECPI; art. 21(4)(a) Estatuto del TPIY; art. 20(4)(a) Estatuto del TPIR; Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, Resolución 43/173 de la Asamblea General de NU, 1988, Principio 14; CADH, art. 8 num. 2.

¹⁶ PIDCP, art. 14 num. 3 lit. f; Comité de Derechos Humanos, Comunicación No. 219/1986, Dominique Guesdon c. Francia, 25 de julio de 1990; Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 13; art. 55(1)(c), 67(1)(f) ECPI; art. 18(3), 21(4)(f) Estatuto del TPIY; art. 17(3), 20(4)(f) Estatuto del TPIR; CADH, art. 8 num. 2 lit. a.

¹⁷ PIDCP, art. 4 num. 3 lit. b; Comité de Derechos Humanos, Comunicación No. 349/1989, Caso Clifton Wright c. Jamaica, 27 de julio de 1992; Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 13; art. 67(1)(b) ECPI; art. 18(3), 21(4)(b) Estatuto del TPIY; 20(4)(b) Estatuto del TPIR; CADH, art. 8 num. 2 lit. c; CorteIDH, Caso Castillo Petruzzi y otros, sent. de 30 de mayo de 1999; Comisión IDH, Informe N° 50/00, 13 de abril de 2000. Caso Figueredo Planchart.

¹⁸ PIDCP, art. 14 num. 3 lits. b y d; Comité de Derechos Humanos, Comunicación N° 526/1993. Michael y Brian Hill c. España, 2 de abril de 1997; Comité de Derechos Humanos, Comunicación N° R.12/52. Sergio Euben López Burgos c. Uruguay, 29 de julio de 1981; Comité de Derechos Humanos, Comunicación N° 240/1987. Collins c. Jamaica, 1° de noviembre de 1991; Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, adoptadas por el Primer Congreso de las NN. UU. sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977, Regla 93; Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, Resolución 43/173 de la Asamblea General de NN. UU., 1988, Principio 18; Principios Básicos sobre la Función de los Abogados. Principio 1; art. 55(2)(c), art. 67(1)(d) ECPI; art. 18(3), 21(4)(d) Estatuto del TPIY; art. 17(3), 20(4)(d) Estatuto del TPIR; CADH, art. 8 num. 2 lits. d y e; CorteIDH, *Caso Suárez Rosero*, sent. de 12 de noviembre de 1997; CorteIDH, *Caso Castillo Petruzzi y otros*, sent. de 30 de mayo de 1999; CorteIDH, *Caso Castillo Páez vs. Perú*, sent. de 3 de noviembre de 1997.

¹⁹ PIDCP, art. 14 num. 3 lit. e; Comité de Derechos Humanos, Comunicación No. 237/1987, Denroy Gordon c. Jamaica, 5 de noviembre de 1992; Comité de Derechos

- Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable²⁰.

- Principio *ne bis in idem*²¹.
- Derecho a la doble instancia²².

El derecho de defensa precisa algunos comentarios adicionales, en tanto ha sido considerado como el aspecto básico o esencialísimo del debido proceso²³. El procesado, o en este caso el beneficiario, tiene derecho a la asistencia de un abogado. El abogado es fundamental para garantizar los derechos constitucionales y lograr el cumplimiento de las reglas procesales. El derecho a un abogado debe ser garantizado en condiciones de igualdad, razón por la cual si el imputado no tiene capacidad económica, el Estado debe designarle un abogado defensor de oficio²⁴. Con el fin de lograr la materialización de este derecho, el art. 60 de la Ley 1820 establece un sistema de asesoría y defensoría gratuita para los beneficiarios que carezcan de recursos económicos suficientes²⁵.

Humanos, Comunicación N° 610/1995, Nicholas Henry, 20 de octubre de 1998; Comité de Derechos Humanos, Comunicación N° 615/1995, Byron Young c. Jamaica, 4 de noviembre de 1997; Comité de Derechos Humanos, Comunicación No. 480/1991, José Luis García Fuenzalida c. Ecuador, 12 de julio de 1996; art. 67(1)(e) ECPI; art. 21(4)(e) Estatuto del TPIY; 20(4)(e) Estatuto del TPIR; CADH, art. 8 num. 2 lit. f; CorteIDH, Caso Castillo Petruzzi y otros, sent. de 30 de mayo de 1999; Comisión IDH, Informe N° 50/00, 13 de abril de 2000. Caso Figueredo Planchart.

²⁰ ECPI, art. 55; PIDCP, art. 14 num. 3 lit. g; Comité de Derechos Humanos, Comunicación No. 330/1988, Caso Albert Berry c. Jamaica, 7 de abril de 1994; Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 13; art. 55(1)(a), (2)(b), 67(1)(g) ECPI; art. 21(4)(g) Estatuto del TPIY; art. 20(4)(g) Estatuto del TPIR; CADH, art. 8 num. 2 lit. g, num. 3; CorteIDH, Caso Castillo Petruzzi y otros, sent. de 30 de mayo de 1999; CorteIDH, Caso Loayza Tamayo, sent. de 17 de septiembre de 1997.

²¹ PIDCP, art. 14 num. 7; art. 20 ECPI; CADH, art. 8 num. 4; CorteIDH, Caso Loayza Tamayo, sent. de 17 de septiembre de 1997.

²² PIDCP, art. 14 num. 5; Comité de Derechos Humanos, Comunicación No. 64/1979, Consuelo Salgar de Montejó c. Colombia, 24 de marzo de 1982; Comité de Derechos Humanos, Comunicaciones Nos. 623/1995, 624/1995, 626/1995, 627/1995, Victor P. Domukovsky, Zaza Tsiklauri, Petre Gelbakhiani e Irakli Dokvadze c. Georgia, 6 de abril de 1998; CADH, art. 8 num. 2 lit. h.

²³ BERNAL/MONTEALEGRE, *El proceso penal*, Tomo II: Estructura y garantías procesales, 6ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, pág. 932.

²⁴ LUNA, “The Models of Criminal Procedure”, en *Buffalo Criminal Law Review*, 2(2), 1999, págs. 408 y 471; PACKER, “Two models of the criminal process”, en *University of Pennsylvania Law Review*, 113, 1964, pág. 34.

²⁵ Para mayor detalle, ver comentario de BALDOSEA al art. 60.

El art. transitorio 12 del AL 01 de 2017 otorgó a los magistrados de la JEP facultades para elaborar las normas procesales, las cuales fueron presentadas por el Gobierno al Congreso en marzo de 2018 y aprobadas recientemente en conciliación por las cámaras legislativas. Dichas normas procesales deben tener en cuenta los estándares internacionales y constitucionales en torno al juicio justo o debido proceso. El legislador tiene la obligación de respetar los contenidos esenciales; sin embargo, los arreglos específicos para los diversos mecanismos transicionales pueden variar. El reto es definir criterios de debido proceso apropiados para cada mecanismo de justicia transicional, teniendo en cuenta su naturaleza, los derechos en juego y las consecuencias que se pueden derivar de su aplicación²⁶.

III. Debido proceso y participación de las víctimas²⁷

La Corte Const. ha hecho énfasis en que el debido proceso se predica durante todas las etapas del proceso y respecto de todas las partes e intervinientes —no solo el procesado—²⁸. A su vez, la CorteIDH ha argumentado que el art. 8º de la CADH implica los derechos de las víctimas a colaborar en la investigación, ser oídas y participar en el proceso penal²⁹. Estos desarrollos jurisprudenciales han permitido afirmar que los derechos de las víctimas a participar en los procedimientos son una manifestación del debido proceso³⁰. Cabe aclarar que el alcance del derecho a la participación en el proceso penal ordinario está en disputa tanto internacional como nacionalmente³¹.

En las reformas a la justicia penal en América Latina de las últimas tres décadas, uno de los retos fue lograr la acomodación de la participación de las

²⁶ MARK FREEMAN, *Truth commissions and procedural fairness*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

²⁷ Para mayor detalle, ver comentario al art. 14.

²⁸ Corte Const., sent. C-496 de 2015.

²⁹ CorteIDH, Caso Gomez Lund (Guerrilha do Araguaia) vs. Brazil, sent. de 24 de noviembre de 2010, par. 139; Caso Fernández Ortega *et. al.* vs. Mexico, sent. de 30 de agosto de 2010, párr. 192.

³⁰ HIRST, “Victims’ participation and reparations in international criminal proceedings”, en *Routledge Handbook of International Human Rights Law*, editado por Scott Sheeran and Nigel Rodley, Routledge, 2013, pág. 684.

³¹ Para un análisis detallado en torno a la competencia entre agendas sobre derechos de las víctimas, ver SÁNCHEZ, *Victims’ Rights in Flux: Criminal Justice Reform in Colombia*, Springer, 2017.

10 víctimas con el modelo adversarial³². En los sistemas adversariales, de un lado, algunos expertos critican la participación amplia de las víctimas con argumentos normativos o pragmáticos. Por ejemplo, i) la participación de las víctimas puede afectar el derecho al debido proceso de los procesados y amenazar la justicia en los procesos; y ii) la participación de las víctimas puede afectar los intereses públicos, el control de la criminalidad y la eficiencia de la justicia penal³³.

11 De otro lado, los promotores de la participación de las víctimas señalan que darles voz no solo ofrece beneficios para ellas, sino también para la sociedad y el sistema penal. La participación de las víctimas puede entonces: i) contribuir a la búsqueda de la verdad; ii) controlar la actividad de los funcionarios de la justicia penal, y iii) ofrecer información más completa que fundamente mejores decisiones judiciales³⁴.

³² Los CPP de América Latina que adoptaron sistemas adversariales establecieron mecanismos diversos para asegurar la participación de las víctimas. Por ejemplo: el derecho a ejercer la acusación privada por ciertos delitos (art. 19 CPP de Costa Rica, arts. 53, 55, 56, 400 y 405 del CPP de Chile, arts. 18, 20, 27 y 270 del CPP de Bolivia); la conversión de la acción penal pública en privada bajo ciertas circunstancias (arts. 20, 62 y 75 CPP de Costa Rica; art. 26 CPP de Bolivia; arts. 26, 96 y 116 CPP de Guatemala); y el querellante adhesivo (nums. 78-85 Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica; arts. 76, 292, 293, 307, 315, 316, 341, 347, 349, 356 y 358 CPP de Costa Rica; art. 82 CPP de Argentina; arts. 235, 261, 325 y 338 CPP de Chile; arts. 317, 318, 320, 322, 327, 329, 342, 348, 353, 356, 386, 387 y 395 CPP de Paraguay; arts. 116, 306, 307, 340, 341, 348, 349, 356 y 373 CPP de Bolivia). Es de mencionar que el Estatuto de la CPI estableció un nuevo rol para las víctimas en la justicia penal internacional: les permite participar en los procedimientos que puedan afectar sus intereses para expresar su punto de vista y sus preocupaciones (art. 68). Por ejemplo, la CPI puede permitir al representante legal de las víctimas que presente alegatos de apertura o de cierre, aporte evidencia, interroge a los testigos, y participe en las actuaciones (Reglas de Procedimiento y Prueba, Reglas 89-92). Sin embargo, la CPI tiene amplia discreción sobre la participación de las víctimas, teniendo en cuenta los intereses de las víctimas, los derechos de los acusados, y los principios de justicia e imparcialidad del juicio.

³³ Ver por ejemplo, PASTOR, “Una ponencia garantista acerca de la acusación particular en los delitos de acción pública,” en *XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal*, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2009; REYES, “La acción civil derivada de la comisión de un delito y el sistema procesal penal adversarial,” en *XXVIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Bogotá, Instituto Colombiano de Derecho Procesal y Universidad Libre, 2007, págs. 79, 80, 83.

³⁴ Para explorar argumentos a favor de la participación amplia de las víctimas, ver por ejemplo, BELOOF, “The Third Model of Criminal Process: The Victim Participation

En el contexto de la transición en Colombia hay un elemento adicional a favor de una amplia participación de las víctimas en los mecanismos de justicia transicional: se adoptó un modelo de justicia restaurativa con una perspectiva centrada en las víctimas³⁵. La justicia restaurativa³⁶ propone un proceso participativo en el que se involucran todos los interesados: las víctimas, los agresores y la comunidad. Especialmente, se debe empoderar y dar voz a las víctimas en los procedimientos relacionados con la resolución del conflicto, debido a que ellas fueron protagonistas del conflicto y sufrieron daños³⁷. En consecuencia, si se toma en serio la justicia restaurativa, se debe hacer énfasis en una participación amplia de las víctimas en los mecanismos de justicia transicional³⁸.

Model”, en *Utah L. Rev.*, 289, 1999; BELOOF/CASSELL/TWIST, *Victims in criminal procedure*, Carolina Academic Press, 2010; MAIER, “La víctima y el sistema penal”, en *De los delitos y de las víctimas*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1992; PIZZI, “Victims’ Rights: Rethinking Our Adversary System”, en *Utah L. Rev.*, 349, 1999; U.S. Senate Committee on the Judiciary, Senate Report 108-191: Crime Victims’ Rights Constitutional Amendment, 2003.

³⁵ AL 01 de 2017, “por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera”, art. transitorio 1; Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, 12 de noviembre de 2016, pág. 144.

³⁶ En el modelo de justicia restaurativa, el delito se concibe como un conflicto que involucra tres agentes: la víctima, el agresor y la sociedad. Por ello, la justicia restaurativa enfoca su atención en los daños causados por un acto, haciendo énfasis en la víctima, el agresor y la comunidad. Uno de los objetivos centrales es la restauración de las víctimas, los agresores y la comunidad. Ver, BERISTAIN, *Victimología: nueve palabras clave*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, págs. 49, 84; BERISTAIN, *Protagonismo de las víctimas de hoy y mañana* (Evolución en el campo jurídico penal, prisional y ético), Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pág. 50; BRAITHWAITE, “Restorative Justice: Assessing Optimistic and Pessimistic Accounts”, en *Crime and Justice* 25:1, 1999, pág. 6.

³⁷ BRAITHWAITE, “Building Legitimacy through Restorative Justice”, en Tom R. Tyler (ed.), *Legitimacy and Criminal Justice: International Perspectives*, Russell Sage Foundation, 2007, págs. 148, 157.

³⁸ Para profundizar en el argumento de que procesos de amnistía diseñados con la aproximación a justicia restaurativa deben crear espacios para la participación de las víctimas, ver por ejemplo: CLAMP, *Restorative justice in transition*, Routledge, 2013, pág. 32; MALLINDER, *Amnesty, Human Rights and Political Transitions: Bridging the Peace and Justice Divide*, Hart Publishing, 2008, pág. 198; McEVOY/MALLINDER, *Amnesties in Transition: Punishment, Restoration, and the Governance of Mercy*, *Journal of Law and Society*, 39, 2012, pág. 431. Sobre la importancia de la participación de las víctimas en las transiciones, ver: Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff, Consejo de Derechos Humanos, 21º período de sesiones, A/HRC/21/46, 9 de agosto de 2012.

13 De acuerdo con el art. transitorio 5º inc. 9º del AL 01 de 2017, la ley regulará la participación de las víctimas³⁹. La Ley 1820 no se refiere de manera expresa a la participación de las víctimas en los procedimientos relacionados con su implementación. Algunos intervinientes en la revisión de constitucionalidad de la LA señalaron que esto constituía una omisión legislativa. La Corte Const. concluyó que esto no configura una omisión legislativa debido a que a través de una interpretación sistemática de la normativa es posible dar contenido al principio de participación de las víctimas. La Corte argumentó:

“una interpretación de las amnistías, indultos y tratamientos penales especiales objeto de regulación por la Ley 1820 de 2016, de manera articulada con disposiciones que regulan el componente de justicia del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, evidencia que el derecho de participación de las víctimas no se desconoce en esta regulación, siempre que sea objeto de especial y cuidadosa regulación en el marco de la JEP, y siempre que se preserven los espacios de participación ya existentes en aquellos trámites en que las decisiones de aplicación de la Ley 1820 de 2016 están en cabeza de las autoridades de la jurisdicción penal ordinaria”⁴⁰.

14 La Corte entonces enfatizó que no se afectan los derechos de las víctimas en la Ley 1820 si se logra una regulación cuidadosa de su participación en el marco de la JEP. Es de recordar que el AL 01 de 2017 estableció que las normas procesales de la JEP que se diseñen deben garantizar “la participación de las víctimas como intervinientes según estándares nacionales e internacionales” (art. transitorio 12 inc. 1º del AL 01 de 2017). Estas normas deben incluir “garantías procesales, sustanciales, probatorias y de acceso encaminadas a que las víctimas puedan satisfacer sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación” (art. transitorio 12, parg., del AL 01 de 2017).

15 Las normas procesales de la JEP deben decidir cómo involucrar a las víctimas en los diferentes mecanismos de justicia transicional. La participación de las víctimas en cada mecanismo debe tener en cuenta los intereses que están en juego en su aplicación. En el caso de las amnistías, es importante que se diseñen espacios para que las víctimas puedan cuestionar las solicitudes de

³⁹ Algunos actores han promovido que sea más explícita la centralidad de las víctimas en el SIVJNR. Ellos han reclamado que se deben establecer claramente mecanismos de participación de las víctimas en todo el proceso de la JEP, ya que la participación es esencial para garantizar los derechos a la verdad, justicia y reparación (CODHES, 2017; Linares & Ospina, 2017).

⁴⁰ Corte Const., sent. C-007 de 1º de marzo de 2018, párr. 665.

amnistía o su aplicación⁴¹. Por ejemplo, se debería otorgar a las víctimas la facultad de discutir si se trata de un delito por los que no procede amnistía o indulto y la facultad de presentar y controvertir pruebas. En esta normativa, se debería aclarar el efecto procesal que tendría su participación para evitar que se generen falsas expectativas para las víctimas –algunas podrían creer que tienen un poder de veto–⁴².

Adicionalmente, la regulación debería incluir garantías y mecanismos para asegurar la participación efectiva de las víctimas, tales como: ofrecer un programa integral de atención a víctimas que incluya apoyo psicológico y médico, asegurar su trato con dignidad y respeto, garantizar representación legal, informar las fechas de las actuaciones oportunamente y ofrecer apoyo económico para el transporte para que puedan asistir, entre otros⁴³.

En síntesis, las normas procesales para la JEP deben tener en cuenta el contenido y las garantías del derecho al debido proceso desarrolladas en el contexto doméstico e internacional. Tales normas deben buscar proteger tanto a los beneficiarios como a las víctimas en los procedimientos relacionados con la Ley 1820⁴⁴.

16

17

⁴¹ SLYE, “The legitimacy of amnesties under international law and general principles of anglo-american law: is a legitimate amnesty possible”, en *Virginia Journal of International Law*, 2002, pág. 245.

⁴² MALLINDER, *Amnesty, Human Rights and Political Transitions: Bridging the Peace and Justice Divide*, Hart Publishing, 2008, pág. 375.

⁴³ MALLINDER, *Amnesty, Human Rights and Political Transitions: Bridging the Peace and Justice Divide*, Hart Publishing, 2008, pág. 374, 375. Importa mencionar que en Sudáfrica se establecieron espacios para la participación de las víctimas en los procesos de amnistía. La implementación fue problemática debido a que no se tenían suficientes recursos para garantizar la representación legal y ofrecer un programa integral de atención para las víctimas. Ver, GARKAWE, “The South African Truth and Reconciliation Commission: a suitable model to enhance the role and rights of the victims of gross violations of human rights”, en *Melbourne University Law Review*, 27, 2003, pág. 363.

⁴⁴ Sobre los derechos de las víctimas en la LA ver los comentarios de ACOSTA y ARÉVALO a los art. 10, 14, 33 y 50 en esta misma publicación.

Artículo 13. Seguridad jurídica. Las decisiones y resoluciones adoptadas en aplicación de la presente ley tienen efecto de cosa juzgada material como presupuesto de la seguridad jurídica. Serán inmutables como elemento necesario para lograr la paz estable y duradera. [sic] estas solo podrán ser revisadas por el Tribunal para la Paz.

Literatura: KARL DE ROUEN, JR./ JENNA LEA/ PETER WALLENSTEEN, “The duration of civil war peace agreements”, en *Conflict Management and Peace Science* 26(4), 2009; KARL DE ROUEN, JR./MARK FERGUSON/SAMUEL NORTON/ YOUNG HWAN PARK/JENNA LEA/ ASHLEY STREAT-BARTLETT, “Civil war peace agreement implementation and state capacity”, en *Journal of Peace Research* 47(3), 2010; LON FULLER, *The morality of law*, Yale University Press, 1969; CAROLINE HARTZELL/ MATTHEW HODDIE/Donald Rothchild, “Stabilizing the peace after civil war: An investigation of some key variables”, en *International organization* 55 (1), 2001; Anna Jarstad/DESIREE NILSSON, “From words to deeds: The implementation of power-sharing pacts in peace accords”, en *Conflict management and peace science*, 25(3), 2008; DONALD ROTHCHILD, “Settlement terms and postagreement”, en S. J. STEDMAN/D. ROTHCHILD/E. M. COUSENS (eds.), *Ending civil wars: The implementation of peace agreements*, Lynne Rienner Publishers, 2002; CASS SUNSTEIN, “Problems with rules,” en *California Law Review* 83, 1995.

Jurisprudencia internacional: CorteIDH, Caso Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala, sent. de 22 de noviembre de 2004 (Fondo, reparaciones y costas); Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sent. de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).

Jurisprudencia nacional: Corte Const., sents. C-543 de 1992, C-871 de 2003, C-674 de 2017 y C-007 de 2018.

Otros documentos: Escrito de *Amicus Curiae* de la Fiscal de la Corte Penal Internacional sobre la Jurisdicción Especial para la Paz ante la Corte Constitucional de la República de Colombia, 18 de octubre de 2017; Human Rights Watch (JOSÉ MIGUEL VIVANCO), Carta al Presidente Santos sobre la ley de amnistía, 25 de diciembre de 2016, disponible en: https://www.hrw.org/es/news/2016/12/25/carta-al-presidente-santos-sobre-la-ley-de-amnistia#_ftn28; International Crisis Group, Informe No. 49: Justicia Transicional Diálogos de paz en Colombia, 2013; Instituto Kroc de Estudios Internacionales de Paz - Universidad de Notre Dame, Informe sobre el estado efectivo de implementación del acuerdo de paz en Colombia, noviembre 2017, disponible en: https://kroc.nd.edu/assets/257593/informe_kroc.pdf; Proyecto de Ley 202 de 2016 Senado, Gaceta del Congreso 1126, 13 de diciembre de 2016; Terminó la guerra, el posconflicto está en riesgo: A un año del acuerdo de paz, CLACSO, Fundación Paz & Reconciliación, Noviembre de 2017, disponible en: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20171123092706/Ter->

[mino la guerra.pdf](http://caritascalombiana.org/wp-content/uploads/2017/08/SNPS-Implementacion-acuerdo-paz.pdf); Secretariado Nacional de Pastoral Social – Cáritas Colombia. La implementación del acuerdo de paz: Oportunidades y desafíos, julio de 2017, disponible en: <http://caritascalombiana.org/wp-content/uploads/2017/08/SNPS-Implementacion-acuerdo-paz.pdf>.

En las negociaciones de paz uno de los problemas principales suele ser cómo mejorar las perspectivas para estabilizar la paz y consolidar la transición¹. Durante las negociaciones, las partes buscan diseñar mecanismos que ofrezcan certidumbre política y jurídica frente al futuro, ya que la probabilidad de que los acuerdos se consoliden aumenta cuando crece la confianza en las instituciones y el ordenamiento jurídico².

En el Acuerdo de Paz con las FARC, una de las preocupaciones centrales era la necesidad de garantizar seguridad jurídica para promover una paz estable y duradera³. Por ello, se han diseñado diversos arreglos institucionales y normativos para garantizar la seguridad jurídica de quienes se sometan al SIVJRNR. Una de ellas es precisamente la Ley 1820, cuya exposición de motivos declara que su objetivo es:

“dotar de seguridad jurídica a quienes cometieron delitos por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado y que no tienen el carácter de crímenes internacionales, con el propósito de facilitar la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”⁴.

La Corte Const. ha resaltado que la seguridad jurídica de las decisiones que conceden beneficios penales es clave en contextos transicionales, ya que contribuye a

¹ HARTZELL/ROTHCHILD, “Stabilizing the peace after civil war: An investigation of some key variables”, en *International organization* 55 (1), 2001; JARSTAD/NILSSON, “From words to deeds: The implementation of power-sharing pacts in peace accords”, en *Conflict management and peace science*, 25(3), 2008; DE ROUEN JR./LEA/WALLENSTEEN, “The duration of civil war peace agreements”, en *Conflict Management and Peace Science* 26(4), 2009; DE ROUEN Jr. et al., “Civil war peace agreement implementation and state capacity”, en *Journal of Peace Research* 47(3), 2010.

² ROTHCHILD, “Settlement terms and postagreement,” en S. J. STEDMAN, D. ROTHCHILD, & E. M. COUSENS (eds.), *Ending civil wars: The implementation of peace agreements*, Lynne Rienner Publishers, 2002.

³ Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, 24 de noviembre de 2016, págs. 128, 143, 147; AL 2 de 11 de mayo de 2017; International Crisis Group, Informe No. 49: Justicia Transicional Diálogos de paz en Colombia, 2013, pág. 17.

⁴ Proyecto de Ley 202 de 2016 Senado, *Gaceta del Congreso* 1126, 13 de diciembre de 2016.

garantizar la no repetición y el tránsito a una comunidad política integrada⁵. Algunos estudios han demostrado que otorgar seguridad jurídica a los excombatientes es prerequisite para el éxito de su reincorporación a la vida civil y política⁶.

4 Con el fin de garantizar la seguridad jurídica, el art. 13 de la Ley 1820 establece que las decisiones y resoluciones adoptadas en el marco de esta ley producen efectos de cosa juzgada material⁷. La cosa juzgada es una de las garantías básicas del debido proceso⁸. Tiene dos funciones: i) *positiva*: conferir estabilidad y certeza a las relaciones jurídicas, y ii) *negativa*: impedir que una decisión en firme sea objeto de nueva revisión o discusión, o de instancias adicionales⁹.

5 La CorteIDH ha señalado que la cosa juzgada es aparente o fraudulenta frente a decisiones proferidas en procedimientos que no cumplen con los estándares de debido proceso de la CADH, teniendo en cuenta el art. 20 del ECPI, el art. 9 del Estatuto del TPIR, y el art. 10 del Estatuto del TPIY¹⁰. La Corte IDH ha resaltado que existe cosa juzgada aparente o fraudulenta en casos en que a través de la aplicación de amnistías se propicia la impunidad de graves violaciones a los DD. HH. En el caso Almonacid Arellano, la CorteIDH precisó que se produce cosa juzgada aparente o fraudulenta cuando:

“i) la actuación del tribunal que conoció el caso y decidió sobreseer o absolver al responsable de una violación a los derechos humanos o al derecho internacional obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; ii) el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales, o iii) no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia”¹¹.

⁵ Corte Const., sent. C-007 de 2018, párr. 644.

⁶ Instituto Kroc de Estudios Internacionales de Paz - Universidad de Notre Dame, Informe sobre el estado efectivo de implementación del acuerdo de paz en Colombia, noviembre 2017, pág. 26, disponible en: https://kroc.nd.edu/assets/257593/informe_kroc.pdf; Terminó la guerra, el posconflicto está en riesgo: A un año del acuerdo de paz, CLACSO, Fundación Paz & Reconciliación, noviembre de 2017, pág. 34, disponible en: http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20171123092706/Termino_la_guerra.pdf

⁷ El art. 4º del Decreto 706 de 2017 y el art. 3º del Decreto 277 de 2017 también consagran el principio de seguridad jurídica.

⁸ Corte Const., sent. C-871 de 2003.

⁹ Corte Const., sents. C-543 de 1992 y C-007 de 2018, párr. 642.

¹⁰ CorteIDH, Caso Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala, sent. de 22 de noviembre de 2004 (Fondo, reparaciones y costas), párr. 131.

¹¹ CorteIDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sent. de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párr. 154.

El principio de cosa juzgada no tiene carácter absoluto; por ello el legislador tiene la facultad de remover o desplazar la cosa juzgada en casos excepcionales, por medio de mecanismos como la acción de revisión y la acción de tutela contra sentencias judiciales¹². En ejercicio de esta facultad del legislador, el art. 13 de la Ley 1820 estableció como límite a la cosa juzgada la posible revisión de las decisiones por el Tribunal para la Paz. Teniendo en cuenta que esto implica modificar decisiones amparadas por la cosa juzgada, sería importante que el legislador defina las causales o condiciones que justificarían la revisión de una decisión que ha hecho tránsito a cosa juzgada.

El art. 13 de la Ley 1820 solo prevé la posibilidad de revisión de las decisiones por parte del Tribunal para la Paz. En la sent. C-007 de 2018, la Corte Const. señaló que esta disposición no significa que las decisiones de la JEP sean intocables y que solo puedan ser revisadas por órganos de la JEP. La Corte enfatizó que toda providencia judicial debe ajustarse a la vigencia efectiva de los derechos fundamentales; que la acción de tutela es el mecanismo constitucional para la protección de estos derechos, y que la Corte Const. es el órgano encargado de interpretarlos con autoridad y unificar su interpretación. De acuerdo con la Corte, el esquema descrito es presupuesto para una seguridad jurídica respetuosa de los derechos fundamentales. Con fundamento en lo anterior, declaró la exequibilidad condicionada del art. 13 de la Ley 1820, “bajo el entendido de que no excluye la facultad de la Corte para seleccionar y revisar las providencias de tutela dictadas en el marco de la JEP”¹³.

¹² Corte Const., sents. C-543 de 1992 y C-871 de 2003.

¹³ Corte Const., sent. C-007 de 2018 párrs. 642-649. La Corte Const. se pronunció en una línea similar en la sent. C-674 de 2017. La Corte Const. declaró inexecutable algunas expresiones del art. transitorio 8º del Acto Legislativo 01 de 2017 que regula las acciones de tutela contra acciones u omisiones de la JEP. Dicha disposición establecía unas reglas para la revisión de los fallos de tutela relacionados con la JEP por la Corte Const. “15. En relación con las expresiones declaradas inexecutable contenidas en los incisos 3º, 4º y 5º del artículo transitorio 8º del artículo 1º del AL 01/17, se encontró que las modificaciones al régimen de selección y revisión por la Corte Constitucional de las sentencias de tutela en el marco de la Jurisdicción Especial para la Paz, hacen inoperante el control constitucional y establecen una suerte de intangibilidad de las decisiones judiciales de la JEP, anulando con ello tanto la supremacía de la Carta Política dentro del ordenamiento jurídico, como el sistema de frenos y contrapesos al poder. Esto, en la medida en que, por un lado, la selección de los fallos por parte de la Corte Constitucional requiere de la aprobación de la misma JEP, a través de los magistrados que integran la respectiva sala de selección, y en la medida en que, por otro lado, las potestades de la Corte en la revisión de los fallos son meramente indicativas... Aclaró la Corte que la mencionada inexecutable significa que la selección y la revisión de las sentencias de tutela contra las providencias de la Jurisdicción Especial para la Paz, se sujetarán a las reglas generales establecidas en la

8 A partir de la Ley 1820 han surgido cuestiones relacionadas con la seguridad jurídica derivadas del diseño de la ley. Algunos problemas de redacción, claridad y técnica legislativa¹⁴ han generado dificultades en su implementación desde los primeros meses de vigencia¹⁵. Los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad reclamaron que la ley tenía deficiencias de redacción que la hacían inaplicable y que generaban problemas prácticos¹⁶. En respuesta, el Gobierno nacional expidió el Decreto 277 de 2017 para resolver algunos problemas iniciales y aclarar el contenido de la LA. Posteriormente, el Gobierno nacional expidió los decretos 700 de 2017 y 1252 del mismo año, con el fin de explicar la Ley y el Decreto Reglamentario y lograr mayor celeridad en el otorgamiento de las amnistías.

Constitución y la ley” (Corte Const., sent. C-674 de 2017, párr. 15, Comunicado 55, noviembre 14 de 2017).

¹⁴ Cabe aclarar que la implementación de la Ley 1820 también ha enfrentado dificultades administrativas (ej: el proceso de entrega y validación de las listas) y problemas estructurales de la administración de justicia (ej: falta de sistemas de información adecuados, falta de recursos humanos y congestión).

¹⁵ Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, Comunicado a la opinión pública, disponible en: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=0ahUKEwjK6quQp8nbAhWBzVMKHWnSD04QFgg3MAI&url=https%3A%2F%2Fverdadabierta.com%2Fcom-docman%3Ffile%3D1427--64%26category_slug%3Dproceso-de-paz-2012%26Itemid%3D267&usg=AOvVaw2Tutd_pNkD2KvsnoWeKOBk; Instituto Kroc de Estudios Internacionales de Paz - Universidad de Notre Dame, Informe sobre el estado efectivo de implementación del acuerdo de paz en Colombia, noviembre 2017, pág. 26, disponible en: https://kroc.nd.edu/assets/257593/informe_kroc.pdf; Terminó la guerra, el posconflicto está en riesgo: A un año del acuerdo de paz, CLACSO, Fundación Paz & Reconciliación, noviembre de 2017, pág. 39, disponible en: http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20171123092706/Termino_la_guerra.pdf; Secretariado Nacional de Pastoral Social – Cáritas Colombia. La implementación del acuerdo de paz: Oportunidades y desafíos, julio de 2017, págs. 33-34, disponible en: <http://caritascolombiana.org/wp-content/uploads/2017/08/SNPS-Implementacion-acuerdo-paz.pdf>. JUANITA LEÓN, Santrich se muere de hambre antes de que fallen todas las amnistías, La Silla Vacía, julio de 2017, disponible en: <http://lasillavacia.com/historia/santrich-se-muere-de-hambre-antes-de-que-fallen-todas-las-amnistias-61557>.

¹⁶ Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, Comunicado a la opinión pública, disponible en: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=0ahUKEwjK6quQp8nbAhWBzVMKHWnSD04QFgg3MAI&url=https%3A%2F%2Fverdadabierta.com%2Fcom-docman%3Ffile%3D1427--64%26category_slug%3Dproceso-de-paz-2012%26Itemid%3D267&usg=AOvVaw2Tutd_pNkD2KvsnoWeKOBk

Adicionalmente, la Ley 1820 ofrece criterios orientadores y otorga márgenes amplios de interpretación a los jueces. El objetivo fue dar alcance a la autonomía judicial para la apreciación de los hechos en cada caso¹⁷. Algunos actores, como Human Rights Watch¹⁸, han señalado que la ley contiene ambigüedades e imprecisiones en torno a los potenciales beneficiarios y a los delitos no amniables o indultables¹⁹. Estas imprecisiones podrían considerarse como problemáticas desde el punto de vista de algunos postulados del *rule of law* (imperio de la ley), tales como: claridad, no retroactividad y predictibilidad de las leyes²⁰. Sin embargo, cabe aclarar que el *rule of law* no se opone a la previsión de estándares o criterios orientadores. De acuerdo con SUNSTEIN, un sistema comprometido con el *rule of law* está comprometido con limitar la discrecionalidad, pero no con lograr que cada decisión se tome con base en juicios que hayan sido especificados completamente²¹. Las leyes usualmente no pueden cubrir todos los asuntos y circunstancias posibles. Además, las reglas muy detalladas podrían ser erróneas e irrazonables frente a casos concretos.

Ante el régimen de la Ley 1820, la Corte Const. ha hecho énfasis en la necesidad del margen amplio de valoración de los hechos e interpretación de las reglas por los magistrados de la JEP:

“610. Los criterios de evaluación que utilizará la Sala de Amnistías e Indultos (artículo 23, inciso primero, literales a, b y c) confieren al juez un margen de apreciación imprescindible para conceder estos beneficios, caso a caso, en el marco de un conflicto armado interno tan extenso y complejo como

¹⁷ Corte Const., sent. C-007 de 2018, párrs. 606, 607, 724.

¹⁸ Vivanco - Human Rights Watch, Carta al Presidente Santos sobre la ley de amnistía, 25 de diciembre de 2016. Disponible en: https://www.hrw.org/es/news/2016/12/25/carta-al-presidente-santos-sobre-la-ley-de-amnistia#_ftn28.

¹⁹ Por ejemplo: el listado de delitos no amniables o indultables (arts. 23 y 30) contiene delitos que no están tipificados en la normativa penal colombiana e incluye categorías vagas e imprecisas como *otras formas de violencia sexual*; el listado de delitos conexos a los políticos del art. 16 incluye toda circunstancia de agravación punitiva o dispositivo amplificador de los tipos penales. De acuerdo con la Corte Const., estos agravantes pueden subsumir conductas que constituyen crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad (C-007 de 2018, párrs. 719-724). La Corte Const. indicó que dichos agravantes y las circunstancias fácticas relevantes serán analizadas en cada caso por parte del funcionario competente. Adicionalmente, el art. 16 dispone que el listado de delitos conexos a los políticos no es taxativo para la Sala de Amnistía e Indulto, por ello dicha sala puede considerar conexos con el delito político otros tipos penales teniendo en cuenta los criterios establecidos por la LA. Para mayor detalle, ver los comentarios a los arts. 16, 23 y 30.

²⁰ FULLER, *The morality of law*, Yale University Press, 1969.

²¹ SUNSTEIN, “Problems with rules”, en *California Law Review* 83, 1995, pág. 1021.

el colombiano. Así, da pleno sentido a la existencia de un sistema especial de justicia para la transición, en una jurisdicción que pretende alcanzar una visión conjunta del conflicto, superando los parámetros de evaluación de la justicia penal ordinaria, imprescindible para la adecuada transición a la paz²².

11 Dichos márgenes amplios de apreciación de los funcionarios judiciales por supuesto implican varios retos. En primer lugar, pueden favorecer aplicaciones desiguales de la LA y afectar la predictibilidad de su aplicación. Por ejemplo, algunos actores han señalado que los JEPMS han realizado interpretaciones diversas, y a veces contradictorias, según su concepción personal positiva o negativa frente al Acuerdo de Paz. De hecho, algunos actores han destacado que el diseño de la ley ha permitido a unos JEPMS resistirse a su aplicación²³.

En segundo lugar, los márgenes amplios de apreciación pueden generar el riesgo de que se otorguen amnistías, indultos o tratamientos penales diferenciados en casos de graves crímenes internacionales, desconociendo las prohibiciones del DI²⁴. En estos casos podría operar la figura de la cosa juzgada fraudulenta. Para evitarlo, es importante que los funcionarios competentes realicen la interpretación de las reglas de la Ley 1820 de acuerdo con el DIDH y el DPI.

²² Corte Const., sent. C-007 de 2018, párr. 610.

²³ Terminó la guerra, el posconflicto está en riesgo: a un año del acuerdo de paz, CLACSO, Fundación Paz & Reconciliación, noviembre de 2017, pág. 39, disponible en: http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20171123092706/Termino_la_guerra.pdf; Secretariado Nacional de Pastoral Social – Cáritas Colombia, La implementación del acuerdo de paz: oportunidades y desafíos, julio de 2017, págs. 33-34, disponible en: <http://caritascolombiana.org/wp-content/uploads/2017/08/SNPS-Implementacion-acuerdo-paz.pdf>; Juanita León, Santrich se muere de hambre antes de que fallen todas las amnistías, La Silla Vacía, julio de 2017, disponible en: <http://lasillavacia.com/historia/santrich-se-muere-de-hambre-antes-de-que-fallen-todas-las-amnistias-61557>

²⁴ A manera de ilustración, cabe mencionar que la Fiscal de la CPI señaló que las ambigüedades para establecer si una persona ha tenido una participación activa o determinante en crímenes graves podrían llevar a conceder beneficios a individuos que hayan tenido un rol decisivo en la comisión de este tipo de crímenes (Escrito de *Amicus Curiae* de la Fiscal de la Corte Penal Internacional sobre la Jurisdicción Especial para la Paz ante la Corte Constitucional de la República de Colombia, 18 de octubre de 2017, párr. 40). Así mismo, Human Rights Watch advirtió que las ambigüedades en el listado de delitos no amnistiables o indultables de la Ley 1820 pueden permitir que las amnistías beneficien a responsables de violaciones a los derechos humanos (Vivanco - Human Rights Watch, Carta al Presidente Santos sobre la ley de amnistía, 25 de diciembre de 2016, disponible en: https://www.hrw.org/es/news/2016/12/25/carta-al-presidente-santos-sobre-la-ley-de-amnistia#_ftn28).

Con el fin de enfrentar estos retos y minimizar los problemas derivados de los amplios márgenes de apreciación, es necesario que la JEP genere estrategias o mecanismos orientados a garantizar la predictibilidad y seguridad jurídica mediante: i) la adopción y consolidación de líneas de decisión, y ii) el desarrollo de regulaciones frente a los potenciales cambios en las líneas de decisión. Estas estrategias pueden contribuir a promover coordinación, reducir errores judiciales y mantener el compromiso con los postulados del *rule of law* (imperio de la ley).

12

Artículo 14. *Contribución a la satisfacción de los derechos de las víctimas.* La concesión de amnistías o indultos o de cualquier tratamiento especial, simétrico, simultáneo, equilibrado y equitativo no exime del deber de contribuir individual o colectivamente al esclarecimiento de la verdad o del cumplimiento de las obligaciones de reparación que sean impuestas por la Jurisdicción Especial para la Paz.

Si durante los cinco años siguientes a la concesión de la amnistía, indulto o de cualquier tratamiento especial, simétrico, simultáneo, equilibrado y equitativo, se rehusaran de manera reiterada e injustificada a cumplir los requerimientos del Tribunal para la Paz de participar en los programas de contribución a la reparación de las víctimas, o acudir ante la Comisión de Esclarecimiento de la Verdad de la Convivencia y No Repetición, o ante la Unidad de Búsqueda de las Personas Dadas por Desaparecidas cuando exista obligación de comparecer ante las anteriores, perderán el derecho a que se les apliquen las sanciones propias de la Jurisdicción Especial para la Paz o las equivalentes previstas en cualquier tratamiento de los definidos como especial, simultáneo, equilibrado y equitativo, en el evento de que llegaran a ser declarados responsables por algunas de las conductas que se les atribuyan al interior de la misma.

Literatura: KAI AMBOS, *El marco jurídico de la justicia de transición*, Bogotá, Edit. Temis, 2008; JOHN DUGARD, “Dealing With Crimes of Past Regime. Is Amnesty Still an Option?”, en *Leiden Journal of International Law*, vol. 12, Issue 4, diciembre de 1999; ANTJE DU BOIS-PEDAIN, *Post-conflict accountability and the demands of justice: Can conditional amnesties take the place of criminal prosecutions?*, Cambridge, University of Cambridge Faculty of Law Research Paper 32/2011; MARK FREEMAN, *Necessary Evils, Amnesties and the Search for justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009; Instituto de Justicia Transicional, Pautas de Belfast sobre Amnistía y Responsabilidad, Universidad de Ulster; LOUISE MALLINDER, “Explanatory Guidance on the Belfast Guidelines on Amnesty and Accountability”, en *Transitional Justice Institute, The Belfast Guidelines on Amnesty and Accountability*, University of Ulster, Belfast, 2013.

Jurisprudencia internacional: CorteIDH, Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina, reparaciones y costas, sent. de 27 de agosto de 1998; CorteIDH, Caso Barrios Altos vs. Perú, fondo, sent. de 14 de marzo de 2001; CorteIDH, Caso 19 Comerciantes vs. Colombia, Fondo, reparaciones y costas, sent. de 5 de julio de 2004; CorteIDH, Caso de la “Masacre

de Mapiripán” vs. Colombia, sent. de 15 de septiembre de 2005; CorteIDH, Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, sent. de 31 de enero de 2006; CorteIDH, Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia, sent. de 1º de julio de 2006; CorteIDH, Caso Almonacid Arellano vs. Chile, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sent. de 26 de septiembre de 2006; CorteIDH, Caso La Cantuta vs. Perú, fondo, reparaciones y costas, sent. de 29 de noviembre de 2006; CorteIDH, Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sent. de 24 de noviembre de 2010; CorteIDH, Caso Gelman vs. Uruguay, fondo y reparaciones, sent. de 24 de febrero de 2011; CorteIDH, Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia, excepciones preliminares, fondo y reparaciones, sent. de 30 de noviembre de 2012; CorteIDH, Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, fondo, reparaciones y costas, sent. de 25 de octubre de 2012; CorteIDH, Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sent. de 20 de noviembre de 2013; Caso Rochac Hernández vs. El Salvador, fondo, reparaciones y costas, sent. de 14 de octubre de 2014; CorteIDH, Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sent. de 14 de noviembre de 2014; TPIY, Prosecutor vs. Anto Furundzija (Caso No.: IT-95-17/1-T), 10 de diciembre de 1998.

Jurisprudencia extranjera: Corte Const. de Sudáfrica, Azanian Peoples Organization (AZAPO) and Others v President of the Republic of South Africa and Others (CCT17/96) [1996] ZACC 16; 1996 (8) BCLR 1015; 1996 (4) SA 672 (25 July 1996).

Jurisprudencia nacional: Corte Const., sents. C-379 de 2016, C-694 de 2015, C- 577 de 2014, C-579 de 2013 y C-370 de 2006.

Otros documentos: Secretaría General de las Naciones Unidas, Informe al Consejo de Seguridad, “El Estado de Derecho y la Justicia de Transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos”, 3 de agosto de 2004 (S/2004/616); AGNU, Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (AGNU Res 60/147), 16 de diciembre de 2005.

I. Introducción

El artículo 14 de la LA materializa el principio de satisfacción de los derechos de las víctimas a la verdad, justicia, reparación y no repetición¹, en

1

¹ Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, 24 de noviembre de 2016, punto 5, pág. 124. En la introducción al punto 5 sobre Víctimas, se hace un listado de los principios que irradiaron la discusión de lo Acordado y que, de igual manera, deben continuar irradiando su implementación. En concreto define el principio de satisfacción de los derechos de las víctimas de la

el marco de la concesión de los beneficios judiciales que prevé la norma –amnistías, indultos y renuncia a la persecución penal, entre otros–. El mencionado principio fundamenta tanto el Acuerdo Final entre el Gobierno colombiano y las FARC como su implementación en la Ley bajo análisis, especialmente en lo relacionado con el punto 5 –Acuerdo sobre las víctimas del conflicto–. Por su importancia, se trata de uno de los criterios axiales acordados desde el inicio de la negociación de ese punto, en la Declaración de Principios adoptada por las partes el 7 de junio de 2014².

2 Como consecuencia de lo anterior, la satisfacción de los derechos de las víctimas tiene una doble connotación para el SIVJRNR. Por un lado, es uno de los principios que lo fundamenta³, y por otro, es uno de sus objetivos, el cual pretende ser alcanzado “mediante la combinación de mecanismos de carácter judicial y extra-judicial”⁴. Por esto, para lograr la satisfacción de los derechos de las víctimas del conflicto, es necesario que exista articulación entre los distintos mecanismos del sistema, los cuales no pueden ser considerados elementos aislados. Esto es lo que se conoce como el criterio de integralidad del SIVJRNR.

A su vez, esa integralidad se garantiza con la interlocución “a través de relaciones de condicionalidad y de incentivos para acceder y mantener cualquier tratamiento especial de justicia, siempre fundados en el reconocimiento de verdad y responsabilidades”; es decir, que un elemento esencial para lograr la garantía y el respeto de los derechos de las víctimas consiste, por un lado, en condicionar el acceso a y la conservación de los beneficios judiciales de los victimarios, y por el otro, en el cumplimiento de dichos condicionamientos de participación en todos los mecanismos necesarios, según se dispone en el art. 14 de la LA, para dar cumplimiento al deber de contribuir a la verdad y

siguiente forma: “*Satisfacción de los derechos de las víctimas*. Los derechos de las víctimas del conflicto no son negociables; se trata de ponernos de acuerdo acerca de cómo deberán ser satisfechos de la mejor manera en el marco del fin del conflicto” (resaltado en el texto original).

² Comunicado Conjunto, Gobierno nacional y FARC-EP, La Habana, 7 de junio de 2014, Declaración de principios para la Discusión del Punto 5 de la Agenda: “Víctimas”. Disponible en: http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/mesadeconversaciones/PDF/Comunicado%20Conjunto%2C%20La%20Habana%2C%2007%20de%20junio%20de%202014%2C%20Versi_n%20Espa_ol.pdf (fecha de consulta: 13 de junio de 2017).

³ Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, 24 de noviembre de 2016, apartado 5.1, pág. 127.

⁴ *Ibíd.*, apartado 5.1, pág. 128.

de reparar a las víctimas. No hacerlo implicará la pérdida de los beneficios, lo cual debe ser controlado por la JEP⁵.

Lo anterior permite concluir que según lo dispuesto en la LA, en desarrollo del Acuerdo Final, el modelo seguido por la JT en Colombia no es el de las *amnistías absolutas*, sino el de las *amnistías condicionadas*, definidas como aquellas que “no eximen automáticamente de castigo por los actos cometidos durante un cierto período de tiempo, sino que condiciona el beneficio a la realización de ciertos actos o ciertas concesiones por el (los) beneficiario(s)”⁶.

La elección colombiana de un modelo de amnistía condicionada, en contraposición a una absoluta, fue establecida desde el mismo art. transitorio 66 de la Const. Pol. introducido por el Acto Legislativo 01 de 2012, según el cual: “En cualquier caso, el tratamiento penal especial mediante la aplicación de instrumentos constitucionales como los anteriores estará sujeto al cumplimiento de condiciones tales como la dejación de las armas, el reconocimiento de responsabilidad, la contribución al esclarecimiento de la verdad y a la reparación integral de las víctimas, la liberación de los secuestrados, y la desvinculación de los menores de edad reclutados ilícitamente que se encuentren en poder de los grupos armados al margen de la ley”; aspecto que fue considerado por la Corte Const. colombiana, como acorde con la Carta Política y las obligaciones internacionales del Estado⁷.

⁵ “Los incumplimientos al Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición deberán ser objeto de estudio y decisión por la Jurisdicción Especial para la Paz”, Corte Const., Comunicado 08 de 1º de marzo de 2018. El Tribunal declaró la constitucionalidad del art. 10 de la LA. Ver Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, 24 de noviembre de 2016, apartado 5.1, pág. 130. Sobre la interacción entre los criterios de integralidad, complementariedad y condicionalidad, establece el Acuerdo: “Los distintos mecanismos y medidas de verdad, justicia, reparación y no repetición, en tanto parte de un sistema que busca una respuesta integral a las víctimas, no pueden entenderse de manera aislada. Estarán interconectados a través de relaciones de condicionalidad y de incentivos para acceder y mantener cualquier tratamiento especial de justicia, siempre fundados en el reconocimiento de verdad y responsabilidades. El cumplimiento de estas condicionalidades será verificado por la Jurisdicción Especial para la Paz”.

⁶ AMBOS, *El marco jurídico de la justicia de transición*, Bogotá, Edit. Temis, 2008. pág. 104, pág. 30.

⁷ Corte Const., sent. C-579 de 28 de agosto de 2013, párr. 9.7: “[...] Dentro de estas condiciones se encuentran, como mínimo, la dejación de las armas, el reconocimiento de responsabilidad, la contribución al esclarecimiento de la verdad, la reparación integral de las víctimas, la liberación de los secuestrados y la desvinculación de menores. Finalmente, explicó que la renuncia condicionada a la persecución penal se justifica al ponderar la obligación de investigar, juzgar y en su caso sancionar, con el deber de

II. Las amnistías condicionadas a la luz del derecho internacional y las experiencias comparadas

4 Con respecto a las amnistías, la comunidad internacional ha sentado en instrumentos de DD. HH. y DIH⁸, en decisiones judiciales tanto de tribunales internacionales⁹ como nacionales¹⁰, y en pronunciamientos de organismos

prevenir futuras violaciones a los derechos humanos en la búsqueda de una paz estable y duradera”.

⁸ Destacan el art. I de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948, ciertas regulaciones contenidas en las CG y en el PA I sobre conflictos internacionales, el art. 7 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984, el art. 6 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de 1985, el art. IV de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de 1994 y la Convención Internacional para la Protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas de 2006. Referenciadas en: FREEMAN, *Necessary Evils. Amnesties and the Search for justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pág. 36. Reiterado por el juez Diego García Sayán, en su Voto Concurrente a la sentencia de la CorteIDH, Caso Masacre del Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, 2012. TPIY, Prosecutor vs. Anto Furundzija (Caso No. IT-95-17/1-T), 10 de diciembre de 1998, párr. 155.

⁹ Ver CorteIDH, Caso Barrios Altos vs. Perú, 2001; CorteIDH, Caso Almonacid Arellano vs. Chile, 2006; CorteIDH, Caso La Cantuta vs. Perú, 2006; CorteIDH, Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil, 2010; CorteIDH, Caso Gelman vs. Uruguay, 2011; CorteIDH, Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, 2012. y CorteIDH, Caso Rochac Hernández vs. El Salvador, 2014. En el ya citado voto concurrente a la sentencia en el Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, el juez García Sayán sintetiza la jurisprudencia de la CorteIDH hasta la fecha, en los siguientes términos: “[...] la incompatibilidad de las leyes de amnistía relativas a graves violaciones de derechos humanos con el derecho internacional y las obligaciones internacionales de los Estados y que las disposiciones de las leyes de amnistía que impiden la investigación y sanción de graves violaciones de derechos humanos carecen de efectos jurídicos y, en consecuencia, no pueden ser un obstáculo para la investigación de los hechos y la identificación y sanción de los responsables de violaciones de derechos humanos”.

¹⁰ Corte Const., sent. C-579 de 28 de agosto de 2013: “La Sala examinó si la posibilidad de centrar esfuerzos en la investigación penal de los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática, garantiza el cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por Colombia. Concluyó que en virtud de los instrumentos de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario, y los pronunciamientos de sus intérpretes, es legítimo que se dé una aplicación especial a las reglas de juzgamiento, siempre y cuando se asegure que, como mínimo, se enjuiciarán aquellos delitos”.

internacionales¹¹, algunos puntos de acuerdo con los cuales los Estados hoy tienen un reducido margen de apreciación a la hora de otorgar estos beneficios: i) las amnistías o beneficios judiciales equivalentes, frente a conductas que sean consideradas crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad o genocidio, son contrarias a las obligaciones internacionales que tienen los Estados, y ii) las amnistías absolutas incondicionadas, no son aceptadas en el derecho internacional¹².

En contraste con lo anterior, se ha entendido que las amnistías condicionadas gozan de mayor grado de legitimidad y legalidad, en la medida en que comprometen a los beneficiarios de prerrogativas judiciales a participar activamente en mecanismos que contribuyan al cumplimiento, por los Estados, de las obligaciones que surgen en cabeza de estos como consecuencia de las violaciones a los derechos de las víctimas¹³. El cumplimiento con las

5

¹¹ Secretaria General de las NN. UU., Informe al Consejo de Seguridad, “El Estado de Derecho y la Justicia de Transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos”, 3 de agosto de 2004, S/2004/616: “Se rechace la amnistía en casos de genocidio, crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad, incluidos los delitos internacionales relacionados con la etnia, el género y el sexo, y se garantice que ninguna amnistía concedida con anterioridad constituya un obstáculo para el enjuiciamiento ante cualquier tribunal creado o asistido por las Naciones Unidas”. Comité de Derechos Humanos, Observación General 20 que reemplaza a la observación general 7, prohibición de la tortura y los tratos o penas crueles, pár. 15: “El Comité ha observado que algunos Estados han concedido amnistía respecto de actos de tortura. Las amnistías son generalmente incompatibles con la obligación de los Estados de investigar tales actos, de garantizar que no se cometan tales actos dentro de su jurisdicción y de velar por que no se realicen tales actos en el futuro. Los Estados no pueden privar a los particulares del derecho a una reparación efectiva, incluida la indemnización y la rehabilitación más completa posible”.

¹² Ver DUGARD, “Dealing with Crimes of Past Regime. Is Amnesty Still an Option?”, en *Leiden Journal of International Law*, vol. 12, Issue 4, diciembre de 1999, págs. 1009 y 1015.

¹³ MALLINDER, *Explanatory Guidance on the Belfast Guidelines on Amnesty and Accountability*, Transitional Justice Institute, The Belfast Guidelines on Amnesty and Accountability, University of Ulster, Belfast, 2013. pág. 51. Disponible en: http://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/BelfastGuidelines_TJI2014.pdf.pdf (fecha de consulta: 20 de junio de 2017). En el mismo sentido, Sergio García Ramírez, voto concurrente a la sentencia de la CorteIDH en el caso Barrios Altos, 14 de marzo de 2001, reiterado en relación con la sentencia de reparaciones dictada por la CorteIDH en el Caso Castillo Páez: “Ciertamente no desconozco la alta conveniencia de alentar la concordia civil a través de normas de amnistía que contribuyan al restablecimiento de la paz y a la apertura de nuevas etapas constructivas en la vida de una nación. Sin embargo, subrayo –como lo hace un creciente sector de la doctrina, y ya lo ha

mencionadas condiciones, establecen las Pautas de Belfast sobre Amnistía y Responsabilidad (más precisamente hace referencia a *Accountability*), “[...] pueden permitir que la amnistía contribuya a prevenir más violencia, así como a facilitar la responsabilidad y el cumplimiento de los derechos de las víctimas a la verdad y a reparaciones”¹⁴.

6 En el derecho comparado existen varios ejemplos de modelos de justicia transicional, en el marco de los cuales se han adoptado amnistías condicionadas, tales como Bangladesh¹⁵, la República de Congo¹⁶ y Sudáfrica¹⁷, siendo este

hecho la Corte Interamericana— que esas disposiciones de olvido y perdón “no pueden poner a cubierto las más severas violaciones a los derechos humanos, que significan un grave menosprecio de la dignidad del ser humano y repugnan a la conciencia de la humanidad”.

¹⁴ Instituto de Justicia Transicional, Pautas de Belfast sobre Amnistía y Responsabilidad, Universidad de Ulster, Sección C. Condiciones de Amnistía, Pauta 11. Condiciones previas para los beneficiarios de la amnistía, pág. 15. Estas pautas, aunque no son vinculantes—debido a que responden a una iniciativa exclusivamente desarrollada por la academia—, son importantes para el presente análisis teniendo en cuenta su propósito: “Las Pautas de Belfast sobre Amnistía y Responsabilidad tienen el propósito de ayudar a todos aquellos que tratan de tomar o evaluar decisiones sobre amnistías y responsabilidad durante o después de situaciones de conflicto o represión”.

¹⁵ Chittagong Hill Tracts Peace Accord (CHT), firmado el 2 de diciembre de 1997, Sección D. “Rehabilitation, General Amnesty And Other Matters [...] 14. The govt shall declare amnesty for the members who shall deposit their arms and ammunition on the scheduled date. The govt shall withdraw the cases against whom cases have been lodged. || 15. If anyone fails to deposit arms on the scheduled date the govt shall take lawful measures against him”. Disponible en: https://peaceaccords.nd.edu/sites/default/files/accords/Chittagong_Hill_Tracts_Peace_Accord.pdf (fecha de consulta: 20 de junio de 2017).

¹⁶ Agreement on Ending Hostilities in the Republic of Congo, firmado el 29 de diciembre de 1999: “• Convinced that the restoration of peace can be preserved through: 1 – Putting an unconditional end to armed clashes between different militias and gover country, as well as every form of violence;[...] 2 - The promulgation of an amnesty law for armed groups of former militias, having laid down their arms”. “4 - *From other groups of armed factions that are signatories of this agreement [...]*(c) Unconditional contribution to the rescue of populations who risk death in the forest regions of Pool, Bouenza, Lekoumou, Niari, Plateaux and Kouilou, under the command of the Security Forces and assisted by the signatories.” Disponible en: https://peaceaccords.nd.edu/sites/default/files/accords/Republic_of_Congo_-_CPA_1999-12-29.pdf (fecha de consulta: 20 de junio de 2017).

¹⁷ Promotion of National Unity and Reconciliation Act 34 of 1995, 19 de julio de 1995, en su preámbulo y en los objetivos de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, se establece: “the granting of amnesty to persons who make full disclosure of all

último proceso el más reconocido y referenciado de ellos, por crear mecanismos judiciales y extrajudiciales que se articulaban para buscar el mayor grado de satisfacción del derecho a la verdad de las víctimas¹⁸.

Precisamente, sobre la relevancia de haber escogido un modelo de amnistía condicionada sobre uno incondicional o absoluto se pronunció la Corte Const. de Sudáfrica en el caso *Azapo and Others v. President of the Republic of South Africa and Others*, al considerar: “La amnistía contemplada no es una amnistía incondicional/absoluta contra el enjuiciamiento penal de todos y cada uno, otorgada automáticamente como un acto uniforme de amnesia legal obligatoria. Está específicamente autorizado con el propósito de realizar una transición constructiva hacia un orden democrático. Solo está disponible cuando hay una delación completa de todos los hechos al Comité de Amnistía y donde está claro que la transgresión particular se llevó a cabo durante el período prescrito y con un objetivo político cometido en el curso de los conflictos del pasado”¹⁹. Aquí se resalta que lo pretendido por el pueblo sudafricano, tal y como fue consignado en el epílogo de su Constitución, era construir: “[...] un puente histórico entre el pasado de una sociedad profundamente dividida, caracterizada por el conflicto, el sufrimiento jamás contado y la injusticia, y

the relevant facts relating to acts associated with a political objective committed in the course of the conflicts of the past during the said period”, y en el art. 20: “20 Granting of amnesty and effect thereof (1) If the Committee, after considering an application for amnesty, is satisfied that- (a) the application complies with the requirements of this Act; (b) the act, omission or offence to which the application relates is an act associated with a political objective committed in the course of the conflicts of the past in accordance with the provisions of subsections (2) and (3); and (c) the applicant has made a full disclosure of all relevant facts”. Disponible en: <http://www.justice.gov.za/legislation/acts/1995-034.pdf> (fecha de consulta: 20 de junio de 2017).

¹⁸ Es importante resaltar que se han presentado algunas críticas al modelo sudafricano, ya que, si bien utilizó la fórmula de amnistía condicional, con posterioridad al proceso no ha sido fácil llevar a la justicia a aquellos que no cumplieron los requisitos o desafiaron el proceso requerido para otorgar las amnistías. Por lo tanto, aunque el modelo consistía en una fórmula que intentaba garantizar en la mayor medida posible los derechos de las víctimas, en su ejecución no ha sido tan efectivo, por cuanto la ausencia de cumplimiento de la condición no ha traído las consecuencias jurídicas que debería. Al respecto ver: DU BOIS-PEDAIN, *Post-conflict accountability and the demands of justice: Can conditional amnesties take the place of criminal prosecutions?*, Cambridge, University of Cambridge Faculty of Law Research Paper 32/2011, Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1864003 (fecha de consulta: 14 09 2018).

¹⁹ Corte Const. de Sudáfrica, *Azanian Peoples Organization (AZAPO) and Others v President of the Republic of South Africa and Others* (CCT17/96) [1996] ZACC 16; 1996 (8) BCLR 1015; 1996 (4) SA 672 (25 July 1996), párr. 32. (Trad. de los autores).

un futuro basado en el reconocimiento de los derechos humanos, la democracia y la coexistencia pacífica con oportunidades de desarrollo para todos los sudafricanos, independientemente del color, raza, clase, creencia o sexo”²⁰.

III. Los beneficios penales condicionados y la LA

7 En el contexto colombiano, la Corte Const. ha reconocido la preponderancia de las amnistías condicionadas en el ámbito internacional, considerando que en el mundo “se observa una tendencia a la limitación de los procesos de justicia transicional, pues la comunidad internacional ha venido proscribiendo las autoamnistías, exigiendo que las amnistías sean condicionadas y además limitando la posibilidad de aplicarlas en una serie de crímenes que en muchos países han coincidido con los delitos de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el genocidio”²¹.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo comentado, son dos los condicionamientos que deben cumplir los beneficiarios de amnistías, indultos o tratamientos equivalentes, con el fin de satisfacer los derechos de las víctimas:

²⁰ *Ibíd.*, párr. 3, que hace referencia al texto de la Constitución. Adicionalmente, es necesario tener en cuenta el principio decisorio al que llega la Corte, consignado en el pár. 50 de la decisión de la siguiente forma: “En consecuencia, estoy convencido de que el epílogo de la Constitución autorizó y contempló una «amnistía» en su sentido más amplio y generoso, con el fin de mejorar y optimizar las perspectivas de facilitar el viaje constitucional desde la vergüenza del pasado hasta la promesa del futuro. Por consiguiente, el Parlamento tiene derecho a promulgar la Ley en los términos en que lo hizo. Esto implicó más opciones aparte de las opciones que he identificado previamente. [39] Podrían haber optado por insistir en que una amnistía integral implicaba manifiestamente una desigualdad de sacrificio entre las víctimas y los autores de las invasiones de los derechos fundamentales de esas víctimas y sus familias y que por esta razón los términos de la amnistía deberían dejar intactas las reclamaciones que algunas de estas víctimas podrían haber podido ejercer contra los responsables de autorizar, permitir o conspirar en tales actos o haber decidido que este curso impediría el ritmo, la eficacia y los objetivos de la transición con consecuencias perjudiciales para la gente de un país que enfrenta por primera vez la perspectiva real de gozar en el futuro de algunos de los derechos humanos tan injustamente negados a las generaciones que los precedieron. Tenían derecho a elegir el segundo curso. Podrían haber optado por distinguir entre los hechos ilícitos cometidos en defensa del antiguo orden y los cometidos en la resistencia de este, o podrían haber elegido una amnistía integral que no hiciera esta distinción. Nuevamente tenían derecho a hacer esta última elección. La elección de alternativas legítimamente caía dentro del juicio de los legisladores. El ejercicio de esa opción no tiene, a mi juicio, repercusión en su constitucionalidad”. (trad. de los autores).

²¹ Corte Const., sent. C-579 de 28 de agosto de 2013, párr. 6.2.4.

i) El deber de contribuir individual o colectivamente al esclarecimiento de la verdad, y ii) el cumplimiento de las obligaciones de reparación que sean impuestas por la JEP. Es importante resaltar, que en este caso no se trata de condicionamientos previos a la obtención del beneficio judicial, como fue el caso en Sudáfrica, sino que se trata de condicionamientos posteriores o futuros. El propósito que cumple este tipo de condicionamientos en las leyes de amnistías ha sido considerado por las Pautas de Belfast en los siguientes términos: “Con el fin de aumentar la legitimidad y la legalidad de una amnistía, puede que beneficiarios individuales estén sujetos a condiciones que deberán cumplir para evitar la revocación de los beneficios. Estas condiciones le proporcionan al Estado un medio para imputar responsabilidad a individuos que podrían abusar del proceso de amnistía, y puede animar a los beneficiarios a contribuir a los procesos de reconciliación en curso”²².

En cuanto a la relación de las amnistías con los derechos de las víctimas, la CorteIDH ha reiterado que este tipo de mecanismos contribuyen a la impunidad y resultan ser un obstáculo para la satisfacción de los derechos de las víctimas²³. Por ese motivo, para que los beneficios judiciales reconocidos en la LA tengan legitimidad internacional, es necesario que mediante los condicionamientos se garantice el logro efectivo de esos derechos, tal como lo ha considerado la Corte Const. en su jurisprudencia²⁴ y fue acordado por el Gobierno

8

²² Instituto de Justicia Transicional, Pautas de Belfast sobre Amnistía y Responsabilidad, Universidad de Ulster, Sección C. Condiciones de Amnistía, Pauta 12. Condiciones de conducta futura para los beneficiarios de amnistías. pág. 16.

²³ CorteIDH, Caso Barrios Altos vs. Perú, 2001; CorteIDH, Caso Almonacid Arellano vs. Chile, 2006; Caso Gelman vs. Uruguay, 2011, párr. 226; Voto concurrente a la sentencia de la CorteIDH sobre el Caso Masacre del Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, 25 de octubre de 2012, párr. 27: “Esta armonización debe hacerse a través de un juicio de ponderación de estos derechos en el marco propio de una justicia transicional. En este sentido pueden plantearse, por cierto, particularidades y especificidades de procesamiento de estas obligaciones en el contexto de una paz negociada. Por ello, los Estados deben ponderar en este tipo de circunstancias el efecto de la justicia penal tanto sobre los derechos de las víctimas como sobre la necesidad de terminar el conflicto. Pero, para ser válidas en el derecho internacional, tendrían que atenerse a ciertos estándares básicos orientados a lo que puede procesarse y concretarse de varias formas, *incluyendo el papel de la verdad y la reparación*” (cursivas fuera del texto original).

²⁴ Corte Const., sent. C-379 de 18 de julio de 2016: “Por ende, con base en la jurisprudencia analizada, dichas diversas herramientas deben estar unívocamente dirigidas al balance entre el tránsito efectivo hacia la paz, la protección de los derechos humanos y, en particular, la vigencia de los derechos a las víctimas a la verdad, la justicia, la efectiva reparación y las garantías de no repetición”. Ver Corte Const., sents. C-370 de 2006, C-579 de 2013 y C-577 de 2014.

nacional y las FARC al establecer que resarcir a las víctimas del conflicto, bajo un paradigma de justicia restaurativa, está en el centro de todo lo pactado²⁵.

IV. Retos para la aplicación de la LA en Colombia

A) Alcance de la contribución de los beneficiarios

- 9 Una crítica que puede surgir frente al contenido normativo específico de los condicionamientos planteados por la LA tiene relación con la vaguedad jurídica de los términos condicionantes, por ejemplo, cuando la norma utiliza la palabra “contribuir”. Sin perjuicio de la problemática que puede resultar de ese segmento normativo, la Corte Const. fue enfática al analizar la consecuencia del uso de ese tipo de términos genéricos en la LJP, al concluir que no cumplen el criterio de control establecido por la Constitución, si no permiten el efectivo alcance de los derechos de las víctimas²⁶. En esa oportunidad, la

²⁵ Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, 24 de noviembre de 2016, Sección 5.1.2. Justicia, pág. 144: “6. Resarcir a las víctimas está en el centro del Acuerdo General para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera suscrito en La Habana el 26 de agosto de 2012. En toda actuación del componente de justicia del SIVJRNR, se tomarán en cuenta como ejes centrales los derechos de las víctimas y la gravedad del sufrimiento infligido por las graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario y las graves violaciones a los derechos humanos ocurridas durante el conflicto. Tales violaciones causan daños graves y de largo plazo a los proyectos de vida de las víctimas. Deberá repararse el daño causado y restaurarse cuando sea posible. || Por lo anterior, uno de los paradigmas orientadores del componente de justicia del SIVJRNR será la aplicación de una justicia restaurativa que preferentemente busca la restauración del daño causado y la reparación de las víctimas afectadas por el conflicto, especialmente para acabar la situación de exclusión social que les haya provocado la victimización. La justicia restaurativa atiende prioritariamente las necesidades y la dignidad de las víctimas y se aplica con un enfoque integral que garantiza la justicia, la verdad y la no repetición de lo ocurrido”.

²⁶ Corte Const., sent. C-370 de 18 de mayo de 2016, párr. 6.2.1.5.1: “Así acontece con la expresión del artículo 3º que condiciona la suspensión de la ejecución de la pena determinada en la respectiva sentencia, a la «colaboración con la justicia». Esta exigencia formulada en términos tan genéricos, despojada de contenido específico, no satisface el derecho de las víctimas al goce efectivo de sus derechos a la verdad, a la justicia, a la reparación y a la no repetición. Esta colaboración podría limitarse a suministrar alguna información sobre las conductas de otros miembros de un grupo armado ilegal, en lugar de consistir en revelar de manera plena y fidedigna los hechos dentro de los cuales fueron cometidos los delitos por los cuales se aspira a recibir el beneficio de la alternatividad. Así entendida, la colaboración no respetaría el derecho

Corte declaró la exequibilidad condicionada del art. 3º de esa ley, “en el entendido que la «colaboración con la justicia» debe estar encaminada al logro efectivo de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición”²⁷.

Esta vaguedad no solo puede afectar los derechos de las víctimas, sino que, entendiéndolo de la naturaleza condicionada de los beneficios penales, puede ir en contravía de principios relevantes para los derechos de los beneficiarios. Lo anterior, teniendo en cuenta que la concesión y en especial el mantenimiento de los beneficios penales quedan supeditados al cumplimiento de criterios, que no son lo suficientemente claros, y por lo tanto no dan seguridad jurídica. En relación con todo lo anterior, les corresponderá a los operadores del SIVJRNR ser muy estrictos en el análisis del cumplimiento de los requisitos para acceder y mantener los beneficios judiciales propios de JT.

En relación con el deber de contribuir individual o colectivamente al esclarecimiento de la verdad, el art. 14 de la LA desarrolla una de las condiciones preestablecidas en el Acuerdo Final, en el cual se determinaron los contenidos, alcances y límites de la concesión de amnistías, indultos o cualquier otro tipo de tratamientos especiales, estableciendo que: “La concesión de amnistías o indultos o el acceso a cualquier tratamiento especial, no exime del deber de contribuir, individual o colectivamente, al esclarecimiento de la verdad conforme a lo establecido en este documento”²⁸. Una interpretación holística de lo establecido en la LA, en el Acuerdo Final, en la Const. Pol. interpretada por la Corte Const., y de las obligaciones del Estado derivadas del DI, permite concluir que la condición de contribuir a la verdad no se limita exclusivamente a la JEP, sino que tiene efectos por fuera de esta jurisdicción, incluso haciendo que el deber de contribución persista en cabeza de quienes recibieron una amnistía *de iure* y se encuentran gozando de plena libertad.

El contenido del derecho a la verdad ha sido desarrollado en múltiples instrumentos y pronunciamientos, tanto nacionales como internacionales. Aunque

de las víctimas a la verdad. Lo mismo podría decirse del derecho a la reparación. La colaboración con la justicia podría consistir en entregar los bienes ilícitos producto de la actividad delictiva, lo cual sería manifiestamente insuficiente para asegurar el goce efectivo del derecho de las víctimas a la reparación. La alternatividad penal parecería una afectación desproporcionada de los derechos de las víctimas si la «colaboración con la justicia» no comprendiera la integralidad de los derechos de tales víctimas, y si no exigiera de parte de quienes aspiran a acceder a tal beneficio acciones concretas encaminadas a asegurar el goce efectivo de estos derechos, que parecen enunciados en la propia Ley 973 de 2005” [*sic*].

²⁷ *Ibíd.*, párr. 6.2.1.5.1.

²⁸ Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, 24 de noviembre de 2016, Sección 5.1.2. Justicia, pág. 144, párr. 27.

se trata de un instrumento que no tiene carácter vinculante para los Estados, los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, aprobados en 2005 por la Asamblea General de las NN. UU., han establecido que la verificación de los hechos y la revelación pública de la verdad, en la medida en que ello no le genere un perjuicio mayor a las víctimas, contribuye a la satisfacción como medio de reparación²⁹. Igualmente, en este documento se estableció que las víctimas tienen derecho a solicitar y obtener información sobre las causas de su victimización³⁰.

12 En el sistema interamericano de derechos humanos, el derecho a la verdad se ha desprendido de las garantías judiciales, y últimamente del derecho a la libertad de expresión³¹. En ese sentido, la CorteIDH³² ha señalado que ese derecho comprende el conocimiento de i) la autoría del crimen, ii) las motivaciones, iii) las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que ocurrieron los hechos, iv) los patrones de actuación conjunta y v) la estructura organizativa que permitió la consumación del acto. Por su parte, en Colombia ha sido entendido el derecho a la verdad, como un derecho de las víctimas, y se ha desarrollado tomando en cuenta diferentes fuentes internacionales³³.

²⁹ AGNU, Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. AGNU Res 60/147 (16 de diciembre de 2005) Principio 22(b).

³⁰ *Ibíd.*, Principio 24.

³¹ CorteIDH, Caso La Cantuta vs. Perú, 2006, párr. 228; CorteIDH, Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil, párr. 200 y 297; CorteIDH, Caso Gelman vs. Uruguay, 2011, párr. 192; CIDH. Derecho a la Verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014 (OEA/Ser.L/V/II.152 Doc. 2), párr. 130 y 131.

³² CorteIDH, Caso Barrios Altos vs. Perú, 2001; CorteIDH, Caso Almonacid Arellano vs. Chile, 2006; CorteIDH, Caso La Cantuta vs. Perú, 2006; CorteIDH, Caso Gelman vs. Uruguay, 2011.

³³ Corte Const., sent. C-579 de 28 de agosto de 2013, hace un recuento de la jurisprudencia de la Corte hasta el momento: “En relación con el derecho a la verdad, la jurisprudencia de la Corte ha establecido los siguientes criterios jurisprudenciales: (i) el derecho a la verdad, se encuentra consagrado en los principios 1 a 4 de los Principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, y encuentra su fundamento en el principio de dignidad humana, en el deber de memoria histórica y de recordar, y en el derecho al buen nombre y a la imagen; (ii) así, las víctimas y los perjudicados por graves violaciones de derechos humanos tienen el derecho inalienable a saber la verdad de lo ocurrido; (iii) este derecho se encuentra en cabeza de las víctimas, de sus familiares y de la sociedad en su conjunto,

En conclusión, tanto en el sistema interamericano como en el derecho interno, satisfacer el derecho a la verdad se ha visto como una obligación propia de los Estados, por lo que son estos los obligados a tomar todas las medidas pertinentes para lograr su garantía. Así mismo, tanto en el plano internacional como interno, se ha desarrollado la multidimensionalidad de la verdad, por un lado, desde la titularidad del derecho individual y colectiva y, por el otro, reconociendo las diferencias entre verdad judicial e histórica, así como los

y por tanto apareja una dimensión individual y una colectiva; (iv) la dimensión individual del derecho a la verdad implica que las víctimas y sus familiares conozcan la verdad sobre los hechos, los responsables y las consecuencias de lo sucedido. Este derecho apareja, por tanto, el derecho a conocer la autoría del crimen, los motivos y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos delictivos, y finalmente, el patrón criminal que marca la comisión de los hechos criminales. Esto último, implica el derecho a conocer si el delito que se investiga constituye una grave violación a los derechos humanos, un crimen de guerra o un crimen de lesa humanidad; (v) la dimensión colectiva del derecho a la verdad, por su parte, significa que la sociedad debe conocer la realidad de lo sucedido, su propia historia, la posibilidad de elaborar un relato colectivo a través de la divulgación pública de los resultados de las investigaciones, e implica la obligación de contar con una «memoria pública» sobre los resultados de estas investigaciones sobre graves violaciones de derechos humanos; (vi) el derecho a la verdad constituye un derecho imprescriptible que puede y debe ser garantizado en todo tiempo; (vii) con la garantía del derecho a la verdad se busca la coincidencia entre la verdad procesal y la verdad real; (viii) este derecho se encuentra intrínsecamente relacionado y conectado con el derecho a la justicia y a la reparación. Así, el derecho a la verdad se encuentra vinculado con el derecho de acceso a la justicia, ya que la verdad solo es posible si se proscriben la impunidad y se garantiza, a través de investigaciones serias, responsables, imparciales, integrales y sistemáticas por parte del Estado, el consecuente esclarecimiento de los hechos y la correspondiente sanción; (ix) de otra parte, el derecho a la verdad se encuentra vinculado con el derecho a la reparación, ya que el conocimiento de lo sucedido para las víctimas y sus familiares, constituye un medio de reparación; (x) los familiares de las personas desaparecidas tienen derecho a conocer el destino de los desaparecidos y el estado y resultado de las investigaciones oficiales. En este sentido, el derecho a conocer el paradero de las personas desaparecidas o secuestradas se encuentra amparado en el derecho del familiar o allegado de la víctima a no ser objeto de tratos crueles, inhumanos o degradantes y debe ser satisfecho, incluso, si no existen procesos penales en contra de los presuntos responsables (por muerte, indeterminación o cualquier otra causa); (xi) finalmente, en cuanto al derecho a la verdad, la Corte resalta no solo la importancia y la obligación del Estado de adelantar investigaciones criminales con el fin de esclarecer la responsabilidad penal individual y la verdad de los hechos, sino también la importancia de mecanismos alternativos de reconstrucción de la verdad histórica, como comisiones de la verdad de carácter administrativo, que en casos de vulneraciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos, deben servir a los fines constitucionales antes mencionados”.

diferentes mecanismos existentes para alcanzar cada una de estas, entendiendo la importancia de las CVR para alcanzar la verdad histórica³⁴.

13 A la luz del art. 14 de la LA, esto cobra una gran relevancia, toda vez que, el condicionamiento de los beneficios penales a la contribución a la verdad puede ser visto como un mecanismo adicional que ha desarrollado el Estado para cumplir sus obligaciones internacionales. Lo mismo ocurre con la participación de los beneficiarios en la CVR y en la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas, ya que esto puede ser considerado como un mecanismo efectivo para construir la verdad histórica.

14 En relación con el contenido del derecho a la reparación, la condición que deben cumplir los beneficiarios de amnistías, según lo dispuesto en la norma analizada, corresponde a dar cumplimiento a las medidas de reparación que les sean ordenadas por la JEP. Esto implicaría, a primera vista, que a diferencia de lo que sucede con la obligación de contribuir a la satisfacción del derecho a la verdad, en cuanto a la reparación los deberes del beneficiario sí serían exclusivamente intra-JEP. Sin embargo, teniendo en cuenta que i) la verdad es un medio para desarrollar la satisfacción como forma de reparación; ii) la inescindible relación que existe entre los derechos de las víctimas a la verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición, y iii) el carácter integral y complementario del SIVJNR, se puede concluir que se trata de un deber que, aun teniendo su origen en la JEP, tiene alcance externo a ella.

Por su parte, la CorteIDH ha desarrollado desde el *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*³⁵, un concepto de reparación integral que comprende varias medidas distintas, tendientes a resarcir los distintos daños causados a la víctima de la grave violación a los DD. HH. Como elementos de la reparación integral, la CorteIDH ha ordenado compensaciones pecuniarias, medidas de restitución

³⁴ Corte Const., sent. C-694 de 2015: “En conclusión, verdades judicial e histórica, si bien presentan diferencias importantes en cuanto a la forma de estructurarse, al final se complementan, coadyuvando ambas a garantizar el derecho a la verdad de las víctimas y de la sociedad. Por consiguiente, se insiste en que las diversas normas procesales, así como los principios que orientan la tramitación de los mismos, deben apuntar a permitirle a las víctimas participar activamente en el debate que concluya con una sentencia. Por el contrario, negarles tal intervención, termina afectando no solo el derecho a la verdad en su dimensión individual sino colectiva; estado de cosas que se agrava cuando las víctimas no tienen conocimiento de que un mismo supuesto fáctico viene siendo investigado por autoridades judiciales diversas, incluso ubicadas geográficamente en diferentes regiones del país”.

³⁵ CorteIDH, *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*, reparaciones y costas, sent. de 27 de agosto de 1998 (Serie C No. 39), párr. 41.

ción, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición³⁶. El concepto de reparación integral ha sido plenamente incorporado en el ordenamiento jurídico colombiano, haciendo equivalente el desarrollo que se le ha dado en el ámbito interno con lo establecido en el SIDH. La JEP no podrá apartarse del estándar hasta este momento establecido.

B)¿*Condiciones de acceso al beneficio penal o de mantenimiento?*

La redacción del art. 14 de la LA no permite identificar, con certeza, si la contribución a la satisfacción de los derechos de las víctimas constituye un requisito de acceso al beneficio penal o si, por el contrario, es un requisito de mantenimiento. 15

Este interrogante parece haber sido resuelto por la Corte Const.; órgano que en la sentencia en la que analiza la constitucionalidad de la LA, señala de forma expresa que “el compromiso de contribuir a la satisfacción de los derechos de las víctimas es una *condición de acceso* y no exime a los beneficiarios de esta Ley del deber de cumplir con las obligaciones contraídas con el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición”³⁷ (cursiva fuera de texto original). 16

Si bien esta delimitación que hace la Corte Const. era necesaria para otorgar mayor seguridad jurídica a los eventuales beneficiarios de los mecanismos de racionalización de la acción penal, la posición adoptada –que a consideración de los autores, no previó la totalidad de los efectos que generaría en el funcionamiento del SIVJRN– requiere, como se abordará a continuación, de la fijación inmediata de los criterios que serán considerados y del procedimiento que será adelantado, para no dilatar o extender el proceso de definición de la situación jurídica de los vinculados.

³⁶ Ver CorteIDH, Caso 19 Comerciantes vs. Colombia, 2004; CorteIDH, Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia, sent. de 15 de septiembre de 2005 (Serie C No. 134); CorteIDH, Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, 2006 (Serie C No. 140); CorteIDH, Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia, sent. de 1º de julio de 2006 (Serie C No. 148); CorteIDH, Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia, excepciones preliminares, fondo y reparaciones, sent. de 30 de noviembre de 2012 (Serie C No. 259); CorteIDH, Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sent. de 20 de noviembre de 2013 (Serie C No. 270); CorteIDH, Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia, 2014.

³⁷ Corte Const., Comunicado 08 de 1º de marzo de 2018. La Corte declaró la constitucionalidad del art. 10 de la LA.

C) Verificación del cumplimiento de los condicionamientos

17 El inciso 2º del art. 14 de la LA establece el procedimiento para verificar el cumplimiento de los condicionamientos, combinando un criterio de responsabilidad a la luz del cual, si el beneficiario no cumple con sus deberes de verdad y reparación, perderá sus beneficios, con un criterio de temporalidad que establece un período de cinco años dentro del cual el amnistiado debe cumplir sus obligaciones ante el SIVJRN; después de ese término, la medida judicial se haría permanente.

18 Las Pautas de Belfast han establecido una serie de requisitos que el procedimiento de verificación del cumplimiento de las condiciones tendientes a mantener una amnistía condicionada debe tener: i) debe ser formal e independiente destinado a revisar o juzgar el cumplimiento, ii) debería especificar criterios y reglas para determinar el grado de cumplimiento, y iii) el organismo decisorio debería disponer de los recursos apropiados³⁸.

Si bien estas pautas no son vinculantes ni representan por sí mismas la creación de obligaciones para los Estados, constituyen doctrina especializada sobre el punto y, dada su especificidad en el abordaje del principio de condicionalidad, su contenido es relevante a la hora de comprender el contenido, alcance y aplicación de la disposición analizada.

19 Contrastando los requisitos planteados por las Pautas de Belfast con el procedimiento señalado en el inc. 2º del art. 14 de la LA, se logra identificar una falta de especificidad frente al procedimiento y los presupuestos que serán verificados para determinar la contribución o no de los eventuales beneficiarios a los derechos de las víctimas.

20 Si bien la Corte Const. señaló que i) la verificación la llevará a cabo la JEP, a la luz del principio de proporcionalidad, y ii) el incumplimiento de las condiciones analizadas puede generar como consecuencia la pérdida de los beneficios previstos en la LA³⁹, se mantiene un vacío sobre el desarrollo del procedimiento correspondiente. Si esta situación no es corregida por la JEP, en últimas generará que los condicionamientos pierdan efectividad frente a los beneficiarios, redundando en un desconocimiento de los derechos de las víctimas. Es importante que existan elementos que permitan hacer que el incumplimiento con los compromisos de verdad y reparación tengan consecuencias efectivas y exigibles.

³⁸ Instituto de Justicia Transicional, Pautas de Belfast sobre Amnistía y Responsabilidad, Universidad de Ulster, Sección C. Condiciones de Amnistía, Pauta 12 (d). Condiciones de conducta futura para los beneficiarios de la amnistía. pág. 17.

³⁹ Corte Const., Comunicado 08 de 1º de marzo de 2018. La Corte declaró la constitucionalidad del art. 10 de la LA.

TÍTULO III

AMNISTÍAS, INDULTOS Y OTROS TRATAMIENTOS
PENALES ESPECIALES

CAPÍTULO I

AMNISTÍAS “DE IURE”

Artículo 15. *Amnistía “de iure”*. Se concede amnistía por los delitos políticos de “rebelión”, “sedición”, “asonada”, “conspiración” y “seducción, usurpación y retención ilegal de mando” y los delitos que son conexos con estos de conformidad con esta ley, a quienes hayan incurrido en ellos.

Literatura: JULIÁN DURÁN PUENTES, *El delito político: desnaturalización jurídica y conflicto interno*, Bogotá, Leyer, 2003; ANDREA MANZANO/ERNESTO ORTIZ, “Delitos contra el régimen constitucional y legal”, en G. Castro (Coord.) *Manual de derecho penal*, Parte especial, tomo 2, Bogotá, Edit. Temis-Universidad del Rosario, 2011; RICARDO POSADA MAYA, “Aproximación al concepto jurídico del delito político”, en Ricardo Posada (ed.), *Delito político, terrorismo y temas de derecho penal*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2010; DIEGO FERNANDO TARAPUÉS SANDINO, “El delito político en la Constitución de 1991: una herencia constitucional como herramienta en la búsqueda de la paz”, en *Papel Político*, vol. 16, núm. 2, 2011; DIEGO FERNANDO TARAPUÉS SANDINO, “Contenido y alcance del delito político en el marco jurídico para la paz y en la sentencia C-577 de 2014”, en K. Ambos/C. Steiner (coords.), *Justicia de transición y constitución II: Análisis de la sentencia C-577 de 2014 de la Corte Constitucional*, Bogotá, Temis/Cedpal/Konrad-Adenauer-Stiftung, 2015.

Jurisprudencia nacional: Corte Const., sents. C-579 de 28 de agosto de 2013 y C-009 de 1995; CSJ Sala de Casación Penal, sent. de 12 de agosto de 1993 (e7504); 9 de marzo de 2000 (e13435) y 21 de febrero de 2001 (e18065).

De conformidad con el art. 15, la amnistía *de iure* procede solo para los delitos políticos *puros* que se indican expresamente en este artículo y para los delitos políticos conexos que no se describen en esta disposición, sino que se encuentran previstos en el art. 16. Los tipos penales que la LA comprende como delitos políticos puros son aquellos que integran el Capítulo Único del Título XVIII del CP, cuyo objeto de protección radica en el bien jurídico supraindividual definido como la existencia del régimen constitucional y legal. La definición de este bien jurídico tutelado, al ser un bien de naturaleza colectiva, resulta una tarea compleja por la amplitud del objeto de

1

protección y por la proximidad con otros bienes jurídicos supraindividuales similares¹. Sin embargo, la doctrina colombiana se ha encargado de darle un contenido diferenciador a este bien jurídico, entendiéndolo como el espacio de protección de todo el ordenamiento institucional, político y jurídico², el cual funda la existencia legal y legítima del Estado. Esto incluye la vigencia de valores y principios constitucionales que sustentan la estructura y organización del Estado colombiano, tales como la democracia, el Estado de derecho, la separación de poderes, el Estado unitario descentralizado, etc.³. En ese sentido, se han configurado cinco tipos penales para la protección efectiva de este bien jurídico tutelado; se trata de las tres conductas clásicas que a la luz de la jurisprudencia y doctrina colombianas constituyen los delitos políticos desde una visión objetiva: “rebelión”, “sedición” y “asonada”, a las cuales se le suman dos tipos penales incluidos en este mismo título: “conspiración” y “seducción, usurpación y retención ilegal de mando”, que no son autónomos, sino que giran en torno a los delitos de rebelión y sedición.

2

La *rebelión* ha sido el tipo penal base en el derecho penal colombiano para adecuar la conducta del insurgente como delito político⁴. Esta posición también la asume la LA, al establecer el nexo de cualquier conducta con el delito político mediante un vínculo directo o indirecto con la rebelión. En este orden de ideas, en el inc. 3º del art. 8º se lee: “También serán amnistiables los delitos conexos con el delito político que describan conductas relacionadas específicamente con el desarrollo de la rebelión y cometidos con ocasión del conflicto armado, así como las conductas dirigidas a facilitar, apoyar, financiar

¹ Por ejemplo: delitos contra la seguridad pública (Título XII CP), delitos contra mecanismos de participación democrática (Título XIV CP), delitos contra la administración pública (Título XV CP) y delitos contra la existencia y seguridad del Estado (Título XVII CP).

² MANZANO/ORTIZ, “Delitos contra el régimen constitucional y legal”, en G. Castro (Coord.), *Manual de derecho penal*. Parte especial, tomo 2, Bogotá, Edit. Temis-Universidad del Rosario, 2011, pág. 570.

³ POSADA, “Aproximación al concepto jurídico del delito político”, en Ricardo Posada (ed.), *Delito político, terrorismo y temas de derecho penal*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2010, págs. 51-52 y MANZANO/ORTIZ, 2011, pág. 570.

⁴ Desde el Código del Estado soberano de Cundinamarca de 1859, pasando por el CP de 1980, que fue el que más prerrogativas le dio al delito político, hasta llegar al actual CP, Ley 599 de 2000, el tipo penal de rebelión ha estado presente en la legislación penal colombiana y se le ha tomado como el delito político madre. Al respecto véase: MANZANO/ORTIZ, 2011, págs. 567-568. De igual forma lo reconoce la jurisprudencia constitucional que en una de sus decisiones más recientes sobre delito político, reafirmó la tradición jurídica constitucional colombiana de esta figura vinculada especialmente al delito de rebelión, véase: Corte Const., sent. C-579 de 28 de agosto de 2013, num. 6.1.

u ocultar el desarrollo de la rebelión”. Para conocer el significado jurídico penal de la rebelión, ineludiblemente hay que acudir al art. 467 del CP, el cual la describe en los siguientes términos: “[l]os que mediante el empleo de las armas pretendan derrocar al Gobierno nacional, o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente [...]”. Del contenido normativo de este tipo penal se desprende que es un delito plurisubjetivo que no admite autoría individual⁵. Asimismo, es un delito doloso donde debe existir un plan conjunto del colectivo de personas que se rebela, con al menos una de las tres finalidades contenidas en dicha disposición: “derrocar al Gobierno nacional”, “suprimir el régimen constitucional o legal” o “querer modificarlo”. El intento de llevar a cabo cualquiera de estas tres finalidades debe hacerse por la vía armada, pues tal como lo indica el art. 467, la conducta prevé que se levanten en contra del *statu quo* “mediante el empleo de las armas”, lo cual implica a la vez que es un delito de ejecución permanente que se está realizando constantemente hasta el momento en que la organización rebelde deponga las armas⁶. Se debe aclarar que para cometer el delito de rebelión, no se exige que cada autor porte armas, sino que también se reconoce como delincuente político a aquellos que realizan otras tareas relevantes dentro de la organización rebelde⁷. Otra característica importante radica en que es un delito que se consuma con la mera conducta, sin que ello implique el éxito definitivo de la rebelión, tal como lo describe el propio tipo con el verbo “pretender”, que equivale a colocar en riesgo o en peligro (abstracto) el bien jurídico tutelado⁸.

Junto con la rebelión, la *sedición* cuenta con una larga historia en el ordenamiento jurídico colombiano⁹ y, de acuerdo con la LA, también da lugar

3

⁵ MANZANO y ORTIZ señalan que esto implica: “por un lado que la acción de uno de los coautores se le puede imputar a los demás y, por otro, que la rebelión requiere la existencia de una agrupación de personas que están de acuerdo en adelantar ciertas acciones armadas con un mismo objetivo” (MANZANO/ORTIZ, 2011, pág 571).

⁶ POSADA, 2010, págs. 52-53.

⁷ Así lo ha sostenido la jurisprudencia: CSJ, Sala de Casación Penal, sents. de 12 de agosto de 1993 (e7504); de 9 de marzo de 2000 (e13435) y de 21 de febrero de 2001 (e1 8065). Al igual que la doctrina: POSADA, 2010, pág. 54 y MANZANO/ORTIZ, 2011, pág. 571.

⁸ POSADA, 2010, pág. 52 y MANZANO/ORTIZ, 2011, pág. 571.

⁹ La sedición fue el primer delito político en aparecer expresamente en un texto constitucional colombiano. El num. 8 del art. 5 de la Const. Pol. de la República de Colombia de 1830 señalaba: “La República garantiza a todos los granadinos: [...] 8º El derecho de reunirse pública o privadamente, sin armas; [...] Pero cualquiera reunión de ciudadanos que, al hacer sus peticiones, o al emitir su opinión sobre cualesquiera

a la concesión de la amnistía *de iure*. El CP en su art. 468 la describe de la siguiente manera: “[l]os que mediante el empleo de las armas pretendan impedir transitoriamente el libre funcionamiento del régimen constitucional o legal vigentes [...]”. Se trata de una conducta muy similar a la rebelión, ya que el sujeto activo (“los que”), el elemento objetivo que describe el medio para la comisión del tipo (“el empleo de las armas”) y en parte el objeto directo de protección (“el régimen constitucional o legal vigentes”), coinciden en ambos tipos penales. No obstante, el verbo rector es diferente y la puesta en riesgo o peligro del bien jurídico tutelado es de menor nivel, ya que los actos de sedición no buscan “derrocar, modificar o suprimir”, sino solamente “impedir transitoriamente el libre funcionamiento”. Además, no se protege al “Gobierno nacional” como sí lo hace el tipo penal de rebelión al penalizar el intento de derrocamiento gubernamental¹⁰, sino que la sedición se centra en proteger la continuidad, garantizando el funcionamiento del régimen constitucional y legal.

4

Con relación a la *asonada*, el CP en su art. 469 la tipifica de la siguiente forma: “[l]os que en forma tumultuaria exigieren violentamente de la autoridad la ejecución u omisión de algún acto propio de sus funciones [...]”. Esta es la menos lesiva de las tres conductas principales contenidas en el Título XVIII del CP, razón por la cual su inclusión como delito ha sido polémica. De una parte es posible entender la asonada como la criminalización de actos de protesta que a lo sumo deberían ser contravenciones¹¹; de otra, también se puede afirmar que no debe ser considerada como delito político por no atentar contra el régimen constitucional y legal, sino más bien contra otros bienes jurídicos supraindividuales, tales como la administración pública, la seguridad pública o incluso el orden público¹². En todo caso, la Corte Const. ha indicado que esta conducta sí constituye un delito político y que debe ser penalizada, ya que no hay cabida para actos de asonada en un Estado que garantiza la democracia y la participación ciudadana institucionalizada¹³. Así, el art. 15 de la LA establece explícitamente la asonada como delito político, lo cual concuerda de manera sistemática con lo establecido en su art. 3º, referente al ámbito de aplicación, el cual advierte: “[a]demás se aplicará a las conductas cometidas en el marco

negocios, se arrogue el nombre o la voz del pueblo, o pretenda imponer a las autoridades su voluntad como la voluntad del pueblo, es sediciosa; y los individuos que la compongan serán perseguidos como culpables de sedición [...]”, TARAPUÉS, 2011, pág. 386 con nota al pie 10.

¹⁰ MANZANO/ORTIZ, 2011, pág. 572.

¹¹ DURÁN, *El delito político: desnaturalización jurídica y conflicto interno*, Bogotá, Leyer, 2003, págs. 76-80.

¹² Véase a POSADA, 2010, pág. 61, quien cita las posturas de CARRASQUILLA y ARENAS.

¹³ Cfr. Corte Const., sent. C-009 de 1995.

de disturbios públicos o el ejercicio de la protesta social en los términos que en esta ley se indica”¹⁴. Precisamente, cuando se trata de disturbios públicos la adecuación típica de ciertas conductas como asonada puede cumplir un papel significativo. Vale aclarar que esta conducta punible no contempla el uso de las armas, ni se devela en ella un plan conjunto previo o una finalidad común anteriormente establecida, como sí sucede en la descripción de los tipos penales de rebelión y sedición, sino que se trata más de una especie de constreñimiento violento y espontáneo o accidental¹⁵ sobre funcionarios públicos, con el fin de forzar la realización o no de una actuación propia de su cargo.

Por último, el art. 15 de la Ley 1820 también permite brindar amnistía *de iure* por la comisión de los delitos de “conspiración” y “seducción, usurpación y retención ilegal de mando”, los cuales constituyen dos tipos penales subordinados o complementarios de la descripción normativa de los delitos de rebelión y sedición. El primero de ellos, de acuerdo con el CP en su art. 471, penaliza el mero hecho de ponerse “de acuerdo para cometer delito de rebelión o de sedición”¹⁶, razón por la cual se afirma que “es un tipo materialmente condicional o subsidiario como acto preparatorio previo”¹⁷ a estas dos conductas. Mientras que el segundo tipo penal, según lo establecido en el art. 472 del CP, consiste en persuadir personal de las fuerzas armadas, usurpar mando militar o policial o retener ilegalmente mando político, militar o policial con la única finalidad de llevar a cabo actos de rebelión o sedición. Se trata de un tipo penal compuesto que describe varios comportamientos diferenciables, ya que por un lado criminaliza la persuasión de miembros de la fuerza pública, lo cual, además de ser un delito de peligro, es de mera conducta y llega a ser un acto preparatorio de la comisión de una rebelión o sedición¹⁸. Por otra parte, se tipifican en el mismo texto las conductas de usurpación y de retención de mando, las cuales implican necesariamente la lesión al bien jurídico tutelado y además se caracterizan por ser delitos de resultado¹⁹.

5

¹⁴ Ver comentario de APONTE sobre el art. 3º LA en esta misma obra.

¹⁵ RICARDO POSADA manifiesta que “es un delito colectivo aunque de concurrencia accidental (no es un delito de organización)” (POSADA, 2010, pág. 61).

¹⁶ MANZANO/ORTIZ, 2011, pág. 577.

¹⁷ POSADA MAYA, 2010, pág. 63.

¹⁸ MANZANO/ORTIZ, 2011, pág. 579.

¹⁹ *Ibíd.*, págs. 579-580.

Artículo 16. Para los efectos de esta ley son conexos con los delitos políticos los siguientes: apoderamiento de aeronaves, naves o medios de transporte colectivo cuando no hay concurso con secuestro; constreñimiento para delinquir; violación de habitación ajena; violación ilícita de comunicaciones; ofrecimiento, venta o compra de instrumento apto para interceptar la comunicación privada entre personas; violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial; utilización ilícita de redes de comunicaciones; violación de la libertad de trabajo; injuria; calumnia; injuria y calumnia indirectas; daño en bien ajeno; falsedad personal; falsedad material de particular en documento público; obtención de documento público falso; concierto para delinquir; utilización ilegal de uniformes e insignias; amenazas; instigación a delinquir; incendios; perturbación en servicio de transporte público colectivo u oficial; tenencia y fabricación de sustancias u objetos peligrosos; fabricación, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones; fabricación, porte o tenencia de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos; perturbación de certamen democrático; constreñimiento al sufragante; fraude al sufragante; fraude en inscripción de cédulas; corrupción al sufragante; voto fraudulento; contrato sin cumplimiento de requisitos legales; violencia contra servidor público; fuga; y espionaje.

El anterior listado de delitos será también tenido en cuenta por la Sala de Amnistía e Indulto de la Jurisdicción Especial para la Paz, sin perjuicio de que esta Sala también considere conexos con el delito político otras conductas en aplicación de los criterios establecidos en esta ley. Las conductas que en ningún caso serán objeto de amnistía o indulto son las mencionadas en el artículo 23 de esta ley.

En la aplicación de la amnistía que trata la presente ley se incluirá toda circunstancia de agravación punitiva o dispositivo amplificador de los tipos penales.

Literatura: SANDRA CASTRO OSPINA, “Delitos contra el régimen constitucional y legal”, en *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia,

2003; JULIÁN DURÁN PUNTES, *El delito político: desnaturalización jurídica y conflicto interno*, Bogotá, Leyer, 2003; JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental*, 3ª ed., tomo 1, Bogotá, Ibáñez, 2004; ROBERT FERRARI, “Political crime”, in *Columbia Law Review*, num. 20, 1920; JUANITA GOEBERTUS, *Lo bueno, lo malo y lo feo de la ley de amnistía*, Institute for Integrated Transitions, 17 de diciembre de 2016; POSADA MAYA, “Aproximación al concepto jurídico del delito político”, en Ricardo Posada (ed.), *Delito político, terrorismo y temas de derecho penal*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2010; DIEGO FERNANDO TARAPUÉS SANDINO, “Un recuento teórico e histórico del delito político y de su rol actual en Colombia”, en *Memorias de Investigación Grupo Gicpoderi*, Cali, Universidad Santiago de Cali, 2011; DIEGO FERNANDO TARAPUÉS SANDINO, “Delito político conexo e participación na política segundo o marco jurídico para a paz colombiano”, en *Revista de estudos criminais*, vol. 12, N. 56, 2015; HELMUT WILLEMS, “Strukturen und Entwicklungen politisch motivierter Kriminalität in Deutschland”, en *Jahrestagung, Politischer Extremismus, Jugendkriminalität und Gesellschaft*, Konstanz, DVJJ, 2001.

Jurisprudencia nacional: CSJ, Sala de Casación Penal, sents. de 16 de septiembre de 2009 (rad. 32631); de 24 de mayo de 2008 (rad. 28620); de 9 de abril de 2008 (rad. 22548); de 25 de junio de 2007 (rad. 27383); de 18 de abril de 2006 (rad. 25317); de 21 de febrero de 2006 (rad. 24979); de 22 de noviembre de 2005 (rad. 24360); de 18 de octubre de 2005 (rad. 24222); 30 de junio de 1999 (rad. 12663).

Tal como se advierte desde la exposición de motivos, la LA contempla un modelo dual de concesión de amnistías: las amnistías *de iure* y las amnistías caso a caso¹. Con ello se ha fijado a la vez una doble determinación de los

1

¹ En la Exposición de Motivos del proyecto que antecedió la expedición de la Ley 1820 de 2016 se plantea con claridad esta dualidad: “El presente proyecto de ley dispone dos tipos de amnistías, las *de iure* y las de caso a caso. La amnistía *de iure* será la que se otorgue a quienes hayan cometido los delitos de rebelión; sedición; asonada; conspiración; seducción, usurpación y retención ilegal de mando; y los conexos a estos establecidos taxativamente en este proyecto de ley. Esta amnistía se materializará a través de un acto administrativo del presidente de la República, o por la autoridad judicial competente dependiendo del momento en el que se encuentre cada caso (sin investigación, con proceso pero sin condena, y con sentencia condenatoria, respectivamente). Por su parte, las amnistías caso a caso serán otorgadas por la Sala de Amnistías e Indultos de la Jurisdicción Especial para la Paz. Dentro de esta modalidad caben todos aquellos casos que no son objeto de la amnistía *de iure* y por lo tanto la conexidad de la conducta que se analiza con el delito político debe ser establecida caso a caso teniendo en cuenta los criterios incluyentes y excluyentes señalados en el Acuerdo Final, o en aquellos casos remitidos por la Sala de Definición de las Situaciones Jurídicas, específicamente aquellos casos de personas procesadas o condenadas por vínculos con las FARC-EP o por el ejercicio de la protesta social”. Véase: Exposición de Motivos, Proyecto de Ley número 01 de 2016 Senado, por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía,

Art. 16, 2

alcances jurídicos de la conexidad al delito político. En este sentido, para la amnistía *de iure*, el legislador ha fijado de manera restringida, clara y expresa cuáles son las conductas que deben ser consideradas como delitos políticos conexos; esto lo hace precisamente en este artículo. Por otra parte, coexiste la posibilidad de determinar una conexidad más amplia, orientada por los criterios normativos incluidos en el art. 23 y sometida a la actividad hermenéutica y argumentativa de los jueces, específicamente de la Sala de Amnistía e Indulto de la JEP².

2

Con el establecimiento de este modelo dual de determinación normativa del delito político conexo, desaparece el modelo tradicional sumamente restringido que ha estado vigente en la justicia penal ordinaria. Desde la declaratoria de inexecutable del art. 127 del CP de 1980³ (sent. C-456 de 1997⁴) la jurisprudencia y doctrina colombianas habían asumido una postura bastante restringida sobre la definición del delito político conexo ante el vacío legal que existía para su determinación⁵. Hasta la entrada en vigencia de la LA,

indulto y tratamientos penales especiales. Disponible en: http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=1790&p_numero=01&p_consec=46902 (fecha de consulta: 30 de agosto de 2017).

² Al respecto ver los comentarios a los arts. 21 y 23.

³ Esta norma incorporó la conexidad de delitos comunes a los delitos de rebelión y asonada cometidos durante un combate al establecer: “Los rebeldes o sediciosos no quedarán sujetos a pena por los hechos punibles cometidos en combate, siempre que no constituyan actos de ferocidad, barbarie o terrorismo”.

⁴ En la sent. C-456 de 1997, la Corte Const. manifestó que esta norma era inconstitucional por ser en cierto modo una amnistía general, anticipada e intemporal que violaba diversas normas de la Const. Pol. de 1991. En este sentido, explicó que “es general, porque comprende a todos los rebeldes o sediciosos [...]. Es anticipada, porque durante la vigencia de la norma los rebeldes o sediciosos saben que cualquier delito que cometan [...] no estará sujeto a pena alguna. [...] Y es intemporal, porque no está sujeta a límite en el tiempo y comprende todos los delitos cometidos por los rebeldes o sediciosos antes de la vigencia de la norma y durante ella”; y más adelante: “La finalidad de la ley consiste en marcar una distinción entre los delitos políticos y los comunes, cuando ella se persigue a través de la creación de una causal de impunidad, viola la Constitución”. Frente a esta decisión, parte de la doctrina ha sostenido que el delito político perdió sentido y se desnaturalizó con la exclusión de la conexidad, véase: DURÁN, *El delito político: desnaturalización jurídica y conflicto interno*, Bogotá, Leyer, 2003, págs. 103 y ss.

⁵ Véase por ejemplo: POSADA, “Aproximación al concepto jurídico del delito político”, en RICARDO POSADA (ed.), *Delito político, terrorismo y temas de derecho penal*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2010, págs. 65-73; CASTRO, “Delitos contra el régimen

solo se admitía como delitos conexos al delito político conductas que se podían subsumir en la descripción normativa de los tipos penales de rebelión y sedición⁶. Al respecto, POSADA advierte que “la jurisprudencia reciente de la CSJ ha limitado sustancialmente la posibilidad de considerar la conexidad, o mejor, los *delitos políticos relativos* a la conexidad dirigida a la realización medial o consecuencial de un delito político en sentido ontológico-normativo”⁷. Además, este autor puntualiza que solo los tipos penales de porte ilegal de armas (tanto personales como las de uso privativo de las fuerzas militares), utilización de equipos transmisores o de telecomunicaciones y la utilización ilegal de uniformes e insignias podrían –bajo la concepción jurisprudencial previa a la expedición de la LA– ser tomados como delitos políticos conexos a la rebelión, sedición y asonada, ya que estos son indispensables “como medios idóneos para la realización o el aseguramiento de los distintos delitos políticos”⁸.

En efecto, el art. 16 de la LA se encarga de ampliar esta postura restringida de solo cuatro tipos penales y en su lugar fija de manera taxativa 34 conductas punibles, las cuales ahora pueden ser reconocidas legalmente como delitos políticos conexos de forma automática, con el fin de conceder la amnistía *de iure* de manera independiente a las que los magistrados de la JEP pueden reconocer caso a caso de conformidad con el inc. 2º del art. 16 y el art. 23 de esta misma ley. El criterio para el establecimiento de estas conductas no se fundamenta en razones doctrinarias, sino estrictamente políticas así como político-criminales⁹

constitucional y legal”, en *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, págs. 184 y ss.; FERNÁNDEZ, *Derecho penal fundamental*, 3ª ed., tomo 1, Bogotá, Ibáñez, págS. 302 y ss. En cuanto a la jurisprudencia, véase por ejemplo las sents.: CSJ, Sala de Casación Penal, de 16 de septiembre de 2009 (rad. 32631); de 24 de mayo de 2008 (rad. 28620); de 9 de abril de 2008 (rad. 22548); de 25 de junio de 2007 (rad. 27383); de 18 de abril de 2006 (rad. 25317); de 21 de febrero de 2006 (rad. 24979); de 22 de noviembre de 2005 (rad. 24360); de 18 de octubre de 2005 (rad. 24222); de 30 de junio de 1999 (rad. 12663).

⁶ TARAPUÉS, “Un recuento teórico e histórico del delito político y de su rol actual en Colombia”, en *Memorias de Investigación Grupo Gicpoderi*, Cali, Universidad Santiago de Cali, 2011, pág. 242.

⁷ POSADA, 2010, pág. 67.

⁸ Véase *ibíd.*, págs. 67-68.

⁹ Esto en consonancia con lo ya planteado en el comentario al art. 8, num. 2; véase además FERRARI, “Political crime”, en *Columbia Law Review*, num. 20, 1920, pág. 309; WILLEMS, “Strukturen und Entwicklungen politisch motivierter Kriminalität in Deutschland”, en *Jahrestagung, Politischer Extremismus, Jugendkriminalität und*

y estuvo determinado por el Acuerdo suscrito entre el Gobierno nacional y las FARC-EP, ya que los tipos penales son los mismos contenidos en el art. 15 del borrador del proyecto de “Ley de Amnistía, Indulto y Tratamientos Penales Especiales” que forma parte del Acuerdo de Paz¹⁰. Ninguna proposición de los legisladores al respecto se tuvo en consideración durante el trámite legislativo vía *fast track*¹¹. Sin embargo, se trata de conductas ilícitas que han sido cometidas en la rutina del conflicto, en el marco de operaciones y labores diarias tanto del combate como de la supervivencia estratégica de la organización rebelde y, de acuerdo con el inc. 3º del art. 16, comprenden cualquier circunstancia de agravación punitiva, así como también los dispositivos amplificadores de los tipos penales (la participación en el delito y la tentativa). Las conductas comprendidas en este artículo pueden clasificarse en nueve grupos de acuerdo con los bienes jurídicos tutelados que protegen estos tipos penales.

4 En primer lugar (i) existen ocho delitos que tutelan la libertad individual: apoderamiento de aeronaves, naves o medios de transporte colectivo¹², cons-

Gesellschaft, Konstanz, DVJJ, 2001; TARAPUÉS, “Delito político conexo e participação na política segundo o marco jurídico para a paz colombiano”, en *Revista de estudos criminais*, vol. 12, núm. 56, 2015, págs. 55-56.

¹⁰ Véase: Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, versión del 24 de noviembre de 2017, pág. 291. Disponible en: <https://www.mesadeconversaciones.com.co/comunicados/acuerdo-final-para-la-terminaci%C3%B3n-del-conflicto-y-la-construcci%C3%B3n-de-una-paz-estable-y-1> (fecha de consulta: 30 de agosto de 2017).

¹¹ En general, se presentaron más de 50 proposiciones de congresistas, de las cuales solo cuatro fueron consideradas en el primer debate del trámite legislativo, pero ninguna adicionó o suprimió tipos penales ya acordados en el proyecto inicial. Al respecto véase: GOEBERTUS, *Lo bueno, lo malo y lo feo de la ley de amnistía*, Institute for Integrated Transitions, 17 de diciembre de 2016, disponible en: <http://www.ifit-transitions.org/countries/colombia/lo-bueno-lo-malo-y-lo-feo-de-la-ley-de-amnistia-el-tiempo> (fecha de consulta: 30 de agosto de 2017) y Exposición de Motivos, Proyecto de Ley número 01 de 2016 Senado, por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales. Disponible en: http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=1790&p_numero=01&p_consec=46902 (fecha de consulta: 30 de agosto de 2017).

¹² Art. 173 CP: “El que mediante violencia, amenazas o maniobras engañosas, se apodere de nave, aeronave, o de cualquier otro medio de transporte colectivo, o altere su itinerario, o ejerza su control. Aunque se debe aclarar que el reconocimiento de esta conducta como delito político está condicionado a que en la comisión del mismo no concurra el delito de secuestro”.

treñimiento para delinquir¹³, violación de habitación ajena¹⁴, violación ilícita de comunicaciones¹⁵, ofrecimiento, venta o compra de instrumento apto para interceptar la comunicación privada entre personas¹⁶, violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial¹⁷, utilización ilícita de redes de comunicaciones¹⁸ y violación de la libertad de trabajo¹⁹. La mayoría de estos delitos son sancionados con multa o penas de prisión que van de dieciséis hasta noventa y seis meses; el único delito de este grupo con un mayor índice de gravedad y, por tanto, con una consecuencia jurídica más elevada, es el apoderamiento de aeronaves, naves o medios de transporte colectivo, que tiene asignada una pena de prisión de ciento sesenta a doscientos setenta meses.

En el segundo grupo (ii) se encuentran los tres principales tipos penales que protegen la integridad moral y que tampoco son considerados delitos graves: injuria²⁰, calumnia²¹ e injuria y calumnia indirectas²².

Dentro del amplio grupo de delitos contra el patrimonio económico que contempla el ordenamiento penal colombiano (iii), solo se menciona uno de los menos lesivos que es el daño en bien ajeno²³.

¹³ Art. 184 CP: “El que constriña a otro a cometer una conducta punible”.

¹⁴ Art. 189 CP: “El que se introduzca arbitraria, engañosa o clandestinamente en habitación ajena o en sus dependencias inmediatas, o que por cualquier medio indebido, escuche, observe, grabe, fotografíe o filme, aspectos de la vida domiciliaria de sus ocupantes”.

¹⁵ Art. 192 CP: “El que ilícitamente sustraiga, oculte, extravíe, destruya, intercepte, controle o impida una comunicación privada dirigida a otra persona, o se entere indebidamente de su contenido”.

¹⁶ Art. 193 CP: “El que sin permiso de autoridad competente, ofrezca, venda o compre instrumentos aptos para interceptar la comunicación privada entre personas”.

¹⁷ Art. 196 CP: “El que ilícitamente sustraiga, oculte, extravíe, destruya, intercepte, controle o impida comunicación o correspondencia de carácter oficial”.

¹⁸ Art. 197 CP: “El que con fines ilícitos posea o haga uso de aparatos de radiofonía o televisión, o de cualquier medio electrónico diseñado o adaptado para emitir o recibir señales”.

¹⁹ Art. 198 CP: “El que mediante violencia o maniobra engañosa logre el retiro de operarios o trabajadores de los establecimientos donde laboran, o por los mismos medios perturbe o impida el libre ejercicio de la actividad de cualquier persona”.

²⁰ Art. 220 CP: “El que haga a otra persona imputaciones deshonorosas”.

²¹ Art. 221 CP: “El que impute falsamente a otro una conducta típica”.

²² Art. 222 CP: “Quien publicare, reprodujere, repitiere injuria o calumnia imputada por otro, o quien haga la imputación de modo impersonal o con las expresiones se dice, se asegura u otra semejante”.

²³ Art. 265 CP: “El que destruya, inutilice, haga desaparecer o de cualquier otro modo dañe bien ajeno, mueble o inmueble”.

Art. 16, 7-8

7 En cuarto lugar (iv), se prevén tres delitos contra la fe pública, todos ellos relacionados con el encubrimiento y alteración de la identidad de los miembros de la organización rebelde: falsedad personal²⁴, falsedad material de particular en documento público²⁵ y obtención de documento público falso²⁶.

8 Los delitos que atentan contra la seguridad pública (v) representan el grupo con mayor cantidad de tipos penales que pueden ser subsumidos como delitos políticos conexos; aquí se fijan las siguientes conductas: concierto para delinquir²⁷, utilización ilegal de uniformes e insignias²⁸, amenazas²⁹, instigación a delinquir³⁰, incendio³¹, perturbación en servicio de transporte público, colectivo u oficial³², tenencia y fabricación de sustancias u objetos peligrosos³³, fabricación, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones³⁴ y fabricación, porte o tenencia de armas, municiones de uso restringido,

²⁴ Art. 296 CP: “El que con el fin de obtener un provecho para sí o para otro, o causar daño, sustituya o suplante a una persona o se atribuya nombre, edad, estado civil, o calidad que pueda tener efectos jurídicos”.

²⁵ Art. 287 CP: “El que falsifique documento público que pueda servir de prueba”.

²⁶ Art. 288 CP: “El que para obtener documento público que pueda servir de prueba, induzca en error a un servidor público, en ejercicio de sus funciones, haciéndole consignar una manifestación falsa o callar total o parcialmente la verdad”.

²⁷ Art. 340 CP: “Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta”.

²⁸ Art. 346 CP: “El que sin permiso de autoridad competente importe, fabrique, transporte, almacene, distribuya, compre, venda, suministre, sustraiga, porte o utilice prendas, uniformes, insignias o medios de identificación reales, similares o semejantes a los de uso privativo de la fuerza pública o de los organismos de seguridad del Estado”.

²⁹ Art. 347 CP: “El que por cualquier medio apto para difundir el pensamiento atemorice o amenace a una persona, familia, comunidad o institución, con el propósito de causar alarma, zozobra o terror en la población o en un sector de ella”.

³⁰ Art. 348 CP: “El que pública y directamente incite a otro u otros a la comisión de un determinado delito o género de delitos”.

³¹ Art. 350 CP: “El que con peligro común prenda fuego en cosa mueble”.

³² Art. 353 CP: “El que por cualquier medio ilícito imposibilite la conducción o dañe nave, aeronave, vehículo o medio motorizado destinados al transporte colectivo o vehículo oficial”.

³³ Art. 358 CP: “El que ilícitamente importe, introduzca, exporte, fabrique, adquiera, tenga en su poder, suministre, trafique, transporte o elimine sustancia, desecho o residuo peligroso, radiactivo o nuclear considerado como tal por tratados internacionales ratificados por Colombia o disposiciones vigentes”.

³⁴ Art. 365 CP: “El que sin permiso de autoridad competente importe, trafique, fabrique, transporte, almacene, distribuya, venda, suministre, repare o porte armas de fuego de defensa personal, municiones o explosivos”.

de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos³⁵. Al ser la rebelión y la sedición delitos de ejecución permanente que además exigen el empleo de las armas, se desprende de ello la inevitable comisión de una serie de conductas punibles por atentar contra el bien jurídico colectivo de la seguridad pública, con relación al cual existen varios tipos penales de peligro abstracto para la protección de intereses jurídicos supraindividuales.

En el sexto grupo (vi) se encuentran seis de los denominados delitos electorales, cuyo bien jurídico tutelado se centra en la protección de los mecanismos de participación democrática, bien jurídico que fue vulnerado constantemente por los grupos rebeldes en épocas de comicios y como expresión de rechazo violento al régimen constitucional y legal contra el cual alzaron las armas; estos delitos son: perturbación de certamen democrático³⁶, constreñimiento al sufragante³⁷, fraude al sufragante³⁸, fraude en inscripción de cédulas³⁹, corrupción de sufragante⁴⁰ y voto fraudulento⁴¹.

³⁵ Art. 366 CP: “El que sin permiso de autoridad competente importe, trafique, fabrique, repare, almacene, conserve, adquiera, suministre o porte armas o municiones de uso privativo de las fuerzas armadas”.

³⁶ Art. 386 CP: “El que por medio de maniobra engañosa perturbe o impida votación pública relacionada con los mecanismos de participación democrática, o el escrutinio de la misma, o la realización de un cabildo abierto”.

³⁷ Art. 387 CP: “El que utilice las armas o amenace por cualquier medio a un ciudadano o a un extranjero habilitado por la ley, con el fin de obtener apoyo o votación por determinado candidato o lista de candidatos, o voto en blanco, o por los mismos medios le impida el libre ejercicio del derecho al sufragio” o “quien por los mismos medios pretenda obtener en plebiscito, referendo, consulta popular o revocatoria del mandato, apoyo o votación en determinado sentido, o impida el libre ejercicio del derecho al sufragio”.

³⁸ Art. 388 CP: “El que mediante maniobra engañosa, obtenga que un ciudadano o a un extranjero habilitado por la ley, vote por determinado candidato, partido o corriente política, o lo haga en blanco”.

³⁹ Art. 389 CP: “El que por cualquier medio indebido logre que personas habilitadas para votar inscriban documento o cédula de ciudadanía en una localidad, municipio o distrito diferente a aquel donde hayan nacido o residan, con el propósito de obtener ventaja en elección popular, plebiscito, referendo, consulta popular o revocatoria del mandato”.

⁴⁰ Art. 390 CP: “El que prometa, pague o entregue dinero o dádiva a un ciudadano o a un extranjero habilitado por la ley para que consigne su voto en favor de determinado candidato, partido o corriente política, vote en blanco, o se abstenga de hacerlo” o “quien por los mismos medios obtenga en plebiscito, referendo, consulta popular o revocatoria del mandato votación en determinado sentido”.

⁴¹ Art. 391 CP: “El que suplante a un ciudadano o a un extranjero habilitado por la ley, o vote más de una vez, o sin derecho consigne voto en una elección, plebiscito, referendo, consulta popular, o revocatoria del mandato”.

Art. 16, 10-12

- 10 En séptimo lugar (vii), la lista de delitos políticos conexos para la amnistía *de iure* contiene dos delitos contra la administración pública: contrato sin cumplimiento de requisitos legales⁴² y violencia contra servidor público⁴³, el último de estos se vincula de forma concreta al delito político puro de asonada.
- 11 Se contempla también (viii) el delito de fuga de presos⁴⁴ que está dentro de los tipos penales que buscan tutelar la eficaz y recta administración de justicia.
- 12 Finalmente (ix), el único tipo penal de los delitos contra la existencia y seguridad del Estado que se reconoce legalmente como delito político conexo es el delito de espionaje⁴⁵. Vale resaltar nuevamente que esta lista es taxativa y no admite ampliación a efectos de otorgar una amnistía *de iure*.

⁴² Art. 410 CP: “El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos”.

⁴³ Art. 429 CP: “El que ejerza violencia contra servidor público, para obligarlo a ejecutar u omitir algún acto propio de su cargo o a realizar uno contrario a sus deberes oficiales”.

⁴⁴ Art. 448 CP: “El que se fugue estando privado de su libertad en centro de reclusión, hospital o domiciliariamente, en virtud de providencia o sentencia que le haya sido notificada”.

⁴⁵ Art. 463 CP: “El que indebidamente obtenga, emplee o revele secreto político, económico o militar relacionado con la seguridad del Estado”.

Artículo 17. *Ámbito de aplicación personal.* La amnistía que se concede por ministerio de esta ley de conformidad con los artículos anteriores, se aplicará a partir del día de entrada en vigor de la misma, siempre y cuando los delitos hubieran sido cometidos antes de la entrada en vigor del Acuerdo Final de Paz.

Se aplicará a las siguientes personas, tanto nacionales colombianas como extranjeras, que sean o hayan sido autores o partícipes de los delitos en grado de tentativa o consumación, siempre que se den los siguientes requisitos:

1. Que la providencia judicial condene, procese o investigue por pertenencia o colaboración con las FARC-EP.

2. Integrantes de las FARC-EP tras la entrada en vigencia del Acuerdo Final de Paz con el Gobierno nacional, de conformidad con los listados entregados por representantes designados por dicha organización expresamente para ese fin, listados que serán verificados conforme a lo establecido en el Acuerdo Final de Paz. Lo anterior aplica aunque la providencia judicial no condene, procese o investigue por pertenencia a las FARC-EP.

3. Que la sentencia condenatoria indique la pertenencia del condenado a las FARC-EP, aunque no se condene por un delito político, siempre que el delito por el que haya resultado condenado cumpla los requisitos de conexidad establecidos en esta ley.

4. Quienes sean o hayan sido investigados, procesados o condenados por delitos políticos y conexos, cuando se pueda deducir de las investigaciones judiciales, fiscales y disciplinarias, providencias judiciales o por otras evidencias que fueron investigados o procesados por su presunta pertenencia o colaboración a las FARC-EP. En este supuesto el interesado, a partir del día siguiente de la entrada en vigor de esta ley, solicitará al fiscal o juez de ejecución de penas competente, la aplicación de la misma aportando o designando las providencias o evidencias que acrediten lo anterior.

Literatura: KAI AMBOS *et al.*, *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz* (Ley 975 de 2005) y *Derecho Penal Internacional*, Bogotá, Edit. Temis, 2010; FERNANDO VELÁSQUEZ, *Fundamentos de derecho penal*, Parte general, Bogotá, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2017.

Jurisprudencia nacional: CSJ, Sala de Casación Penal, auto de 24 de febrero de 2009 (e30999); CSJ, Sala de Casación Penal, auto de 19 de abril de 2017 (e49979).

1 El art. 17 regula dos aspectos importantes para la aplicación efectiva de la LA. Por una parte, indica el momento a partir del cual se otorga la amnistía *de iure* y, por otra parte, define el ámbito de aplicación personal.

2 Con relación al primero, esta disposición indica que la amnistía *de iure* para los delitos políticos puros (art. 15) y delitos políticos conexos (art. 16) se aplicará desde el día de entrada en vigor de esta ley. La misma LA en su art. 61 indica que su entrada en vigencia se toma desde “el día siguiente a su publicación”; dicha publicación tuvo lugar el 30 de diciembre de 2016. Sin embargo, aclara que los delitos objeto de la amnistía deben haberse realizado “antes de la entrada en vigor del Acuerdo Final de Paz”, por lo que se descarta de plano que cualquier conducta posterior sea cobijada por el tratamiento especial dispuesto en esta ley, razón por la cual dichas conductas serían objeto de investigación y juzgamiento por parte de la justicia ordinaria¹.

3 Además de definir presupuestos temporales, este artículo, por otra parte, regula expresamente el ámbito de aplicación personal de la LA para la amnistía *de iure*, aclarando que la concesión de la misma se brindará de manera indistinta a colombianos y extranjeros. Asimismo, el otorgamiento de este tratamiento parte del reconocimiento de los dos dispositivos amplificadores del tipo, la participación en el delito y la tentativa, esto en consonancia con lo establecido en el inc. 3º del art. 16 que aclara: “en la aplicación de la amnistía que trata la presente ley se incluirá toda circunstancia de agravación punitiva o dispositivo amplificador de los tipos penales”. Por consiguiente, se puede otorgar la amnistía *de iure* a las personas que hayan incurrido en la comisión de los tipos penales descritos en los arts. 15 y 16, sin importar la modalidad de comisión –autoría o participación–; es decir que no solo se debe aplicar a los autores directos de estos delitos, sino también a autores mediatos, coautores,

¹ En este aspecto, la LA sigue la lógica inicial del ámbito de aplicación temporal empleada en la Ley 975 de 2005 con relación a la persecución por parte de la justicia ordinaria de conductas realizadas con posterioridad a la entrada en vigencia de la respectiva ley. Cfr. AMBOS, *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz* (Ley 975 de 2005) y *Derecho Penal Internacional*, Bogotá, Edit. Temis, 2010, págs. 51-52, en especial ver la crítica establecida en la nota al pie 52 con relación a la propuesta de extensión de este criterio de aplicación temporal en ese entonces. Al respecto, véase también: CSJ, Sala de Casación Penal, auto de 24 de febrero de 2009 (e30999).

determinadores y cómplices. Si bien la norma no incluye expresamente la figura del interviniente², descrita en el inc. 3º del art. 30 del CP, esta no se ve necesaria ya que las conductas que taxativamente son objeto de concesión de amnistía *de iure*, no contemplan sujetos activos con calidades especiales exigidas en el tipo penal (*intrañeus*) y pueden ser cometidas por particulares como por servidores públicos. De otro lado, tampoco importa si se trata de conductas consumadas o si se han cometido en grado de tentativa, pues en ambos casos serán delitos amnistiables.

Las reglas referentes al ámbito de aplicación personal formulan además cuatro requisitos que deben ser entendidos de manera alternativa, mas no acumulativa, pues se trata de cuatro escenarios diferentes con particularidades concretas en las que se pueden encontrar judicialmente los potenciales beneficiarios de esta ley al momento de su aplicación. Estos cuatro requisitos giran en torno a la relación personal con la organización rebelde y al procesamiento penal por conductas amnistiables. La forma en que la LA las determina taxativamente y en un orden secuencial está relacionada con una escala de mayor a menor capacidad de verificación y claridad de la pertenencia de las personas beneficiarias de la amnistía *de iure* con la agrupación guerrillera que suscribió el Acuerdo Final de Paz y denota un propósito de ser, por un lado, lo más amplia posible para no excluir a miembros y colaboradores de las FARC-EP, pero, por otro lado, fija a la vez restricciones con claridad para evitar la concesión de amnistía a personas incorrectas³.

Los cuatro grupos de posibles beneficiarios de la amnistía *de iure* por los delitos políticos y conexos que contempla esta ley son: (i) las personas privadas de la libertad por pertenecer o colaborar con las FARC-EP, siendo esta la razón central de la providencia judicial, sin importar si la persona se encuentra condenada o apenas está siendo procesada; (ii) las personas cuya pertenencia a las FARC-EP se encuentra registrada en las listas oficiales verificadas conforme a lo establecido en el Acuerdo Final de Paz, sin importar que se trate de personas que estén condenadas o estén siendo investigadas, sin que las providencias judiciales del caso definan explícitamente la vinculación con las FARC-EP; (iii) las personas cuyas sentencias condenatorias mencionan

² Aunque el interviniente no se clasifica dogmáticamente como autor ni como partícipe, de acuerdo con la legislación y la doctrina colombianas, es una persona que concurre en la comisión de un delito sin ostentar “las calidades exigidas en el tipo especial (*intrañeus*)” o a la cual le es imposible “ejecutar por sí misma la conducta punible (*de propria mano*)”, razón por la cual el CP le sanciona con la pena establecida en cada tipo, pero considerando la rebaja de una cuarta parte. Cfr. VELÁSQUEZ, *Fundamentos de derecho penal*, Parte general, Bogotá, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2017, págs. 599-601.

³ Cfr. CSJ, Sala de Casación Penal, auto de 19 de abril de 2017 (e49979).

su pertenencia a las FARC-EP, lo cual se diferencia del primer grupo, puesto que en este tercer grupo las personas no han sido condenadas o están siendo investigadas directamente por la pertenencia a las FARC-EP, sino que dicha pertenencia es un hecho que tan solo se menciona en el proceso penal y se indica en la sentencia condenatoria, y (iv) por último, las personas que hayan tenido algún proceso o condena por delitos políticos y conexos, siempre que se pueda derivar de las investigaciones, providencias judiciales o por otras evidencias, que las investigaciones tuvieron lugar por la presunta pertenencia o colaboración con el grupo rebelde; esta categoría implica una verificación de la pertenencia del beneficiario con la agrupación guerrillera que es aún más compleja, ya que no se trata de personas procesadas directamente por la pertenencia (grupo i), tampoco están reconocidas en los listados oficiales (grupo ii) y ni siquiera existe mención expresa de la pertenencia en las sentencias (grupo iii), sino que se trata de una categoría que de manera residual reconoce la aplicación personal de la amnistía, si se logra “deducir” que la persecución penal se ha dado por la presunta pertenencia o colaboración con el grupo rebelde.

Artículo 18. *Dejación de armas.* Respecto de las personas a las que se refieren los numerales 1 y 2 del artículo anterior, que se encuentren en proceso de dejación de armas y permanezcan en las zonas veredales transitorias de normalización o en los campamentos acordados, la amnistía se aplicará individualmente de manera progresiva a cada una de ellas cuando el destinatario haya efectuado la dejación de armas de conformidad con el cronograma y la correspondiente certificación acordados para tal efecto. La amnistía se les concederá también por las conductas estrechamente vinculadas al cumplimiento del proceso de dejación de armas.

Respecto de los integrantes de las FARC-EP que por estar encarcelados no se encuentran en posesión de armas, la amnistía se aplicará individualmente a cada uno de ellos cuando el destinatario haya suscrito un acta de compromiso comprometiéndose a no volver a utilizar armas para atacar al régimen constitucional y legal vigente.

Dicha acta de compromiso se corresponderá con el texto definido para el proceso de dejación de armas.

Literatura: JUANITA GOEBERTUS, “Lo bueno, lo malo y lo feo de la ley de amnistía”, Institute for Integrated Transitions, 17 de diciembre de 2016.

Jurisprudencia nacional: Corte Const., sent. C-456 de 1997.

El art. 18 condiciona el otorgamiento de la amnistía *de iure* a la dejación de armas¹. De acuerdo con el inc. 1º de esta disposición, la dejación de armas se espera de aquellas personas cuya providencia judicial se haya proferido por la pertenencia o colaboración directa con las FARC-EP (num. 1 del art. 17) y de aquellos miembros de esta agrupación que se encuentren registrados en las listas oficiales verificadas conforme a lo establecido en el Acuerdo Final

1

¹ Este aspecto ha sido considerado uno de los más positivos de la ley 1820 por algunas ONG que resaltan la importancia de que la concesión de la amnistía haya quedado como un incentivo para garantizar la efectiva dejación de armas. Véase: JUANITA GOEBERTUS: “Lo bueno, lo malo y lo feo de la ley de amnistía”, Institute for Integrated Transitions, 17 de diciembre de 2016, disponible en: <http://www.ifit-transitions.org/countries/colombia/lo-bueno-lo-malo-y-lo-feo-de-la-ley-de-amnistia-el-tiempo> (fecha de consulta: 13 de septiembre de 2017).

de Paz (num. 2 del art. 17)², que estén concentrados en las ZVTN o en los campamentos pactados. Este tipo de amnistía se aplicará de manera individual a cada persona que clasifique en alguno de estos dos grupos, es decir no habrá concesión generalizada e indeterminada³, sino que deberá ser otorgada verificando nombre por nombre. Asimismo, el art. 18 establece que la amnistía se aplicará de forma progresiva, lo cual implica que se puede conceder en diferentes momentos, conforme avance el proceso de verificación sobre el desarme y la pertenencia a la organización rebelde. En todo caso, la amnistía *de iure* se otorgará mediante acto administrativo presidencial, donde se individualizará a todo aquel que “haya efectuado la dejación de armas y figure en los listados verificados y acreditados por el Gobierno nacional”⁴.

2 Si bien el art. 17 dispone expresamente que la amnistía *de iure* “se aplicará a partir del día de entrada en vigor de la misma, siempre y cuando los delitos hubieran sido cometidos antes de la entrada en vigor del Acuerdo Final de Paz”, el art. 18 establece una excepción al indicar que también serán amnistiadas “las conductas estrechamente vinculadas al cumplimiento del proceso de dejación de armas”. Esto significa que cualquier delito relacionado con el proceso de desarme, como por ejemplo los tipos penales de tenencia de sustancias u objetos peligrosos, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, así como porte o tenencia de armas, municiones de uso restringido de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos, serán amnistiados si han sido perpetrados hasta el día 27 de junio de 2017, fecha en la que finalizó el proceso de dejación de armas que fue supervisado por la misión especial de la ONU para tal fin.

3 Esta disposición también aclara cómo procederá el cumplimiento de este requisito frente a miembros de las FARC-EP que estén privados de la libertad y por lo tanto no cuenten con armas en su poder. Al respecto, se aclara que la amnistía igualmente será concedida de forma individual, siempre que la persona “haya suscrito un acta de compromiso comprometiéndose a no volver a utilizar armas para atacar al régimen constitucional y legal vigente”. El art. 7º del Decreto 277 de 2017 regula lo concerniente a dicha acta, además en la parte final del Decreto se encuentra el modelo de Acta de Compromiso como documento adjunto (Anexo I)⁵. El inc. 1º de este artículo además advierte

² En concordancia también con lo dispuesto en los nums. 1 y 2 del art. 6º del Decreto 277 de 2017.

³ Ya en la sent. C-456 de 1997, la Corte Const. manifestó que las amnistías generales que comprenden a todos los rebeldes o sediciosos de manera indeterminada e indefinida, viola la Constitución.

⁴ Art. 17 del Decreto 277 de 2017.

⁵ El inc. 2º del art. 7º del Decreto 277 de 2017, señala: “De conformidad con lo previsto en los artículos 6º, 14 y 18 de la Ley 1820 de 2016, dicha acta deberá contener

que el beneficiario de la amnistía deberá hacer llegar a la “autoridad judicial competente” el acta suscrita “junto a la solicitud de amnistía *de iure*” o a “requerimiento de dicha autoridad cuando la amnistía se aplique de oficio”. En la regulación de esta disposición, también se tuvo en cuenta el caso hipotético de personas que pueden ser beneficiarias de la amnistía *de iure* de acuerdo con los cuatro numerales del art. 17, pero que no se consideren miembros de las FARC-EP. Para estos casos, el párrafo del art. 7º del Decreto 277 de 2017 prevé otro modelo de acta de compromiso (Anexo II), donde, a diferencia del acta de miembros de las FARC-EP, se prescinde de la afirmación: “[m]i compromiso de terminar el conflicto y no volver a utilizar las armas [...]”, y en su lugar se plantea el compromiso de la siguiente forma: “[m]i compromiso de no utilizar las armas para atacar el régimen constitucional y legal vigente”.

únicamente el compromiso de quien fuera a resultar beneficiario de amnistía *de iure* de terminar el conflicto y no volver a utilizar las armas para atacar el régimen constitucional y legal vigente y la declaración de que conoce el Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera suscrito el 24 de noviembre de 2016, y los compromisos de contribuir a las medidas y los mecanismos del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición conforme a lo establecido en la Ley 1820 de 2016. El modelo de esta Acta será el contemplado en el Anexo 1, que forma parte de este Decreto”.

Artículo 19. *Procedimiento para la implementación de la amnistía “de iure”.*

1. Respecto de aquellos integrantes de las FARC-EP que permanezcan en las zonas veredales transitorias de normalización o en los campamentos acordados en el proceso de dejación de armas y no tengan ni procesos en curso ni condenas, el presidente de la República expedirá un acto administrativo dando aplicación a la amnistía *de iure*, al momento de efectuar la salida de los campamentos para su reincorporación a la vida civil. Los listados que contengan los datos personales de los amnistiados deberán ser tratados conforme a lo establecido en la ley de protección de datos, no pudiendo divulgarse públicamente.

2. Respecto de quienes exista un proceso en curso por los delitos mencionados en los artículos 15 y 16 de la presente ley, la Fiscalía General de la Nación solicitará inmediatamente la preclusión ante el juez de conocimiento competente.

3. Respecto de quienes ya exista una condena por los delitos mencionados en los artículos 15 y 16 de la presente ley, el juez de ejecución de penas competente procederá a aplicar la amnistía.

En relación a los numerales 2 y 3 anteriores, la Fiscalía General de la Nación y la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, deberán coordinar con los responsables del procedimiento de dejación de armas la expedición de las providencias o resoluciones necesarias para no demorar los plazos establecidos para concluir dicho proceso de dejación de armas.

En todo caso la amnistía deberá ser aplicada en un término no mayor a los diez días contados a partir de la entrada en vigencia de esta ley, siempre que el destinatario haya concluido el proceso de dejación de las armas conforme a lo dispuesto en el artículo 18 de esta ley y haya suscrito la correspondiente acta de compromiso.

En caso de que lo indicado en los artículos 17 y 18 párrafo segundo de esta ley, no ocurra en el plazo de cuarenta y cinco días desde la entrada en vigencia de la presente ley, el destinatario de la amnistía

podrá solicitarla ante la Sala de Amnistía e Indulto de la Jurisdicción Especial para la Paz, sin perjuicio de la utilización de otros recursos o vías legales a los que tuviera derecho.

Los funcionarios judiciales o autoridades en cuyos despachos se tramiten procesos penales, disciplinarios, fiscales u otros por los delitos políticos o conexos de que trata esta norma, deberán dar aplicación a la amnistía a la mayor brevedad, so pena de incurrir en falta disciplinaria.

Literatura: MIGUEL ÁNGEL AFANADOR ULLOA, *Amnistías e indultos. La historia reciente 1948-1992*, ESAP Centro de Publicaciones 1993; IVÁN OROZCO ABAD, *Combatientes, rebeldes y terroristas. Guerra y derecho en Colombia*, Bogotá, Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales, Universidad Nacional, 1992; VANESSA SUELTI/ ANGÉLICA SANDOVAL, "Del delincuente político al terrorista", tesis para optar al título de abogada, Pontificia Universidad Javeriana, 1999; DENI SZABO, *Criminología y política en materia criminal*, 2ª ed., México, Siglo Veintiuno Editores, 1985; DIEGO TARAPUÉS SANDINO, "El delito político en la Constitución de 1991: una herencia constitucional como herramienta en la búsqueda de la paz", en *Papel Político*, 2011, vol. 16, núm. 2, págs. 381-399.

Jurisprudencia nacional: Corte Const., sents. C-171 de 5 de febrero 1993, C-052 de 18 de febrero 1993, (salvamento de voto de Alejandro Martínez Caballero); C-127 de 30 de marzo 1993; C-069 de 23 de febrero 1994; C-009 de 17 de enero 1995; C-695 de 28 de agosto de 2002; C-370 de 18 de mayo de 2006; C-577 de 6 de agosto del 2014; C-695 de 28 de agosto de 2002; C-928 de 6 de septiembre de 2005; C-370 de 2006 de 18 de mayo de 2006; C-187 de 15 de marzo de 2006; C-577 de 6 de agosto de 2014; CSJ, Sala de Casación Penal, Concepto de no extradición por delito político de 26 de mayo de 1982, caso Leandro Barozzi. Nuevo Foro Penal, 15, 885 y ss.; CSJ, sent. de 26 de mayo de 1982 (exp. 27402); CSJ, sent. de 10 de mayo de 1982; CSJ, Sala de Casación Penal (AP3005-2017).

Otros documentos: ABC Ley de Amnistía, indulto y tratamientos penales especiales, disponible en: <https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/pdf/ABC%20amnistia.pdf> (consultado 20.01.2017); AMBOS, /Amnistía y "habeas corpus", en *El Espectador*, 15 de mayo de 2017, disponible en: <https://www.elespectador.com/opinion/amnistia-y-habeas-corpus-columna-693920> (consultado 20.01.2017).

I. Introducción

El art. 19 establece el procedimiento para conceder la amnistía *de iure* y el Decreto 277 de 2017 regula dicho procedimiento para su efectiva implementación¹. El art. 4º del Decreto 277 señala que la amnistía *de iure* se concede

¹ Ver Decreto 277 de 2017 en: <http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%20277%20DEL%2017%20FEBRERO%20DE%202017.pdf>

para los tipos penales de “rebelión, sedición, asonada, conspiración, seducción, usurpación y retención ilegal de mando”, delitos que, tradicionalmente, han sido reconocidos como delitos políticos en la legislación penal colombiana y por ello han sido objeto de un tratamiento favorable. De acuerdo con el art. 15 LA, la amnistía *de iure* se otorgará también a las personas que tengan responsabilidad penal por los delitos conexos a estos, y el art. 16 enumera los delitos conexos al delito político, con lo cual puede señalarse, que solo esos delitos conexos podrán ser objeto de amnistía *de iure*.

II. A manera de introducción: los delitos políticos y conexos

2 La amnistía *de iure* se otorga a los delitos políticos de acuerdo con las expresiones constitucionales y jurisprudenciales² que en Colombia han reconocido este delito desde el siglo XIX³. Así, en la Constitución de 1853 se consagró el delito político con el concepto de sedición⁴ y en la Constitución de 1886 se diferenció el delito político del delito común, recogiendo los desarrollos constitucionales anteriores⁵. En 1936 se reconoció la posibilidad de un tratamiento privilegiado a estos delitos y, por tanto, la posibilidad de ser objeto de amnistía e indulto⁶, siguiendo la escuela criminológica de FERRI⁷.

² Ver Corte Const., sents. C-695 de 28 de agosto de 2002; C-370 de 18 de mayo de 2006 y C-577 de 6 de agosto de 2014.

³ Sobre el concepto de delito político ver comentario de TARAPUÉS a los arts. 15, 16 y 23 LA en esta misma obra.

⁴ Art. 5º de la Constitución de 1853.

⁵ TARAPUÉS, “El delito político en la Constitución de 1991: una herencia constitucional como herramienta en la búsqueda de la paz”, en *Papel Político*, Bogotá, vol. 16, núm. 2, julio-diciembre 2011, pág. 387. La consagración en la Constitución de 1886 estaba en los arts. 76, núm. 19, y 119, núm. 4.

⁶ Sobre el concepto de indulto ver comentario de IBÁÑEZ al art. 24 LA en esta misma obra.

⁷ OROZCO, *Combatientes, rebeldes y terroristas. Guerra y derecho en Colombia*, Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales, Santa Fe de Bogotá, Universidad Nacional, 1992, pág. 155. La escuela criminológica política posterior a la de FERRI señalaba que al individuo que cometió delito político lo influyen diversas variables: psicológicas, sociales, morales, jurídicas y judiciales. Del delito político quedarían excluidas “las personas que han obedecido a un sentimiento egoísta como la codicia y el rencor. En cambio, se puede asimilar a los delincuentes políticos los «políticos sociales», o sea aquellos cuya empresa, sin perjudicar a la existencia del Estado, procede de un móvil de orden general y de miras desinteresadas”. Esta postura en los años ochenta fue acogida por la CSJ; ver también SZABO, *Criminología y política en materia criminal*, México, Siglo Veintiuno Editores, 1985, págs. 176 y ss.

La Constitución de 1991 recoge esa tradición. De esta forma lo ha reconocido la Corte Const. al indicar en la sent. C-456 de 1997 que la Constitución se refiere a los delitos políticos para darle un tratamiento benévolo⁸, dado su móvil altruista, a diferencia de lo que ocurre con el delito común, el cual normalmente obedece a móviles egoístas, así:

“i) Al señalar los delitos políticos como merecedores de los beneficios de amnistía e indulto (arts. 150, num. 17, y 201, num. 2).

”ii) Al excluir la condena por sentencia judicial a pena privativa de la libertad por la comisión de delitos políticos como causal de inhabilidad para ser congresista (art. 179, num. 1), magistrado de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado (art. 232, num. 3) o diputado (art. 299).

”iii) Al establecer que la extradición no procederá por delitos políticos (art. 35, modificado por el art. 1º del Acto Legislativo 1 de 1997)”⁹.

La jurisprudencia de la CSJ y de la Corte Const. ha señalado los límites a la concesión de amnistías e indultos¹⁰, estableciendo: i) cuándo se conceden estos beneficios por delitos políticos; ii) la prohibición de extradición por este tipo de delitos y iii) qué delitos se pueden considerar conexos a los delitos políticos¹¹.

Así, la Corte Const. ha señalado en la sent. C-577 de 2014 que, de acuerdo con el art. constitucional transitorio 67 del AL 01 de 2012, el legislador debe tener en cuenta para la determinación de los delitos conexos “la esencia que identifica a esta categoría de delitos”. De acuerdo con la Corte Const., “[l]o contrario, implicaría establecer criterios que excederían el margen de configuración [del] principio de participación en política”¹². La Corte Const., siguiendo a la CSJ¹³, considera el propósito de la comisión de los delitos políticos “como

⁸ Corte Const., sent. C-456 de 23 de septiembre de 1997.

⁹ Siguiendo la línea jurisprudencial trazada por la Corte Const., en sent. C-456 de 23 de septiembre de 1997 y en la sent. C-928 de 6 de septiembre de 2005.

¹⁰ Ver, entre otras, CSJ, Sala de Casación Penal, Concepto de no extradición por delito político de 26 de mayo de 1982, caso Leandro Barozzi, *Nuevo Foro Penal*, 15, 885 y ss.; sent. de 26 de mayo de 1982 (exp. 27402), G. J., tomo CLXX No. 2408, págs. 235 y ss.; CSJ, sent. de 10 de mayo de 1982, G. J., tomo CLXXI, No. 2409, pág. 153. De la Corte Const., sents. C-171 de 5 de febrero 1993, C-052 de 18 de febrero 1993 (salvamento de voto de Alejandro Martínez Caballero), C-069 de 23 de febrero de 1994 y C-009 de 17 de enero 1995.

¹¹ La Corte Const., en sent. C-577 de 6 de agosto de 2014 expone nuevamente esta línea jurisprudencial sobre los límites a los delitos políticos.

¹² *Ibíd.*

¹³ CSJ, Sala de Casación Penal, sent. de 25 de septiembre de 1996 (rad. 12051).

un ideal bajo el cual se persiguen causas justas sociales o comunes, en oposición al concepto de delitos comunes, cuya motivación ha sido considerada egoísta"¹⁴. Es decir, el delito político debe tener una motivación altruista.

5 Respecto a la conexidad, la Corte Const. ha determinado que "puede existir la posibilidad [de] que el legislador confiera el carácter conexo del delito político a otros tipos penales, siempre y cuando se cumplan con condiciones de razonabilidad y proporcionalidad"¹⁵. Así pues, de acuerdo con estos criterios, "el legislador no puede extender arbitrariamente esos beneficios a conductas ajenas a su naturaleza, ni tampoco realizar inclusiones o exclusiones que comporten un tratamiento diferenciado injustificado"¹⁶.

6 La Corte Const. ha establecido límites a la configuración de los delitos conexos por parte del legislador estatutario¹⁷, indicando que no pueden comprender actos de terrorismo¹⁸, secuestro ni homicidios cometidos fuera de combate¹⁹. También ha señalado respecto del delito político que este carece de definición "unívoca de orden constitucional toda vez que hasta ahora ha estado centrada en la oposición a los delitos comunes u ordinarios y en su conceptualización por vía de exclusión"²⁰.

7 De acuerdo con ello, la Ley 1820 en su art. 16 establece un número extenso de delitos políticos conexos, cuyo carácter se considera taxativo para

¹⁴ Corte Const., sent. C-577 de 6 de agosto de 2014.

¹⁵ *Ibíd.*

¹⁶ Corte Const., sent. C-695 de 28 de agosto de 2002.

¹⁷ Estos límites fueron expuestos en la sent. C-577 de 2014 de la Corte Const., en la cual se estudió la constitucionalidad del art. 67 transitorio contenido en el AL 01 de 2012 que señalaba que "una ley estatutaria regulará cuáles serán los delitos considerados conexos al delito político [...]". En este sentido, era el legislador estatutario el que debía desarrollar la materia, de acuerdo con los límites establecidos. Mediante el AL 01 de 2016 se estableció el procedimiento legislativo especial para la paz, dentro de este proceso se dictó la Ley 1820 de 2016 que estableció los delitos considerados conexos al delito político, y que debía respetar los límites establecido en la sent. C-577 de 2014. La constitucionalidad de esta ley se dio a conocer mediante el comunicado 08 de 2018, en el cual se establece la inexequibilidad de algunos apartes de la LA de acuerdo con la sent. C-577 de 2014.

¹⁸ Como "la colocación de carobombas en centros urbanos, las masacres, los secuestros, el sistemático asesinato de agentes del orden, de jueces, de profesionales, de funcionarios gubernamentales, de ciudadanos corrientes y hasta de niños indefensos, constituyen delito de lesa humanidad, que jamás podrán encubrirse con el ropaje de delitos políticos". Corte Const., sent. C-127 de 30 de marzo 1993.

¹⁹ Corte Const., sents. C-214 de 9 de junio de 1993 y C-069 de 23 de febrero 1994.

²⁰ Corte Const., sent. C-577 de 6 de agosto de 2014.

la aplicación de la amnistía *de iure* por parte de las autoridades dispuestas en el art. 19: el presidente de la república, el fiscal general de la Nación y los jueces de ejecución de penas. Mientras que la Sala de Amnistía e Indulto de la JEP sí podrá considerar otras conductas como conexas, siempre que cumplan con los criterios establecidos en el art. 8º LA, y lo dispuesto en el art. 23 LA, para conceder el otro tipo de amnistía prevista en esta misma ley y que se dará caso a caso²¹.

En el examen de constitucionalidad de la LA, la Corte Const. señaló que los beneficios dispuestos en esa ley deben cumplir con el régimen de condicionalidades, el cual tiene como cometido: la seguridad jurídica de los excombatientes, la estabilidad de la paz y la contribución a los derechos de las víctimas. Así, de acuerdo con los principios de proporcionalidad y gradualidad, deben tenerse en cuenta dos subreglas: i) los beneficios “deben tener el máximo de estabilidad posible, especialmente las amnistías *de iure*, que recaen de manera taxativa sobre las conductas descritas en los artículos 15 y 16 de la Ley 1820 de 2016”. Las conductas que dan lugar a la amnistía *de iure*, señala la Corte Const., “no tienen la connotación de graves violaciones a los derechos humanos o de graves infracciones al derecho internacional humanitario, por lo que se enmarcan en el mandato de propiciar la amnistía más amplia posible, según lo establece el artículo 6.5 del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949”. Y (ii) “este régimen exige de parte de la JEP una revisión caso a caso, para determinar si hay incumplimiento con las condiciones del SIVJRN, la gravedad del mismo, su justificación y las consecuencias que tales incumplimientos acarrearán”.

La Corte Const. indica que en el caso de las amnistías *de iure* debe expedirse una normativa que, con fundamento en el inc. 1º del art. 12 transitorio previsto en el art. 1º del AL 01 de 2017, establezca los criterios de incumplimiento de este beneficio. Para ello, el legislador, al expedir la normativa, y los magistrados de la JEP al aplicarla, deben guiarse por los principios, cometidos de la amnistía y las subreglas definidas por la Corte Const. en dicha sentencia²².

III. Ámbito de aplicación

El ámbito de aplicación de la amnistía *de iure* lo determina el art. 5º del Decreto 277 de 2017, indicando que su aplicación tiene “como efecto la declaración de la extinción de la acción penal, de las sanciones principales y accesorias, según el caso, así como de la acción civil y de la condena indemnizatoria, por

²¹ Ver comentario de TARAPUÉS al art. 23 LA en esta misma obra.

²² Al momento de la realización de este comentario, la constitucionalidad de la LA se dio a conocer por medio del Comunicado No. 08 de 2018.

parte del funcionario judicial competente”. La amnistía *de iure* se aplicará, a las personas indicadas en el art. 17 de la Ley 1820, es decir, miembros o colaboradores de las FARC-EP cuyos delitos hubieran sido cometidos antes del 1º de diciembre de 2016, fecha de entrada en vigor del Acuerdo Final de Paz.

10 Serán en consecuencia las siguientes personas las que pueden ser beneficiadas de la amnistía *de iure*:

“1) Los condenados, procesados o investigados por pertenecer o colaborar con las FARC.

”2) Quienes aparezcan en listados entregados por representantes de las FARC, aunque no sean condenados, procesados o investigados por pertenecer a dicha organización.

”3) Los condenados mediante sentencia que indique su pertenencia a las FARC por delitos conexos al político, aunque no se condene por este (artículo 8 de la Ley 1820 de 2017) [...]

”4) Los condenados por delitos políticos y conexos, cuando se deduzca que fueron procesados por pertenecer o colaborar con las FARC”²³.

Para conceder la amnistía es necesario una solicitud escrita del interesado o su apoderado ante la autoridad judicial competente y su trámite será preferente.

IV. Autoridades que conceden la amnistía y procedimiento

11 La amnistía *de iure*, según el art. 19 LA, puede ser aplicada o solicitada por diversas autoridades y, para ello, los integrantes de la FARC-EP deben cumplir unas condiciones específicas. El Decreto 277 de 2017 en su art. 8º establece el procedimiento para conceder la amnistía de los privados de la libertad con procesos en curso, y para los privados de libertad condenados.

La primera autoridad dispuesta en el art. 19 LA con competencia para aplicar una amnistía *de iure* es el presidente de la República para “los integrantes de las FARC-EP, que se encuentran en las zonas veredales transitorias de normalización –ZVTN– o en los campamentos acordados en el proceso de dejación de armas, que no tengan procesos en curso ni condenas”. Las ZVTN fueron

²³ CSJ, Sala de Casación Penal (AP3005-2017). La CSJ considera que hay que diferenciar entre el ámbito personal de la amnistía *de iure* y el de la libertad condicionada. A esta última pueden acceder “los miembros de las Farc procesados que figuren en los listados entregados y verificados por el Gobierno nacional, cuando hayan cumplido al menos 5 años de privación de libertad y la medida de aseguramiento hubiese sido adoptada por delitos respecto de los que no se otorga la amnistía *de iure* (art. 11 del Decreto 277 de 2017)”. Remitar a los comentarios de las normas que regulan la libertad condicionada.

dispuestas en el Acuerdo de Paz²⁴, para que los miembros de las FARC-EP pudieran reintegrarse a la vida política, social y económica paulatinamente; no obstante, el momento señalado por la norma en que se debería expedir el acto administrativo que concede la amnistía *de iure* para estos integrantes de las FARC, sería cuando salieran de los campamentos y se reintegraran a la vida civil, es decir, que una posible interpretación de la norma sugeriría que si el excombatiente no sale de la ZVTN, la amnistía *de iure* no procedería, o que esta procedería solo si las ZVTN se comprendieran como un espacio de reintegración a la vida civil, tal y como lo señala el Acuerdo de Paz.

El art. 17 del Decreto 277 de 2017 establece la aplicación de la amnistía *de iure* para integrantes de las FARC-EP que no se encuentran privados de la libertad, señalando que la amnistía se aplicará siempre y cuando se haya procedido a dejar las armas y el desmovilizado figure en los listados verificados y acreditados por el Gobierno. Este artículo establece que, en caso de que se haya expedido el acto administrativo que concede la amnistía y existan procesos o condenas, el interesado puede remitir copia del acto administrativo a la autoridad competente. Es decir, que la amnistía *de iure* que otorga el presidente, no solo podrá concederse a personas que no tengan procesos en curso o condenas sino también a las que los tengan. La ampliación de la amnistía *de iure* a aquellos que no estén privados de la libertad como lo sugiere la norma, pero tengan procesos en curso, configura una amnistía propia, según lo establece el art. 82 CP num. 3, es decir, aquella que extingue la acción penal. Y en el caso de que existan condenas se trata de una amnistía impropia, con la cual el juez respectivo deberá cesar la ejecución de la pena²⁵, y tendrá los efectos del indulto. El efecto de la amnistía impropia como indulto es posible gracias a la facultad que tiene el Gobierno de conceder indultos de acuerdo con el art. 201 de la Const. Pol. y la aplicación del principio de favorabilidad (art. 11 ley 1820 de 2016)²⁶.

Lo dispuesto en el art. 17 del Decreto 277 de 2017 permite comprender que el acto administrativo que dicta el presidente de la República se podrá dirigir a:

1. Integrantes de las FARC-EP que no tengan procesos en curso ni condenas.
2. Integrantes de las FARC-EP con procesos en curso o condenas.

En el segundo de los casos la autoridad judicial frente a la cual esté en curso el proceso deberá aplicar “la amnistía *de iure* en un término no superior a diez

²⁴ Ver Acuerdo Final file:///C:/Users/vanessa/Desktop/24-11-2016NuevoAcuerdo-Final.pdf

²⁵ AFANADOR, *Amnistías e indultos. La historia reciente 1948-1992*, ESAP Centro de Publicaciones 1993, pág. 18.

²⁶ Ver el comentario de SÁNCHEZ al art. 11 LA, en esta misma obra.

(10) días después [de] recibida la solicitud". El acto administrativo dictado por el presidente deberá contener individualmente a las personas beneficiadas con la amnistía *de iure* y trasladarse al Consejo Superior la Judicatura una vez expedido, para que, de esta forma, en caso de que existan "procesos o condenas por estos delitos", el interesado pueda remitir copia a la autoridad judicial competente, la cual debe aplicar la amnistía y dar por terminado el proceso y extinta la acción penal.

14 Asimismo, el acto administrativo que expida el presidente de la República será de carácter particular y concreto y debe cumplir los requisitos establecidos en la Ley 1437 de 2011 o CPACA en sus arts. 66 y 67 sobre notificación personal. Este acto se presumirá legal de acuerdo con el art. 88 CPACA.

15 Contra el acto procederá el recurso de reposición ante el presidente (art. 74). En este punto surge la duda sobre la autoridad ante la cual puede interponerse el recurso de apelación. De acuerdo con lo establecido en el art. 3º del Decreto 277 de 2017, una posible interpretación sería que el recurso podría interponerse ante la Sala de Amnistías e Indulto de la JEP. Esto puede interpretarse de esta manera debido a que en el art. 3º se dispone que "los recursos contra resoluciones en primera instancia que apliquen la amnistía *de iure* o libertad condicionada, se interpondrán ante la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) en efecto devolutivo.

16 Ahora bien, respecto a su revocación, esta requerirá, tal y como lo señala el art. 97 del citado Código, el consentimiento de la persona beneficiada de la amnistía *de iure*; si esta no lo concede, y el acto es contrario a la Constitución o a la ley, el acto podrá demandarse ante la jurisdicción contencioso administrativa. Aunque, otra posibilidad, en caso de no demandar ante la jurisdicción contenciosa, es solicitar a la Sala de Amnistía e Indulto de la JEP que se revoque, por incumplir los requisitos establecidos en el art. 18 o señalados en el parágrafo del art. 35 AL²⁷. En este trámite deben garantizarse, de todas maneras, los derechos de audiencia y de defensa (art. 97 CPACA).

17 La segunda autoridad con competencia para solicitar la amnistía *de iure* es la FGN, la cual deberá solicitar a los jueces de conocimiento la preclusión de los procesos en curso por los delitos establecidos en el art. 15 y de los delitos conexos a estos establecidos de forma taxativa en el art. 16 de la misma ley. En estos casos la FGN deberá solicitar al juez de conocimiento la preclusión del proceso. El Decreto 277 de 2017 en sus arts. 4 y ss. regula el procedimiento

²⁷ Esta interpretación se deduce del último parágrafo del art. 35 y se confirma con lo dispuesto en el manual del Ministerio de Justicia con el cual se capacita a la rama judicial en la Ley 1820 de 2016 y su Decreto reglamentario 277 de 2017. Expresamente esta facultad no está prevista en la normativa; ver ABC Ley de amnistía, indulto y tratamientos penales especiales, disponible en: <https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/pdf/ABC%20amnistia.pdf> (consultado 20.1.2017)

que se debe seguir. Para su aplicación debe tenerse en cuenta que la amnistía *de iure* se otorga a las personas dispuestas en el art. 17. Adicionalmente, el Decreto establece unos supuestos en el art. 6º que son la existencia de una providencia judicial con la cual se haya condenado, procesado o investigado “por pertenencia o colaboración con las FARC-EP”, caso en el cual solo deberá adicionalmente aportarse el acta de compromiso prevista en el art. 18 de la Ley 1820 de 2016. Además, el solicitante tiene que encontrarse en los listados “entregados por representantes designados por dicha organización expresamente verificados conforme a lo establecido en el Acuerdo Final Paz”; que la sentencia condenatoria indique la pertenencia del condenado a las FARC-EP, “aunque no se condene por un delito político, siempre que el delito por el que haya resultado condenado cumpla los requisitos de conexidad establecidos en el art. 8º de la Ley 1820 de 2016”.

El art. 5º del Decreto 277 en los párrafos 1º a 3º regula diversos estadios procesales en que la amnistía procedería. Así, si está pendiente por definirse alguna apelación, deberá devolverse la diligencia a primera instancia para que aquí se decida sobre la aplicación de la amnistía *de iure* o de la libertad condicionada. La aplicación de la amnistía *de iure* implica que la autoridad judicial competente proceda a extinguir no solo la acción penal, sino las civiles derivadas de los delitos políticos y conexos; así como el levantamiento de las afectaciones sobre bienes de la persona beneficiada de la amnistía. Cuando haya sentencia condenatoria, el juez de penas y medidas de seguridad, o el de conocimiento competente, deberá decretar la extinción de las sanciones “principales y accesorias, así como de la condena indemnizatoria de los perjuicios”.

El art. 8º del Decreto 277 regula el procedimiento de los interesados en obtener la amnistía *de iure* que tienen procesos en curso y se encuentran privados de la libertad en “actuaciones sometidas a las leyes 906 de 2004 y 1098 de 2006”. En dichos casos la FGN, “previa solicitud del interesado, del ministerio público, del defensor de familia o de oficio” (según sea el caso) tramitará la preclusión ante el juez competente. Para ello, los fiscales delegados solicitarán a los jueces de conocimiento las audiencias correspondientes para llevar a cabo la preclusión. Esto es concomitante con la facultad de solicitar la preclusión del proceso en cabeza del ministerio público, de acuerdo con las leyes 906 de 2004 y 1098 de 2006. El juez competente citará a audiencia, en la que una vez presentada el acta de compromiso, en donde debe constar la obligación de no volver a utilizar las armas, y oída la defensa y al ministerio público, sin posibilidad de aplazamiento emitirá la decisión. Las decisiones de preclusión de los procesos se pondrán en conocimiento de “las autoridades [de] que tratan los artículos 462 de la ley 906 de 2004”²⁸, para la actualización de los antecedentes

²⁸ Esta es cita textual del Decreto 277 de 2017, la normativa debía señalar las autoridades de que trata los numerales del art. 462.

penales e inhabilidades, y que, como consecuencia, el beneficiado pueda acceder a los “derechos y funciones públicas”, previstas en la Constitución.

20 En caso de que la persona estuviera privada de la libertad por actuaciones sometidas a la Ley 600 de 2000 y la actuación procesal estuviera en investigación previa o en instrucción, el fiscal, a petición del interesado, acompañado de los soportes que sean del caso y el acta de compromiso prevista en el art. 18 de la Ley 1820, y el art. 7º del Decreto 277, podrá pronunciarse sobre la amnistía *de iure*. Si la actuación estuviera en la etapa de juzgamiento, el juez aplicará la amnistía. Estas decisiones se adoptarán mediante providencia motivada, frente a la cual proceden los recursos ordinarios²⁹.

21 El art. 8º del Decreto 277 de 2017 también establece que los funcionarios judiciales competentes pueden aplicar la amnistía *de iure*. En caso de que se “investiguen o juzguen en una misma actuación varios delitos de manera conjunta, respecto de los cuales unos sean susceptibles de la amnistía *de iure* y otros no”, el funcionario debe aplicar la amnistía *de iure* de conformidad con el art. 17 de la Ley 1820 en relación con los delitos establecidos en los arts. 15 y 16 de la misma norma. Respecto de los demás delitos se decidirá sobre la libertad condicional o el traslado a la ZVTN según lo establecen los arts. 11 a 13 del Decreto 277 de 2017, en donde exige que se trate de penas inferiores a cinco años.

La norma señala que en ninguno de los casos mencionados el trámite debe demorar más de diez días, contados desde que se solicite la amnistía por el interesado o de oficio. No obstante, debe tenerse en cuenta el proceso de dejación de armas y la suscripción del acta de compromiso para poder determinar desde cuándo comienza a contarse dicho plazo. En este punto debe tenerse en cuenta que hubo integrantes de la FARC que entregaron armas antes de 28 de junio de 2017.

22 La tercera autoridad competente para aplicar la amnistía es el juez de ejecución de penas, en casos en donde ya exista condena por los delitos de que tratan los arts. 15 y 16 LA. En estos casos el juez de ejecución de penas competente procederá a aplicar la amnistía. El art. 8º del Decreto 277 señala que previa solicitud del interesado o de oficio, acompañada de los soportes correspondientes, el funcionario judicial competente procederá a aplicar la amnistía *de iure* en providencia motivada y levantará las medidas que limiten la propiedad de los bienes de los procesados (art. 5º).

23 En caso de que la condena sea por delitos amnistiabiles y otros que no tengan esa condición, el funcionario competente decretará la acumulación y en la misma providencia decidirá sobre los delitos amnistiabiles. Respecto de los otros delitos debe realizar una “redosificación de la pena a que hubiere lugar

²⁹ Art. 8.2 lits. a y b del Decreto 277 de 2017.

con aplicación de las normas sustanciales correspondientes”; también podrá conceder la libertad definitiva de acuerdo con esa redosificación, si ya se cumplió con la pena prevista. En caso de que no proceda la libertad definitiva podrá conceder la libertad condicionada de acuerdo con lo establecido en los arts. 35, 36 y 37 de la Ley 1820 y los arts. 11 y 12 del Decreto 277. En caso de que la pena privativa de la libertad sea menor a cinco años las personas serán trasladadas a las ZVTN; en dichas zonas las personas beneficiadas quedarán a disposición de la JEP, jurisdicción que podrá revocar la libertad de quienes incumplan alguna de las obligaciones fijadas en el acta de compromiso. También podrá revocar la libertad condicionada si los beneficiados “se niegan a participar en los programas de contribución a la reparación de las víctimas, o a acudir ante la Comisión de Esclarecimiento de la Verdad de la Convivencia y No Repetición, o ante la Unidad de Búsqueda de las Personas dadas por desaparecidas” (art. 35 LA).

En caso de que la investigación y juzgamiento se haya llevado a cabo a un conjunto de personas sobre las cuales a unas se les aplique amnistía *de iure* y a otras no, la autoridad correspondiente podrá, con ruptura de unidad procesal, continuar la investigación o juzgamiento respecto de los demás.

24

V. Plazos de aplicación

El art. 19 señala que la FGN y la sala administrativa del Consejo Superior de la Judicatura coordinarán entre ellas y con otras autoridades competentes el trámite de dejación de armas. Esta coordinación se prevé debido a que para que opere la amnistía *de iure* debe haberse surtido el proceso de dejación de armas y suscrito el acta de compromiso que establece el art. 18. El art. 19 señala que el proceso de dejación de armas debería surtir en un plazo no mayor de cuarenta y cinco días después de la entrada en vigor de la Ley 1820 de acuerdo con los arts. 17 y 18. Luego de dicho plazo los interesados podrán solicitar la amnistía *de iure* ante la Sala de Amnistía e Indulto de la JEP.

25

La amnistía *de iure* se ha estado aplicando, en todo caso, desde la entrada en vigor de la ley con aquellos integrantes de las FARC que fueron entregando parcialmente las armas y los que estaban privados de la libertad. En este punto se observa que el término de los diez días previstos por la norma (art. 19 LA) ha sido excedido en la mayoría de los casos. Las dificultades de la aplicación de la amnistía *de iure* se han relacionado con la fecha de la dejación de armas, la cual culminó el 28 de junio de 2017³⁰, y la comprensión y aprehensión

26

³⁰ Luego de la finalización de la dejación de armas el 28 de junio de 2017, el presidente expidió un decreto concediendo la amnistía *de iure* a 3.252 integrante de las FARC-EP.

de la nueva normativa por la jurisdicción penal. Debido a las dificultades enunciadas, y con el objeto de acelerar la aplicación de la amnistía *de iure* y la concesión de la libertad condicional en los casos previstos en los arts. 35 y 37, el Gobierno nacional expidió el Decreto 700 de 2017, estableciendo la posibilidad de interponer el recurso de *habeas corpus*, al cual pueden acudir las siguientes personas³¹:

1. Integrantes de las FARC a los que puede aplicarse la amnistía *de iure* (art. 35 Ley 1820).
2. Integrantes de las FARC a los que no puede aplicarse la amnistía *de iure*, siempre y cuando hayan estado privados de la libertad por cinco años (art. 35 parg. I de la Ley 1820; arts. 11 y 12 del Decreto 277).
3. Personas privadas de la libertad por conductas desplegadas en contextos relacionados con el ejercicio del derecho a la protesta o disturbios internos (4º párrafo del art. 37, Ley 1820 y art. 15, Decreto 277).

27 Si bien el Decreto 700 de 2017 busca dar celeridad a la aplicación de las amnistías, las personas anteriormente enunciadas que se encontraran privadas de la libertad, como consecuencia del incumplimiento de las normas establecidas en la Ley 1820 y en el Decreto 277, en todo caso podían interponer el recurso de *habeas corpus* de acuerdo con el art. 30 de la Const. Pol., la Ley 1095 de 2006 y la jurisprudencia de la Corte Const.³². El Decreto 700 promueve que dicho recurso se interponga por los afectados para no estar injustamente privados de la libertad. No obstante, debido a las dificultades en la implementación de la normativa, como consecuencia de la dilación en la dejación de armas; el número de procesos en curso o condenas frente a los integrantes de las FARC-EP y la reciente puesta en marcha de la JEP; puede comprenderse que si los beneficiados de estas medidas permanecen privados de la libertad, no responde necesariamente a la violación por parte de las autoridades competentes de las garantías constitucionales o legales, sino de la puesta en marcha de todo una nueva normativa que transforma el derecho procesal penal colombiano.

³¹ AMBOS, Amnistía y "habeas corpus", en *El Espectador*, 15 de mayo de 2017, disponible en: <https://www.elespectador.com/opinion/amnistia-y-habeas-corpus-columna-693920>

³² Ver al respecto Corte Const., sent. C-187 de 15 de marzo de 2006 que examina la constitucionalidad de los arts. 1º y ss. de la Ley 1095 de 2005.

Artículo 20. *Eficacia de la amnistía.* Respecto a los delitos cometidos con anterioridad a la vigencia del Acuerdo Final de Paz, si después de aplicada la amnistía se llegara a presentar una noticia criminal por los delitos de que tratan los artículos 15 y 16 de la presente ley, respecto de las personas de que trata el artículo 17, el operador judicial se abstendrá de iniciar el respectivo proceso. Lo mismo hará si la noticia criminal se refiere a las conductas amnistiadas estrechamente vinculadas al proceso de dejación de armas.

Si, a pesar de lo anterior, algún operador judicial iniciara un proceso en contravención a lo establecido en el inciso anterior, la persona podrá invocar su condición de amnistiado según la ley, como causal objetiva de extinción de la acción penal.

Literatura: International Crisis Group, Informe No. 49: Justicia Transicional Diálogos de paz en Colombia, 2013, pág. 17; ANASTASIA KUSHLEYKO, *Accountability v. “Smart Amnesty” in the Transitional Post-conflict Quest for Peace: A South African Case Study*, en Szablewska/Bachmann (ed.), *Current Issues on Transitional Justice*, Springer, 2015; ANDREAS O’ SHEA, *Amnesty for Crime in International Law and Practice*, Kluwer Law International, 2004; LOUISE MALLINDER, “Exploring the Practice of States Introducing Amnesty”, en K. Ambos/J. Large/M. Wierda (ed.), *Building a future on peace and justice*, Springer, 2009; LOUISE MALLINDER, *Amnesty, Human Rights and Political Transitions: Bridging the Peace and Justice Divide*, Hart Publishing, 2008; FAUSTIN Z. NTOUBANDI, *Amnesty for Crimes against Humanity under International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007; FERNANDO VELÁSQUEZ, *Fundamentos de derecho penal*, Parte general, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2017; RUTI G. TEITEL, *Transitional Justice*, Oxford University Press, 2002.

Jurisprudencia nacional: Corte Const., sent. C-007 de 1º de marzo de 2018.

Uno de los objetivos centrales del Acuerdo de Paz con las FARC es garantizar la seguridad jurídica, que a su vez se concreta en asegurar la estabilidad de las decisiones que concedan beneficios penales¹. Esto último se ve

¹ Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, 24 de noviembre de 2016, págs. 128, 143, 147; AL 01, 11 de mayo de 2017. International Crisis Group, Informe No. 49: Justicia Transicional Diálogos de paz en Colombia, 2013, pág. 17.

reflejado en el art. 20 de la LA, el cual busca hacer efectivo el principio de cosa juzgada², respecto de las amnistías *de iure* que hayan sido otorgadas³.

2 Una vez concedida la amnistía por un delito en particular, se extingue la responsabilidad penal y se otorga inmunidad frente a la persecución y la sanción penales⁴. La amnistía “implica la supresión de la acción represiva del Estado de tal manera que los hechos y sus autores son objeto de olvido para efectos posteriores”⁵. Por esta razón, el art. 20 establece la prohibición de iniciar procesos penales en relación con noticias criminales posteriores a la concesión de la amnistía por delitos políticos (art. 15) o delitos conexos con estos últimos (art. 16) que hayan sido cometidos con anterioridad a la vigencia del Acuerdo Final de Paz, respecto de las personas cobijadas por el ámbito de aplicación personal de la amnistía *de iure* (art. 17). Asimismo, el art. 20 prohíbe iniciar procesos frente a noticias criminales relacionadas con conductas amnistiadas estrechamente vinculadas al proceso de dejación de armas⁶.

3 Adicionalmente, el art. 20 dispone que si se inicia un proceso en relación con dichas noticias criminales, el interesado puede invocar su condición de amnistiado como causal objetiva de extinción de la acción penal. Cabe recordar que la amnistía tradicionalmente ha sido una causa de extinción de la pretensión punitiva del Estado en el ordenamiento jurídico colombiano⁷.

4 Es necesario hacer dos precisiones relacionadas con la aplicación del artículo 20. En primer lugar, los delitos a los que se refiere el inciso primero son únicamente aquellos que originaron la concesión de la amnistía⁸. Si se trata

² Al respecto ver los comentarios a los arts. 6º y 13.

³ Corte Const., sent. C-007 de 1º de marzo de 2018.

⁴ O'SHEA, *Amnesty for Crime in International Law and Practice*, Kluwer Law International, 2004, págs. 72-84; NTOUBANDI, *Amnesty for Crimes against Humanity under International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, págs. 31-33; TEITEL, *Transitional Justice*, Oxford University Press, 2002, págs. 51-56. Al respecto ver el comentario al art. 41.

⁵ FERNANDO VELÁSQUEZ, *Fundamentos de derecho penal*, Parte general, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2017, pág. 813.

⁶ De acuerdo con el art. 3º de la LA, el ámbito material de aplicación de esta ley incluye las conductas amnistiabiles que estén estrechamente vinculadas con el proceso de dejación de armas (ver comentario al art. 3º). De acuerdo con el inc. 1º del art. transitorio 5º del AL 01 de 2017, estas conductas delictivas serán definidas por el legislador. Con respecto a las conductas relacionadas con la dejación de armas, la Corte Const. ha precisado que se exige conexidad no sólo con el conflicto sino también con el proceso de dejación de armas. Asimismo, menciona como ejemplos el porte ilegal de armas o el uso de prendas militares (Corte Const., sent. C-007 de 1º de marzo de 2018, párr. 559).

⁷ Ver arts. 82 Ley 599 de 2000, 38 Ley 600 de 2000 y 77 Ley 906 de 2004.

⁸ Corte Const., sent. C-007 de 1º de marzo de 2018, párr. 750.

de tipos penales diferentes, se deberán adelantar los trámites correspondientes con el fin de determinar la procedencia de la concesión de los beneficios.

En segundo lugar, es necesario reiterar que las amnistías por delitos políticos y conexos no impiden la persecución penal de crímenes internacionales. En la revisión de constitucionalidad de este artículo, la Corte Const. aclaró que “los efectos de la amnistía no impiden el ejercicio de la acción penal estatal, cuando quiera que se presenten supuestos en los que existe la obligación de investigar, juzgar y sancionar, esto es, ante graves violaciones a los derechos humanos y graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario”⁹. Así la cosas, si el operador judicial verifica que se trata de un delito no amnistiable o encuentra agravantes en los delitos conexos a los políticos (según el art. 16) que lo hacen dudar acerca de si el delito es amnistiable o no¹⁰, debería remitir la actuación a los órganos judiciales de la JEP para que determinen la procedencia o improcedencia de la amnistía.

Las amnistías condicionadas –como su nombre lo indica– están sujetas a condiciones, cuya función consiste en determinar o garantizar la eficacia del mecanismo y al mismo tiempo en asegurar el cumplimiento del deber estatal de proteger los derechos a la verdad, justicia y reparación de las víctimas como parte integral del proceso de amnistía¹¹. Uno de sus atributos fundamentales es la exclusión expresa de conductas constitutivas de crímenes internacionales y otras graves violaciones a los derechos humanos. Para el caso del Acuerdo esta característica se cumple cabalmente, razón por la cual la eficacia de la amnistía se circunscribe a condiciones impuestas sobre los delitos ocurridos en el marco del conflicto armado que cumplen con los requisitos que consagra expresamente el artículo de la referencia.

Adicionalmente, las amnistías condicionadas –como aquella propuesta en el Acuerdo de Paz entre las FARC y el Gobierno de Colombia– aumentan la probabilidad de cumplimiento de las obligaciones por parte de sus beneficiarios, quienes ven en las condiciones para acceder al beneficio un requisito necesario para un mejor tratamiento penal en la transición hacia la paz. En

⁹ Corte Const., sent. C-007 de 1º de marzo de 2018, párr. 750.

¹⁰ De acuerdo con la Corte Const., en la tipificación de los delitos conexos a los políticos se incluyen algunas causales de agravación que pueden convertir dichas conductas en crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad, según el contexto (Corte Const., sent. C-007 de 1º de marzo de 2018, párrs. 720-722); al respecto ver comentario al art. 16.

¹¹ MALLINDER, “Exploring the Practice of States Introducing Amnesty”, en K. Ambos/J. Large, M. Wierda (ed.), *Building a future on peace and justice*, Springer, 2009; KUSHLEYKO, “Accountability v. “Smart Amnesty” in the Transitional Post-conflict Quest for Peace: A South African Case Study”, en SZABLEWSKA/BACHMANN (eds.), *Current Issues on Transitional Justice*, Springer, 2015, págs. 31-54.

el largo plazo, esto ha conducido a la disminución de los niveles de violencia y criminalidad asociados al conflicto armado en las sociedades que acogen estos mecanismos de JT¹².

8 Asimismo, las amnistías condicionadas han sido entendidas como un mecanismo de la JT que resulta útil para efectos de la reconciliación de sociedades que buscan dejar atrás un pasado violento¹³. Es inherente a la naturaleza *reconciliadora* de las amnistías que, una vez cumplidas las condiciones por parte de los responsables —lo cual incluye la terminación de sus actividades criminales, el tránsito a la legalidad y el cumplimiento de sus obligaciones en términos de verdad y reparación a las víctimas—, cese la persecución penal en su contra por parte del Estado. Por lo tanto, la extinción de la acción penal es la garantía que el Estado otorga, en ejercicio de su soberanía, a cambio del cumplimiento de las condiciones pactadas para conceder la amnistía.

9 Finalmente, vale la pena señalar que las garantías relativas a los derechos a la verdad, a la justicia y la reparación de las víctimas y la sociedad se encuentran consagradas en otros mecanismos concernientes al modelo de JT incorporado en el Acuerdo de Paz con las FARC. Su comprensión sistemática e integral permite que las conductas constitutivas de violaciones de derechos humanos sean revisadas y juzgadas mediante mecanismos judiciales, y que estas también sean reconstruidas en virtud de mecanismos judiciales y no judiciales tales como la Comisión de la Verdad.

¹² MALLINDER, *Amnesty, Human Rights, and Political Transitions: Bringing the Peace and Justice Divide*, Hart Publishing, Oxford, 2008, pág. 154.

¹³ O'SHEA, *Amnesty for Crime in International Law and Practice*, Kluwer Law International, 2004, pág. 26; MALLINDER, *Amnesty, Human Rights and Political Transitions: Bridging the Peace and Justice Divide*, Hart Publishing, 2008, pág. 46.

CAPÍTULO II

AMNISTÍAS O INDULTOS OTORGADOS POR LA SALA DE AMNISTÍA O INDULTO

Artículo 21. Sala de Amnistía o Indulto. En todos los casos que no sean objeto de una amnistía *de iure*, la decisión de conceder amnistías o indultos dependerá de la Sala de Amnistía e Indulto de la Jurisdicción Especial para la Paz. En aplicación del principio de favorabilidad regulado en esta ley y de lo establecido en el artículo 6.5 del Protocolo Adicional II de las Convenciones de Ginebra de 1949, la Sala aplicará la amnistía o el indulto conforme a lo establecido en esta ley y en el Acuerdo de creación de la Jurisdicción Especial para la Paz.

En todo caso la solicitud de amnistía deberá ser resuelta en un término no mayor a los tres (3) meses desde que haya sido solicitada a la Sala, siempre que el destinatario haya concluido el proceso de dejación de las armas conforme a lo dispuesto en el artículo 18.

Literatura: KAI AMBOS, *Treatise on International Criminal Law*, Volume I: Foundations and General Part, Oxford, Oxford University Press, 2013; LOUISE MALINDER, *Amnesty, Human Rights and Political Transitions*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2008; Yves Sandoz *et al.* (ed.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, International Committee of the Red Cross.

Jurisprudencia nacional: Corte Const., sents. C-007 de 1º de marzo de 2018; C-009 de 17 de enero de 1995; C-456 de 23 de septiembre de 1996; C-695 de 28 de agosto de 2002.

Otros documentos: Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, versión de 24 de noviembre de 2017, disponible en: <https://www.mesadeconversaciones.com.co/comunicados/acuerdo-final-para-la-terminaci%C3%B3n-del-conflicto-y-la-construcci%C3%B3n-de-una-paz-estable-y-1> (última fecha de consulta: 30 de junio de 2017); Exposición de Motivos, Proyecto de Ley número 01 de 2016 Senado, por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales, disponible en: http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=1790&p_numero=01&p_consec=46902

(última fecha de consulta: 21 de febrero de 2017); Informe de conciliación al proyecto de ley 225/18 Senado- 239/18 Cámara “por medio del cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la jurisdicción especial para la paz”.

I. Introducción

1 De acuerdo con el art. 21 le corresponde a la Sala de Amnistía o Indulto conceder los beneficios penales que allí se indican. La Sala de Amnistía o Indulto constituye uno de los órganos que junto con el Tribunal para la Paz, la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, así como con la Sala de Definición de Situación Jurídica y la Unidad de Investigación y Acusación, integran el componente de justicia del SIVJRNR que se estableció en el Acuerdo de Paz¹. Según lo dispuesto en el punto 66 del capítulo del Acuerdo de Paz sobre el componente de justicia, la Sala de Amnistía o Indulto se debe componer por un mínimo de seis magistrados colombianos, los cuales deben cumplir los mismos requisitos que se requieren para ser magistrado de tribunal superior de distrito judicial, sin que se aplique sistema de carrera judicial². A ellos se aplica el mismo régimen disciplinario de los jueces y magistrados colombianos³ así como las causales de impedimento del art. 56 de la Ley 906 de 2004, o la norma que en el futuro la reemplace⁴.

2 El art. 21 establece entonces la competencia de la Sala de Amnistía o Indulto para otorgar estos beneficios. Sin embargo, la redacción de la norma es problemática, ya que define la competencia de la Sala de manera negativa al decir: “[e]n todos los casos que no sean objeto de una amnistía *de iure*”. En consecuencia, esta Sala es el órgano competente para decidir sobre si se otorgan o no los beneficios de amnistía o indulto (según sea el caso), siempre que no sea procedente la amnistía *de iure* definida en los arts. 15 a 20 de esta misma ley⁵. De manera que es posible afirmar que dicha Sala está llamada a cumplir una suerte de *función subsidiaria*. La pregunta relevante para definir el ámbito

¹ Ver Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, versión de 24 de noviembre de 2017, apartado 5.1.2., punto 46. Disponible en: <https://www.mesadeconversaciones.com.co/comunicados/acuerdo-final-para-la-terminaci%C3%B3n-del-conflicto-y-la-construcci%C3%B3n-de-una-paz-estable-y-1> (última fecha de consulta: 30 de junio de 2017).

² *Ibíd.*, punto 66.

³ *Ibíd.*, 66.

⁴ *Ibíd.*, 65.

⁵ Al respecto ver los comentarios de TARAPUÉS (arts. 15, 16, 17 y 18 LA), SUELT (art. 19 LA) y SÁNCHEZ (art. 20 LA) en esta publicación.

de competencia de la Sala de Amnistía o Indulto es, por consiguiente, ¿cuáles son los casos en los que no procede la amnistía *de iure*? Para diferenciar estos dos tipos de amnistía se deben tener en cuenta aspectos sustanciales/materiales y procesales.

II. Diferencia sustancial entre la amnistía “de iure” y la amnistía concedida por la Sala de Amnistía o Indulto

Desde el punto de vista *sustancial* cabe señalar, sin embargo, que a primera vista no parece haber mayor diferencia entre el ámbito de aplicación de las dos clases de amnistía previstas en la Ley 1820 de 2016, es decir entre la amnistía *de iure* y la amnistía otorgada por la Sala de Amnistía o Indulto. A esta conclusión es posible llegar dado que los dos tipos de amnistía proceden por delitos políticos y conexos. En este sentido, el art. 15 de la Ley 1820 menciona los tipos penales que en Colombia se han entendido tradicionalmente como delitos políticos y que por lo tanto son susceptibles de este tipo de beneficios⁶. En consecuencia, quienes hayan incurrido, por ejemplo, en los tipos penales de “rebelión”, “sedición” y “asonada” tal y como están definidos en el Título XVIII del CP colombiano, se deben beneficiar, en principio, de la amnistía *de iure*⁷. Adicionalmente, de acuerdo con el mismo art. 15, aquellas personas que además tengan responsabilidad penal por delitos conexos con estos “de conformidad con esta ley”, también se deben beneficiar de este tipo de amnistía. De hecho, el art. 16 establece una lista extensa de tipos penales que se deben considerar como conexos “[p]ara los efectos de esta ley”, frente a los cuales, en cumplimiento del art. 15, debe proceder precisamente la amnistía *de iure*.

Por otro lado, de forma similar la primera frase del art. 23 dispone que “[l]a Sala de Amnistía e Indulto concederá las amnistías por [...] delitos políticos o conexos” y en este mismo sentido el segundo párrafo del art. 16 establece que dicha Sala también debe tener en cuenta el listado de tipos penales que se adoptó en el primer párrafo de esa disposición como delitos conexos a los delitos políticos. Así pues, fácilmente se podría concluir que el campo de aplicación material de la amnistía no es un factor relevante para determinar el sentido de la frase “[e]n todos los casos que no sean objeto de una amnistía *de iure*” del art. 21. Empero, a partir de una interpretación sistemática de la Ley se debe concluir que el ámbito de aplicación material de la amnistía por parte de la Sala de Amnistía o Indulto es más amplio que el de la amnistía *de iure*.

⁶ Al respecto ver Corte Const., sents. C-009 de 17 de enero de 1995, C-456 de 23 de septiembre de 1996, sexta consideración, y salvamento de voto del Magistrado Jaime Córdoba Triviño a la sent. C-695 de 28 de agosto de 2002.

⁷ El art. 15 también hace alusión a los delitos de “conspiración” y ‘seducción’, usurpación y retención ilegal de mando”. Al respecto ver el comentario al art. 15.

5 El ámbito de *aplicación material* de la amnistía, cuando es otorgada por la Sala de Amnistía o Indulto, es más amplio que el de la amnistía *de iure*, debido que el de aquella no está definido de manera taxativa en la LA, mientras que el de esta última sí lo está. Al respecto se debe señalar que, según el mismo párrafo segundo del art. 16, la Sala de Amnistía o Indulto debe tener en cuenta el listado de conductas punibles que se adoptó en dicha disposición, pero “sin perjuicio de que [...] también considere conexos con el delito político otras conductas en aplicación de los criterios establecidos en esta ley”. Dichos criterios son los definidos en el art. 23. Es decir, la Sala de Amnistía o Indulto puede otorgar estos beneficios en los mismos casos en los que procede la amnistía *de iure* e incluso frente a tipos penales no mencionados explícitamente en el art. 16, para lo cual debe tener en cuenta los criterios de conexidad establecidos en el art. 23, así como los límites definidos en el párrafo de esta misma norma⁸. En consecuencia, se debe entender que el art. 15, en el que precisamente se define la amnistía *de iure*, únicamente se refiere a los tipos penales enunciados en el art. 16 al decir “delitos que son conexos”. Adicionalmente, se debe tener en cuenta que precisamente en el Capítulo sobre amnistía *de iure* se incluyó la lista de delitos conexos (art. 16), cuya redacción, por lo demás, sugiere un carácter taxativo, mientras que en el Capítulo sobre la Sala de Amnistía o Indulto únicamente se hace alusión a criterios generales para establecer la conexidad (art. 23). Esta interpretación encuentra fundamento, adicionalmente, en el hecho de que el párrafo segundo del art. 16 hace alusión expresamente a la Sala de Amnistía o Indulto (con la salvedad ya indicada), pero el art. 23, al definir los criterios generales de conexidad, no menciona en ningún lugar la amnistía *de iure*. Esta circunstancia indica entonces que la conexidad en el contexto de la amnistía *de iure* fue definida de antemano por la Ley misma, pero que, a diferencia de esto, cuando se está ante la Sala de Amnistía o Indulto, el alcance de la conexidad puede y debe ser concretado por los magistrados que integran dicho órgano.

6 En contra de esta interpretación se puede aducir que el art. 15 no restringe expresamente la amnistía *de iure* a los tipos penales que en el art. 16 son considerados conexos con los delitos políticos y que de hecho, al decir “de conformidad con esta ley”, el art. 15 también remitiría al art. 23. Sin embargo, se debe tener en cuenta la referencia al art. 6.5 del PA II que se incluyó en el art. 21. De acuerdo con el art. 6.5 PA II: “A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia po-

⁸ En el párrafo del art. 23 se excluyen de los delitos conexos a los delitos políticos aquellas conductas que correspondan a crímenes internacionales o que no hayan sido cometidos en contexto y en razón de la rebelión durante el conflicto armado o cuya motivación haya sido obtener beneficio personal, propio o de un tercero. Ver el comentario al art. 23.

sible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado”⁹. Dicha referencia no aparece en ninguna de las normas que integran el Capítulo I del Título II de la Ley 1820 de 2016, en donde se regula la amnistía *de iure*. Así las cosas, cuando se está ante la Sala de Amnistía o Indulto, el beneficio de amnistía puede ser otorgado no solamente en los casos enunciados en el art. 16, sino también en todos los casos en los que se verifique el cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 23. De esta manera, teniendo en cuenta dichos requisitos, la Sala de Amnistía o Indulto debe procurar “conceder la amnistía más amplia posible” de conformidad con el art. 6.5 PA II.

La exposición de motivos que acompañó al proyecto que dio origen a la Ley 1820 de 2016 confirma la interpretación del art. 21 que aquí se ha expuesto. En este documento se explica que el proyecto de ley contemplaba dos tipos de amnistías, “las *de iure* y las de caso a caso”¹⁰. De acuerdo con la exposición de motivos, la amnistía *de iure* debería ser otorgada “a quienes hayan cometido los delitos de rebelión; sedición, asonada, conspiración, seducción, usurpación y

7

⁹ De acuerdo con el Comentario del PA II elaborado por el Comité Internacional de la Cruz Roja: “*The object of this sub-paragraph is to encourage gestures of reconciliation which can contribute to reestablishing normal relations in the life of a nation which has been divided*”. Ver Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949, Sandoz *et al.* (ed.), *International Committee of the Red Cross*, para. 4618. Se debe tener en cuenta que de acuerdo con el DI no es procedente la amnistía cuando se trata de crímenes internacionales. De hecho, por esta razón el párrafo del art. 23 de la Ley 1820 de 2016 excluye este tipo de conductas. Si la lista incluida en esta disposición es coherente con el DI y en especial con el ER, es otra discusión (al respecto ver comentario al art. 23). En todo caso, se debe señalar que el alcance del art. 6.5 PA II es discutido. Al respecto se ha dicho, por ejemplo, que las amnistías solo deben incluir actos que normalmente están ligados al combate. También se ha sostenido que una cierta flexibilidad con relación a la procedencia de la amnistía cuando se trata de crímenes internacionales es necesaria, con el fin de facilitar procesos de transición y reconciliación. De ahí la importancia de las amnistías que en todo caso suponen algún tipo de reconocimiento de responsabilidad. Al respecto ver MALINDER, *Amnesty, Human Rights and Political Transitions*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2008, págs. 125 y ss.; AMBOS, *Treatise on International Criminal Law*, Volume I: Foundations and General Part, Oxford, Oxford University Press, 2013, págs. 419 y ss.

¹⁰ Ver Exposición de Motivos, Proyecto de Ley número 01 de 2016 Senado, por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales. Disponible en: http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=1790&p_numero=01&p_consec=46902 (última fecha de consulta: 21 de febrero de 2017).

retención ilegal de mando”¹¹, así como por los delitos conexos a estos “establecidos taxativamente en este proyecto de Ley”¹². Esta consideración confirma entonces el carácter taxativo de la lista de tipos penales del art. 16 de la Ley 1820. A su turno, las amnistías “caso a caso” fueron definidas en la exposición de motivos como las “otorgadas por la Sala de Amnistías e Indultos de la Jurisdicción Especial para la Paz”¹³, en las cuales, según la misma exposición de motivos, “la conexidad de la conducta [...] con el delito político debe ser establecida caso a caso teniendo en cuenta los criterios incluyentes y excluyentes señalados en el Acuerdo Final”¹⁴, es decir, los criterios que finalmente se adoptaron en el art. 23 de la Ley 1820 de 2016.

III. Diferencia procesal entre la amnistía *de iure* y la amnistía concedida por la Sala de Amnistía o Indulto

8 Como ya se mencionó, la amnistía *de iure* y la amnistía que otorga la Sala de Amnistía o Indulto también se diferencian desde el *punto de vista procesal* o de los requisitos que se deben cumplir para que se puedan conceder. Este aspecto también se debe tomar en consideración para establecer cuándo es procedente esta última, de acuerdo con la expresión “[e]n todos los casos que no sean objeto de una amnistía *de iure*” del artículo que aquí se comenta. Al respecto se debe decir que, según el art. 19 de la Ley 1820, la amnistía *de iure* debe ser otorgada por el presidente de la República mediante un acto administrativo y que la forma en que dicha amnistía se aplicará a cada caso concreto depende de si existen con relación al desmovilizado respectivo procesos penales en curso o condenas por los delitos mencionados en los arts. 15 y 16¹⁵. Lo que aquí interesa resaltar es que de acuerdo con el art. 19 en cualquiera de estos eventos, para ser beneficiado con la amnistía *de iure*, los desmovilizados deben haber cumplido con el proceso de dejación de las armas previsto en el art. 8 y haber suscrito un acta de compromiso, dentro de los cuarenta y cinco días siguientes a la entrada en vigencia de la presente Ley. Esto supone entonces, que si por alguna razón no se cumple con dicho procedimiento dentro de este plazo, el desmovilizado de que se trate no podrá acceder a la amnistía *de*

¹¹ *Ibíd.*

¹² *Ibíd.*

¹³ *Ibíd.*

¹⁴ *Ibíd.*

¹⁵ Los procedimientos para otorgar la amnistía *de iure* en cada hipótesis han sido regulados en el Decreto 277 de 17 de febrero de 2017, por medio del cual se establece el procedimiento para la efectiva implementación de la Ley 1820 de 30 de diciembre de 2016, expedido por el Ministerio de Justicia.

iure, lo cual, de todas maneras, no obsta para acudir a la Sala de Amnistía o Indulto. Así lo dispone justamente el penúltimo párrafo del art. 19. Se debe aclarar que la dejación de las armas también es un requisito para que la Sala de Amnistía o Indulto conceda la amnistía en cada caso concreto, lo cual se desprende del segundo párrafo del art. 21. La diferencia está en que el plazo de cuarenta y cinco días solo opera para la amnistía *de iure*.

IV. Concesión de amnistías por parte de la Sala de Amnistía o Indultos como función subsidiaria para casos difíciles

Es posible sostener entonces que con la Ley 1820 de 2016 se tomó la decisión de confiar a los jueces de la JEP, concretamente a los magistrados de la Sala de Amnistía o Indulto, la decisión sobre la procedencia de la amnistía en casos discutidos o especialmente sensibles. Precisamente por esta razón se ha dicho aquí que la Sala de Amnistía o Indulto está llamada a cumplir una suerte de *función subsidiaria*. De ahí la formulación en términos negativos de su competencia en el art. 21 LA. En consecuencia, es posible pensar en casos en los que no resulte problemático la concesión de la amnistía, por ejemplo con relación a un desmovilizado frente al cual cursa un proceso penal por rebelión y alguno de los delitos mencionados en el art. 16. Como ya se indicó, aquí simplemente habrá que dar aplicación al procedimiento establecido en el art. 19 LA y a las disposiciones del Decreto 277 de 2017. Pero habrán otros casos, en los que la procedencia de la amnistía puede no ser tan clara, debido bien sea a problemas o inconvenientes que hayan tenido lugar durante el proceso de dejación de las armas o a que existen procesos penales o sentencias penales condenatorias por tipos penales en los que la conexidad con los delitos políticos es discutible o que no fueron incluidos en la lista del art. 16 LA. Como ejemplos es posible mencionar delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes. En estos casos los desmovilizados no podrán beneficiarse de la amnistía *de iure* y deberán acudir entonces a la Sala de Amnistía o Indulto, para que en este contexto se defina sobre la procedencia del beneficio, lo cual debe decidir la Sala en un término no mayor a tres meses desde que se hizo la solicitud, como ya se dijo, siempre y cuando el proceso de dejación de las armas ya haya culminado (párr. 2º del art. 21), y siguiendo el procedimiento dispuesto en los arts. 45 y 46 del proyecto de reglas procesales aprobados por el Senado de la República y la Cámara de Representantes en julio de 2018 en conciliación, una vez este entre en vigencia¹⁶.

¹⁶ Informe de conciliación al proyecto de ley 225/18 Senado- 239/18 Cámara “por medio del cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la jurisdicción especial para la paz”.

V. “En aplicación del principio de favorabilidad”

10 Finalmente, se debe hacer referencia al *principio de favorabilidad*, el cual se menciona de la siguiente manera en el primer párrafo del art. 21, justo antes de la alusión al art. 6.5 PA II: “[e]n aplicación del principio de favorabilidad regulado en esta ley [...] la Sala aplicará la amnistía o el indulto”. El principio de favorabilidad aparece por primera vez en el art. 11 de la Ley 1820 en el Capítulo II del Título II sobre objeto y principios¹⁷. Sin embargo, el art. 11 no define qué debe entenderse en este contexto por favorabilidad. Esta norma únicamente dispone que el principio de favorabilidad se deberá tener en cuenta “en la interpretación y aplicación de la presente Ley”, sin especificar su alcance. Por esta razón, es posible afirmar que la Ley 1820, de hecho, no regula dicho principio. Sin embargo, el art. 2º del Decreto 277 de 2017 dispone que cuando surja alguna duda “en la interpretación o aplicación de este Decreto”, la misma se debe resolver “aplicando el principio de favorabilidad para sus beneficiarios”¹⁸.

11 A partir de la lectura en conjunto del art. 11 de la Ley 1820 y del 2º del Decreto 277 se puede concluir entonces, que el principio de favorabilidad en este contexto tiene doble connotación. Por un lado hace las veces de criterio de interpretación, según el cual ante disposiciones confusas que den lugar a varias interpretaciones, se debe optar por aquella que resulte más beneficiosa para quien solicita la amnistía. Por otro lado, como criterio orientador ante cambios normativos o sucesión de normas en el tiempo. En este sentido habrá que remitirse, por ejemplo, al art. 6º (inc. 2º) tanto del CP como del CPP colombianos, los cuales disponen que la ley permisiva o favorable, aún cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable, así como a la jurisprudencia nacional relevante¹⁹. De todas maneras, la referencia al principio de favorabilidad reitera que la intención del legislador es que la Sala de Amnistía o Indulto otorgue la amnistía de la forma más amplia posible, incluso de manera preferente ante normas sustanciales o procesales anteriores o posteriores a la Ley 1820, cuando estas resulten más gravosas para los interesados.

¹⁷ Al respecto ver comentario de SÁNCHEZ en esta publicación.

¹⁸ En este sentido el art. 2º del Decreto 706 de 3 de mayo de 2017 dispone que “[c]ualquier duda que surgiera en la interpretación o aplicación de este Decreto, se resolverá aplicando el principio de favorabilidad para sus beneficiarios, conforme a lo previsto en el artículo 11 de la Ley 1820 de 2016”. Este Decreto fue proferido con la finalidad de reglamentar el tratamiento para agentes del Estado contemplado en la LA.

¹⁹ Al respecto ver comentario al art. 11.

La Corte Const. se pronunció sobre el principio de favorabilidad al declarar la exequibilidad, en términos generales, de la LA. En este pronunciamiento, la Corte Const. se refirió a la necesidad de “adoptar la interpretación más favorable al acusado o procesado”²⁰ y consideró que en el marco de la JEP es posible aceptar un nivel de indeterminación de las normas mayor al que normalmente se espera de las leyes penales, dado que el objetivo de esta jurisdicción no es solamente imponer sanciones sino también conceder beneficios²¹. En este sentido, para la Corte, el principio de favorabilidad, en cuanto herramienta interpretativa, cumple un papel fundamental para determinar el alcance de la LA, sobre la base de que en este contexto opera una noción más flexible de legalidad. Al respecto afirma la Corte Const., que “el principio de tipicidad debe considerarse más estricto en la imposición de sanciones que en la concesión de beneficios”²². Sin embargo, la Corte Const. advierte, de manera un tanto ambigua, que la aplicación del principio de favorabilidad puede generar “vacíos de impunidad”, razón por la cual, “será necesario, en ocasiones, ponderar entre la favorabilidad del derecho penal, y la interpretación más favorable a las víctimas, especialmente, cuando se juzgue el núcleo de las conductas que con mayor violencia lesionaron la dignidad humana”²³. La pregunta sobre cuál es el punto medio que permitirá dar aplicación real al principio de favorabilidad y al mismo tiempo no ignorar los derechos de las víctimas debe ser contestada caso a caso por los órganos que integran la JEP.

²⁰ Ver Corte Const., sent. C-007 de 1º de marzo de 2018, párr. 404.

²¹ *Ibíd.*, párrs. 398-399.

²² *Ibíd.*, párr. 416.

²³ *Ibíd.*, párr. 420.

Artículo 22. *Ámbito de aplicación personal.* La amnistía que se concede por la Sala de Amnistía e Indulto, se aplicará a partir del día de entrada en vigor de esta ley, siempre y cuando los delitos hubieran sido cometidos antes de la entrada en vigor del Acuerdo Final de Paz, así como respecto a las conductas amnistiabiles estrechamente vinculadas al proceso de dejación de armas.

Se aplicará a las siguientes personas, tanto nacionales colombianas como extranjeras que, en grado de tentativa o consumación, sean autores o partícipes de los delitos conexos al político conforme a lo establecido en el artículo siguiente respecto a criterios de conexidad, siempre que se den alguno de los siguientes requisitos:

1. Que la providencia judicial condene, procese o investigue por pertenencia o colaboración con las FARC-EP, o

2. Integrantes de las FARC-EP tras la entrada en vigencia del Acuerdo Final de Paz con el Gobierno nacional, de conformidad con los listados entregados por representantes designados por dicha organización expresamente para ese fin, listados que serán verificados conforme a lo establecido en el Acuerdo Final de Paz. Lo anterior aplica aunque la providencia judicial no condene, procese o investigue por pertenencia a las FARC-EP, o

3. Que la sentencia condenatoria indique la pertenencia del condenado a las FARC-EP, aunque no se condene por un delito político, siempre que el delito por el que haya resultado condenado cumpla los requisitos de conexidad establecidos en esta ley, o

4. Quienes sean o hayan sido investigados, procesados o condenados por delitos políticos y conexos, cuando se pueda deducir de las investigaciones judiciales, fiscales y disciplinarias, providencias judiciales o por otras evidencias que fueron investigados o procesados por su presunta pertenencia o colaboración a las FARC-EP. En este supuesto el interesado, a partir del día siguiente de la entrada en vigor de esta ley, solicitará al fiscal o juez de ejecución de penas competente, la aplicación de la misma aportando o designando las providencias o evidencias que acrediten lo anterior.

3

Literatura: EZEQUIEL MALARINO, “Transición, derecho penal y amnistía. Reflexiones sobre la utilización del derecho penal en procesos de transición”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, núm. 9, 2013, págs. 205-222.

Jurisprudencia nacional: CSJ, Sala de Casación Penal, auto de 19 de abril de 2017 (e49979).

El art. 22 regula de manera similar a como lo hace el art. 17 el ámbito de aplicación de la amnistía que se concede por la Sala de Amnistía e Indulto. Este tipo de amnistía, al igual que la *de iure*, se aplica desde “el día de entrada en vigor de esta ley” y ratifica que las conductas punibles deben haberse realizado “antes de la entrada en vigor del Acuerdo Final de Paz”, descartando con ello que delitos cometidos posteriormente al 1º de diciembre de 2016 sean revisados por la Sala de Amnistía e Indulto de la JEP¹. Al respecto, surgen interrogantes que deben ser despejados por la ley o por la jurisprudencia en el futuro, ya que a diferencia de la amnistía *de iure*, en esta modalidad de amnistía existe la posibilidad de que algunos delitos como el lavado de activos, delito de ejecución permanente, puedan ser admitidos como conductas conexas al delito político, siempre que se corrobore probatoriamente en el caso concreto la motivación y finalidad exclusivamente dirigidas a la financiación de la rebelión. Esta situación y la regulación del ámbito temporal de concesión de la amnistía caso a caso, condicionada a la fecha de entrada en vigor del Acuerdo, chocarían con los plazos legales establecidos en su implementación, pues las FARC-EP tuvieron hasta agosto de 2017 para presentar oficialmente la lista de sus bienes y la comisión de delitos de esta naturaleza que tienen por objeto estos bienes se ha extendido entonces de manera inevitable hasta esa fecha².

La única diferencia, desde el punto de vista exegético, entre las normas que regulan el ámbito de aplicación personal de las dos modalidades de amnistía contempladas en la LA, es la frase “así como respecto a las conductas amnistiabiles estrechamente vinculadas al proceso de dejación de armas” contenida únicamente en el art. 22 inc. 1º. Esta frase resulta confusa y por consiguiente su interpretación es difícil, ya que puede significar que es requisito *sine qua non* la terminación del proceso de dejación de armas para que entre a operar la posibilidad de concesión de este tipo de amnistía. No obstante, esto es algo que sin estar expresamente incluido en el art. 17, también

¹ Esto de conformidad con el art. transitorio 5º del AL 01 de 2017.

² Este aspecto fue resaltado por el Fiscal General en su intervención durante la audiencia pública del 2 de agosto de 2017 en el proceso de constitucionalidad de la Ley 1820 de 2016: “Esto implicaría que si la amnistía se corta con la entrada en vigencia, no habrá amnistía para aquellas conductas que traspasen esa frontera temporal, y que en la JEP tienen un tratamiento preferencial como el lavado de activos”.

se exige para la efectiva aplicación de la amnistía *de iure*³. Por otra parte, esta frase confusa del art. 22 también puede ser entendida como una referencia a las conductas que solo pueden ser analizadas judicialmente, una vez se ha concretado a cabalidad el proceso de dejación de armas y que dependerán de la labor hermenéutica de los magistrados en la aplicación de los criterios normativos de conexidad que se establecen en el art. 23.

3 Por otra parte, el art. 22 de la LA conserva la postura del art. 17 al aplicar este tipo de amnistía a colombianos y a extranjeros, sin importar su grado de participación en el delito o el nivel de realización del mismo. No obstante, el inc. 2º del art. 22 agrega que la autoría y participación se debe dar sobre “los delitos conexos al político conforme a lo establecido en el artículo siguiente respecto a criterios de conexidad”, algo que resulta apenas necesario y coherente con el tipo de delitos que pretende abarcar este tipo de amnistía, ya que como se indica en el comentario del art. 21 de esta ley, por principio de favorabilidad (art. 11) y en consonancia con el art. 6.5 PA II, se busca por medio del art. 23, y de sus criterios normativos, que la Sala conceda la amnistía más amplia posible luego de revisar las particularidades de cada caso. Esto significa un universo indeterminado de conductas que van más allá de la lista taxativa de delitos políticos conexos fijada en el art. 16⁴.

4 Por último, esta disposición sigue el mismo modelo del art. 17 para clasificar el grupo de personas que pueden gozar de este tipo de amnistía. En este sentido, fija los cuatro requisitos que deben ser entendidos de manera alternativa, mas no acumulativa, como ya se explicó en el comentario del art. 17; requisitos que giran en torno a la relación personal con la organización rebelde y al procesamiento penal por conductas amnistiables⁵.

³ Así lo determina el art. 19 de la LA cuando advierte que esta modalidad de amnistía aplicará “siempre que el destinatario haya concluido el proceso de dejación de las armas conforme a lo dispuesto en el artículo 18 de esta ley y haya suscrito la correspondiente acta de compromiso”.

⁴ La LA además de establecer una amplia lista de conductas amnistiables *de iure*, recogiendo el mandato del DIH de conceder la amnistía más amplia posible, tal como se mencionó en la num. 1 del comentario al art. 8º, sigue de manera consistente la postura de “*tanta justicia como la paz lo permita*”, que conduce a la mayor renuncia posible del derecho penal a favor de alcanzar la paz o una situación de no conflicto, la cual garantice, entre otras cosas, la supervivencia del Estado. Por esta razón, la LA amplía el universo de conductas amnistiables a través de esta modalidad asignada a la Sala de Amnistía. Cfr. MALARINO “Transición, derecho penal y amnistía. Reflexiones sobre la utilización del derecho penal en procesos de transición”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, núm. 9, 2013, págs. 213 y 217.

⁵ Al respecto véase lo ya planteado en el comentario al art. 17, núm. 5; véase también CSJ, Sala de Casación Penal, auto de 19 de abril de 2017 (e49979).

Artículo 23.* *Criterios de conexidad.* La Sala de Amnistía e Indulto concederá las amnistías por los delitos políticos o conexos. En todo caso se entienden conexos con el delito político los delitos que reúnan alguno de los siguientes criterios:

a) Aquellos delitos relacionados específicamente con el desarrollo de la rebelión cometidos con ocasión del conflicto armado, como las muertes en combate compatibles con el Derecho Internacional Humanitario y la aprehensión de combatientes efectuada en operaciones militares, o

b) Aquellos delitos en los cuales el sujeto pasivo de la conducta es el Estado y su régimen constitucional vigente, o

c) Aquellas conductas dirigidas a facilitar, apoyar, financiar u ocultar el desarrollo de la rebelión.

La Sala de Amnistía e Indulto determinará la conexidad con el delito político caso a caso.

Parágrafo. En ningún caso serán objeto de amnistía o indulto [únicamente] los delitos que correspondan a las conductas siguientes:

a) Los delitos de lesa humanidad, el genocidio, los [graves] crímenes de guerra, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores, de conformidad con lo establecido en el Estatuto de Roma. En el evento de que alguna sentencia penal hubiere utilizado los términos ferocidad, barbarie u otro equivalente, no se podrá conceder amnistía e indulto exclusivamente por las conductas delictivas que correspondan a las aquí enunciadas como no amnistiabiles;

b) Los delitos comunes que carecen de relación con la rebelión, es decir aquellos que no hayan sido cometidos en el contexto y en razón

* Los apartes entre corchetes fueron declarados inexecutable por la Corte Const. en la sent. C-007 de 1º de marzo de 2018.

de la rebelión durante el conflicto armado o cuya motivación haya sido obtener beneficio personal, propio o de un tercero.

Lo establecido en este artículo no obsta para que se consideren delitos conexos con los delitos políticos aquellas conductas que hayan sido calificadas de manera autónoma como delitos comunes, siempre y cuando estas se hubieran cometido en función del delito político y de la rebelión.

[Se entenderá por “grave crimen de guerra” toda infracción al derecho internacional humanitario cometida de forma sistemática.]

Literatura: KAI AMBOS, “La Ley de Amnistía (Ley 1820 de 2016) y el marco jurídico internacional”, en K. AMBOS *et al.* (Coord.), *Justicia transicional y derecho penal internacional*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2018; KAI AMBOS, *Treatise on International Criminal Law*, Volume I: Foundations and General Part, Oxford, Oxford University Press, 2013; KAI AMBOS, *El marco jurídico de la justicia de transición*, Bogotá, Temis, 2008; ALEJANDRO APONTE, “Civiles y conflicto armado en la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 19, 2007; ALEJANDRO APONTE *et al.*, *El proceso penal especial de Justicia y Paz*. Alcances y límites de un proceso penal concebido en clave transicional, Bogotá, Centro Internacional de Toledo para la Paz, 2011; Escuela Rodrigo Lara Bonilla: Interpretación jurisprudencial desde la perspectiva de los jueces y juezas en Colombia, Área Penal, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2011; GUSTAVO COTE/DIEGO TARAPUÉS, “El marco jurídico para la paz y el análisis estricto de sustitución de la Constitución realizado en la sentencia C-579 de 2013”, en AMBOS KAI (COORD.), *Justicia de transición y Constitución*, Bogotá, Temis, 2014; JULIÁN DURÁN PUENTES, *El delito político: desnaturalización jurídica y conflicto interno*, Bogotá, Leyer, 2003; CARLOS GAVIRIA DÍAZ, *Sentencias, herejías constitucionales*, Bogotá, Fondo de Cultura Económica, 2002; JUANITA GOEBERTUS, *Lo bueno, lo malo y lo feo de la ley de amnistía*, Institute for Integrated Transitions, 17 de diciembre de 2016; HERBERT HART, *El concepto de derecho*, trad. de G. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963; LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal*, Tomo 3, Buenos Aires, Losada, 1992; ALBERTO MONTORO, “En torno a la idea de delito político. Notas para una ontología de los actos contrarios a derecho”, en *Anales de Derecho*, núm. 18, 2000; IVÁN OROZCO ABAD, *Combatientes, rebeldes y terroristas: guerra y derecho en Colombia*, 2ª ed., Bogotá, Temis, 2006; RICARDO POSADA MAYA, “Aproximación al concepto jurídico del delito político”, en Ricardo Posada (ed.), *Delito político, terrorismo y temas de derecho penal*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2010; GUSTAV RADBRUCH, “El delincuente por convicción”, trad. de Guzmán Dalbora, en *Anuario de filosofía jurídica y social*, núm. 23, Valparaíso, Sociedad Chilena de Filosofía, 2005; MARÍA SÁNCHEZ TRIANA, “El tratamiento del delito político en Colombia: un legado de su tradición jurídica”, en Moncayo *et al.*, (ed.), *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*, vol. 3, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana - Edit. Temis, 2010; DIEGO FERNANDO TARAPUÉS SANDINO, “Un recuento teórico e histórico del delito político y de su rol actual en Colombia”, en *Memorias de Investigación Grupo Gicpoderi*, Cali, Universidad Santiago de Cali,

2011; DIEGO FERNANDO TARAPUÉS SANDINO, “Contenido y alcance del delito político en el marco jurídico para la paz y en la sentencia C-577 de 2014”, en K. AMBOS/C. STEINER (Coords.), *Justicia de transición y constitución II: Análisis de la sentencia C-577 de 2014 de la Corte Constitucional*, Bogotá, Temis/Cedpal/Konrad-Adenauer-Stiftung, 2015; DIEGO FERNANDO TARAPUÉS SANDINO, “El sistema integral de justicia transicional y sus mecanismos para satisfacer el derecho a la justicia de cara al deber estatal de investigar, juzgar y sancionar”, en D. TARAPUÉS (Coord.), *Justicia transicional, reforma constitucional y paz: reflexiones sobre la estrategia integral de justicia transicional en Colombia*, Medellín, Diké/Editorial USC, 2017; GERHARD WERLE, *Tratado de derecho penal internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

Jurisprudencia nacional: Corte Const., sents. C-007 de 2018, C-577 de 2014, C-579 de 2013, C-456 de 1997; CSJ, Sala de Casación Penal, sents. de 25 de abril de 1959; de 23 de octubre de 1990; de 30 de abril de 2014 (rad. 42534).

Otros documentos: KAI AMBOS, “Amnistía y narcotráfico”, en *El Espectador*, 21 de enero de 2017; DIEGO FERNANDO TARAPUÉS SANDINO, “El narcotráfico como delito político: ¿desatino o condición para el posconflicto?”, en *Razón Pública*, 25 de septiembre de 2017.

I. Introducción

El art. 23 constituye uno de los artículos más relevantes de la Ley 1820, ya que es una norma de textura abierta¹ que posibilita ampliar los alcances de la definición del delito político conexo y con ello también de la amnistía. En esta disposición se establecen un par de criterios normativos que excluyen y orientan la posibilidad que tienen los magistrados de la Sala de Amnistía e Indulto de ejercer dicha potestad de definición que le brinda el legislador a los jueces.

Esta norma fija además un presupuesto transversal a estos criterios normativos, ya que limita sustancialmente la actividad del operador jurídico a la concesión de amnistías caso a caso, es decir, su competencia se basa en un análisis concreto de cada situación en particular. Esto se advierte claramente en el artículo comentado cuando indica que la Sala solo podrá determinar “la conexidad con el delito político caso a caso”. Por consiguiente, las decisiones judiciales que tomen como delito político conexo conductas no incluidas en los arts. 15 y 16, solo operarán para la modalidad de amnistía asignada a la Sala de Amnistía e Indulto y no podrán entenderse como una ampliación de las conductas taxativamente fijadas por el legislador para la concesión de la amnistía *de iure*. En otros términos, la eventual ampliación del delito político conexo en ejercicio de esta disposición, no implica la posibilidad de concesión

¹ Cfr. HART, *El concepto de Derecho*, trad. de G. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, págs. 155 y ss.

de amnistía *de iure* generalizada mediante acto administrativo o en los procesos de la justicia ordinaria de conformidad al art. 19 numerales 2 y 3, como tampoco significa que sean decisiones con efectos *erga omnes*. La expresión “caso a caso” obliga a que la decisión judicial de reconocimiento de un delito político conexo que siga los criterios y prohibiciones normativas establecidas en el art. 23, aplique solo para la resolución del caso concreto y a lo sumo genere un precedente judicial que oriente la discusión dogmática y casuística de eventuales casos similares, definiendo criterios jurisprudenciales que le permitan a la Sala resolver casos análogos de forma coherente y consistente.

II. Criterios normativos de exclusión

A) *Exclusión de crímenes internacionales*

3 El segundo aspecto limitador es la prohibición expresa de conductas que no pueden ser consideradas delito político conexo. En efecto, el art. 23 en su párrafo advierte que “[e]n ningún caso serán objeto de amnistía o indulto los delitos que correspondan a las conductas siguientes”²; para ello procede a fijar dos grupos de delitos.

² La Corte Const. declaró inexecutable el adverbio “únicamente” que antecedería la oración “los delitos que correspondan a las conductas siguientes”; esta palabra fijaba implícitamente una regla que solo impediría considerar como delitos políticos conexos esas conductas, independientemente de que en el análisis que se llevara a cabo sobre otras conductas no contenidas en el párrafo del art. 23 se determinara que estas tampoco se ajustaban a los criterios establecidos en los lits. a), b) y c) contenidos en el art. 23 y que por lo tanto deberían ser también tomadas como delitos comunes pese a no formar parte de las conductas contenidas en los lits. a) y b) del párrafo del art. 23. A juicio de la Corte, esta expresión era problemática ya que anulaba “la previsión según la cual con base en los criterios establecidos el operador jurídico debe determinar las conductas conexas, de manera que si no se cumple alguno de esos criterios el delito conserva su naturaleza de común y queda excluido de los beneficios que contempla la ley”. En ese orden de ideas, la permanencia de esta palabra impediría que frente al análisis de una conducta cualquiera, la Sala de Amnistía e Indulto “concluya que no concurre ninguno de los criterios previstos en los literales a), b) o c) del artículo 23, y, en consecuencia, excluya alguna conducta que no esté prevista en el párrafo de la norma”. En tal sentido, la expresión “únicamente” generaba un riesgo latente que podría conducir a la eliminación del efecto normativo “de las reglas de conexidad previamente definidas”, que son las que le permiten al operador jurídico delimitar el carácter de delitos comunes y de delitos políticos conexos. Advierte la Corte que si se neutraliza o elimina ese “efecto normativo de las reglas de conexidad previamente definidas”, se podría extender la concesión de amnistías por fuera del delito político y esto iría en contra de lo establecido en el art. 150 num. 17 de la Const. Pol. y “del principio de igualdad, que justifica la diferencia de trato entre unas conductas y otras”. Cfr. Corte Const., sent. C-007 de 2018, párrs. 781-783.

En el primero se incluyen una serie de conductas que están consagradas expresamente en el ER como crímenes internacionales: “delitos de lesa humanidad, el genocidio, los crímenes de guerra, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores, de conformidad con lo establecido en el Estatuto de Roma”³. La exclusión de estas conductas busca cumplir con los compromisos internacionales ratificados por Colombia con relación al deber estatal de investigar y juzgar las más graves violaciones a los DD. HH.⁴, lo cual implica que no le es posible al Estado renunciar a la persecución penal sobre estos crímenes, en especial con relación a los máximos responsables⁵. La exclusión de estos crímenes de la potestad interpretativa y configurativa de la Sala de Amnistía e Indulto, para determinar la conexidad del delito político en los casos de su competencia, se orienta en parte por los postulados del ER⁶ que rechazan amnistías y fueros que

³ Véase el análisis que se hace a estas conductas en el comentario al art. 46.

⁴ Sobre el deber estatal de investigar y juzgar graves violaciones a los DD. HH., véase: TARAPUÉS, “El sistema integral de justicia transicional y sus mecanismos para satisfacer el derecho a la justicia de cara al deber estatal de investigar, juzgar y sancionar”, en D. TARAPUÉS (Coord.), *Justicia transicional, reforma constitucional y paz: reflexiones sobre la estrategia integral de justicia transicional en Colombia*, Medellín, Díké/Editorial USC, 2017, págs. 160 y ss.

⁵ El Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (New York, 2009) sobre Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto - amnistías, establece que las amnistías son impermisibles con base en el derecho internacional y en las directrices de la ONU, entre otras cosas, si: “a) Impiden el enjuiciamiento de personas que pueden resultar penalmente responsables de crímenes de guerra, genocidio, crímenes de lesa humanidad o violaciones graves de derechos humanos, incluidos los delitos que afecten concretamente a la mujer y la violencia de género”, págs. 11 y ss. Disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Amnesties_sp.pdf (fecha de consulta: 13 de septiembre de 2017). Véase también: AMBOS, *Treatise on International Criminal Law*, Volume I: Foundations and General Part, Oxford, Oxford University Press, 2013, págs. 419 y ss.

⁶ Las conductas contenidas en el lit. a) de este párrafo son solo algunas de las contenidas en el ER. Sobre lo abstracta e incompleta que resulta esta lista de crímenes internacionales, KAI AMBOS advierte que “no está totalmente en conformidad con el Estatuto de Roma”, véase: “Amnistía y narcotráfico”, en *El Espectador*, 21 de enero de 2017, disponible en: <http://www.elespectador.com/opinion/opinion/amnistia-y-narcotrafico-columna-675841> (fecha de consulta: 13 de septiembre de 2017). Asimismo, hay que aclarar que la versión aprobada por el Congreso de esta disposición de la LA se apartaba considerablemente de lo regulado en el ER. Así, por ejemplo, el texto inicial del art. 23 de la LA desbordaba y desdibujaba lo contenido en el art. 8 del ER al aludir a

evidencien la inactividad del Estado, al no estar dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o porque no puede hacerlo⁷ y que conllevan a la activación de la competencia complementaria de la CPI⁸.

5 La prohibición de que estos crímenes sean tomados como delitos políticos y por lo tanto de que sean amnistiables, parte de lo dispuesto en el preámbulo del ER, el cual advierte que “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo”⁹. Aunque la exclusión de estos crímenes representa un aspecto significativo del Acuerdo Final a la luz del DI, lo cual ha sido reconocido por la propia Fiscalía de la CPI¹⁰, se han levantado igualmente fuertes críticas, dado que el lit. a) del parágrafo del art. 23 incluye estos crímenes de forma abstracta y a veces ambigua¹¹. Las

“graves crímenes de guerra”, con el propósito de excluir toda conducta que no hubiese sido cometida de forma sistemática. Sobre este punto se ahondará más adelante. Cfr. Corte Const., sent. C-007 de 2018, págs. 757 y ss. y AMBOS, *La Ley de Amnistía (Ley 1820 de 2016) y el marco jurídico internacional*, en K. AMBOS et al. (Coord.), *Justicia transicional y derecho penal internacional*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2018, págs. 139-140.

⁷ ER, 1998, art. 17 y AMBOS, *El marco jurídico de la justicia de transición*, Bogotá, Edit. Temis, 2008, pág. 131.

⁸ ER, 1998, arts. 1, 17, 18, 19 y 53; cfr. AMBOS, 2008, págs. 128 y ss.

⁹ ER, 1998, Preámbulo.

¹⁰ La Fiscalía de la CPI, Fatou Bensouda, al cierre de las negociaciones de La Habana manifestó en declaración pública lo siguiente: “Noto con satisfacción que el texto final del acuerdo de paz excluye amnistías e indultos para crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra bajo el Estatuto de Roma”. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/legalAidConsultations?name=160901-otp-stat-colombia&ln=Spanish> (fecha de consulta: 13 de septiembre de 2017). En el mismo sentido se han pronunciado ONG como IFIT-Colombia, que resalta como “paso fundamental” el hecho de que estas conductas no sean amnistiables y por lo tanto deban ser procesadas penalmente por la JEP, véase: JUANITA GOEBERTUS, “Lo bueno, lo malo y lo feo de la ley de amnistía”, Institute for Integrated Transitions, 17 de diciembre de 2016, disponible en: <http://www.ifit-transitions.org/countries/colombia/lo-bueno-lo-malo-y-lo-feo-de-la-ley-de-amnistia-el-tiempo> (fecha de consulta: 13 de septiembre de 2017).

¹¹ En carta al presidente Juan Manuel Santos sobre la expedición de la Ley 1820, Human Rights Watch manifestó varios reparos sobre la Ley de Amnistía, en especial sobre la ambigüedad y la no claridad de la prohibición de amnistiar varias conductas. En ese sentido, se critica que si bien el art. 23 menciona a las “ejecuciones extrajudiciales”, la “sustracción de menores”, “otras formas de violencia sexual” y la “privación grave de la libertad”, estas categorías no son tipos penales consagrados en el ordenamiento penal colombiano y por lo tanto requieren mayor precisión normativa. Además, critica que tipos penales como el “homicidio agravado” y el “homicidio en persona protegida” no quedaron consagrados en la prohibición, pese a que son las conductas usadas

dos críticas centrales a este literal¹² han sido recogidas por la Corte Const. en la sent. C-007 de 2018.

Por una parte, la Corte ha decidido condicionar la exequibilidad de la expresión “reclutamiento de menores conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma” bajo el entendido de que “las conductas a las que se refiere esta prohibición, cometidas hasta el 25 de junio de 2005, no son amniables si el sujeto pasivo es una persona menor de 15 años de edad; a partir de ese momento, no lo serán las cometidas contra una persona menor de 18 años”¹³. Con ello resuelve el problema de la dualidad de edad fijada en la normativa aplicable al caso, ya que el ER habla de niños menores de 15 años, mientras que los tipos penales del CP aluden a personas menores de 18 años¹⁴. Esta decisión la toma luego de una amplia revisión no solo al CP y al ER, sino de los desarrollos normativos, doctrinales y jurisprudenciales internacionales sobre la protección especial de los derechos de los niños y especialmente a la evolución que ha tenido el tratamiento dado al reclutamiento de menores¹⁵. Luego de esa revisión, concluye que “no es totalmente claro que el crimen de reclutamiento de menores comprenda a las personas mayores de 15 años y menores de 18. Esto es, no hay un criterio que acepte o rechace definitivamente el estándar de los 18 años” y puntualiza que “no parece acertado sostener que el estándar de los 18 años es aplicable en todo tiempo”¹⁶.

para procesar las denominadas ejecuciones extrajudiciales. Véase la carta de HRW de 25 de diciembre de 2016, disponible en: https://www.hrw.org/es/news/2016/12/25/carta-al-presidente-santos-sobre-la-ley-de-amnista#_ftn3 (fecha de consulta: 13 de septiembre de 2017).

¹² Human Rights Watch y Dejusticia, entre otras organizaciones que intervinieron en el proceso de constitucionalidad de la norma, cuestionaron principalmente que la LA al fijar el “reclutamiento de menores conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma”, solo tendría en cuenta el reclutamiento de niños menores de 15 años y por consiguiente desconocería el Protocolo Facultativo a la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño, el cual entró en vigencia el 12 de febrero de 2002 y prohíbe el reclutamiento de menores de 18 años. Asimismo, rechazaban el hecho de que “numerosos crímenes de guerra” podrían ser amniables “si los acusados demuestran que estos no se cometieron de manera sistemática”, ya que la norma solo excluye a los “graves crímenes de guerra”. Cfr. carta de HRW de 25 de diciembre de 2016, disponible en: https://www.hrw.org/es/news/2016/12/25/carta-al-presidente-santos-sobre-la-ley-de-amnista#_ftn3 (fecha de consulta: 13 de septiembre de 2017) y Corte Const., sent. C-007 de 2018, párr. 34 y ss. así como también párr. 50 y ss.

¹³ Corte Const., sent. C-007 de 2018, Decisión, Resuelve Cuarto (iii).

¹⁴ Corte Const., sent. C-007 de 2018, párr. 450.

¹⁵ Corte Const., sent. C-007 de 2018, párrs. 434-480.

¹⁶ Corte Const., sent. C-007 de 2018, párrs. 481 y 482.

7

Por otra parte, la Corte declara inexecutable tanto la expresión “graves” del lit. a) del párrafo del art. 23, como también el inciso final de este párrafo que señalaba: “Se entenderá por ‘grave crimen de guerra’ toda infracción al derecho internacional humanitario cometida de forma sistemática”¹⁷, por considerarlas innecesarias y equívocas¹⁸. A juicio de la Corte, esta expresión normativa daba lugar a imprecisiones que son inadmisibles en una temática que debe ser lo más clara posible para brindar un mayor nivel de seguridad jurídica¹⁹. La Corte centra su argumentación especialmente en dos aspectos para declarar inconstitucional estas dos partes del art. 23 de la LA. En primer lugar, manifiesta que no encuentra disposición normativa o jurisprudencial de carácter internacional que fundamente “una categoría o unos criterios que permitan identificar con certeza una modalidad de crimen internacional que se denomine ‘grave crimen de guerra’”²⁰, enfatizando que la expresión “grave” creaba una clasificación especial dentro del género de los crímenes de guerra, que ya de por sí son considerados infracciones graves al DIH de acuerdo a lo establecido en el propio ER²¹. En segundo lugar, la Corte retoma parcialmente su postura²², y a la vez la corrige²³, con relación a los alcances del elemento “sistemático” en los crímenes de guerra de conformidad con el art. transitorio 66 de la Const. Pol.²⁴. En palabras de la Corte, lo “sistemático” refiere

¹⁷ Corte Const., sent. C-007 de 2018, Decisión, Resuelve Cuarto (ii) y (iv).

¹⁸ Corte Const., sent. C-007 de 2018, párr. 522.

¹⁹ Corte Const., sent. C-007 de 2018, párr. 513.

²⁰ Corte Const., sent. C-007 de 2018, párr. 518.

²¹ Cfr. Er, 1998, art. 8 num. 2 y WERLE, *Tratado de derecho penal internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pág. 547.

²² Cfr. Corte Const., sent. C-579 de 2013, fundamento jurídico 8.2.5.

²³ Véase la crítica planteada a esta parte de la sent. C-579 de 2013 en: COTE/TARAPUÉS, “El marco jurídico para la paz y el análisis estricto de sustitución de la Constitución realizado en la sentencia C-579 de 2013”, en KAI AMBOS (coord.), *Justicia de transición y constitución*, Bogotá, Edit. Temis, 2014, págs. 237 y ss.

²⁴ El MJP al momento de constitucionalizar la posibilidad de establecer criterios de selección definió lo siguiente: “Sin perjuicio del deber general del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, en el marco de la justicia transicional, el Congreso de la República, por iniciativa del Gobierno nacional, podrá mediante ley estatutaria determinar criterios de selección que permitan centrar los esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables de todos los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio, o *crímenes de guerra cometidos de manera sistemática*; establecer los casos, requisitos y condiciones en los que procedería la suspensión de la ejecución de la pena; establecer los casos en los que proceda la aplicación de sanciones extrajudiciales, de penas alternativas, o de modalidades especiales de ejecución y

al “nexo que debe existir entre la grave infracción al derecho internacional humanitario, constitutiva de crimen de guerra, y el conflicto armado”²⁵, sin que ello represente el reconocimiento de una categoría especial y más delimitada de algún crimen de guerra.

B) *Exclusión de actos de ferocidad, barbarie o equivalentes*

El literal “a”, en donde se define el primer grupo de conductas que no podrán ser tomadas como delitos políticos conexos, además establece que “[e]n el evento de que alguna sentencia penal hubiere utilizado los términos ferocidad, barbarie u otro equivalente, no se podrá conceder amnistía e indulto exclusivamente por las conductas delictivas que correspondan a las aquí enunciadas como no amnistiabiles”.

Con esta cláusula se retoma la definición negativa del delito político conexo que ha caracterizado al ordenamiento jurídico colombiano desde hace ya varias décadas. Tradicionalmente el delito político ha sido definido en Colombia de forma negativa o pasiva, mediante formulaciones normativas excluyentes en las que se precisa qué actos no pueden ser tomados como delito político, en lugar de referenciar explícitamente cuáles tipos penales sí pueden ser considerados como tal. Una muestra de ello lo ejemplificaba el art. 127 del CP, declarado inexecutable, el cual dio origen al reconocimiento de un tratamiento jurídico penal diferenciado al delito político conexo, al señalar: “[l]os rebeldes o sediciosos no quedarán sujetos a pena por los hechos punibles cometidos en combate, siempre que no constituyan actos de ferocidad, barbarie o terrorismo”²⁶. Si bien en ese entonces no se articuló un concepto de delito político, sí se contribuyó a su delimitación al introducir dos aspectos relevantes para su definición y validez judicial: (i) el reconocimiento formal

cumplimiento de la pena; y autorizar la renuncia condicionada a la persecución judicial penal de todos los casos no seleccionados. La ley estatutaria tendrá en cuenta la gravedad y representatividad de los casos para determinar los criterios de selección” (cursivas propias). Véase inc. 4º, del art. 1º del AL 01 de 2012, que incorporó el art. transitorio 66 a la Const. Pol.

²⁵ Al respecto, la Corte advierte que lo “sistemático” hace referencia a que no sea un hecho aislado, lo que se traduce en los casos de crímenes de guerra “a que tenga un nexo con el conflicto armado como parte de un plan o política, pues es claro que el conflicto armado exige *per se* una violencia generalizada contra la población civil que a través de una investigación de contexto permita diferenciarla de crímenes ordinarios como de un daño en bien ajeno o de un homicidio”. Corte Const., sent. C-579 de 2013, fundamento jurídico 8.2.5.

²⁶ Cfr. Corte Const., sent. C-456 de 1997 y GAVIRIA, *Sentencias, herejías constitucionales*, Bogotá, Fondo de Cultura Económica, 2002, págs. 299-313.

de la conexidad del delito político para otras conductas desarrolladas dentro de las acciones propias del combate, y (ii) la fijación de conductas que quedan expresamente excluidas de la posibilidad de clasificarlas como delitos políticos, esclareciendo con ello las fronteras mínimas entre la delincuencia común y la delincuencia política²⁷. Esta tendencia de definición normativa a partir de la exclusión de conductas especialmente asociadas a actos de ferocidad y barbarie²⁸ continuó siendo la constante en leyes como la Ley 77 de 1989 y la Ley 782 de 2002²⁹ y ahora se retoma en la Ley 1820 de 2016 por medio del último párrafo del lit. a) del párrafo del art. 23.

C) *Exclusión de delitos comunes por fuera del conflicto y de la rebelión*

10 Por otra parte, el lit. b) del párrafo del art. 23 fija el segundo grupo de delitos que bajo ninguna circunstancia podrán ser tomados como delitos políticos conexos y por tanto no serán amnistiabiles; se trata de “[l]os delitos comunes que carecen de relación con la rebelión, es decir aquellos que no hayan sido cometidos en el contexto y en razón de la rebelión durante el conflicto armado o cuya motivación haya sido obtener beneficio personal, propio o de un tercero”. Este segundo grupo encierra dos universos indeterminados de delitos comunes que quedan excluidos³⁰.

²⁷ TARAPUÉS SANDINO, 2015, pág. 13.

²⁸ Sobre este punto se debe precisar que “la expresión ‘actos de ferocidad y barbarie’ no corresponde a una definición legal ni a un tipo penal específico. Se trata más bien de ‘ámbitos de argumentación’ a los que ha acudido la jurisprudencia en la tradición jurídica colombiana para designar de forma genérica crímenes considerados atroces. Éstos corresponden en un lenguaje más actual a las conductas que dan lugar a crímenes internacionales”. GUSTAVO COTE/DIEGO TARAPUÉS, 2014, pág. 203, con nota al pie 6. Véase también: APONTE *et al.*, *El proceso penal especial de Justicia y Paz*. Alcances y límites de un proceso penal concebido en clave transicional, Bogotá, Centro Internacional de Toledo para la Paz, 2011, pág. 31. Al respecto ver además el comentario al art. 2º LA en esta misma obra.

²⁹ El art. 6º de la Ley 77 de 1989 estableció como límites al otorgamiento de indultos al homicidio fuera de combate, con sevicia, en estado de indefensión de la víctima y a los actos de ferocidad, barbarie y terrorismo, véase: sent. C-577 de 2014, vii. Consideraciones, num. 6.2.1 y TARAPUÉS, “Contenido y alcance del delito político en el marco jurídico para la paz y en la sentencia C-577 de 2014”, en K. AMBOS/C. STEINER (Coords.) *Justicia de transición y constitución II: Análisis de la sentencia C-577 de 2014 de la Corte Constitucional*, Bogotá, Temis/Cedpal/Konrad-Adenauer-Stiftung, 2015, pág. 24. Por su parte, el art. 19 de la Ley 782 de 2002 permitía brindar indulto a los autores de delitos políticos, descartando “conductas constitutivas de actos atroces de ferocidad o barbarie, terrorismo, secuestro, genocidio, homicidio cometido fuera de combate o colocando a la víctima en estado de indefensión”.

³⁰ Por delito común se entiende cualquier tipo penal a excepción de los denominados delitos políticos puros, que son los delitos contra el régimen constitucional y legal,

En primer lugar, cualquier tipo penal contenido en el CP considerado como delito común, en tanto que no haya sido perpetrado en el contexto y en razón de la comisión del delito de rebelión en el marco del conflicto armado. Esto implica conductas contenidas en el art. 16 o incluso por fuera de ese listado taxativo, pero que no sean hechos punibles conexos o complejos que hayan sido ejecutados para desarrollar o encubrir actos propios de la comisión del delito de rebelión. Por ejemplo, la realización de una estafa o de un abuso de confianza que no tenga ningún tipo de relación con la comisión de la rebelión o el homicidio pasional de un miembro del grupo rebelde contra otro.

11

Esta categoría de exclusión parte de la premisa inicial contemplada en el art. 2º de la LA, el cual advierte claramente que se busca “regular las amnistías e indultos por los delitos políticos y los delitos conexos [...] con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado”. Asimismo, el AL 01 de 2017 mediante el cual se crea el SIVJRN manifiesta en su art. 5º que la JEP “conocerá de manera preferente sobre todas las demás jurisdicciones y de forma exclusiva de las conductas cometidas con anterioridad al 1º de diciembre de 2016, por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, por quienes participaron en el mismo, en especial respecto a conductas consideradas graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario o graves violaciones de los Derechos Humanos”. Por consiguiente, el factor subjetivo o de pertenencia a la organización rebelde no implica la subsunción como delitos políticos conexos de todas las conductas cometidas por sus integrantes. Solo podrán ser amnistiadas aquellas conductas que hayan sido cometidas en el contexto y en razón de la rebelión durante el conflicto armado, siempre que se ajusten a las demás reglas de exclusión e inclusión definidas en el art. 23.

12

D) *Exclusión de delitos motivados por beneficio propio o de un tercero*

El segundo universo indeterminado de delitos comunes excluidos refiere a aquellos “cuya motivación haya sido obtener beneficio personal, propio o de un tercero”. Con esta disposición, la Ley 1820 adopta la tesis central de las teorías subjetivas del delito político que se enfocan en el elemento motivacional³¹. La

13

analizados en el comentario al art. 15 de esta ley. Sobre las diferencias entre el delito político y el delito común, véase: TARAPUÉS, “Un recuento teórico e histórico del delito político y de su rol actual en Colombia”, en *Memorias de Investigación Grupo Gicpoderi*, Cali, Universidad Santiago de Cali, 2011, págs. 233-235 y MONTORO, “En torno a la idea de delito político. Notas para una ontología de los actos contrarios a derecho”, en *Anales de Derecho*, núm. 18, 2000, págs. 138-139.

³¹ POSADA, “Aproximación al concepto jurídico del delito político”, en Ricardo Posada (ed.), *Delito político, terrorismo y temas de derecho penal*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2010, págs. 19 y ss.

consideración de la motivación implica indagar por las causas o motivos, es decir el *porqué* de la realización del delito, así como también en los objetivos o finalidades perseguidas, esto es el *para qué* de la comisión del delito.

- 14 Al prohibir la consideración de delitos que objetivamente puedan ser valorados como conexos a los delitos de rebelión, sedición y asonada, cuando han sido motivados por razones egoístas e individuales de beneficio personal o de un tercero, se asume la doctrina penal tradicional de la delincuencia altruista³² o evolutiva³³ sustentada en las convicciones políticas del autor³⁴. En efecto, esta tesis defiende que el delincuente político, como delincuente por convicción, persigue el logro de un interés colectivo que se sobrepone a cualquier interés o perjuicio personal, así entre en contradicción con la ley³⁵. En otras palabras, las fronteras de definición subjetiva de un delito común como el tráfico de estupefacientes, la participación en la minería ilegal o el hurto a una institución bancaria pasan por revisar dogmática y criminológicamente la motivación política con la que se realizó el delito, verificando que por ninguna razón este haya perseguido “beneficio personal, propio o de un tercero”. Esto a la vez implica un gran desafío probatorio en la práctica.

III. Criterios normativos orientadores

- 15 Por último, el tercer aspecto, aunque más orientador que limitador, consiste en tres criterios definidos en la parte inicial del art. 23. En los tres literales asociados al primer inciso de este artículo se fijan tres criterios alternativos a

³² Tanto la doctrina como la jurisprudencias colombianas han asociado en reiteradas ocasiones la finalidad altruista a la comisión del delito político para su reconocimiento y concesión de las prerrogativas constitucionales que tienen estos tipos de delitos. Véase: TARAPUÉS, 2015, pág. 12; CSJ, Sala de Casación Penal, sents. de 25 abril 1959; de 23 octubre 1990, citadas en: Escuela Rodrigo Lara Bonilla, *Interpretación jurisprudencial desde la perspectiva de los jueces y juezas en Colombia*, Área Penal, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2011, pág. 53. Véase también sent. C-577 de 2014, vii. Consideraciones, num. 6.1.

³³ JIMÉNEZ DE ASÚA introduce el concepto de delincuencia evolutiva para referirse a aquellos delitos que son cometidos por razones altruistas y solidarias que buscan dar avances a la organización social y la opone a la denominada delincuencia atávica o común que solo está inspirada por razones egoístas e individuales. Véase: JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal*, tomo 3, Buenos Aires, Losada, 1992, págs. 213-214 y Montoro, 2000, págs. 138-139.

³⁴ TARAPUÉS, 2011, págs. 243-245.

³⁵ RADBRUCH, “El delincuente por convicción”, trad. de Guzmán Dalbora, en *Anuario de filosofía jurídica y social*, núm. 23, Valparaíso, Sociedad Chilena de Filosofía, 2005, págs. 11-17.

través de los cuales es posible encasillar las conductas que bajo la modalidad de amnistía caso a caso pueden ser consideradas como delitos conexos a los delitos políticos; por supuesto, respetando las prohibiciones expresas que ya han sido analizadas: crímenes internacionales (art. 23, lit. a del párrafo, 1^{er} párrafo), actos de ferocidad, barbarie u otro equivalente (art. 23, lit. a del párrafo, 2^o párrafo), delitos comunes que no hayan sido cometidos en el contexto y en razón de la rebelión durante el conflicto armado (art. 23, lit. b del párrafo, 1^{er} párrafo) y delitos comunes cuya motivación haya sido obtener beneficio personal, propio o de un tercero (art. 23, lit. b del párrafo, 2^o párrafo).

A) *Delitos perpetrados en combate con ocasión del conflicto armado*

El primer criterio alude a “delitos relacionados específicamente con el desarrollo de la rebelión cometidos con ocasión del conflicto armado, como las muertes en combate compatibles con el Derecho Internacional Humanitario y la aprehensión de combatientes efectuada en operaciones militares”. Esta disposición considera delitos conexos clásicos que hasta la década de los noventa se podían considerar sin problema como conductas asociadas a los delitos de rebelión y sedición³⁶. Con este primer criterio alternativo orientador para ampliar los alcances del delito político conexo en casos concretos, se retoma la tesis ya bastante conocida en la legislación, jurisprudencia y doctrina colombianas que aplica la figura del combatiente propia del DI al delincuente político del derecho nacional³⁷. Se acude a la noción de combate³⁸ para entrelazar hechos, que en principio son punibles de manera autónoma como

16

³⁶ De conformidad con el ya mencionado art. 127 del CP de 1980, declarado inexecutable por la sent. C-456 de 1997.

³⁷ Cfr. OROZCO, *Combatientes, rebeldes y terroristas: guerra y derecho en Colombia*, 2^a ed., Bogotá, Edit. Temis, 2006, págs. 10 y ss.; SÁNCHEZ, “El tratamiento del delito político en Colombia: un legado de su tradición jurídica”, en Moncayo *et al.* (ed.), *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*, vol. 3, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana-Edit. Temis, 2010, págs. 454 y ss.; APONTE, “Civiles y conflicto armado en la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, num. 19, 2007, págs. 90 y ss.

³⁸ Al igual que en el CP de 1980, la noción de combate pasa a ser determinante para establecer la conexidad de, al menos, las conductas que se pueden subsumir bajo este primer criterio normativo. Así lo deja claro la Corte Const. al revisar la constitucionalidad de este acápite, cuando sostiene que “se trata de acciones que no solamente deben tener relación directa con el conflicto armado, sino que deben ocurrir «en combate», lo que enfatiza el hecho de que la persona destinataria del ataque tiene la condición de combatiente, y por ende, participa activamente en las hostilidades”. Cfr. Corte Const., sent. C-007 de 2018, párr. 762.

delitos comunes, con la realización de delitos políticos que por su naturaleza exigen necesariamente la comisión de otra serie de conductas punibles³⁹. En ese orden de ideas, tipos penales como homicidio y lesiones personales causadas en enfrentamientos, así como toma de rehenes que sean combatientes y que hayan sido efectuadas en operaciones militares, pueden llegar a ser considerados delitos políticos conexos así no estén contenidos en los arts. 15 y 16, si así lo estima la Sala de Amnistía e Indulto⁴⁰.

B) *Delitos cuyo sujeto pasivo es el Estado y su régimen constitucional*

17 El segundo criterio se refiere a “delitos en los cuales el sujeto pasivo de la conducta es el Estado y su régimen constitucional vigente”⁴¹. Además de los delitos de rebelión, sedición, asonada, conspiración y seducción, usurpación y retención ilegal de mando, ya definidos como delitos políticos puros de acuerdo al art. 15, y del delito de espionaje que se ha fijado de manera expresa en el art. 16 como delito conexo, el lit. b) del art. 23 permite que otros delitos cuyo sujeto pasivo es el Estado y su bien jurídico tutelado es de carácter supraindividual, puedan ser amnistiados por la Sala. Tal es el caso de los delitos contra la existencia y seguridad del Estado. En ese sentido, delitos de traición

³⁹ La doctrina ha sido clara en sostener que la realización de los delitos de rebelión y sedición exige necesariamente que se cometan otros hechos punibles inherentes. Al respecto véase: APONTE, 2007, pág. 94; DURÁN, *El delito político: desnaturalización jurídica y conflicto interno*, Bogotá, Leyer, 2003, págs. 80 y ss.; TARAPUÉS, 2015, pág. 10.

⁴⁰ Con relación a este criterio normativo orientador, la Corte advierte a la JEP que hay que “tener especial cuidado al establecer tanto el contexto (el combate desarrollado en el marco del conflicto armado) como la calidad de la persona, dado que el DIH protege a todas las personas que no participan activamente en las hostilidades y a la población civil”. En ese orden de ideas, sostiene que si llega a existir duda sobre la condición de si una persona reviste la calidad de protegida o no, la incertidumbre al respecto se debe resolver a favor, ya que como lo advierte la Corte: “en este contexto, lo que está en juego es el núcleo de lo intangible desde el consenso internacional reflejado en las normas del DIDH, el DIH y el DPI”. Cfr. Corte Const., sent. C-007 de 2018, párr. 765.

⁴¹ Al respecto, la Corte en su fallo amplía la concepción aparentemente restrictiva de que el delito político y sus delitos conexos afecten exclusivamente al Estado como sujeto pasivo y en consecuencia recuerda que este tipo de conductas “pueden afectar también los derechos de personas naturales, comunidades (incluso territorios)”; con ello la Corte busca advertirle a la Sala de Amnistía e Indulto que la “condición de víctimas no puede desconocerse a partir de este criterio, de carácter orientador, para los magistrados de la JEP, el cual lo utilizará en armonía con todo lo expresado ya acerca de la necesidad de valorar, de cara a la concesión de estos beneficios, la motivación de la conducta y su relación con el conflicto armado interno”. Cfr. Corte Const., sent. C-007 de 2018, párr. 766.

a la patria como “menoscabo de la integridad nacional” (art. 455 del CP), “hostilidad militar” (art. 457 del CP) e “instigación a la guerra” (art. 459 del CP), entre otros, así como delitos contra la seguridad del Estado, por ejemplo “violación de tregua o armisticio” (art. 464 del CP), pueden ser tomados en los procesos judiciales adelantados ante la JEP como delitos políticos conexos.

C) *Delitos dirigidos a facilitar, apoyar, financiar u ocultar la rebelión*

Finalmente, el último de estos tres criterios remite a las “conductas dirigidas a facilitar, apoyar, financiar u ocultar el desarrollo de la rebelión”. Esta es la última categoría que permite a la Sala considerar delitos comunes como delitos conexos (directa o indirectamente) a la rebelión. Por obvias razones, las conductas que se puedan fundamentar en el lit. c) del art. 23 pasan por los filtros contenidos a lo largo de este comentario⁴². Esto significa que cualquier tipo penal que no sea crimen internacional, no represente acto de ferocidad o barbarie, guarde vínculo con la realización del delito de rebelión en el marco del conflicto armado, sea motivado por fines no egoístas, implique conductas que vayan más allá de delitos cometidos durante el combate y de agresiones directas contra el Estado, podrá ser tomado como delito político conexo en los casos concretos que defina la Sala⁴³.

Los tipos penales que en principio encuentran una ventana para su reconocimiento como delitos conexos son fundamentalmente delitos cometidos para la financiación de las actividades de la organización rebelde. En ese sentido, delitos como hurtos, extorsiones, tráfico de estupefacientes, lavado de activos, testaferrato, entre otros similares, pueden llegar a ser considerados

⁴² Esta precisión es importante, incluso por eso en la secuencia de análisis de este comentario se inició con las exclusiones antes de revisar los criterios orientadores, ya que este último literal contiene una “cláusula abierta” tal como lo advierte la misma Corte Const. al declarar exequible esta parte del art. 23: “Como puede verse, en esta disposición, el Legislador estableció una cláusula abierta, basada en la funcionalidad que debe guardar la conducta común con el delito político, de modo que esté orientada ‘a facilitar, apoyar, financiar u ocultar el desarrollo de la rebelión’”. Cfr. Corte Const., sent. C-007 de 2018, párr. 769.

⁴³ La Corte deriva de esta norma un test que debe aplicar la Sala de Amnistía e Indulto de la JEP en la revisión de cualquier conducta que considere puede ser conexa a los delitos políticos de conformidad a este criterio orientador: “(i) motivar la relación funcional existente entre el delito originalmente calificado como común y el delito político, esto es, determinar que se cometió en el contexto y en relación con la rebelión durante el conflicto armado (art. 23, parg. c); (ii) acreditar que la conducta no se encuentra prevista en la regla de exclusión contemplada en el parágrafo del artículo 23; y (iii) que no se trata de conductas ilícitas cometidas con ánimo de lucro personal, en beneficio propio o de un tercero”. Corte Const., sent. C-007 de 2018, párr. 772.

como delitos políticos conexos a efectos de recibir amnistía por parte de la Sala de Amnistía e Indulto. Sin embargo, tal como lo ha establecido la Corte: “[c]orresponde a los operadores del sistema, en el marco de su autonomía, y aplicando criterios de razonabilidad y proporcionalidad, establecer si, de una parte, se presenta la relación funcional de la conducta con el delito político y si, de otra parte, por la naturaleza de la conducta, su grado de lesividad y su carácter intensamente reprochable, desborda el móvil político y las pretensiones de justicia social que se reconocen al rebelde”⁴⁴.

20 Desde un punto de vista teleológico y sistemático, se descarta entonces de plano el secuestro extorsivo, el cual ha sido un medio de financiación empleado en el marco del conflicto, ya que el mismo art. 23 excluye no solo a los crímenes de lesa humanidad, a los crímenes de guerra, a la toma de rehenes (civiles), sino que además prohíbe que la privación grave de la libertad sea considerada delito conexo⁴⁵. Con relación a las extorsiones cometidas con fines exclusivos de financiación del grupo insurgente, así como los conocidos asaltos a los bancos estatales en pueblos y corregimientos o cualquier hurto probatoriamente evidenciado como fuente de financiación para la rebelión, pueden ser considerados delitos políticos conexos si las circunstancias concretas del caso que analice la Sala así lo permiten.

21 Los casos más polémicos, pero a la vez con mayor fundamento en el Acuerdo Final⁴⁶, son los delitos relacionados con el narcotráfico, que no constituyen crímenes internacionales, sino que son delitos comunes considerados como

⁴⁴ Cfr. Corte Const., sent. C-007 de 2018, párr. 769.

⁴⁵ Así lo ha entendido la Corte al sostener: “[e]n todo caso, se excluye la conexidad cuando se trata de conductas constitutivas de graves violaciones a los derechos humanos, graves infracciones al derecho internacional humanitario y las demás previstas en el parágrafo del artículo 23, indicativas de aptitudes internas que reflejan particular insensibilidad y crueldad, y que, por estas razones, se apartan de los móviles altruistas que justifican la extensión del tratamiento diferenciado propio del delito político”. Además complementa: “[e]n lo que tiene que ver con aquellos delitos comunes, que guardan conexidad funcional con el delito político, en virtud de constituir un medio para su financiación, es preciso insistir en que no pueden constituir crímenes de lesa humanidad, como son las privaciones graves de la libertad con fines de lucro, excluyéndose así mismo ‘conductas ilícitas cometidas con ánimo de lucro personal, en beneficio propio o de un tercero’, como lo declara explícitamente el artículo 8º de la misma Ley, principio rector que orienta y condiciona la interpretación del articulado y cuyo contenido es reiterado en el literal d) del parágrafo del artículo 23 que contempla las conductas excluidas”. Corte Const., sent. C-007 de 2018, párrs. 770-771.

⁴⁶ Los AL 01 de 2017 y 02 de 2017, como la misma Ley 1820 de 2016, parten del reconocimiento del Acuerdo Final como criterio de interpretación y referente para el desarrollo y validez de las normas que lo implementan.

crímenes transnacionales⁴⁷. El papel que ha cumplido el narcotráfico en más de medio siglo de conflicto armado en Colombia hizo que el problema de las drogas ilícitas fuera uno de los seis puntos de negociación de los Diálogos de La Habana⁴⁸. En específico, el Punto 4 del “Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera” contiene lo acordado frente a la “Solución al problema de las drogas ilícitas”⁴⁹. Además de lo contenido en este punto, el Acuerdo permite entrever la posibilidad de que delitos asociados al narcotráfico puedan ser considerados como delitos políticos conexos y por lo tanto puedan ser amnistiados dependiendo el análisis que se le dé a cada caso en concreto. En ese sentido, el párrafo 38 del punto 5.1.2, donde se acordó la creación de la JEP, dispone: “[p]ara decidir sobre la conexidad con el delito político de conductas delictivas relacionadas con cultivos de uso ilícito, se tendrán en cuenta los criterios manifestados por la jurisprudencia interna colombiana con aplicación del principio de favorabilidad”⁵⁰.

La Sala Penal de la CSJ⁵¹ ha asumido una nueva postura en la que ha reconocido que sí hay conexidad entre el tráfico de estupefacientes y la rebelión,

22

⁴⁷ AMBOS, 2018, pág. 144.

⁴⁸ Cfr. TARAPUÉS, “El narcotráfico como delito político: ¿desatino o condición para el posconflicto?”, en *Razón Pública*, 25 de septiembre de 2017.

⁴⁹ Aquí se hace referencia, entre otras cosas, a una nueva visión a partir de un tratamiento diferenciado al fenómeno del consumo, al problema de los cultivos ilícitos y a la criminalidad organizada asociada a la producción y comercialización de drogas ilícitas, partiendo de un enfoque diferenciado y de género que comprenda de manera general los derechos humanos y las preocupaciones de salud pública, modelo que surge como alternativa al enfoque punitivista tradicional. Véase: Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, versión de 24 de noviembre de 2017, págs. 98-123. Disponible en: <https://www.mesadeconversaciones.com.co/comunicados/acuerdo-final-para-la-terminaci%C3%B3n-del-conflicto-y-la-construcci%C3%B3n-de-una-paz-estable-y-1> (fecha de consulta: 15 de septiembre de 2017).

⁵⁰ Además el inc. 2º del art. 5º del AL 01 de 2017, concerniente a la JEP, dispone: “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 (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”.

⁵¹ CSJ, Sala de Casación Penal, a partir de la sent. de 30 de abril de 2014 (rad. 42534).

siempre que se cometa para financiar organizaciones rebeldes. También ha sostenido que desde la expedición de la LJP, no se ha procurado excluir la actividad del narcotráfico de la JT, sino evitar que los “narcotraficantes puros” se infiltren en los procesos de paz⁵². De igual forma en el párrafo 39 se acordó como criterio incluyente para la definición de la conexidad del delito político “las conductas dirigidas a facilitar, apoyar, financiar u ocultar el desarrollo de la rebelión”, aclarando además que se “entenderá como conducta dirigida a financiar la rebelión todas aquellas conductas ilícitas de las que no se haya derivado enriquecimiento personal de los rebeldes”. En ese sentido, se puede llegar a otorgar la amnistía o el indulto por estas conductas, siempre que se logre demostrar que en los casos concretos se acudió al narcotráfico sin interés individual, es decir sin lucro personal o a favor de una tercera persona, sino exclusivamente como medio de financiación de la agrupación rebelde, algo que implica elevadas exigencias probatorias⁵³.

⁵² Cfr. TARAPUÉS, 2015, pág. 41.

⁵³ Al respecto, KAI AMBOS sostiene: “[l]a pregunta es entonces si es posible sostener que estas conductas han sido cometidas sin fines de lucro personal, adjetivo que, como se dijo antes, hace la distinción entre delito común no amnistiable y delito conexo amnistiable. De todos modos, la posibilidad de una comisión sin fines de lucro personal no se puede descartar de entrada; esto depende de cada caso concreto. Es posible imaginar una situación en la cual el grupo respectivo usa todas las ganancias del narcotráfico para comprar armas y otros equipamientos para sus tropas. En este caso, el grupo podría haber incurrido en este delito exclusivamente para financiar la rebelión. Teniendo en cuenta que al parecer las FARC-EP han obtenido importantes ganancias como producto de actividades relacionadas con el narcotráfico, queda claro que dicha actividad constituyó una estrategia decisiva para facilitar la insurgencia por parte de dicho grupo [...]. En últimas, se trata de una cuestión fáctica y probatoria, donde puede ser decisiva la distribución de la carga de la prueba”. Véase: AMBOS, 2018, pág. 145.

Artículo 24. Cuando reciba traslado de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, la Sala de Amnistía e Indulto otorgará el indulto que alcance la extinción de las sanciones impuestas, por los siguientes delitos u otros, cometidos en el marco de disturbios públicos o el ejercicio de la protesta social, siempre y cuando sean conexos con el delito político conforme a los criterios establecidos en el artículo 23: lesiones personales con incapacidad menor a 30 días; daño en bien ajeno; perturbación en servicio de transporte público, colectivo u oficial; obstrucción a vías públicas que afecte el orden público; disparo de arma de fuego; empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos; y violencia contra servidor público; perturbación de actos oficiales; y asonada del Código Penal colombiano.

Literatura: KAI AMBOS, *Impunidad y derecho penal internacional*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2ª ed., 1999; KAI AMBOS, *Treatise on International Criminal Law*, vol. 1, Oxford, Oxford University Press, 2013; CHRISTINE BELL, “The “New Law” of Transitional Justice”, en Ambos Kai *et al.* (ed.), *Building a Future on Peace and Justice: Studies on Transitional Justice, Peace and Development. The Nuremberg Declaration on Peace and Justice*, Springer, 2009, págs. 105-126; JAVIER CHINCHÓN ÁLVAREZ, “Modelos de la persecución penal y la justicia transicional en Iberoamérica. Algunas enseñanzas jurídico-internacionales tras los procesos de transición iberoamericanos: impunidad fáctica, amnistías e indultos”, en I. Capellá/M. Roing/D. Ginard *et al.* (ed.), *Represión política, justicia y reparación. La memoria histórica en perspectiva jurídica (1936-2008)*, 2009, págs. 255-339; MIGUEL FENECH, *El proceso penal*, 3ª ed., Agesa, 1978; MICAELA FRULLI “Amnesties”, en Antonio Cassese *et al.* (ed.), *The Oxford Companion to International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, págs. 243-244; EZEQUIEL MALARINO, “Argentina”, en Kai Ambos *et al.* (ed.), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Konrad Adenauer, Stiftung, 2003, págs. 35-82; FAUSTIN NTOUBANDI, *Amnesty for Crimes Against Humanity Under International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007; PABLO PERENTI/IVÁN POLANCO, “Perspectiva nacional Argentina”, en Kai Ambos *et al.* (ed.), *Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales*, Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit, págs. 131, 176; NELSON CAMILO SÁNCHEZ LEÓN/CATALINA IBÁÑEZ GUTIÉRREZ, “La justicia transicional como categoría constitucional”, en KAI AMBOS *et al.*, *Justicia de transición y constitución: análisis de la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional*, Bogotá, Edit. Temis, 2014; WILLIAM SCHABAS, “National Amnesties, Truth Commission and International Criminal Tribunals”, en BERTRAM BROWN *et al.*, *Research Handbook on International Criminal Law*, Edward Elgar Publishing,

Art. 24, 1-2

2011, págs. 373-390; DIEGO TARAPUÉS SANDINO, “Contenido y alcance del delito político en el marco jurídico para la paz y en la sentencia C-577 de 2014”, en Kai Ambos *et al.* (ed.), *Justicia de transición y constitución II: análisis de la sentencia C-577 de 2014 de la Corte Constitucional*, Bogotá, Edit. Temis, 2015; RODRIGO UPRIMNY YEPES/LUZ MARÍA SÁNCHEZ DUQUE/NELSON CAMILO SÁNCHEZ LEÓN, *Justicia para la paz, crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada*, Bogotá, Dejusticia, 2014; SALVATORE ZAPPALÀ, “Pardon and Commutation of Sentences”, en ANTONIO CASSESE *et al.*, *The Oxford Companion to International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, págs. 450-451.

Jurisprudencia internacional: CorteIDH, Caso Masacres El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, fondo, reparaciones y costas, sent. de 25 de octubre de 2012 (Serie C, núm. 252).

Jurisprudencia nacional: Corte Const., sents. C-260 de 1º de julio 1993; C-024 de 27 de enero de 1994; C-245 de 3 de junio de 1996; C-768 de 10 de diciembre de 1997; C-758 de 10 de diciembre de 1998; C-578 de 30 de julio de 2002; C-695 de 28 de agosto de 2002; C-650 de 5 de agosto de 2003; C-928 de 6 de septiembre de 2005; C-742 de 26 de septiembre de 2012, C-577 de 6 de agosto de 2014; C-007 de 1º de marzo de 2018; CSJ, Sala Plena, sent. 094 de 12 de julio de 1990.

Otros documentos: Proyecto de ley por medio del cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la Jurisdicción Especial para la Paz; Reglamento General de la JEP adoptado mediante el Acuerdo No. 001 de 9 de marzo de 2018.

I. Introducción

1 El art. 24 de la LA establece que la Sala de Amnistía e Indulto podrá otorgar el beneficio de indulto, el cual dará lugar a la extinción de las sanciones impuestas, siempre y cuando se cumplan con las condiciones fijadas en este mismo artículo. Este comentario pretende analizar el contenido de dicha norma de la siguiente manera: primero, se analizará el concepto de indulto en el ordenamiento jurídico colombiano, la doctrina y el DI, estableciendo sus diferencias con la amnistía; segundo, se analizará la competencia de la Sala de Amnistía e Indulto; tercero, se establecerán las diferencias entre el indulto tal y como fue previsto en la Ley 418 de 1997 y el indulto contemplado en la LA, y, finalmente, se analizará los disturbios públicos y la protesta social como requisitos del indulto del art. 24 de la LA.

II. Aproximación al concepto de indulto en el ordenamiento jurídico colombiano y su diferenciación con la amnistía

2 El indulto puede ser definido de manera sencilla como el acto oficial de perdón o gracia de una pena u otras consecuencias legales generadas por la

comisión de un delito, que generalmente es otorgado por el poder ejecutivo¹. Sin embargo, en el ordenamiento jurídico colombiano el indulto está previsto en la Const. Pol., art. 150 núm. 17², como una de las atribuciones del Congreso de la República, en virtud de la cual es posible conceder indultos generales por *delitos políticos*, con el propósito de proteger el interés general, específicamente en relación con la atención y la solución de graves motivos de conveniencia pública³. Adicionalmente, según el art. 201 num. 2 de la Const. Pol.⁴, también corresponde al Gobierno conceder indultos por *delitos políticos*, los cuales pueden ser otorgados por el presidente de la República en casos particulares con arreglo a la ley respectiva⁵. Por consiguiente, según estos artículos de la Const. Pol., la facultad para la concesión de indultos reposa tanto en el Congreso de la República como en el Gobierno nacional. Estas normas tienen el propósito de lograr y mantener la paz en el territorio nacional, cuyo significado constitucional tiene un amplio espectro como valor fundamental del Estado y constituye un deber de la persona y del ciudadano⁶. Esta circunstancia indica entonces, que se trata de una institución que refleja –junto a la amnistía– el insondable contenido político del derecho penal, y que, aunque sus efectos se advierten al interior de las actuaciones penales, el indulto y la amnistía son producto de la iniciativa y determinación de la instancia legislativa y ejecutiva

¹ AMBOS, *Treatise on International Criminal Law*, Vol. 1, pág. 419; FRULLI, “Amnesties”, en CASSESE *et al.*, *The Oxford Companion to International Criminal Law*, pág. 243; NTOUBANDI, *Amnesty for Crimes against Humanity under International Law*, págs. 9-11; ZAPPALÀ, “Pardon and Commutation of Sentences”, en Cassese *et al.*, *The Oxford Companion to International Criminal Law*, pág. 450; más adelante en el num. 4 se discutirá la diferencia entre el indulto y la amnistía.

² Const. Pol., art. 150 num. 17: “Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: 17. Conceder, por mayoría de los dos tercios de los votos de los miembros de una y otra Cámara y por graves motivos de conveniencia pública, amnistías o indultos generales por delitos políticos. En caso de que los favorecidos fueren eximidos de la responsabilidad civil respecto de particulares, el Estado quedará obligado a las indemnizaciones a que hubiere lugar”.

³ Corte Const., sents. C-928 de 6 de septiembre de 2005; C-695 de 28 de agosto de 2002; C-245 de 3 de junio de 1996; C-577 de 6 de agosto de 2014.

⁴ Const. Pol., art. 201 num. 2: “Corresponde al Gobierno, en relación con la rama judicial: 2. Conceder indultos por delitos políticos, con arreglo a la ley, e informar al Congreso sobre el ejercicio de esta facultad. En ningún caso estos indultos podrán comprender la responsabilidad que tengan los favorecidos respecto de los particulares”.

⁵ Corte Const., sents. C-928 de 6 de septiembre de 2005 y C-695 de 28 de agosto de 2002.

⁶ Corte Const., sents. C-928 de 6 de septiembre de 2005 y C-007 de 1º de marzo de 2018, núms. 102 y ss.; ver comentario de DAJER al art. 5 LA.

Art. 24, 3

ante situaciones que el constituyente ha catalogado como graves motivos de conveniencia pública⁷. Adicionalmente, la Constitución consagra en el preámbulo y en los artículos 2 y 22 la paz como derecho, deber y fin esencial del Estado⁸. En consecuencia, la paz puede ser de este modo fundamento o causa de amnistías o indultos⁹. Por su parte, el CP consagra el indulto como causal de extinción de la sanción penal en su art. 88¹⁰. Frente a este asunto, la Corte Const. determinó que la inclusión expresa en la normativa de diferentes mecanismos que prevén la renuncia a la acción penal, perdonan la sanción penal impuesta –en el caso de los indultos– y otorgan algunos tratamientos penales especiales, constituye una reiteración del compromiso internacional y nacional del Estado colombiano con el respeto, protección y garantía de los DD. HH.; en un escenario transicional que exige, el cumplimiento del deber de investigar, juzgar y sancionar las conductas que afectan de manera más grave a la dignidad y, por lo tanto, a la sociedad en su conjunto, es decir, las graves violaciones a los DD. HH. y las graves infracciones al DIH¹¹.

3 Antes de la promulgación de la LA la institución jurídica del indulto estaba ya regulada por la Ley 418 de 1997¹². En virtud del art. 50¹³ de esta ley, el Gobierno nacional tiene la facultad de conceder –en el caso particular– el beneficio del indulto a condenados nacionales mediante sentencia ejecutoriada

⁷ En este sentido: Corte Const., sent. C-695 de 28 de agosto de 2002.

⁸ Corte Const., sent. C-007 de 1º de marzo de 2018, núms. 104, 107.

⁹ Araújo Rentería, Salvamento de voto, Corte Const., sent. C-695 de 28 de agosto de 2002; para el caso de la amnistía el CP consagra la amnistía como causal de extinción de la sanción penal, art. 88 y de extinción de la acción penal en art. 82.

¹⁰ Art. 88 CP: “*Extinción de la sanción penal*. Son causas de extinción de la sanción penal: 1. La muerte del condenado. 2. El indulto. 3. La amnistía impropia. 4. La prescripción. 5. La rehabilitación para las sanciones privativas de derechos cuando operen como accesorias. 6. La exención de punibilidad en los casos previstos en la ley. 7. Las demás que señale la ley”; Corte Const., sent. C-928 de 6 de septiembre de 2005.

¹¹ En este sentido Corte Const., sent. C-007 de 1º de marzo de 2018, num. 630.

¹² Ley 418 de 1997 de 26 de diciembre de 1997 prorrogada su vigencia, por el art. 1, Ley 548 de 1999, modificada parcialmente por la Ley 782 de 2002, reglamentada por los Decretos 128 de 2003, 2767 de 2004, 395 de 2007, 1059 de 2008, 1980 de 2012; la Corte Const., al estudiar el art. 50 de la Ley 418 de 1997, reiteró que la doctrina y la jurisprudencia han indicado que “el indulto y la amnistía son dispositivos jurídicos extraordinarios orientados a la superación de situaciones de conflicto social y a restablecer el orden jurídico” (Corte Const., sent. C-928 de 6 de septiembre de 2005).

¹³ Ver art. 50 Ley 418 de 1997.

por delitos políticos y los conexos con estos¹⁴. Asimismo, prevé que podrá concederse indultos de manera individual a nacionales que por decisión voluntaria abandonen los grupos armados al margen de la ley, únicamente por delitos políticos y conexos. Ahora bien, el art. 24 de la LA establece que se podrá otorgar el indulto que dará lugar a la extinción de las sanciones impuestas, siempre y cuando se cumplan con las condiciones fijadas en este mismo artículo. Dentro del esquema fijado para la JEP, el art. 24 de la LA es el único que se refiere, define y establece las condiciones para conceder el beneficio de indulto.

Para analizar el art. 24 de la LA, a continuación se buscará establecer las diferencias entre el indulto y la amnistía. Desde una perspectiva teórica, la amnistía es un acto soberano de perdón de los delitos del pasado¹⁵, mientras

4

¹⁴ SÁNCHEZ/IBÁÑEZ, “La justicia transicional como categoría constitucional”, en Ambos *et al.* (ed.), *Justicia de transición y constitución: análisis de la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional*, pág. 148; Corte Const., sent. C-695 de 28 de agosto de 2002.

¹⁵ Según FRULLI, la amnistía puede ser definida en términos simples como un acto soberano de perdón de los delitos del pasado, que es concedido más frecuentemente a un grupo de personas y no a una generalidad. Por lo tanto, esta definición excluye el perdón de los actos cuando los infractores ya están condenados, los cuales se conocen precisamente como indultos (*pardons*) (FRULLI, “Amnesties”, en CASSESE *et al.*, *The Oxford Companion to International Criminal Law*, pág. 243); NTOUBANDI, parte del origen griego de la palabra *amnestia* o *amnesia* que significa mala memoria, olvido o pérdida de memoria. Establece que es un acto del poder soberano designado a aplicar el principio de la *tabula rasa* para delitos del pasado, por lo general cometidos contra el Estado, con el objetivo de poner fin a procedimientos ya iniciados, los que no se han iniciado o a veredictos que ya fueron pronunciados. Este autor también afirma que la amnistía y el indulto se diferencian debido a su origen y propósito. La decisión de otorgamiento de amnistía es generalmente un acto del poder legislativo, mientras que el indulto es un acto ejecutivo del jefe de Estado. La amnistía, al aplicarse más temprano, trata con delitos de naturaleza militar o política cometidos por lo general en contra del Estado. Mientras que el indulto es otorgado usualmente a condenados por delitos (generalmente delitos comunes) que atentan contra la paz y seguridad del Estado. La amnistía ignora el delito e impide que el beneficiario sea sancionado; por el contrario, el indulto no ignora el delito y es otorgado generalmente después de que es impuesta la pena, apunta a perdonar la pena o a poner fin a su ejecución. La amnistía promueve la paz o reconciliación, mientras el indulto constituye un mecanismo para eludir o esquivar discretamente los efectos del proceso penal. Normalmente, el indulto involucra la obtención de algún beneficio para el beneficiado o previene o corrige una condena por error de una persona inocente. En todo caso, este autor considera al final de su argumentación, que ambos beneficios tienen consecuencias jurídicas similares; ambos resultan en que la persona obtiene inmunidad frente a consecuencias penales por sus delitos; los dos beneficios tienen efectos en una etapa procesal. Ninguno afecta

que el indulto, como ya se dijo, es el acto que anula oficialmente el castigo u otras consecuencias legales. La primera –*amnistía*– es el olvido de la comisión de un delito; técnicamente es la extinción de la acción penal y recae sobre la causa, por lo que tiene carácter general o abstracto. Por otro lado, el segundo –*indulto*– es el ejercicio del derecho de gracia, es decir el perdón total o parcial por la comisión de un delito; el indulto sería, técnicamente, la extinción de la pena impuesta mediante una sentencia ejecutoriada por las autoridades judiciales. Al ser un mecanismo de extinción de la sanción, el indulto opera sobre el efecto y tiene carácter particular o concreto¹⁶. Como consecuencia, la amnistía se refiere al delito “suprimiendo” su criminalidad, en otras palabras, una ley de amnistía priva de fundamento y de objeto al proceso penal, el cual no podrá iniciarse; si se ha iniciado, el proceso debe concluir tan pronto como la ley de amnistía sea sancionada¹⁷. Así, se puede afirmar que la amnistía equivale a dejar sin efecto para un determinado caso la norma penal material¹⁸; en cambio, el indulto implica solo el perdón de la pena, es decir no despoja al hecho de su carácter ilícito ni de su tipicidad desde el punto de vista penal¹⁹. En este mismo sentido, el indulto supone en un principio el reconocimiento de los efectos procesales de la norma penal material, para luego sustituir estos efectos por otros más benignos.

5

Siguiendo este argumento, es posible afirmar que el indulto es un beneficio que sacrifica menos los derechos de justicia, verdad y reparación, los cuales constituyen pilares fundamentales de la JT. Por lo tanto, el indulto es una forma atenuada o menos grave de impunidad que la amnistía, ya que se concede con posterioridad a la realización de un procedimiento penal, en el cual se respeta el debido proceso, se busca en la mayor medida por lo menos la verdad procesal, se garantiza la participación de las víctimas y se impone una condena²⁰. Aunque parezca sutil, desde esta perspectiva, la diferenciación

la legalidad del acto realizado, sino simplemente liberan al acusado de un juicio o a una persona culpable de las consecuencias de su acto ilegal (NTOUBANDI, *Amnesty for Crimes Against Humanity under International Law*, págs. 9-11).

¹⁶ Corte Const., sent. C-928 de 6 de septiembre de 2005; en este mismo sentido: Corte Const., sents. C-695 de 28 de agosto de 2002 y C-260 de 1º de julio 1993; AMBOS, *Treatise on International Criminal Law*, vol. 1 Foundations and General Part, pág. 419; NTOUBANDI, *Amnesty for Crimes Against Humanity under International Law*, págs. 9-10.

¹⁷ LATAPIAT, “La amnistía desde el punto de vista del derecho procesal penal”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 18, No. 1, pág. 127.

¹⁸ *Ibid.*, pág. 129 citando a FENECH, *El proceso penal*, pág. 334.

¹⁹ CSJ, Sala Plena, sent. 094 de 12 de julio de 1990; citado en Corte Const., sent. C-758 de 10 de diciembre de 1998.

²⁰ En este sentido, AMBOS, *Impunidad y derecho penal internacional*, pág. 141.

entre el indulto y la amnistía está en el significado de la activación del aparato procedimental frente a la posibilidad de la búsqueda de la verdad y la reparación del daño. Por supuesto, si aquí se trata de mecanismos de JT, tanto la amnistía como el indulto deben ir acompañados de otros mecanismos que refuercen y garanticen el cumplimiento de los pilares de este tipo de procesos. De lo anterior dependerá el nivel de impunidad que pueda surgir de la amnistía; por ejemplo, considerar una amnistía absoluta obstruiría por completo la búsqueda de la verdad, mientras que una amnistía condicionada o responsable no eximiría por completo el castigo, sino que condicionaría su exclusión a la realización de ciertos actos o concesiones por parte del beneficiario²¹. En el caso concreto del SIVJRN y la LA, tanto el beneficio de amnistía como el indulto están concebidos dentro de un *régimen de condicionalidad*, lo que implica no solo que el destinatario haya concluido el proceso de dejación de armas o, respecto de los guerrilleros que no se encuentren en posesión de armas, que estos hayan suscrito el acta de compromiso²², sino también la aportación de la verdad plena²³, la reparación a las víctimas, las garantías de no repetición y la renuncia a cometer nuevos delitos dolosos²⁴.

²¹ AMBOS, *El marco jurídico de la justicia de transición*, págs. 86 y ss.

²² Al respecto ver comentario de TARAPUÉS al art. 18 de la LA en esta misma obra; ambos requisitos de acuerdo con los arts. 21 y 18 de la LA, adicionalmente el art. 20 del Proyecto de Ley Estatutaria para la Administración de Justicia en la JEP (texto conciliado del 29 de noviembre de 2017, pendiente de revisión constitucional), donde se establecen los requisitos para el tratamiento especial de la JEP. En el caso de las FARC el tratamiento especial de la JEP también está condicionado a la verificación del cumplimiento de a) la dejación de armas, b) obligación de contribuir activamente a garantizar el éxito del proceso de reincorporación a la vida civil de forma integral y c) la entrega de menores de edad; Corte Const., comunicado 55, de 14 de noviembre de 2017. Sobre el AL 01 de 2017, punto 9: en virtud del comunicado, el SIVJRN no se puede entender de manera absoluta, sino que cada uno de los tratamientos especiales, beneficios, renunciaciones, derechos y garantías están sujetas a la verificación por parte de la JEP de las obligaciones derivadas del Acuerdo Final.

²³ La obligación de aportar la verdad en los términos del inc. 5º del art. 1º del AL 01 de 2017, es decir, entendiendo que la verdad forma parte de un sistema que busca una respuesta integral a las víctimas; Corte Const., sent. C-007 de 1º de marzo de 2018.

²⁴ Cuya pena mínima de prisión sea igual o superior a cuatro años y que afecten distintos 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 la 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,

Art. 24, 6

Dicho régimen parte de las siguientes premisas: (i) la necesidad de consolidar la seguridad jurídica de los excombatientes y demás destinatarios, (ii) la pretensión de contribuir a la estabilidad de la paz, y (iii) la satisfacción de los derechos de las víctimas²⁵. Adicionalmente, la Corte Const. estableció que el *régimen de condicionalidad* no exime a los beneficiarios de la LA del deber de cumplir con las obligaciones del SIVJRN y que el cumplimiento de sus deberes será exigible por el término de vigencia de la JEP²⁶. El incumplimiento intencional más grave de cualquiera de las condiciones del *régimen de condicionalidad*, o de cualquiera de las sanciones impuestas por la JEP, tendrá como efecto la pérdida de cualquier beneficio que se haya otorgado en este contexto²⁷. La JEP será la encargada mediante el *incidente de incumplimiento*²⁸, a la vista de los principios de proporcionalidad y gradualidad, del estudio y decisión sobre el incumplimiento al *régimen de condicionalidad*, conforme a las reglas de procedimiento previstas en el inc. 1º del art. transitorio 12 del AL 01 de 2017, es decir, la JEP debe establecer si en el caso concreto existió una justificación del incumplimiento, así como su gravedad²⁹.

6

Otro asunto para considerar es el respeto de los derechos de las víctimas. El indulto, al tener lugar luego de la finalización de un proceso penal, garantiza por lo menos la participación activa de las víctimas y su derecho a la verdad. El procedimiento de amnistía de la LA establecido en el art. 25³⁰ de esta ley no establece claramente cómo será la participación de las víctimas; sin embargo, la Ley Estatutaria de la JEP declara la centralidad de los derechos de las

o delitos de ejecución permanente, después del 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.

²⁵ Corte Const., sent. C-007 de 1º de marzo de 2018, núm. 698.

²⁶ *Ibid.*, núms. 677 y ss.

²⁷ De acuerdo con el art. 20 parg. 1º del Proyecto de Ley Estatutaria para la Administración de Justicia en la JEP (texto conciliado del 29 de noviembre de 2017, pendiente de revisión constitucional), el incumplimiento intencional de cualquiera de las condiciones del régimen de condicionalidad, o de cualquiera de las sanciones impuestas por la JEP, tendrá como efecto, de conformidad con el AL 01 de 2017, la pérdida de todos los tratamientos especiales, beneficios, renunciaciones, derechos y garantías. Dicho cumplimiento será verificado caso por caso y de manera rigurosa, por la JEP.

²⁸ Ver reglas procesales del incidente de incumplimiento: arts. 67 al 70 del Proyecto de Ley “por medio del cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la Jurisdicción Especial para la Paz”, radicado el 4 de abril de 2018 en el Congreso de la República, núm. en Cámara de Representantes: 239/18, núm. en Senado: 225/18.

²⁹ Corte Const., sent. C-007 de 1º de marzo de 2018, núm. 699.

³⁰ Al respecto, ver comentario del art. 25.

víctimas³¹ en todas las actuaciones del componente de justicia del SIVJNR³² y establece que las normas de procedimiento de la JEP deben contemplar la participación de las víctimas en las actuaciones de esa jurisdicción³³. Asimismo, reitera que el otorgamiento de estos beneficios bien sea de la amnistía o del indulto, no puede impedir el cumplimiento del deber del Estado de satisfacer el derecho de las víctimas a la reparación integral³⁴. Además, tanto el Reglamento General³⁵ de la JEP, así como el Proyecto de Reglas de Procedimiento de la JEP³⁶ establecen normas adicionales que garantizan el rol principal de las víctimas dentro de la JEP. En el Reglamento General los derechos de las víctimas ocupan un puesto prioritario, entre otras cosas se destaca lo siguiente: entre los objetivos el reglamento fija que la JEP buscará proteger y satisfacer los derechos de las víctimas a la justicia, la verdad y la reparación y la no repetición. También destaca entre los principios de la JEP el lit. a) la centralidad y participación de las víctimas y el lit. j) el principio *pro homine* y pro-víctima. Prevé la adopción de medidas necesarias tendientes a superar la condición de vulnerabilidad de las víctimas³⁷. Además, permite y protege las intervenciones de las víctimas en las actuaciones y procedimientos de la JEP³⁸. La Unidad de Investigación y Acusación de la JEP será el órgano encargado de satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia cuando no haya

³¹ Art. 15 Proyecto de Ley Estatutaria para la Administración de Justicia en la JEP (texto conciliado de 29 de noviembre de 2017, pendiente de revisión constitucional).

³² Art. 13 Proyecto de Ley Estatutaria para la Administración de Justicia en la JEP (texto conciliado de 29 de noviembre de 2017, pendiente de revisión constitucional).

³³ Arts. 14 y 76 Proyecto de Ley Estatutaria para la Administración de Justicia en la JEP (texto conciliado de 29 de noviembre de 2017, pendiente de revisión constitucional); art. transitorio 12 del AL 01 de 2017.

³⁴ Art. 41 Proyecto de Ley Estatutaria para la Administración de Justicia en la JEP (texto conciliado de 29 de noviembre de 2017, pendiente de revisión constitucional); en concordancia con la Ley 1448 de 2011 y, en el caso de los pueblos étnicos, de los Decretos Ley 4633, 4634 y 4635 de 2011.

³⁵ Reglamento General de la JEP, implementado mediante Acuerdo 001 de 9 de marzo de 2018, proyecto disponible en: <https://www.jep.gov.co/Marco%20Normativo/Sala%20Plena%20Acuerdo%20001%20de%202018%20Reglamento%20general%20JEP.pdf> (última fecha de consulta: 14 de mayo de 2018).

³⁶ Proyecto de Ley “por medio del cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la Jurisdicción Especial para la Paz”, radicado el 4 de abril de 2018 en el Congreso de la República, núm. en Cámara de Representantes: 239/18, núm. en Senado: 225/18.

³⁷ Art. 62 del Reglamento General de la JEP.

³⁸ Art. 68 del Reglamento General de la JEP.

Art. 24, 7

reconocimiento de la verdad³⁹. El Sistema Autónomo de Asesoría y Defensa será el encargado de asegurar el ejercicio del derecho a la asesoría jurídica de las víctimas cuando estas carezcan de recursos económicos⁴⁰. Por último, destaca la protección especial de dos tipos de víctimas: las víctimas étnicas⁴¹ y las víctimas en razón del género⁴². Por su parte, el Proyecto de Reglas de Procedimiento de la JEP determina la prevalencia del procedimiento dialógico sobre el adversarial; en casos de reconocimiento de la verdad, el procedimiento debe tener dicho carácter, precisamente con la participación de las víctimas y de los comparecientes ante la JEP⁴³. Además, en este Proyecto se prevé el principio pro-víctima para casos de duda en la interpretación y aplicación de las normas de esta jurisdicción⁴⁴ y se considera a las víctimas dentro de las actuaciones y procedimiento de la JEP como sujetos procesales en la calidad de intervinientes especiales, bien sea como sujetos individuales o colectivos⁴⁵.

7

Desde el punto de vista del DI, no se establecen con respecto al indulto, al menos no a primera vista, lineamientos frente a la limitación de su ejercicio, como sí sucede claramente con la amnistía. Según el DIH, se podrá conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de la libertad⁴⁶. Al respecto la CorteIDH indicó que la amnistía “no es absoluta, en tanto también existe en el DIH una obligación de los Estados de investigar y juzgar crímenes de guerra”⁴⁷ e incluso de crímenes contra la humanidad. En consecuencia, bajo circunstancias excepcionales, las amnistías son admisibles si se trata de infracciones al DIH, así como frente a delitos como rebelión y el porte de armas, siempre y cuando estas no sean generales ni cobijen crímenes de guerra⁴⁸. Lo que es claro en el DI es la prohibición de amnistías generales que impi-

³⁹ Art. 82 Reglamento General de la JEP.

⁴⁰ Art. 93 Reglamento General de la JEP.

⁴¹ Art. 104 lit. e) Reglamento General de la JEP.

⁴² Art. 105 lit. k) Reglamento General de la JEP.

⁴³ Art. 1º lit. b) Proyecto de Ley de Reglas de Procedimiento para la JEP.

⁴⁴ Art. 1º lit. d) del Proyecto de Ley de Reglas de Procedimiento para la JEP.

⁴⁵ Arts. 2º, 3º, 4º del Proyecto de Ley de Reglas de Procedimiento para la JEP.

⁴⁶ PA II a los CG, art. 6,5; Corte Const., sent. C-007 de 1º de marzo de 2018, núm. 132.

⁴⁷ CorteIDH, Caso Masacres El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, fondo, reparaciones y costas, sent. de 25 de octubre de 2012 (Serie C, núm. 252), párr. 286.

⁴⁸ *Ibíd.*; UPRIIMNY/ SÁNCHEZ/ SÁNCHEZ, *Justicia para la paz, crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada*, págs. 66, 67.

dan la investigación de *todas* las graves violaciones de DD. HH. y al DIH⁴⁹, traducido esto como crímenes de genocidio, de guerra o de lesa humanidad. En consecuencia, es posible plantear la siguiente pregunta: ¿esto también es aplicable con relación a los indultos? En concordancia con lo ya expuesto y teniendo en cuenta la diferencia sutil que existe entre el indulto y la amnistía, se comparte la opinión según la cual entre más pronto intervenga el indulto en un proceso penal, más le serán aplicables los límites que en el DI se ha reconocido para la amnistía⁵⁰.

Luego de esta corta reflexión sobre las distinciones teóricas entre los dos beneficios y su tratamiento en el ordenamiento jurídico colombiano, se puede concluir que la LA confunde estas dos figuras. Es posible afirmar lo anterior si se tiene en cuenta el art. 19 de la LA, el cual describe el procedimiento para la implementación de la amnistía *de iure*. Según esta disposición, la amnistía *de iure* puede ser aplicada (a) respecto de aquellos integrantes de la guerrilla de las FARC que no tengan ni proceso en curso ni condenas; (b) respecto de quienes tengan un proceso en curso y (c) respecto de quienes hayan sido condenados⁵¹. Sin lugar a dudas estas dos últimas situaciones no tienen carácter de amnistía, sino más bien de indulto. Lo mismo sucede con la redacción del art. 22 LA⁵², en donde se establece el ámbito de aplicación personal de la

⁴⁹ *Ibíd.*, pág. 35; BELL, “The “New Law” of Transitional Justice”, en AMBOS *et al.*, *Building a Future on Peace and Justice: Studies on Transitional Justice, Peace and Development The Nuremberg Declaration on Peace and Justice: Studies on Transitional Justice, Peace and Development: The Nuremberg Declaration on Peace and Justice*, págs. 105 y ss.; SCHABAS, “National amnesties, truth commission and international criminal tribunals”, en BROWN, *et al.*, *Research Handbook on International Criminal Law*, págs. 374 y ss.; las NN. UU., a través del Consejo Económico y Social, en informe presentado por Diane Orentlicher sobre la protección de los DD. HH. complementa el conjunto de principios para la protección y la promoción de los DD. HH. mediante la lucha contra la impunidad; en el principio 19 se establecen los deberes de los Estados en materia de administración de la justicia, los cuales están obligados a realizar investigaciones rápidas, minuciosas, independientes e imparciales de las violaciones de DD. HH. y del DIH y a adoptar las medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia penal, para que sean procesados, juzgados y condenados debidamente, en E/CN.4/2005/102/Add. 1 del 8 de febrero de 2005.

⁵⁰ En este sentido: AMBOS, *Impunidad y derecho penal internacional*, págs. 140, 141; AMBOS, *Treatise on International Criminal Law*, vol. 1, págs. 419 y ss.; CHINCHÓN ÁLVAREZ (*supra* nota 16), pág. 47; ver art. 18 de la Declaración sobre la Protección de todas las personas contra la Desaparición Forzada, Aprobada por la Asamblea General en su Resolución 47/133 de 18 de diciembre 1992, donde lo determinante para el ejercicio del derecho de gracia es la extrema gravedad del acto.

⁵¹ Ver comentario de SUELT al art. 19 en esta obra.

⁵² Ver comentario de TARAPUÉS al art. 22 en esta obra.

Art. 24, 9

amnistía y según el cual es posible la concesión de amnistías a procesados o condenados⁵³. Sin embargo, explorando la experiencia iberoamericana en el ámbito de la aplicación de estos beneficios, no sería la primera vez que esto suceda. Un ejemplo de ello es el caso argentino⁵⁴, donde se aplicaron indultos que tenían más bien el carácter de amnistías⁵⁵. Puntualmente, se debe evaluar para las amnistías otorgadas en los casos (b) y (c), por un lado, si el régimen de condicionalidad de la Ley Estatutaria garantiza una armonía en la tensión entre justicia y verdad; y, por otro lado, si los derechos de las víctimas estarán garantizados dentro del proceso de otorgamiento de amnistías. Lo primero, como ya se anotó, permite clasificar las amnistías de la LA como amnistías condicionadas o responsables. Para lo segundo, habrá que esperar a que los magistrados de la JEP complementen el art. 25 de la LA mediante las normas de procedimiento que aplicarán en esta jurisdicción⁵⁶.

III. Competencia de la Sala de Amnistía o Indulto para otorgar el beneficio de indulto

9 A primera vista, el art. 24 comienza por describir la procedencia de dicha competencia, estableciendo que “cuando reciba traslado de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas”, la Sala de Amnistía e Indulto podrá proceder a otorgar el indulto. Esta circunstancia indica, primero, que, según la redacción del artículo, el indulto solo será procedente cuando se haya realizado dicho traslado y, segundo, que la competencia de esta Sala para decidir sobre la concesión de indultos surge únicamente de este traslado. Lo anterior

⁵³ Lo anterior fue anotado por la Corte Const. en la sentencia de constitucionalidad de la LA, sent. C-007 de 1º de marzo de 2018, núm. 654; al explicar la figura del indulto, la Corte Const. admite que la amnistía del art. 19, que se refiere a la amnistía *de iure*, técnicamente constituye un indulto: “2. Respecto de quienes exista un proceso en curso por los delitos mencionados en los artículos 15 y 16 de la presente ley, la Fiscalía General de la Nación solicitará inmediatamente la preclusión ante el juez de conocimiento competente”.

⁵⁴ Ver en detalle: MALARINO, “Argentina”, en Ambos *et al.* (ed.), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, págs. 35 y ss.; PERENTI/POLANCO, “Perspectiva nacional Argentina”, en Ambos *et al.* (ed.), *Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales*, págs. 131 y ss.

⁵⁵ Ver Decretos 1004 y 1005 de 7 de octubre de 1990; CHINCHÓN ÁLVAREZ (*supra* nota 16), págs. 45, 46.

⁵⁶ Por ahora se puede afirmar que el Proyecto de Reglamento de la JEP elaborado por los magistrados de esta jurisdicción incluye medidas para proteger y asegurar a las víctimas la satisfacción de sus derechos, ver notas 43-45.

se deriva de las funciones de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas que están reguladas en el art. 28 LA⁵⁷. A lo anterior se debe agregar: (i) que según lo dispuesto por el art. 25 de la LA, el cual describe el procedimiento y efectos de la amnistía e indulto, la Sala de Amnistía e Indulto puede otorgar estos beneficios adicionalmente “[a] la vista de las recomendaciones de la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad y Determinación de Hechos y Conductas, como de oficio o a petición de parte”, (ii) la Ley Estatutaria de la JEP fija en su art. 93 lit. g) que la Sección de primera instancia del Tribunal para la Paz para casos de ausencia de reconocimiento de verdad y responsabilidad podrá declarar que la conducta analizada cumple los requisitos para ser amnistiada o indultada, supuesto en el cual remitirá el caso a la Sala de Amnistía o Indulto⁵⁸, y (iii) el art. 46 num. 2 del Proyecto de Reglas de Procedimiento de la JEP adiciona que el procedimiento podrá igualmente iniciarse por remisiones que hagan la Sala de Definiciones de Situaciones Jurídicas, la UAI, la Sección de primera instancia para el caso de ausencia de reconocimiento de verdad y responsabilidad, y la Sección de Revisión. De esta manera, el análisis del art. 24 de la LA, en lo que se refiere a la procedencia de la competencia y procedimiento para el otorgamiento del indulto, se debe efectuar de manera sistemática en conjunto con los artículos 25 párrafo 2º de la LA, 28 nums. 6 y 9 de la LA y el 93 lit. g) de la Ley Estatutaria de la JEP y el art. 44 num. 2 del Proyecto de Reglas de Procedimiento, una vez sea aprobado.

⁵⁷ Según el art. 28 num. 1 LA, esta Sala tendrá entre otras la función de “[d]efinir la situación jurídica de todos quienes hayan accedido a la JEP”, entre otras sobre las “[p]ersonas a las que no habrá de exigirles responsabilidades ante el tribunal por ser mercedoras de amnistías o indultos”; adicionalmente, el art. 28 num. 6 LA establece que “[a] petición del investigado” esta Sala debe proceder a “[d]efinir la situación jurídica de las personas que, sin pertenecer a una organización rebelde” tengan una investigación en curso por conductas objeto de la JEP y decidir entre otros “[s]i es procedente remitirlo a la Sala de Amnistía e Indulto”. El num. 9 del mismo artículo prevé incluso que esta misma Sala reciba “[i]nformación procedente de organizaciones sociales, sindicales y derechos humanos y procesos que hacen parte de la Cumbre Agraria, Ética y Popular”, cuando se trate de ciertos delitos enunciados en el mismo numeral. De hecho, esta lista de delitos es similar a la lista de delitos del art. 24 de la LA con excepción de los delitos de disparo de arma de fuego y la perturbación de actos oficiales, haciendo la salvedad taxativamente que podrán incluirse otros delitos “[o]casionados en el marco de la Ley de Seguridad Ciudadana o en el ejercicio de la protesta social” y “[p]odrá remitir dicha información a la Sala de Amnistía e Indulto” para que esta ejercite su competencia.

⁵⁸ Proyecto de Ley Estatutaria para la Administración de Justicia en la JEP art. 93 lit. g) (texto conciliado de 29 de noviembre de 2017, pendiente de revisión constitucional).

IV. El indulto en la Ley 418 de 1997 y en la LA

10 En el Acuerdo de Paz, más concretamente, en el apartado correspondiente al Acuerdo para facilitar la ejecución del cronograma del proceso de dejación de armas, alcanzado el 23 de junio de 2016, las partes establecieron que “las personas privadas de la libertad por pertenecer a las FARC, que tengan condenas o procesos por delitos indultables según las normas en vigor a la fecha del inicio de la dejación de armas, serán objeto del indulto previsto en la Ley 418 de 1997 y sus posteriores reformas, exclusivamente para las conductas que las leyes permiten indultar. El indulto se otorgará con efectos desde el momento en el que se inicie el proceso de dejación de armas”⁵⁹. En concordancia con esto, el 23 de noviembre de 2015, el Gobierno nacional, como parte de las decisiones que se tomaron en la mesa de negociación y para construir confianza entre las partes, decidió conceder el indulto del art. 50 de la Ley 418 de 1997 a 30 guerrilleros de las FARC que se encontraban recluidos en diferentes cárceles del país⁶⁰. Con posterioridad al 12 de julio de 2017, el presidente Juan Manuel Santos informó que hasta esa fecha el Gobierno nacional ya había indultado a otros 191 guerrilleros de las FARC⁶¹.

11 Surge, entonces, el siguiente interrogante: ¿qué diferencias existen entre el indulto del art. 50 de la Ley 418 de 1997 y el indulto del art. 24 de la LA? La primera diferencia se refiere al tenor gramatical expresado en las dos normas frente al sujeto al cual se le aplican estos beneficios. El art. 50 de la Ley 418 de 1997 establece taxativamente que el indulto se aplicará únicamente a los nacionales que hubieren sido *condenados* mediante sentencia ejecutoriada, mientras que el art. 24 de la LA no se pronuncia al respecto y únicamente establece que la Sala de Amnistía e Indulto otorgará el indulto que alcance la extinción de las sanciones impuestas. De todas maneras, es posible deducir que el art. 24 LA también exige que el sujeto hubiere sido condenado. Sin embargo, el art. 50 de la Ley 418 de 1997 exige que el condenado sea un

⁵⁹ Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, versión de 24 de noviembre de 2016, Acuerdo para facilitar la ejecución del cronograma del proceso de dejación de armas alcanzado mediante acuerdo de 23 de junio de 2016, punto 4, Disponible en: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Paginas/Texto-completo-del-Acuerdo-Final-para-la-Terminacion-del-conflicto.aspx> (última fecha de consulta: 14 de mayo de 2018).

⁶⁰ <http://www.elpais.com.co/proceso-de-paz/gobierno-concede-indulto-a-30-guerrilleros-de-las-farc-que-estan-presos.html> (última fecha de consulta: 14 de mayo de 2018).

⁶¹ <https://www.efe.com/efe/america/politica/el-gobierno-de-colombia-ha-amnistiado-o-indultado-a-7-696-exguerrilleros-las-farc/20000035-3323222> (última fecha de consulta: 14 de mayo de 2018).

nacional colombiano⁶², mientras que el art. 24 de la LA no establece nada frente a este asunto, ni tampoco el art. 3º de la misma Ley, donde se fija su ámbito general de aplicación. De hecho, el art. 23 de la LA determina que la amnistía (beneficio que se otorga por delitos más graves) se aplicará tanto para nacionales como para extranjeros. Lo anterior permite llegar a la conclusión de que los extranjeros no están excluidos del beneficio de indulto previsto en el art. 24 de la LA.

Siguiendo con las diferencias, mientras el art. 50 de la Ley 418 de 1997 permite la concesión de indultos explícitamente a los nacionales que hubieren sido condenados por delitos políticos de rebelión, sedición, asonada, conspiración y los conexos con estos, por su parte el art. 24 de la LA permite la concesión del mismo beneficio, cobijando también la extinción de las sanciones impuestas por delitos cometidos en el marco de disturbios públicos o el ejercicio de la protesta social, como por ejemplo daño en bien ajeno o violencia contra servidor público, siempre y cuando sean conexos con el delito político conforme a los criterios de conexidad del art. 23⁶³ de la LA⁶⁴. A partir de esta diferencia material, se puede afirmar que el contenido material del art. 50 de la Ley 418 de 1997 corresponde al contenido establecido en la tradición jurídica y jurisprudencial colombiana, por lo menos frente a lo que se ha entendido como indulto; en cambio, el art. 24 de la LA no corresponde exactamente con dicha tradición, sino que parece más bien tener la función de ampliar el catálogo de los delitos que pueden ser conexos con los delitos políticos a la lista allí

12

⁶² La jurisprudencia es clara en que este indulto –del art. 50–, debido a la libertad de configuración legislativa del legislador, solo podrá ser aplicado a nacionales colombianos (Corte Const., sent. C-768 de 10 de diciembre de 1997, que examina la constitucionalidad del art. 50 de la Ley 418 de 1997 frente a la restricción de la aplicación del beneficio del indulto). La Corte estableció en esta ocasión que el Congreso tiene una amplia configuración política para determinar la extensión de una ley de indulto. Esta libertad faculta tanto para establecer que los extranjeros puedan ser objeto de indulto como para determinar lo contrario.

⁶³ Ver comentario art. 23.

⁶⁴ La lista de delitos es la siguiente: lesiones personales con incapacidad menor de treinta días (art. 111 C.P); daño en bien ajeno (art. 265 CP); perturbación en servicio de transporte público, colectivo u oficial (art. 353 CP); obstrucción a vías públicas que afecte el orden público (art. 353a CP); disparo de arma de fuego (en este caso la norma no es clara si se refiere al art. 356 CP o al art. 356a CP); empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos (art. 359 CP); violencia contra servidor público (art. 429 CP); perturbación de actos oficiales (art. 430 CP); y asonada (art. 469 CP). Ver comentario de TARAPUÉS al art. 23; Corte Const., sent. C-578 de 30 de julio de 2002; TARAPUÉS, “Contenido y alcance del delito político en el marco jurídico para la paz y en la sentencia C-577 de 2014”, en AMBOS *et al.* (ed.), *Justicia de transición y constitución II: Análisis de la sentencia C-577 de 2014 de la Corte Constitucional*, pág. 23

mencionada, más otros que sean cometidos en el marco de disturbios públicos o el ejercicio de la protesta social, otorgándole a estos el beneficio del indulto.

13 Frente a lo anterior y de acuerdo con lo establecido tanto en la Const. Pol., así como en la jurisprudencia colombiana, es claro que la amnistía o el indulto solo podrán ser otorgados por delitos políticos o conexos con ellos. Sin olvidar algunos criterios de exclusión determinados por la jurisprudencia para ciertas conductas, que en su momento no podían ser consideradas delitos políticos o conexos con aquellos. Así las cosas, la Corte Const. estableció que puntualmente conductas propias de la delincuencia común como el terrorismo, el secuestro y la extorsión no podían ser objeto de amnistía o indulto⁶⁵. Adicionalmente, como ya se estableció, esta institución dejó claro que el legislador tiene libertad de configuración normativa para determinar cuáles son los delitos que pueden ser entendidos como conexos con los delitos políticos y debido a ello ser objeto de amnistía o indulto. Lo anterior siempre y cuando el legislador utilice los criterios de razonabilidad y proporcionalidad y respete los estándares internacionales en materia de DD. HH. y DIH⁶⁶. Empero, a partir de la sentencia C-577 de 2014, queda también claro que la facultad de configuración legislativa para establecer las conductas que pueden ser objeto de amnistía o indulto, y en este sentido cuál será el contenido de los delitos políticos y conexos con estos, es bastante amplia y por lo tanto deja abierta esta facultad para incluir conductas que antes no eran consideradas conexas al delito político, tal y como sucede por ejemplo con el homicidio, el secuestro o el narcotráfico⁶⁷, siempre y cuando tengan relación con el conflicto⁶⁸.

⁶⁵ Corte Const., sents. C-578 de 30 de julio de 2002; C-695 de 28 de agosto de 2002 y C-007 de 1º de marzo de 2018; TARAPUÉS, “Contenido y alcance del delito político en el marco jurídico para la paz y en la sentencia C-577 de 2014”, en Ambos *et al.* (ed.), *Justicia de transición y constitución II: Análisis de la sentencia C-577 de 2014 de la Corte Constitucional*, pág. 23.

⁶⁶ Corte Const., sents. C- 695 de 28 de agosto de 2002 y C- 577 de 6 de agosto de 2014.

⁶⁷ <https://www.elespectador.com/opinion/opinion/amnistia-y-narcotrafico-columna-675841> (última fecha de consulta: 14 de mayo de 2018). El autor discute el siguiente interrogante: ¿podría ser considerado el narcotráfico como delito conexo cuando se ha incurrido en dicha actividad con el objetivo de financiar la rebelión contra el Estado? Lo cual dependerá de si es posible sostener que estas conductas han sido cometidas sin fines de lucro personal, adjetivo que, establecería la distinción entre delito común no amniable y delito conexo amniable. El autor añade que este es tan solo un ejemplo (aunque tal vez uno de los más polémicos) de las dificultades que pueden surgir con la aplicación de la LA.

⁶⁸ TARAPUÉS (*supra* nota 53), pág. 41; ver Corte Const., sent. C-007 de 1º de marzo de 2018, nums. 761 y ss.

V. Requisitos del indulto del art. 24 LA y la protesta social

Para que se otorgue el indulto del art. 24 de la LA respecto de los delitos allí enunciados u otros, por ejemplo, lesiones personales⁶⁹, el artículo establece dos condiciones: primero, es necesario que estos delitos sean cometidos en el marco de disturbios públicos o el ejercicio de la protesta social; segundo, y de manera acumulativa, al establecer la redacción del artículo la expresión “siempre y cuando” estos sean conexos con un delito político. La primera condición equipara dos variantes que en el ordenamiento jurídico colombiano tienen un valor normativo de diferente rango. Por un lado, los disturbios públicos tienen una connotación negativa intrínseca al referirse a ciertas alteraciones graves del orden público, mientras que, por otro, el ejercicio de la protesta social está catalogado como una expresión de derechos protegidos por la Constitución, entre ellos la libertad de reunión, de expresión y de locomoción⁷⁰. Así las cosas, para entender e interpretar bajo qué circunstancias puede ser otorgado el beneficio del indulto en virtud de este artículo, deben diferenciarse estas dos variantes.

Sobre la primera variante, es decir el beneficio de indulto por hechos ocurridos en el marco de disturbios públicos, siempre y cuando sean conexos con un delito político, la Corte Const. considera, primero, que la redacción de la norma es redundante, pues se trataría de conductas subsumibles en el delito de asonada o conexas con este, es decir en principio de naturaleza política. Segundo, que desde un plano abstracto el contenido de la norma es una garantía de libertad especialmente para casos en los cuales en otro momento histórico el hecho constitutivo del disturbio público no haya sido calificado por el juez como un delito político o conexo a un delito político. Siguiendo esta argumentación la Corte concluye que ello no se opone a la Constitución y que se trata de conductas (i) subsumibles bajo el delito de asonada o (ii) que guardan una estrecha similitud con este y, por ende, tienen una motivación política y merecen un trato similar⁷¹.

La segunda variante, el otorgamiento de beneficio de indulto por hechos ocurridos en el marco del ejercicio de la protesta social, siempre y cuando estos sean conexos con un delito político, resulta ser cuestionable, dado que a primera vista asocia negativamente el ejercicio del derecho a la protesta social con los delitos políticos. Es decir, que el artículo estaría relacionando

⁶⁹ La Corte Const. en sent. C-007 de 1º de marzo de 2018 aclara el delito conexo de “lesiones personales”: se refiere a aquellas que produzcan una incapacidad máxima de treinta días.

⁷⁰ En este sentido: Corte Const., sent. C-007 de 1º de marzo de 2018, num. 497.

⁷¹ *Ibíd.*, nums. 499, 501.

un derecho protegido por la Constitución con una conducta criminal en contra del régimen constitucional, de manera tal que el apartado normativo podría interpretarse como la criminalización de la protesta social⁷². En términos prácticos, para que una persona se beneficie del indulto del art. 24, por ejemplo, por el delito de obstrucción a vías públicas que afecte el orden público, en el marco de una protesta, tendría que aceptar o ser investigada por un delito político. Este es uno de los puntos presentados como objeciones frente a la constitucionalidad de este artículo ante la Corte Const. Esta opinión parte del ámbito de aplicación de la LA, es decir del art. 3º LA, el cual prevé que no solo pueden ser beneficiarios de la Ley todas las personas que hayan participado de manera directa o indirecta en el conflicto armado⁷³ (principalmente exguerrilleros o agentes del Estado), sino también las personas que hayan cometido conductas –criminales– en el marco de disturbios públicos o el ejercicio de la protesta social. Esta circunstancia, que también corresponde con lo pactado en los Acuerdos de Paz, no solo se opone a que la protesta pacífica, la defensa de los DD. HH. y el liderazgo de grupos de la sociedad civil sean tipificados o sancionados, sino que además prevé que la Sala de Amnistía e Indulto, la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas y la Sección de Revisión del Tribunal para la Paz serán competentes para decidir si extingue, revisa o anula las sanciones, investigaciones y sentencias impuestas en los anteriores supuestos⁷⁴. De hecho, también se objeta que las conductas acaecidas en el marco de la protesta social no pueden entenderse análogas al delito político, ya que ello vulneraría por lo menos los principios del art. 37⁷⁵ de la Const. Pol. Además, esto conduciría a asimilar la protesta social –como si ella fuera un hecho negativo– al delito político, escenario que además de inhibir la protesta social, estigmatiza y criminaliza su práctica⁷⁶.

⁷² También discutido por la Corte Const., *ibíd.*, num. 502 y ss.

⁷³ Ante la JEP podrán acudir los exguerrilleros de las FARC, agentes del Estado y civiles. Estos últimos de manera voluntaria según el proyecto la Ley Estatutaria de la “Administración de Justicia en la JEP (texto conciliado de 29 de noviembre de 2017, pendiente de revisión constitucional).

⁷⁴ Acuerdo Final de Paz (*supra* nota 27), pág. 150, ii. Contenidos, alcances y límites de la concesión de amnistías e indultos así como de otros tratamientos especiales.

⁷⁵ Const. Pol., art. 37: “Toda parte del pueblo, puede reunirse y manifestarse pública y pacíficamente. Sólo la ley podrá establecer de manera expresa los casos en los cuales se podrá limitar el ejercicio de este derecho”.

⁷⁶ Corporación Colectivo de Abogados “José Alvear Restrepo, Concepto Ley 1820 de 2016 “por medio del cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones”, disponible en: https://www.colectivodeabogados.org/IMG/pdf/intervencion_ley_de_amnistia_final_-_compartir.pdf (última fecha de consulta: 14 de mayo de 2018).

Estos argumentos son en cierto sentido válidos; sin embargo, lo que está protegido por la Const. Pol. y los tratados internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad es el derecho a reunirse y manifestarse pública y pacíficamente. Así, este derecho ha sido reconocido por la Corte Const. como una de las varias manifestaciones que tiene la libertad de expresión y como medio para ejercer los derechos políticos⁷⁷. En un régimen jurídico pluralista que favorece la participación democrática y que además garantiza el ejercicio de otros derechos de rango constitucional, como la libertad de locomoción, los derechos de asociación y participación en los asuntos públicos, en este sentido, la protesta social tiene como función democrática alertar a las autoridades e incluso a la opinión pública sobre una problemática determinada y sobre las necesidades de algunos sectores, en especial minoritarios, para que sean tenidos en cuenta por las autoridades. Todo ello, sin otra condición distinta a que sea pacífico, es decir, sin violencia, armas ni alteraciones graves del orden público⁷⁸. Esta circunstancia indica que solo la protesta pacífica goza de protección constitucional. Así las cosas, aun reconociendo la tensión que surge entre el ejercicio del derecho de reunión y manifestación pública y pacífica y el mantenimiento del orden público, no puede el legislador desbordar los principios de razonabilidad y proporcionalidad al hacer uso del margen de configuración legislativa o establecer restricciones cuya vaguedad conduzca a impedir tal derecho o puntualmente a tipificar como delito los actos legítimos de protesta social, ni siquiera bajo estados de excepción⁷⁹.

Teniendo claro lo anterior, el art. 24 de la LA no está restringiendo o tipificando conductas protegidas por el derecho a la protesta social, sino estableciendo un escenario o marco –la protesta social–, dentro del cual puede ser otorgado el indulto. Esta circunstancia permite entonces conferir este beneficio dentro de este escenario si la protesta social cambia de pacífica a violenta y estos actos terminan por constituir uno de los delitos allí enlistados u otros delitos que tengan lugar dentro de este mismo escenario, siempre que estos sean conexos a un delito político. Como ya se dijo, el indulto, en virtud de los postulados constitucionales, solo puede ser otorgado si es conexo al delito político. Finalmente, en este mismo sentido, la Corte Const. considera que esta norma se ajusta a la Constitución, estableciendo que declararla

⁷⁷ Ver Corte Const., sents. C-024 de 27 de enero de 1994; C-650 de 5 de agosto de 2003; C-742 de 26 de septiembre de 2012 y C-007 de 1º de marzo de 2018, num. 498.

⁷⁸ Corte Const., sents. C-742 de 26 de septiembre de 2012 y C-007 de 1º de marzo de 2018, num. 498.

⁷⁹ Ver Corte Const., sents. C-742 de 26 de septiembre de 2012 y C-024 de 27 de enero de 1994.

inexequible implicaría que, mientras quienes se levantaron en armas contra el Estado, encuentran en la LA la posibilidad de acceder a beneficios como la amnistía e indulto; aquellos que, con el mismo fin político se manifestaron, y trasgredieron el carácter pacífico de la protesta, deberían permanecer privados de la libertad. Además, entiende la protesta social pacífica como un derecho de rango constitucional que no puede ser penalizado. Agrega a partir del Acuerdo de Paz, que, si bien se previó la adopción de un ramillete de medidas tendientes a la defensa de la movilización y la protesta social, el Acuerdo de Paz también comprendió que el conflicto armado pudo ser causa directa o indirecta de excesos ocurridos en el ejercicio del derecho a la protesta, que llevaron a que estas perdieran su carácter pacífico⁸⁰. Así las cosas, la Corte exige para el otorgamiento del beneficio de indulto en el marco de una protesta social, que el juez transicional evalúe las circunstancias en cada caso y determine si la protesta social pudo trasgredir los límites constitucionales en razón al conflicto armado, siempre y cuando dicha trasgresión sea conexas con un delito político. Si este no es el caso y la conducta no tiene conexidad con un delito político, el SIVJNRN prevé otros mecanismos para beneficiar a las personas condenadas o investigadas por hechos desarrollados dentro del ejercicio de la protesta social. Los artículos 28 num. 9⁸¹, 29 num. 2⁸² y 37⁸³ de la misma Ley y el art. 26 de la Ley Estatutaria de la JEP⁸⁴ permiten que en caso de haber sido estas conductas sancionados se otorguen mecanismos de tratamiento especial que puedan llegar incluso hasta la extinción de la responsabilidad. La Sala de Definición de Situaciones Jurídicas y la Sección de Revisión del Tribunal para la Paz serán competentes para decidir si extingue, revisa o anula las sanciones, investigaciones y sentencias impuestas.

⁸⁰ Corte Const., sent. C-007 de 1º de marzo de 2018 num. 510.

⁸¹ Ver comentario de ZULUAGA al art. 28.

⁸² Ver comentario de ZULUAGA al art. 29.

⁸³ Ver comentario de GUERRERO al art. 37.

⁸⁴ El art. 26 del Proyecto de Ley Estatutaria para la Administración de Justicia en la JEP (texto conciliado de 29 de noviembre de 2017, pendiente de revisión constitucional) aclara que la protesta pacífica, la defensa de los derechos humanos, y el liderazgo de grupos de la sociedad civil, pueblos y comunidades indígenas no pueden ser por sí mismos tipificados penalmente, ni penados.

Artículo 25. Procedimiento y efectos. El otorgamiento de las amnistías o indultos a los que se refiere el presente Capítulo se concederán con fundamento en el listado o recomendaciones que recibirá, para su análisis y decisión, la Sala de Amnistía e Indulto por parte de la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad y Determinación de Hechos y Conductas.

La Sala otorgará amnistía o indulto en casos de personas condenadas o investigadas por delitos amnistiables o indultables tanto a la vista de las recomendaciones de la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad y Determinación de Hechos y Conductas, como de oficio o a petición de parte.

La Sala de Amnistía e Indulto analizará cada caso de conformidad con los principios establecidos en el Acuerdo de Jurisdicción Especial para la Paz y en esta ley, así como de acuerdo con los criterios de valoración establecidos en el artículo 23 de esta ley, y decidirá sobre la procedencia o no de tales amnistías o indultos.

Una vez proferida la resolución que otorgue la amnistía o el indulto, será remitida a la autoridad judicial que esté conociendo de la causa penal, para que dé cumplimiento a lo decidido por la Sala de Amnistía e Indulto y materialice los efectos de extinción de la acción penal, de la responsabilidad penal y de la sanción penal según corresponda.

Una vez en firme, la decisión de concesión de las amnistías o indultos hará tránsito a cosa juzgada y solo podrá ser revisada por el Tribunal para la Paz.

De considerarse que no procede otorgar la amnistía o indulto, la Sala de Amnistía e Indulto remitirá el caso a la de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad y Determinación de Hechos y Conductas o a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, para que con base en la determinación ya adoptada tome la decisión correspondiente de acuerdo con sus competencias.

Literatura: MIGUEL FENECH, *El proceso penal*, 3ª ed., Agesa, 1978; WALDO ORTÚZAR LATAPIAT, “La amnistía desde el punto de vista del derecho procesal penal”, en *Revista*

Chilena de Derecho, vol. 18, núm. 1, págs. 126-136; CLAUDIA JANNETH LOAIZA HENAO, “La acción de tutela contra providencias judiciales y el debido proceso. Estudio de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana”, en *Diálogos de Derecho y Política*, núm. 15, año 6, sep. de 2014; DIEGO FERNANDO TARAPUÉS SANDINO, “Contenido y alcance del delito político en el marco jurídico para la paz y en la sentencia C-577 de 2014”, en Ambos Kai *et al.* (ed.), *Justicia de transición y constitución II: Análisis de la sentencia C-577 de 2014 de la Corte Constitucional*.

Jurisprudencia nacional: Corte Const., sents. C-554 de 30 de mayo de 2001; C-578 de 30 de julio de 2002; C- 695 de 28 de agosto de 2002; C-004 de 2 de enero de 2003; T-1197 de 5 de diciembre de 2003; C-590 de 8 de junio de 2005; C-928 de 6 de septiembre de 2005; T-291 de 21 de mayo de 2014; C-577 de 6 de agosto de 2014; C-792 de 24 de octubre de 2014; T-612 de 9 de noviembre de 2016; C-007 de 1º de marzo de 2018; Corte Const., comunicado 55, de 14 de noviembre de 2017, sobre el AL 01 de 2017.

Otros documentos: Proyecto de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz; Proyecto de Ley por medio del cual se adoptan unas Reglas de Procedimiento para la Jurisdicción Especial para la Paz.

1 El art. 25 establece el procedimiento para el otorgamiento de las amnistías y los indultos a los que se refiere el capítulo II de esta misma ley, así como los efectos de estos beneficios. En términos generales, es posible afirmar que este artículo determina los pasos para conceder o no la amnistía o el indulto en casos de las personas condenadas o investigadas que puedan ser objeto de estos beneficios y determina los efectos de esta decisión. El primer paso (1) para que la Sala de Amnistía e Indulto inicie el proceso de otorgamiento tanto de la amnistía como del indulto es o bien recibir las recomendaciones de la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad y Determinación de Hechos y Conductas y las solicitudes de parte sobre la procedencia de la concesión de la amnistía de indulto, o bien iniciar el procedimiento de oficio; el segundo paso (2) es el análisis de cada caso teniendo en cuenta los principios mencionados por el artículo, así como los criterios de valoración de conexidad previstos en el art. 23 de la LA; el tercer paso (3) consiste en proferir una resolución, que hace tránsito a cosa juzgada, mediante la cual se concede o no el beneficio respectivo; el cuarto paso (4), si es que la Sala de Amnistía e indulto concede el beneficio, es (4.a) la remisión de dicha decisión a la autoridad judicial competente –fuera de la JEP– para que esta autoridad dé cumplimiento y materialice los efectos jurídicos que surgen del beneficio otorgado. Aunque, una vez en firme, (4.b) puede ser solicitada la revisión de la decisión que concede el beneficio ante el Tribunal de Paz. Por último, (5) de considerarse que no procede otorgar la amnistía o el indulto, le corresponde a la Sala de Amnistía e Indulto remitir el caso a la Sala de Reconocimiento

de Verdad y Responsabilidad y Determinación de Hechos y Conductas o a la Sala de Definiciones de Situaciones Jurídicas, para que estas adopten una decisión con base en sus competencias. A continuación, se hará referencia con más detalle a cada uno de estos pasos, además se discutirá (6) la acción de tutela frente a las resoluciones de amnistía o indulto.

(1) El art. 25 establece entonces que la Sala de Amnistía e Indultos podrá concederlos con fundamento en el listado o recomendaciones de la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad y Determinación de Hechos y Conductas¹. Dicha Sala constituye uno de los órganos que integran el componente de justicia del SIVJRNR, que en lo particular tiene como finalidades primordiales la consolidación de la paz y la garantía de los derechos de las víctimas. La Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad y Determinación de Hechos y Conductas es el órgano de apertura del SIVJRNR, o, en otras palabras, es la puerta de entrada a la JEP, es decir, del componente de justicia, que, conforme a lo establecido en el Acuerdo Final, desarrollará su trabajo conforme a criterios de priorización elaborados a partir de la gravedad, representatividad de los delitos y del grado de responsabilidad penal individual en los mismos. En general, la JEP ejercerá competencia prevalente sobre las actuaciones penales, disciplinarias, fiscales² o administrativas por conductas cometidas con ocasión, por causa o en relación directa o indirecta con el conflicto armado³.

El punto 48 del num. 5.1.2 sobre la JEP del Acuerdo Final de Paz⁴ establece las funciones que tendrá la Sala de Reconocimiento. La lista de funciones es

¹ También en el art. 46 num. 1 del Proyecto de ley “por medio del cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la Jurisdicción Especial para la Paz”, radicado el 4 de abril de 2018 en el Congreso de la República, núm. en Cámara de Representantes: 239/18, núm. en Senado: 225/18.

² Según el art. 41 párrafo del proyecto de Ley Estatutaria de la Administración de Justicia en la JEP (texto conciliado de 29 de noviembre de 2017, pendiente de revisión constitucional) si por los hechos o conductas objeto de las amnistías o indultos hubiera investigaciones disciplinarias o fiscales en curso o sanciones impuestas como resultado de las mismas, las amnistías o indultos las cobijarán; el funcionario competente deberá adoptar a la mayor brevedad la decisión que extinga tanto la acción como la sanción, a través de los mecanismos jurídicos correspondientes. En caso de que esto último no ocurra en un plazo de tres meses contados a partir de la entrada en vigencia de esta ley, el interesado podrá solicitar la extinción de la acción o sanción ante la Sala de Amnistía e Indulto de la JEP.

³ AL 01 de 4 de abril de 2017, arts. 5º y 7º; proyecto de Ley Estatutaria para de la Administración de Justicia en la JEP, art. 36 (texto conciliado de 29 de noviembre de 2017, pendiente de revisión constitucional).

⁴ Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, versión de 24 de noviembre de 2016, apartado 5.1.2., punto 48 Dis-

la más extensa si se compara con los demás órganos de la JEP; estas van del literal a) al t). Ahora bien, la función de la Sala de Reconocimiento que nos interesa es la establecida en el numeral l del punto 48 del Acuerdo de Final de Paz y en el art. 79 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia en la JEP⁵. Es decir, la realización y remisión a la mayor brevedad y en cualquier momento que lo estime oportuno de la lista o recomendaciones de personas que podrán ser beneficiadas de las medidas de amnistía e indulto. Dicho listado será realizado con base en el listado elaborado por las FARC y previamente cotejado por esta misma Sala⁶. Según lo visto, la Sala de Amnistía e Indulto tendrá que analizar el contenido de las listas y recomendaciones para luego decidir si se aplican o no los beneficios respectivos⁷.

4 La Sala de Amnistía e Indulto podrá otorgar amnistías o indultos en dos tipos de casos: el primero se refiere a personas condenadas y el segundo a investigados⁸; en ambos casos por los delitos definidos para ello. Esta circunstancia hace una remisión no taxativa a los artículos 23 y 24 de la misma LA, en los que se establecen cuáles son estos delitos. Para el caso de los delitos objeto de amnistía, el art. 23 LA establece en todo caso cuáles conductas están en definitiva excluidas de este beneficio. En este punto el art. 26 de la LA no es claro si la remisión se extiende también a lo relacionado con los criterios para la amnistía *de iure* de los artículos 15 y 16 de la misma ley. Sin embargo, haciendo una lectura sistemática de la LA, estos criterios deberían ser igualmente tenidos en cuenta, ya que el mismo art. 16 de la LA prevé que el listado de delitos conexos con el delito político allí establecido deberá ser tenido en cuenta por la Sala de Amnistía e Indulto, sin perjuicio de que también

ponible en: <http://www.altocomisionadopalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Paginas/Texto-completo-del-Acuerdo-Final-para-la-Terminacion-del-conflicto.aspx> (última fecha de consulta: 14 de mayo de 2018); proyecto de Ley Estatutaria para la Administración de Justicia en la JEP, art. 79 (texto conciliado de 29 de noviembre de 2017, pendiente de revisión constitucional).

⁵ Proyecto de Ley Estatutaria para de la Administración de Justicia en la JEP art. 79 (texto conciliado de 29 de noviembre de 2017, pendiente de revisión constitucional).

⁶ Al respecto ver comentario al art. 26 en donde se profundiza en el asunto de los listados.

⁷ La Corte Const. en sent. C-007 de 1º de marzo de 2018, num. 788, establece de acuerdo al principio de independencia en el ejercicio de las funciones, que la Sala de Amnistía e Indulto analizará y decidirá sobre la concesión de los beneficios, teniendo en cuenta las recomendaciones enviadas, pero sin que se disponga que estas recomendaciones vinculan a la Sala para la adopción de la decisión en algún sentido específico.

⁸ También en el art. 81 Proyecto de Ley Estatutaria para de la Administración de Justicia en la JEP art. 79 (texto conciliado de 29 de noviembre de 2017, pendiente de revisión constitucional).

se consideren conexos con el delito político otras conductas de acuerdo con los criterios establecidos en el art. 23 de la misma ley⁹. Así las cosas, la concesión de amnistías a las que hace referencia el art. 25 LA se extiende a los mismos casos del otorgamiento de la amnistía *de iure* e incluso frente a otros tipos penales no mencionados taxativamente en el art. 16 LA, siempre y cuando se tengan en cuenta los criterios de conexidad que establece el art. 23 LA.

Según la redacción del art. 25, la Sala de Amnistías e Indulto podrá otorgar las amnistías e indultos tanto a la vista de las recomendaciones de la Sala de Reconocimiento, como de oficio¹⁰ o a petición de parte¹¹. El art. 46 num. 2 del Proyecto de Reglas de Procedimiento adiciona que el procedimiento podrá igualmente iniciarse por remisiones que hagan la Sala de Definiciones de Situaciones Jurídicas, la UAI, la Sección de primera instancia para el caso de ausencia de reconocimiento de verdad y responsabilidad, y la Sección de Revisión. Así las cosas, el procedimiento para conceder los beneficios a los que se refiere este artículo podrá iniciarse con independencia del reparto de las listas

5

⁹ Al respecto ver en este sentido el comentario de COTE al art. 21, num. 3.

¹⁰ Art. 46 del Proyecto de Ley “por medio del cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la Jurisdicción Especial para la Paz”, radicado el 4 de abril de 2018 en el Congreso de la República, núm. en Cámara de Representantes: 239/18, núm. en Senado: 225/18; en la sent. C-007 de 1º de marzo de 2018 la Corte Const. discute si el apartado “*de oficio*” debe declararse inexecutable, a la luz del art. 250 Const. Pol., sobre la obligación del Estado de investigar, juzgar y sancionar, y el art. 229 Const. Pol. acerca del derecho al acceso a la administración de justicia, ya que la posibilidad de conceder los beneficios *de oficio* no garantiza la participación de las víctimas, pues el juez estaría habilitado para otorgarlos, sin considerar sus intereses. La Corte Const. entiende la facultad de conceder amnistías o indultos *de oficio* en el marco de un trámite procesal con sujeción a los principios y reglas aplicables, como una de las formas que le permiten al juez la activación del estudio de un caso, es decir, si de acuerdo con los requisitos legales establecidos en las normas se concederán o no los beneficios, lo cual respeta el deber de investigar, juzgar y sancionar. Por otro lado, frente a la objeción sobre la garantía de los derechos de las víctimas, la Corte Const. establece que el trámite *de oficio* está concebido en un marco legal que tiene en cuenta un ramillete de principios previamente establecidos y de contenido legal, en el ejercicio de la facultad de configuración normativa, donde se incluye la garantía de los derechos de las víctimas a la participación. Siguiendo los anteriores argumentos la Corte Const. declara que este apartado se ajusta a la Const. Pol.

¹¹ Art. 46 num. 3 del Proyecto de Ley “por medio del cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la Jurisdicción Especial para la Paz”, radicado el 4 de abril de 2018 en el Congreso de la República, núm. en Cámara de Representantes: 239/18, núm. en Senado: 225/18 establece: “3. A solicitud de parte. De dirigirse la solicitud de amnistía o indulto a la autoridad judicial que esté conociendo del proceso penal, esta de forma inmediata dará traslado de la petición a la Sala para lo de su competencia, anexando copia del expediente”.

o recomendaciones de la Sala de Reconocimiento¹². La Ley Estatutaria de la JEP establece, además, que la Sección de primera instancia del Tribunal para la Paz, en casos de ausencia de reconocimiento de verdad y responsabilidad, podrá declarar que la conducta analizada cumple los requisitos para ser amnistiada o indultada, supuesto en el cual remitirá el caso a la Sala de Amnistía o Indulto¹³. El art. 47 de las Reglas de Procedimiento establece que una vez la Sala de Amnistía e Indulto haya recibido el caso, deberá avocar conocimiento mediante la resolución de sustanciación, contra la cual no procederá recurso alguno¹⁴. Tratándose del beneficio de indulto, se puede añadir que la Sala de Amnistía e Indulto podrá conceder este beneficio también luego del traslado de la Sala de Definiciones de Situaciones Jurídicas al que se refiere al art. 24 de la misma ley¹⁵.

6 En este punto es importante analizar cuál es la función jurídica de la resolución de amnistía o indulto prevista en la LA –respecto de los procesos penales ordinarios adelantados por conductas objeto de estos beneficios– y cómo se relaciona esta función con la facultad que tiene la Sala de Amnistía e Indulto para otorgarlos. Para resolver lo anterior se debe primero considerar que, en términos generales, una ley de amnistía priva de fundamento y de objeto al proceso penal, el cual no podrá iniciarse; y si se ha iniciado, debe concluir tan

¹² Art. 81 Proyecto de Ley Estatutaria para la Administración de Justicia en la JEP: “La Sala de Amnistía o Indultos aplicará estos tratamientos jurídicos especiales por los delitos amnistiados o indultables, teniendo a la vista las recomendaciones de la Sala de Reconocimiento de Verdad y responsabilidad y determinación de los hechos. No obstante, previamente la Sala otorgará amnistía o indulto en casos de personas condenadas o investigadas por delitos amnistiados e indultables, de oficio o a petición de parte y siempre conforme a lo establecido en la Ley de Amnistía”.

¹³ Proyecto de Ley Estatutaria para la Administración de Justicia en la JEP art. 93 lit. g) (texto conciliado de 29 de noviembre de 2017, pendiente de revisión constitucional); art. 46 del Proyecto de ley “por medio del cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la Jurisdicción Especial para la Paz”, radicado el 4 de abril de 2018 en el Congreso de la República, núm. en Cámara de Representantes: 239/18, núm. en Senado: 225/18.

¹⁴ Ver art. 47 del Proyecto de ley “por medio del cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la Jurisdicción Especial para la Paz”, radicado el 4 de abril de 2018 en el Congreso de la República, núm. en Cámara de Representantes: 239/18, núm. en Senado: 225/18. La resolución de sustanciación debe contener: 1. Identificación de la persona objeto del beneficio, 2. Decreto de práctica de pruebas, 3. Orden de traslado a la autoridad judicial competente para que remita copia del expediente, 4. Orden de traslado al ministerio público para la defensa de los derechos de las víctimas, 5. Orden de traslado a la Secretaría de la JEP para la designación de un abogado, 6. Orden de traslado a la autoridad étnica, 7. Notificación por medio de la cual avoca conocimiento.

¹⁵ Al respecto ver comentario art. 24.

pronto como la ley de amnistía sea sancionada¹⁶. La amnistía equivale a dejar sin efecto para un determinado caso la norma penal material¹⁷, por lo tanto, no es posible evaluar la punibilidad del delito o del responsable. Lo mismo ocurre frente al indulto, ya que este implica el perdón posterior de la pena¹⁸. En consecuencia, la resolución frente a la solicitud de amnistía o indulto no implica una decisión típica de un ente jurisdiccional, es decir, pronunciar una declaración de certeza sobre la existencia de la comisión de un delito, sino que esta resolución adquiere la función jurídica de declarar oficialmente si se extingue o no la acción penal o las sanciones penales. Normalmente esta facultad es típica de los entes legislativo o ejecutivo¹⁹. Ahora bien, el Acuerdo Final de Paz y la LA han establecido que la Sala de Amnistía e Indulto es el ente designado para impartir en virtud de los requisitos y límites del SIVJRNR esta decisión. Entonces, ¿puede asemejarse esta resolución a un auto según el procedimiento penal ordinario?, o más bien, si se entiende esta función como una delegación del ente ejecutivo, ¿sería la resolución algo así como un acto administrativo?²⁰. En todo caso, según el AL 01 de 2007 y la Ley Estatutaria, el procedimiento para proferir la resolución debe garantizar los principios de imparcialidad, independencia judicial, debida motivación, publicidad, debido proceso, contradicción, participación de las víctimas como intervinientes y doble instancia en el marco de un modelo adversarial²¹.

(2) La Sala de Amnistía e Indulto debe analizar y revisar caso a caso la procedencia o no de beneficios a la luz de los principios establecidos en el Acuerdo sobre la JEP y los contenidos en la misma ley, así como de acuerdo con los criterios de valoración establecidos en el art. 23²² LA. Los princi-

7

¹⁶ LATAPIAT, “La amnistía desde el punto de vista del derecho procesal penal”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 18, núm. 1, pág. 127.

¹⁷ *Ibíd.*, pág. 129, citando a FENECH, *El proceso penal*, pág. 334.

¹⁸ CSJ, Sala Plena, sent. 094 de 12 de julio de 1990; citada en Corte Const., sent. C-758 de 10 de diciembre de 1998.

¹⁹ Ver comentario del art. 24 num. 4.

²⁰ Ver comentario del art. 27 num. 2.

²¹ Art. 76 proyecto de Ley Estatutaria para la Administración de Justicia en la JEP (texto conciliado de 29 de noviembre de 2017, pendiente de revisión constitucional); art. 12 transitorio del AL 01 de 4 de abril del 2017.

²² Frente al art. 23 LA, que contempla los criterios de conexidad de los delitos comunes con los delitos políticos para hacer posible la concesión de amnistía o indultos. Al respecto, ver comentario al art. 23; Corte Const., sents. C-578 de 30 de julio de 2002; C-695 de 28 de agosto de 2002 y C-577 de 6 de agosto de 2014; TARAPUÉS, “Contenido y alcance del delito político en el marco jurídico para la paz y en la sentencia C-577 de 2014”, en *Ambos et al.* (ed.), *Justicia de transición y constitución II: análisis de la sentencia C-577 de 2014 de la Corte Constitucional*, págs. 23 y ss.

pios que se refieren al Acuerdo de la JEP corresponden a la “declaración de principios” del 7 de junio de 2014²³, los cuales también están consignados en el Acuerdo Final de Paz²⁴. Estos son: el reconocimiento de las víctimas, el reconocimiento de la responsabilidad, la satisfacción de los derechos de las víctimas, la participación de las víctimas, el esclarecimiento de la verdad, la reparación de las víctimas, la garantía de protección y seguridad, la garantía de no repetición, el principio de reconciliación y el enfoque de derechos. Los principios que rigen la LA están consagrados entre los arts. 5º al 14 de la ley. Estos son: el derecho a la paz, la integridad, la prevalencia, el reconocimiento del delito político, el tratamiento penal especial, sistemático, simultáneo, equilibrado y equitativo, la favorabilidad, el debido proceso y garantías procesales, la seguridad jurídica y la contribución a la satisfacción de los derechos de las víctimas. A lo anterior, la Ley Estatutaria de la JEP suma en su art. 82 los siguientes principios: finalización del delito de rebelión, cumplimiento de lo establecido en el Acuerdo de Paz, la competencia prevalente de la JEP de los delitos no amniables ni indultables según lo dispuesto en el art. 36 de la Ley Estatutaria de la JEP, la aplicación de lo dispuesto en el art. 6.5 del PA II de los CG y ratifica que solo se podrá otorgar amnistía o indulto por delitos políticos o conexos con estos²⁵. A ello debe agregarse lo dispuesto en el art. 83 de la Ley Estatutaria de la JEP. Este artículo clasifica lo ya fijado por el art. 23 LA en dos criterios: el criterio de tipo incluyente y el criterio de tipo restrictivo. Además, abre la puerta a nuevos criterios de interpretación frente a la conexidad que pueden ser establecidos por la Sala de Amnistía e Indulto y la Sección de Revisión del Tribunal para la Paz²⁶. En este punto es importante mencionar que la Sala de Amnistía e Indultos, a efectos de conceder estos beneficios, debe incluir en la resolución de amnistía o indulto la calificación de la relación de conexidad de la conducta con relación al ejercicio de la rebelión y otros delitos políticos²⁷.

²³Comunicado conjunto, La Habana, 7 de junio de 2014, disponible en <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/mesadeconversaciones/PDF/Comunicado%20Conjunto%2C%20La%20Habana%2C%2007%20de%20junio%20de%202014%2C%20Versi%20Espa%20ol.pdf> (última fecha de consulta: 14 de mayo de 2018).

²⁴ Acuerdo de Paz, punto 5. Acuerdo sobre las víctimas del conflicto.

²⁵ Art. 82 proyecto de Ley Estatutaria para la Administración de Justicia en la JEP (texto conciliado del 29 de noviembre de 2017, pendiente de revisión constitucional).

²⁶ Art. 83 proyecto de Ley Estatutaria para la Administración de Justicia en la JEP (texto conciliado del 29 de noviembre de 2017, pendiente de revisión constitucional).

²⁷ Lo anterior en virtud del inciso final del art. 81 del Proyecto de Ley Estatutaria para la Administración de Justicia en la JEP (texto conciliado del 29 de noviembre de 2017, pendiente de revisión constitucional).

(3) Una vez analizado el caso concreto de acuerdo con los criterios mencionados, la Sala de Amnistía e Indulto tomará una decisión sobre la concesión del beneficio. En virtud del art. 21 de la LA, el término para proferir una resolución definitiva frente a la solicitud de amnistía es de tres meses a contar desde la presentación de la solicitud a la Sala²⁸. Cabe mencionar que el art. 21 deja fuera de su redacción dos puntos; en primer lugar, no se pronuncia expresamente respecto del término para proferir una resolución sobre las recomendaciones de la Sala de Reconocimiento, los procesos iniciados de oficio o frente al reparto de la Sección de primera instancia del Tribunal para la Paz; en segundo lugar, tampoco se pronuncia expresamente frente al término para proferir resolución en los casos de solicitud de indulto. En cuanto a este asunto, el art. 47 del Proyecto de Ley de Reglas de procedimiento establece vagamente que, una vez recibido el caso, la Sala de Amnistía e Indulto en *un plazo razonable* debe, mediante resolución de sustanciación, avocar conocimiento. Empero, si se realiza una interpretación teleológica de los arts. 21, 24 y 25 de la LA, se puede considerar que el término debería ser igual al referido en el art. 21, ya que en este artículo no se especifica qué procedencia tiene la solicitud; además, en últimas, la finalidad de la Sala de Amnistía e Indulto consiste en analizar y decidir en cada caso si se aplica o no el beneficio correspondiente. Un término distinto estaría además en contra del principio del tratamiento penal especial, sistemático, simultáneo, equilibrado y equitativo.

La Sala de Amnistía e Indulto deberá tener en cuenta que la procedencia de cualquier tratamiento especial en la JEP estará sujeta no solo a que el destinatario haya concluido el proceso de dejación de armas o, respecto de los guerrilleros que no se encuentren en posesión de armas, que estos hayan suscrito el acta de compromiso²⁹, sino también al denominado *régimen de condicio-*

²⁸ Ver art. 47 del Proyecto de ley “por medio del cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la Jurisdicción Especial para la Paz”, radicado el 4 de abril de 2018 en el Congreso de la República, núm. en Cámara de Representantes: 239/18, núm. en Senado: 225/18: La decisión sobre la solicitud de amnistía o indulto se podrá realizar en audiencia pública, la cual será programada dentro de los tres meses siguientes a la fecha de recibo del expediente judicial (para lo cual la autoridad judicial competente tiene tres días hábiles), y podrá prorrogarse por tres meses para efectos del art. 27 LA, salvo causa excepcional debidamente motivada en la que el plazo podrá ser extendido hasta por un mes.

²⁹ Al respecto ver comentario de TARAPUÉS al art. 18 de la LA en esta obra; ambos requisitos de acuerdo con los arts. 21 y 18 de la LA; adicionalmente el art. 20 del Proyecto de Ley Estatutaria para de la Administración de Justicia en la JEP (texto conciliado de 29 de noviembre de 2017, pendiente de revisión constitucional), que establece los requisitos para el tratamiento especial de la JEP. En el caso de las FARC-EP el tratamiento especial de la JEP también está condicionado a la verificación del cumplimiento de a) la dejación de armas, b) obligación de contribuir activamente a

*alidad*³⁰, que consiste en la aportación de la verdad plena³¹, la reparación a las víctimas, la garantía de no repetición y la privación de cometer nuevos delitos dolosos cuya pena mínima de prisión sea igual o superior a cuatro años y que afecten distintos bienes jurídicos³². El incumplimiento intencional más grave de cualquiera de las condiciones del *régimen de condicionalidad*, o de cualquiera de las sanciones impuestas por la JEP, tendrá como efecto la pérdida de cualquiera de los beneficios otorgados en esta jurisdicción³³. Es

garantizar el éxito del proceso de reincorporación a la vida civil de forma integral y c) la entrega de menores de edad.

³⁰ Corte Const., comunicado 55, de 14 de noviembre de 2017, sobre el AL 01 de 2017, num. 9. Según el comunicado, el SIVJNR no se puede entender de manera absoluta, sino que cada uno de los tratamientos especiales, beneficios, renunciaciones, derechos y garantías está sujeta a la verificación por la JEP de las obligaciones derivadas del Acuerdo Final; Corte Const., sent. C-007 de 1º de marzo de 2018, nums. 677 y ss.; ver además las reglas procesales del incidente de incumplimiento: arts. 67 al 70 del Proyecto de ley “por medio del cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la Jurisdicción Especial para la Paz”, radicado el 4 de abril de 2018 en el Congreso de la República, núm. en Cámara de Representantes: 239/18, núm. en Senado: 225/18. Ver comentario art. 24 num. 5.

³¹ La obligación de aportar la verdad en los términos del inc. 5º del art. 1º del AL 01 de 2017, es decir, entendiendo que la verdad forma parte de un sistema que busca una respuesta integral a las víctimas.

³² Lista de 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 la 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 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.

³³ De acuerdo con el art. 20 parágrafo 1 del Proyecto de Ley Estatutaria para la Administración de Justicia en la JEP (texto conciliado de 29 de noviembre de 2017, pendiente de revisión constitucional), el incumplimiento intencional de cualquiera de las condiciones del régimen de condicionalidad, o de cualquiera de las sanciones impuestas por la JEP, tendrá como efecto, de conformidad con el AL 01 de 2017, la pérdida de todos los tratamientos especiales, beneficios, renunciaciones, derechos y garantías. Dicho cumplimiento será verificado, caso por caso y de manera rigurosa, por la JEP; ver además las reglas procesales del incidente de incumplimiento: arts. 67 al 70 del Proyecto de Ley “por medio del cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la Jurisdicción Especial para la Paz”, radicado el 4 de abril de 2018 en el Congreso de la República, núm. en Cámara de Representantes: 239/18, núm. en Senado: 225/18.

claro que el incumplimiento acarrea no solo la pérdida de sanciones propias o alternativas, sino cualquier tipo de beneficio, renuncia, amnistía o prerrogativa. Por lo tanto, la persona que incurra en incumplimientos será remitida a la justicia ordinaria³⁴. Este último punto extiende lo establecido por la Corte Const. frente al reenvío de los casos a la jurisdicción ordinaria. Esta corporación solo mencionó esta opción para los delitos de ejecución permanente y no para los demás casos a los que se refiere el proyecto de Ley Estatutaria³⁵. El Proyecto de Reglas de Procedimiento de la JEP fija las reglas procesales para decidir sobre este asunto, del art. 67 al 70 se regula el incidente de incumplimiento. Las Salas y Secciones de la JEP deben evaluar si se ha presentado o no incumplimiento de las condiciones del sistema o de las sanciones, así como la forma de graduar en cada caso las consecuencias de tales incumplimientos, dependiendo de su gravedad.

Aunque el art. 25 LA no determina la procedencia de los recursos ordinarios de reposición y apelación frente a la resolución de amnistía o indulto, los arts. 21 y 147 de la Ley Estatutaria y los arts. 14 al 17 y el art. 47 del Proyecto de Reglas de Procedimiento de la JEP complementan esta cuestión. En virtud de estos artículos las resoluciones de las Salas y Secciones de la JEP podrán ser recurridas en reposición ante la Sala o Sección que las haya proferido y en apelación ante la Sección de Apelaciones del Tribunal, a solicitud del destinatario de la resolución o sentencia y de las víctimas con interés directo y legítimo o sus representantes. Así las cosas, el legislador perfecciona la LA garantizando el derecho de impugnación y de la doble instancia. En relación con estos derechos, la Corte Const. ha dicho que constituyen estándares constitucionales autónomos y categorías conceptuales distintas e independientes. Así, la Corte establece entre otras diferencias, en cuanto a su estatus jurídico, que mientras la impugnación es un derecho subjetivo de rango constitucional de las personas condenadas en un procedimiento penal, la doble instancia constituye una garantía que forma parte del debido proceso y que puede ser alegada por cualquiera de los sujetos procesales. En consecuencia, la Corte ha entendido que la doble instancia, por tener la condición de principio general, puede ser exceptuado por vía legislativa, y que, como la impugnación no solo es un principio, sino también un derecho que forma parte integral del debido proceso, las excepciones al mismo se encuentran limitadas. En cuanto al ámbito de acción, establece la Corte que mientras el derecho a la impugnación ha sido

10

³⁴ Según el parg. 3 del art. 19 y el art. 63 del Proyecto de Ley Estatutaria para la Administración de Justicia en la JEP (texto conciliado de 29 de noviembre de 2017, pendiente de revisión constitucional).

³⁵ Corte Const., comunicado 55, de 14 de noviembre de 2017, sobre el AL 01 de 2017, num. 9.

concebido para los juicios penales, la garantía de la doble instancia constituye la regla general de todo proceso judicial³⁶.

11 (4) La resolución que profiera la Sala de Amnistía e indulto respecto de la concesión o no de la amnistía o indulto hará tránsito a cosa juzgada. El art. 25 de la LA prevé el tránsito a la cosa juzgada, que como consecuencia de la resolución de amnistía o indulto corresponde a la garantía de la seguridad jurídica³⁷, mediante el cumplimiento de las condiciones del sistema integral de la JEP y el cumplimiento de las garantías necesarias del debido proceso. Dentro del régimen jurídico de la JEP el tránsito a la cosa juzgada debe tener el mismo valor que este posee en el resto del ordenamiento jurídico. Es decir, que para lograr la eficacia de la decisión judicial –de amnistía o de indulto–, es imperativo cumplir con criterios de fuerza vinculante y obligatoriedad. Por consiguiente, así como lo son las demás decisiones judiciales, esta debe ser definitiva, su existencia no puede ser revertida o cuestionada y su ejecución debe ser de ineludible cumplimiento y, en caso de que no sea, debe tener la capacidad de ser exigible de manera coercitiva, con mayor razón teniendo en cuenta los objetivos establecidos por el Acuerdo Final de Paz, así como la garantía de la reconciliación, la no repetición y la consecución de una paz estable y duradera. Así bien, la cosa juzgada debe otorgar los efectos de inmutabilidad, fuerza vinculante, preclusividad y obligatoriedad, como lo establece la Corte Const.³⁸. Lo anterior debe ser entendido de conformidad con la vigencia del principio *ne bis in idem*, el cual supone la inmutabilidad e irrevocabilidad de la cosa juzgada. No obstante, es claro que esto no significa que este postulado tenga carácter absoluto, puesto que la efectividad de los valores superiores de la justicia material y de la seguridad jurídica hacen necesaria la existencia de excepciones a la cosa juzgada³⁹. Respecto a lo anterior, y como ya se anotó, la

³⁶ Corte Const., sent. C-792 de 24 de octubre de 2014.

³⁷ Art. 20 Proyecto de Ley Estatutaria para la Administración de Justicia en la JEP (texto conciliado de 29 de noviembre de 2017, pendiente de revisión constitucional) establece que todas las actuaciones y procedimientos seguidos ante el SIVJRN, deben garantizar la seguridad jurídica para promover una paz estable y duradera, lo cual incluye expresamente las resoluciones de concesión de amnistía o de indulto; estas harán tránsito a cosa juzgada cuando estén en firme y su inmutabilidad debe ser garantizada; Corte Const., sent. C-007 de 1º de marzo de 2018, nums. 642 y ss.; ver comentario del art. 13.

³⁸ Corte Const., sents. C-004 de 2 de enero de 2003 y C-007 de 1º de marzo de 2018, num. 642, en palabras de Corte: “[...] la cosa juzgada, en virtud de la cual la decisión se torna inmutable, vinculante y definitiva. Este Tribunal ha considerado que dicha institución cumple dos funciones, una positiva, consistente precisamente en conferir certeza a las relaciones jurídicas, y otra negativa, relacionada con la imposibilidad de que otras autoridades reabran discusiones ya finalizadas”.

³⁹ Corte Const., sents. C-554 de 30 de mayo de 2001 y C-007 de 1º de marzo de 2018, nums. 646-647.

LA establece que la resolución de amnistía o indulto podrá ser recurrida en reposición y apelación, y una vez ejecutoriada podrá ser revisada excepcionalmente por el Tribunal de Paz. Sobre este punto se volverá más adelante.

(4.a) Para que la decisión sobre la concesión de amnistías o indultos tenga efectos frente a los procesos penales en curso o culminados, la LA establece que la Sala de Amnistía e Indulto debe remitir la resolución de amnistía o indulto a la autoridad judicial –fuera del sistema de la JEP– que esté conociendo la causa penal, para que esta dé cumplimiento y materialice los efectos de extinción de la acción penal, de responsabilidad penal y de la sanción penal según corresponda⁴⁰. Adicionalmente, el art. 81 de la Ley Estatutaria de la JEP establece que una vez concedida la amnistía o el indulto, la Sala de Amnistía e Indulto procederá a conceder la libertad provisional del beneficiario, libertad que permanecerá vigente hasta que el juez de conocimiento –fuera de la JEP– cumpla con lo previsto en el art. 25⁴¹. No obstante, esta libertad provisional tendrá un carácter condicionado en los términos del art. 35 LA⁴².

(4.b) De la lectura del siguiente apartado del art 25 LA: “una vez en firme, la decisión de concesión de las amnistías o indultos hará tránsito a cosa juzgada y solo podrá ser revisada por el Tribunal para la Paz”, se desprende de la duda de si la LA prevé la revisión únicamente en los casos en los cuales esta Sala concede el beneficio de amnistía o indulto. Una interpretación gramatical podría sugerir una respuesta afirmativa; es decir, que de acuerdo con el tenor literal de la norma solo procedería la revisión respecto de la resolución que conceda alguno de estos beneficios. Sin embargo, también se podría afirmar que la acción de revisión en el ordenamiento colombiano, por lo menos en materia penal, se puede interponer frente a sentencias ejecutoriadas condenatorias. Lo cual está en concordancia con una interpretación sistemática del debido proceso y las garantías constitucionales que tienen los condenados. Además, bajo los casos específicos en los cuales es procedente esta acción, se puede concluir que el ordenamiento jurídico colombiano busca mediante la revisión alcanzar la equivalencia entre la verdad real y la procesal en el contexto penal, haciendo énfasis especial en la protección de los derechos fundamentales del condenado, así como en el elemento fáctico del proceso en el marco de las garantías al debido proceso y de un sistema integral de defensa y contradicción⁴³. Siguiendo esta argumentación, una vez en firme la resolución de amnistía o indulto, sin importar su sentido, podrá ser revisada por el

⁴⁰ El art. 41 de la LA complementa los efectos de la resolución de amnistía o de la resolución de indulto; al respecto ver comentario art. 41.

⁴¹ También establecido en el art. 34 de la LA.

⁴² Al respecto ver comentario de GUERRERO al art. 35 LA en esta misma obra.

⁴³ Corte Const., sent. C-792 de 24 de octubre de 2014.

Tribunal de Paz. Respecto de la revisión, la LA no establece cuáles serán las causales para su procedencia. Al respecto, la Corte Const. exige que la acción de revisión, al afectar la certeza brindada por la cosa juzgada, sea una acción extraordinaria y únicamente proceda por las causales taxativamente señaladas por la ley⁴⁴. Siguiendo esta lógica, el legislador determinó en el art. 97 lit. e) de la Ley Estatutaria de la JEP⁴⁵ las causales que podrán dar origen a la revisión de las resoluciones o sentencias impuestas en esta jurisdicción, haciendo la salvedad que estas causales solo serán aplicables excepcionalmente y, siempre y cuando dicha revisión no suponga agravar la situación jurídica del sancionado. Examinando las causales se puede concluir fácilmente que el legislador tomó para la redacción del lit. e) del art. 97 las causales ya establecidas en el art. 192 del CPP⁴⁶. La única causal que no fue incluida en el

⁴⁴ Corte Const., sents. T-291 de 21 de mayo de 2014 y C-792 de 24 de octubre de 2014.

⁴⁵ Dispone el lit. e) del art. 97 del Proyecto de Ley Estatutaria para la Administración de Justicia en la JEP (texto conciliado de 29 de noviembre de 2017, pendiente de revisión constitucional): “Excepcionalmente, revisar las resoluciones o sentencias impuestas por la JEP, cuando haya mérito para ello por las siguientes causales, siempre que dicha revisión no suponga agravar la situación del sancionado: 1. cuando se haya condenado a dos (2) o más personas por un mismo delito que no hubiese podido ser cometido sino por una o un número menor de las sentenciadas; 2. cuando después de la sentencia condenatoria aparezcan hechos nuevos o surjan pruebas no conocidas al tiempo de los debates que, de haber sido aportadas, hubieran determinado la absolución del condenado, su inimputabilidad o una condena menos grave; 3. cuando después del fallo en procesos por violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, se establezca mediante decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, respecto de la cual el Estado colombiano ha aceptado formalmente la competencia, un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado en investigar seria e imparcialmente tales violaciones. En este caso no será necesario acreditar la existencia de hecho nuevo o prueba no conocida al tiempo de los debates; 4. cuando con posterioridad a la sentencia se demuestre, mediante decisión en firme, que el fallo fue determinado por un delito del juez o de un tercero; 5. cuando se demuestra que el fallo objeto de la solicitud de revisión se fundamentó, en todo o en parte, en prueba falsa fundante para sus conclusiones; 6. cuando mediante pronunciamiento judicial, la JEP haya cambiado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria, tanto respecto de la responsabilidad como de la punibilidad; 7. cuando sobre el mismo hecho y encausado se haya proferido más de una sentencia en firme”.

⁴⁶ Lo cual está en concordancia con el art. 73 del Proyecto de ley “por medio del cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la Jurisdicción Especial para la Paz”, radicado el 4 de abril de 2018 en el Congreso de la República, núm. en Cámara de Representantes: 239/18, núm. en Senado: 225/18: Cláusula remisoría. En lo no

art. 97 fue la causal 2^a del art. 192. Además, se agrega una nueva causal: “procederá la revisión asimismo para los casos en los cuales sobre el mismo hecho y encausado se haya proferido más de una sentencia en firme”.

(5) Por último, de considerarse que no procede otorgar la amnistía o indulto, le corresponde a la Sala de Amnistía e Indulto remitir el caso a la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad y a la Sala de Determinación de Hechos y Conductas o a la Sala de Definiciones de Situaciones Jurídicas para que estas profieran una decisión con fundamento en la determinación ya adoptada y a sus competencias.

(6) Finalmente, se debe hacer referencia a la acción de tutela frente a las decisiones que tome la Sala de Amnistía e Indulto. Respecto de la posibilidad de admitir el examen de amparo cuando la conducta que atenta o vulnera un derecho fundamental se deriva de una decisión judicial, si bien el art. 25 de la LA no menciona la posibilidad de su ejercicio, tampoco la excluye. Aunque la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales es aceptada de forma excepcional por la Corte Const., esta acción está sometida a que los efectos de una decisión judicial vulneren o amenacen derechos fundamentales y a que no exista otro mecanismo o acción judicial idónea para proteger el derecho en controversia⁴⁸. Además, debido al carácter excepcional y residual, la acción de tutela frente a providencias judiciales no puede ser considerada un recurso, es decir, no es una instancia dentro del proceso⁴⁹. El AL 01 de 4 de abril de 2017 regula precisamente esta cuestión en el art. transitorio 8^o, el cual establece que “la acción de tutela procederá contra las acciones u omisiones de los órganos de la Jurisdicción Especial para la Paz, que hayan violado, violen o amenacen los derechos fundamentales”. Así las cosas, se deben haber agotado todos los recursos en esta jurisdicción; además, las solicitudes

regulado en la presente ley, se aplicará la Ley 1592 de 2012, Ley 1564 de 2012 y Ley 906 de 2004, siempre y cuando tales remisiones se ajusten a los principios rectores de la justicia transicional.

⁴⁷ Causal 2^a art. 192 del CPP: “Cuando se hubiere dictado sentencia condenatoria en proceso que no podía iniciarse o proseguirse por prescripción de la acción, por falta de querrela o petición válidamente formulada, o por cualquier otra causal de extinción de la acción penal”.

⁴⁸ Corte Const., sent. C-590 de 8 de junio de 2005.

⁴⁹ LOAIZA, “La acción de tutela contra providencias judiciales y el debido proceso. Estudio de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana”, en *Diálogos de Derecho y Política*, núm. 15, año 6, sep. de 2014, pág. 83.

⁵⁰ Ver los arts. 148 al 151 del proyecto de Ley Estatutaria para la Administración de Justicia en la JEP (texto conciliado de 29 de noviembre de 2017, pendiente de revisión constitucional).

deben presentarse ante el Tribunal de Paz, que será el único competente, en diferentes secciones, para conocer de ellas. La primera instancia será decidida por la Sección de Revisión y la segunda por la Sección de Apelaciones. El fallo podrá ser revisado por la Corte Const.⁵¹.

16 Considerando que el art. 86 de la Const. Pol. prevé que la acción de tutela podrá ser interpuesta ante los “jueces en todo momento y lugar” y que dicha disposición ha sido desarrollada por el art. 37 del Decreto 2591 de 1991, el cual establece la competencia territorial, y de manera específica fija que deben conocer de la acción de tutela “los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación o la amenaza que motivaren la presentación de la solicitud”⁵², es decir cualquier juez sin importar su jurisdicción, es cuestionable que en este contexto la acción de tutela solo pueda ser interpuesta dentro de la misma JEP. Empero, esto se justifica, pues la JEP, además de ser una jurisdicción independiente, es transitoria y tiene fines diferentes a la jurisdicción ordinaria. El art. 8º transitorio del AL 01 de 2017 establecía que, si luego de la revisión la Corte Const. encontraba una vulneración de un derecho fundamental, a esta no le correspondía anular, invalidar o dejar sin efectos la providencia de la Jurisdicción Especial, sino que la sentencia debía ser remitida al Tribunal de Paz, para que este adoptara la decisión que correspondiera respetando el derecho amparado. Lo anterior fue declarado inexecutable por medio de la sent. C-674 de 14 de noviembre de 2017, de la cual solo se conoce hasta la fecha de preparación de este comentario un comunicado de prensa⁵³. Lo que preveía esta norma podía limitar las facultades de la Corte Const., ya que, según el apartado mencionado, la Corte no podría garantizar el derecho directamente, sino solamente determinar la vulneración. En la jurisdicción ordinaria el juez constitucional además de pronunciarse frente a la vulneración, tiene también la facultad de revocar y dejar sin efectos la providencia judicial que fue proferida violando un derecho fundamental y para efectos de restablecimiento de los derechos vulnerados debe remitir el proceso a la autoridad

⁵¹ Corte Const., comunicado de prensa núm. 55 de 14 de noviembre de 2017, num. 15 (sent. C-674 de 14 de noviembre de 2017); Corte Const., sent. C-007 de 1º de marzo de 2018, nums. 647-648, la Corte Const. establece que es el órgano encargado de interpretar con autoridad los derechos fundamentales para así lograr la unidad en la aplicación del derecho. Por ese motivo, en la sent. C-674 de 2017 (Corte Const., comunicado de prensa 55 de 14 de noviembre de 2017, num. 15), al analizar la constitucionalidad del AL 01 de 2017, declaró inexecutable una norma que restringía el acceso a la acción de tutela y limitaba también la competencia de la Corte Const. en su selección y estudio.

⁵² Corte Const., auto 074/16 de 24 de febrero de 2016, exp. ICC-2326.

⁵³ *Supra* nota 51.

judicial competente, dependiendo de la instancia y procedencia, para que esta proceda a rehacer el proceso en pleno ejercicio de la autonomía judicial, siempre en el marco del respeto a los derechos fundamentales⁵⁴. Para que se respete lo anterior, cualquiera que sea el juez constitucional encargado de resolver la acción de tutela contra las providencias judiciales de la JEP no solo debería pronunciarse sobre la vulneración de los derechos fundamentales, sino a su vez garantizar la protección del derecho fundamental anulando, invalidado y dejando sin efectos la decisión respectiva, para que la instancia encargada pueda restablecer el derecho y rehacer el procedimiento del que se trate.

⁵⁴ Por ejemplo, ver Corte Const., sents. T-1197 de 5 de diciembre de 2003 y T-612 de 9 de noviembre de 2016.

Artículo 26. *Presentación de listados.* Serán representantes legitimados para presentar ante las autoridades, incluidas las judiciales, o ante la Jurisdicción Especial de Paz, los listados de personas integrantes de la organización rebelde que haya suscrito el Acuerdo Final de Paz, los representantes designados por las FARC-EP expresamente para ese fin, listados que serán verificados conforme a lo establecido en el Acuerdo Final de Paz. Tales listados podrán presentarse hasta que se haya terminado de examinar por la Sala de Amnistía e Indulto de la Jurisdicción Especial para la Paz la situación legal de todos los integrantes de las FARC-EP.

Jurisprudencia nacional: Corte Const., sents. C-647 de 2017 (según comunicado de prensa 55 de 14 de noviembre de 2017) y sent. C-007 de 1º de marzo de 2018.

1 El art. 26 LA establece las reglas para la presentación de los listados que servirán para acreditar cuáles personas son integrantes de la guerrilla de las FARC y puedan ser objeto de aplicación de los beneficios y obligaciones establecidos por la LA y el SIVJRN¹. Estos listados podrán ser presentados ante las autoridades, incluyendo las judiciales, o ante la JEP, por los representantes

¹ La LA hace varias referencias a estos listados, por ejemplo en los arts. 17 num. 2 (ámbito de aplicación personal de la amnistía *de iure*), 22 num. 2 (ámbito de aplicación de amnistía o indulto) y 29 num. 1 (ámbito de competencia personal de la Sala de definición de situaciones jurídicas) ver comentarios correspondientes; el art. 63 del Proyecto de Ley Estatutaria de la Administración de Justicia en la JEP, (texto conciliado de 29 de noviembre de 2017, pendiente de revisión constitucional) establece que en concordancia con lo establecido en el art. transitorio 5º del AL01 de 2017, la JEP tendrá competencia personal respecto de las personas incluidas en los listados elaborados por las FARC acreditadas como miembros de dicha organización por la OACP, así como respecto de aquellas personas que en providencias judiciales hayan sido condenadas, procesadas o investigadas por la pertenencia a las FARC o colaboración con esta organización, por conductas realizadas antes del 1º de diciembre de 2016, aunque estos no estuvieren en el listado de integrantes entregado por dicho grupo al Gobierno nacional; además, la Corte Const. en sent. C-007 de 1º de marzo de 2018 afirma que la figura de los listados cumple un papel instrumental importante en las distintas etapas del proceso que se inició luego de la firma del Acuerdo Final, y que tiene como fin poner punto final a la confrontación armada y la construcción de una paz estable y duradera.

designados de las FARC, para luego ser objeto de verificación según lo establecido en el Acuerdo Final de Paz. La formación definitiva de los listados a los que se refiere el artículo aquí comentado está dividida en dos fases: la primera en el marco de las mesas de conversaciones entre el Gobierno nacional y las FARC y la segunda tras la llegada a las ZVTN y PTN. Estas fases de formación están descritas en el Acuerdo Final de Paz de la siguiente forma:

La primera fase pactada entre el Gobierno nacional y la guerrilla de las FARC en el marco de las mesas de conversaciones, por medio del acuerdo para facilitar la ejecución del cronograma del proceso de dejación de armas, fue el día 20 de agosto de 2016, lo cual fue integrado al Acuerdo Final de Paz. Allí se estableció que un delegado de las FARC², expresamente designado para ello, entregaría formalmente y por escrito al Gobierno nacional dos listados, uno con los integrantes de la organización que se encontraran privados de la libertad por cualquier delito, y otro con las personas que se encontraran privados de la libertad por haber sido condenados o procesados por pertenencia o colaboración con la guerrilla de las FARC y que no se reconozcan como tales. El Gobierno nacional tenía la obligación de verificar estos listados. El primer listado al que allí se hace referencia debe formar parte del listado final y único de integrantes de las FARC cobijados por el Acuerdo Final. Las FARC podía hacer entregas de listados parciales hasta el momento de entrada en vigor de la LA³. Para efectos de elaborar estos listados la guerrilla de las FARC debía nombrar un grupo de abogados para que ellos efectuaran las visitas a los centros carcelarios donde se encontraran privados de libertad los prisioneros miembros de esta guerrilla o acusados de serlo, para recolectar, a partir de los colectivos existentes, los nombres y demás datos personales. Asimismo, la OACP y el Gobierno nacional tenían el compromiso de entregar información sobre las personas privadas de la libertad, imputadas, acusadas o condenadas con ocasión de su pertenencia a esta guerrilla o acusados de pertenecer a esta sin que se reconozcan como tales, solicitando para tal efecto

2

² La Corte Const. en sent. C-007 de 1º de marzo de 2018 afirma que no encuentra reparo constitucional en la regla según la cual la presentación de los listados sea competencia de los representantes de las FARC designados para tal fin, ya que, primero, es esta organización quien de manera más rápida y precisa está en condiciones de aportar la información y, segundo, estos listados serán objeto de verificación por el Estado.

³ Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, versión de 24 de noviembre de 2016, Acuerdo para facilitar la ejecución del cronograma del proceso de dejación de armas alcanzado mediante acuerdo de 23 de junio de 2016, núm. 7 pág. 28. Disponible en: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Paginas/Texto-completo-del-Acuerdo-Final-para-la-Terminacion-del-conflicto.aspx> (última fecha de consulta: 14 de mayo de 2018).

dicha información a la FGN o al Consejo Superior de la Judicatura⁴. Hasta este punto en la elaboración de los listados han participado tanto la guerrilla de las FARC, como el Gobierno nacional y la OACP.

3 La segunda fase de formación de los listados hace parte del Acuerdo Final de Paz y del proceso de acreditación y tránsito a la legalidad. Allí se pactó que tras la llegada a las ZVTN y a los PTN las FARC, por medio de un delegado expresamente designado para ello, debía hacer entrega al Gobierno nacional del listado de todos sus integrantes. Esta lista debía ser recibida y aceptada por el Gobierno nacional de buena fe⁵, de conformidad con el principio de confianza legítima, sin perjuicio de las verificaciones correspondientes⁶. En este sentido, las FARC se hicieron responsables de la veracidad y exactitud de la información contenida en la lista. De nuevo, con fines de acreditación, el Gobierno nacional se comprometió a realizar el proceso de revisión y contrastación de la información contenida en estas listas. El Acuerdo también prevé un mecanismo para solucionar las observaciones presentadas por el Gobierno nacional; estas serán presentadas a la guerrilla de las FARC y de no ser tenidas en cuenta se establecerá un mecanismo conjunto de solución de diferencias para la revisión de esos casos, en el marco de la Comisión de Seguimiento, Impulso y Verificación de la implementación del Acuerdo Final. El Acuerdo también establece que el Gobierno nacional debe recibir y aceptar el listado definitivo, mediante un acto administrativo formal, a más tardar el día D +180. Excepcionalmente y previa justificación, las FARC incluirán o excluirán a personas del listado. De nuevo, los nombres incluidos serán objeto de verificación por el Gobierno nacional⁷.

4 Con respecto a la implementación de lo mencionado, el párrafo 5º del art. 1º de la Ley 1779 de 2016⁸ asignó de manera oficial a la OACP la tarea de

⁴ *Ibíd.*, num. 9 pág. 287.

⁵ Art. transitorio 5º del art. 1º del AL 01 de 2017; Corte Const., sents. C-647 de 2017 (según comunicado de prensa 55 de 14 de noviembre de 2017) y C-007 de 1º de marzo de 2018.

⁶ También regulado en el parg. 5º del art. 8º de la Ley 418 de 1997, modificada por la Ley 1779 de 2016, establece que la calidad de miembro del grupo armado organizado al margen de la ley de que se trate se acreditará mediante una lista suscrita por los voceros o miembros representantes designados por dicho grupo, en la que se reconozca expresamente tal calidad; art. transitorio 10 del art. 1º del AL 01 de 2017.

⁷ *Supra* nota 1, págs. 73-74; art. transitorio 10 del art. 1º del AL 01 de 2017; Corte Const., sents. C-647 de 2017 (según comunicado de prensa 55 de 14 de noviembre de 2017) y C-007 de 1º de marzo de 2018.

⁸ Ley 1779 de 11 de abril de 2016 por medio de la cual se modifica el art. 8º de la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por las leyes 548 de 1999, 782 de 2002, 1106 de 2006, 1421 de 2010 y 1738 de 2014.

recibir, aceptar y verificar la lista suscrita por los voceros de las FARC. Posteriormente, el Decreto 1174 de 2016⁹ crea un Comité Técnico, de carácter interinstitucional, compuesto por delegados de las entidades públicas que posean información y bases de datos¹⁰, el cual está encargado de adelantar el registro, procesamiento, análisis y cruce de datos e informaciones necesarias para apoyar la labor de la OACP de verificación de los listados suscritos. Del Comité hacen parte el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, el Ministerio de Defensa Nacional, los organismos de Inteligencia de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, la Fiscalía General de la Nación, la Dirección Nacional de Inteligencia y la Registraduría Nacional¹¹.

Hasta el día 15 de agosto de 2017¹², día en que se cerraron las listas, las FARC pudieron hacer entrega para verificación y acreditación de listados al Gobierno nacional¹³. El 25 de septiembre de 2017 la OACP mediante un comunicado¹⁴ informó que las FARC entregaron en total 14.178 nombres, entre guerrilleros, milicianos y personas privadas de la libertad. La OACP acreditó a 11.345 integrantes, lo que equivale al 80 por ciento de los postulados¹⁵. El comunicado advierte que con el apoyo de las entidades que hacen parte del Comité Técnico Interinstitucional continuará la tarea de revisión, contrastación y verificación de los listados para culminar el proceso de acreditación. Además, 251 personas privadas de la libertad y que figuraban en las listas

5

⁹ Decreto 1174 de 19 de julio de 2016, por medio del cual se reglamenta el art. 8º de la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por las leyes 548 de 1999, 782 de 2002, 1106 de 2006, 1421 de 2010 y 1738 de 2014 y se dictan otras disposiciones.

¹⁰ Art. 1º Decreto 1174 de 2016.

¹¹ Art. 2º Decreto 1174 de 2016.

¹² El Gobierno nacional recibió los listados de los integrantes de las FARC hasta el 15 de agosto de 2017. Estos fueron recibidos de buena fe, bajo el principio de confianza legítima, sin perjuicio de la verificación que realice el Gobierno nacional para efectos de su acreditación.

¹³ En el mes de septiembre se hicieron públicas varias denuncias de “colados” en las listas de las FARC, ver aclaración en: http://www.altocomisionadopalapaz.gov.co/Prensa/Paginas/2017/Septiembre/comunicado-25-narcotraficantes-denunciados-medios-comunicacion-como-colados-listas-farc.aspx?TB_iframe=true&width=370.8&height=658.8 (última fecha de consulta: 14 de mayo de 2018).

¹⁴ <http://www.altocomisionadopalapaz.gov.co/Prensa/Paginas/2017/Septiembre/comunicado-sobre-los-listados-de-nombres-entregados-por-Farc.aspx> (última fecha de consulta: 14 de mayo de 2018).

¹⁵ Según Comunicado: 8.322 fueron guerrilleros y milicianos que llegaron a las 26 zonas y puntos transitorios de normalización, 52 extranjeros y 2.971 privados de la libertad.

fueron excluidas, después de activar el mecanismo conjunto de solución de diferencias con las FARC previsto en el Acuerdo Final, y de determinar caso por caso que no formaron parte de esa organización. Adicionalmente, la OACP excluyó a 19 narcotraficantes solicitados en extradición. Lo anterior deja claro por lo menos dos cosas: primero, el mecanismo de verificación y acreditación ha realizado una ardua labor de revisión de los listados que aún no ha terminado; segundo, más o menos el 20 por ciento de los nombres aportados por las FARC serán excluidos de los beneficios de la JEP. Lo que no queda claro es cuáles serán las sanciones o si existen sanciones para los voceros de las FARC por haber faltado a la verdad. Lastimosamente, ni el Acuerdo Final ni las normas de implementación prevén sanción alguna. Sin embargo, es evidente que ello ha lesionado la legitimidad de las FARC.

6 El art. 63 de la Ley Estatutaria de la JEP establece que luego de la verificación de los listados, “el Gobierno nacional debe expedir el listado final de acreditación de quienes, para todos los efectos legales se reputarán como los únicos desmovilizados de las FARC. Este listado tendrá el carácter de reservado y será remitido a las autoridades competentes”. Esta norma también establece que la violación a esta disposición, respecto del carácter reservado, dará lugar a las responsabilidades penales y disciplinarias de la legislación vigente.

7 Cuando la lista sea la definitiva, la Sala de Amnistía e Indulto podrá excepcionalmente estudiar e incorporar los nombres de las personas que por motivos de fuerza mayor no fueron incluidos en el listado de acreditados por el Gobierno nacional. Para lo cual, la Sala de Amnistía podrá solicitar apoyo al Comité Técnico Interinstitucional. No obstante, en ningún caso, la Sala de Amnistía podrá considerar personas sobre las cuales la OACP haya decidido su no acreditación¹⁶. Por último, los delegados de las FARC o la OACP podrán determinar el retiro de alguna persona previamente incluida en los listados por las causas establecidas en el Acuerdo Final y en la normativa que lo desarrolla.

8 Finalmente, el art. 26 prevé que tales listados pueden ser presentados hasta que se haya terminado de examinar por la Sala de Amnistía e Indulto de la JEP la situación legal de todos los integrantes de la guerrilla de las FARC. La LA al no establecer un término fijo para la entrega de las listas, hace posible concluir que esta posibilidad está abierta hasta tanto la JEP tenga competencia¹⁷.

¹⁶ Art. 63, inc. 8º del Proyecto de Ley Estatutaria de la Administración de Justicia en la JEP (texto conciliado de 29 de noviembre de 2017, pendiente de revisión constitucional).

¹⁷ La anterior hipótesis fue confirmada por la Corte Const. en la sent. C-007 de 1º de marzo de 2018; además, establece la Corte Const. que no existe certeza sobre el término al que hace referencia el artículo lo cual es razonable debido a la función de la Sala de Amnistía e Indulto que debe finalizar una vez culmine su labor de análisis sobre la situación de todos los excombatientes.

Artículo 27. Ampliación de información. La Sala de Amnistía e Indulto, cuando lo estime necesario, podrá ampliar la información mediante la realización de entrevistas, solicitud de documentos, y cualquier otro medio que estime conveniente.

Literatura: MIGUEL FENECH, *El proceso penal*, 3ª ed., Agesa, 1978; ORTÚZAR LATAPIAT WALDO, “La amnistía desde el punto de vista del derecho procesal penal”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 18, núm. 1, págs. 126-136.

Jurisprudencia nacional: CSJ, Sala Plena, sent. 094 de 12 de julio de 1990; Corte Const., sents. C-758 de 10 de diciembre de 1998; C-591 de 5 de junio de 2005; C-396 de 23 de mayo de 2007; C-401 de 3 de julio 2013; sent. SU-768 de 16 de octubre de 2014; C-086 de 24 de febrero de 2016; C-206 de 27 de abril de 2016; C-396 de 12 de mayo de 2017; C-007 de 1º de marzo de 2018.

Otros documentos: Proyecto de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz; Proyecto de ley por medio del cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la Jurisdicción Especial para la Paz; Reglamento General de la JEP adoptado mediante el Acuerdo núm. 001 de 2018 de 9 de marzo de 2018.

El art. 27 establece la facultad que tiene la Sala de Amnistía e Indulto para ampliar la información que requiera, de tal manera que pueda cumplir a cabalidad sus funciones. Si bien la Sala de Amnistía e Indulto recibe información a través de listados provenientes de las FARC, así como de las recomendaciones la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas y de la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad y Determinación de Hechos y Conductas, este artículo permite que la Sala de Amnistía e Indulto pueda de oficio, ampliar esta información. Empero, lo que no es claro es si esta *ampliación de información* puede ser entendida como una facultad de la Sala para recaudar elementos materiales probatorios, es decir como una potestad investigativa.

La Sala de Amnistías e Indultos es un órgano jurisdiccional al que le corresponde decidir, en el SIVJNR: (1) si otorga o no los beneficios de amnistía o indulto (arts. 21, 24 y 25 de la LA) y (2) resolver las solicitudes de puesta en libertad de cualquier persona a la que le alcancen los efectos de la amnistía o indulto (art. 41 de la LA). Para proferir dicha decisión debe emitir lo que la LA ha llamado *resolución*¹. En este punto es importante analizar, cuál es

¹ Ver comentario del art. 26 para profundizar sobre el procedimiento y efectos de la resolución de amnistía o indulto; art. 47 num. 7 del Proyecto de ley “por medio del

la función jurídica de la resolución de amnistía o indulto de la LA y cómo se relaciona esta función con la facultad que tiene la Sala de Amnistía e Indulto para otorgar estos beneficios. Para resolver lo anterior se debe primero considerar que, en términos generales, una ley de amnistía priva de fundamento y de objeto al proceso penal, el cual no podrá iniciarse; y si se ha iniciado, debe concluir tan pronto como la ley de amnistía sea sancionada². La amnistía equivale a dejar sin efecto para un determinado caso la norma penal material³, por lo tanto, no es posible evaluar la punibilidad del delito o del responsable. Lo mismo ocurre frente al indulto, ya que este implica el perdón posterior de la pena⁴. En consecuencia, la resolución frente a la solicitud de amnistía o indulto no implica una decisión típica de un ente jurisdiccional, es decir, pronunciar una declaración de certeza sobre la existencia de un delito; esta resolución cumple la función jurídica de declarar oficialmente si se extingue o no la acción penal o las sanciones penales. Normalmente esta facultad es típica de los entes legislativo o ejecutivo⁵. Ahora bien, el Acuerdo Final de Paz y la LA han establecido que la Sala de Amnistía e Indulto es el ente designado para impartir en virtud de los requisitos y límites del SIVJRN esta decisión. Entonces, según las normas de procedimiento penal ordinario, ¿puede asemejarse esta resolución a un auto proferido por un juez?, o más bien, si se entiende esta función como una delegación del ente ejecutivo, ¿sería la resolución algo así como un acto administrativo? Independiente de la opción que se escoja, se puede argumentar, de todas maneras, que en últimas la resolución de amnistía o indulto no se puede asemejar a una sentencia.

3 Según esta idea, entender la posibilidad de ampliar información, *cuando sea necesario*, como una facultad de la Sala para recaudar elementos materiales probatorios, es decir, de decretar pruebas de oficio, podría sugerir que las decisiones de esta Sala no tendrían un enfoque adversarial típico, lo cual, podría pensarse, compromete la imparcialidad del juez y la garantía de la igualdad de armas. No obstante, se debe considerar que, como ya se expuso, las resoluciones de amnistía o indulto no tienen un carácter netamente jurisdiccional. Sobre esta base, se podría argumentar que la Sala puede *excepcional-*

cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la Jurisdicción Especial para la Paz”, radicado el 4 de abril de 2018 en el Congreso de la República, núm. en Cámara de Representantes: 239/18, núm. en Senado: 225/18.

² LATAPIAT, “La amnistía desde el punto de vista del derecho procesal penal”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 18, núm. 1, pág. 127.

³ *Ibíd.*, pág. 129 citando a FENECH, *El proceso penal*, pág. 334.

⁴ CSJ, Sala Plena, sent. 094 de 12 de julio de 1990, citada en Corte Const., sent. C-758 de 10 de diciembre de 1998.

⁵ Ver comentario del art. 24 num. 4.

mente decretar pruebas de oficio. Por su parte, el CPP, precisamente, debido a su carácter acusatorio, prohíbe textualmente en virtud de su art. 361 que el juez pueda decretar pruebas de oficio⁶. Respecto de este asunto, la Corte Const. estableció que la prohibición contenida en el art. 361 del CPP no es absoluta, en tanto que los jueces de control de garantías (y solo ellos) sí pueden decretar y practicar pruebas de oficio en casos en los que esto sea indispensable para garantizar la eficacia de los derechos que son objeto de control judicial⁷. En un contexto diferente, esta misma Corte declaró exequible la posibilidad atribuida al juez de decretar de oficio la práctica de pruebas, más concretamente en segunda instancia del proceso disciplinario, en virtud del art. 59 de la Ley 1474 de 2011 Estatuto Anticorrupción, partiendo de la idea de que la búsqueda de la verdad es un imperativo para el juez y un presupuesto para la obtención de decisiones judiciales, por lo cual decretar pruebas de oficio no solo no desvirtúa el principio de imparcialidad del juez, sino que aboga por una defensa en igualdad de condiciones de las partes⁸. Según de esta lógica podría argumentarse que el recaudo de información estaría conforme a la jurisprudencia citada, siempre y cuando este sea motivado y en todo caso excepcional⁹.

En todo caso, el AL 01 de 4 de abril de 2017 determinó que la JEP estará sujeta a un régimen legal propio, el cual, comprendidos los procedimientos, debe ser regulado por la ley¹⁰. Este mismo AL establece que los magistrados que integran la JEP estarán facultados para formular las normas procesales que regirán esta jurisdicción, las cuales deben ser presentadas por el Gobierno nacional al Congreso de la República¹¹. Estas normas deben garantizar un ramillete de principios¹² allí establecidos y estar fijadas dentro del marco de un modelo

4

⁶ Corte Const., sent. C-396 de 23 de mayo de 2007.

⁷ Corte Const., sents. C-591 de 5 de junio de 2005; C-206 de 27 de abril de 2016 y C-396 de 12 de mayo de 2017.

⁸ Corte Const., sents. C-401 de 3 de julio 2013; C-206 del 27 de abril de 2016; Jurisprudencia similar Corte Const., sent. SU-768 de 16 de octubre de 2014 y C-086 de 24 de febrero de 2016.

⁹ En este sentido ver Corte Const., sent. C-007 de 1º de marzo de 2018 num. 804.

¹⁰ AL 01 de 4 de abril de 2017, art. transitorio 5º.

¹¹ AL 01 de 4 de abril de 2017, art. transitorio 12.

¹² Según el art. 12 del AL 01 de 2007 y el art. 75 del proyecto de Ley Estatutaria, el procedimiento para proferir esta resolución debe garantizar los principios de imparcialidad, independencia judicial, debida motivación, publicidad, debido proceso, contradicción, participación de las víctimas como intervinientes y doble instancia en el marco de un modelo adversarial; el Reglamento General de la JEP, adoptado mediante el Acuerdo núm. 001 de 2018 de 9 de marzo de 2018 por la misma JEP, establece además de los anteriores principios los siguientes: centralidad de las víctimas, justicia restaurativa, prospectiva y restaurativa efectiva, integralidad del SIVJRN, verdad restaurativa,

adversarial. El Proyecto de ley por medio del cual se adoptan reglas de procedimiento para la JEP cierra por ahora el debate frente a la posibilidad de que los jueces de la JEP decreten pruebas de oficio, ya que el párrafo primero de su art. 21 permite textualmente que los magistrados de las Salas y Secciones puedan ejercer dicha facultad. Sin embargo, es cuestionable que los jueces en un proceso de corte adversarial puedan, sin ninguna salvedad, decretar pruebas de oficio, teniendo además presente que estas mismas reglas en el art. 73 prevén una cláusula remisoría al CPP, donde, como ya se anotó, existe una prohibición a este respecto, que solo se levanta excepcionalmente cuando se trate y motive en razón de la protección de un derecho fundamental.

procedimiento dialógico, procedimiento adversarial, precedencia y prevalencia del procedimiento dialógico sobre el adversarial, enfoque diferencial, territorial, étnico y de género, garantía constitucional a sujetos de especial protección, *pro homine* y *pro víctima*, legalidad, seguridad jurídica, derecho a la defensa, presunción de inocencia, favorabilidad, confidencialidad, condicionalidad de tratamiento especial, estabilidad, eficacia y cumplimiento de las resoluciones y sentencias, derecho a la paz estable y duradera, moralidad, eficacia, economía y celeridad, lealtad y trabajo conjunto; el Proyecto de ley “por medio del cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la Jurisdicción Especial para la Paz”, radicado el 4 de abril de 2018 en el Congreso de la República, núm. en Cámara de Representantes: 239/18, núm. en Senado: 225/18 aclaro algunos de estos principios en su art. 1º.

CAPÍTULO III

COMPETENCIA Y FUNCIONAMIENTO DE LA SALA DE DEFINICIÓN DE SITUACIONES JURÍDICAS

Artículo 28. *Sala de Definición de Situaciones Jurídicas.* La Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la Jurisdicción Especial para la Paz tendrá las siguientes funciones:

1. Definir la situación jurídica de todos quienes hayan accedido a la Jurisdicción Especial para la Paz, en relación a dos supuestos: personas que no serán objeto de amnistía o indulto ni serán incluidas en la resolución de conclusiones, y personas a las que no habrá de exigírseles responsabilidades ante el Tribunal, por ser merecedoras de amnistía o indulto.

2. Definir el tratamiento que se dará a las sentencias impuestas previamente por la justicia respecto a las personas objeto de la Jurisdicción Especial para la Paz, incluida la extinción de responsabilidades por entenderse cumplida la sanción.

3. Con el fin de que se administre pronta y cumplida justicia, determinar los posibles mecanismos procesales de selección y priorización para quienes no reconozcan verdad y responsabilidad. En la adopción de sus determinaciones esta Sala valorará las decisiones adoptadas por la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad y Determinación de Hechos y Conductas de la Jurisdicción Especial de Paz, respecto de la concentración de sus funciones en los casos más representativos conforme a las competencias de dicha Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad y Determinación de Hechos y Conductas.

4. Para el ejercicio de sus funciones, efectuar la calificación de la relación de la conducta con el conflicto armado.

5. Adoptar las demás resoluciones necesarias para definir la situación jurídica de quienes no fueron amnistiados ni indultados, ni han sido objeto de resolución de conclusiones.

6. A petición del investigado, definir la situación jurídica de las personas que, sin pertenecer a una organización rebelde, tengan una investigación en curso por conductas que sean de competencia de la Jurisdicción Especial para la Paz. La Sala decidirá si es procedente remitirlo a la Sala de Amnistía e Indulto, si es procedente remitirlo a la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad y Determinación de Hechos y Conductas, o si para definir la situación jurídica es procedente renunciar al ejercicio de la acción penal o disciplinaria, en este último caso también respecto a civiles no combatientes, o aplicar cualquier otro mecanismo jurídico según el caso. La resolución que define la situación jurídica hará tránsito a cosa juzgada.

7. Para asegurar el funcionamiento eficiente, eficaz y celer de la Jurisdicción Especial para la Paz, la Sala tendrá las más amplias facultades para organizar sus tareas, integrar comisiones de trabajo, fijar prioridades, acumular casos semejantes y definir la secuencia en que los abordará, así como adoptar criterios de selección y descongestión, para lo cual podrá también tener en cuenta las observaciones de las víctimas.

Al ejercer estas facultades tendrá en cuenta la necesidad de evitar que las conductas graves y representativas queden impunes, así como prevenir la congestión del Tribunal.

8. Definir la situación jurídica de quienes no hayan tenido una participación determinante en los casos más graves y representativos, en particular respecto de las conductas a las que se refiere el artículo 23 de esta ley incluyendo, la definición de la situación jurídica de aquellos terceros que se presenten voluntariamente a la jurisdicción en los 3 años siguientes de su puesta en marcha y que tengan procesos o condenas por delitos que son competencia de la JEP, cuando no hayan tenido una participación determinante en los delitos más graves y representativos.

Una vez verificada la situación jurídica, adoptará las resoluciones necesarias, entre otras la renuncia a la acción penal u otro tipo de terminación anticipada al proceso, siempre que contribuyan de manera eficaz a las medidas del SIVJNR, en particular la contribución al esclarecimiento de la verdad en el marco de dicho sistema.

9. Recibir la información procedente de organizaciones sociales, sindicales y de derechos humanos y procesos que hacen parte de la

Cumbre Agraria, Étnica y Popular, cuando se trate de los siguientes delitos, cometidos en el marco de disturbios públicos o el ejercicio de la protesta social: asonada, obstrucción de vías públicas, lanzamiento de sustancias peligrosas, violencia contra servidor público, perturbación del servicio de transporte público, daños en bien ajeno, lesiones personales y demás delitos ocasionados en el marco de la ley de seguridad ciudadana o en ejercicio de la protesta social. En estos casos, la Sala aplicará mecanismos de cesación de procedimiento con miras a la extinción de la acción y la responsabilidad o podrá remitir dicha información a la Sala de Amnistía e Indulto para lo de su competencia.

10. Decidir sobre la renuncia a la persecución penal respecto a personas que, habiendo participado directa o indirectamente en el conflicto armado siendo menores de edad en el momento de realizarse la conducta ilícita competencia de la Jurisdicción Especial para la Paz, resulten responsables de delitos no amnistiables, de conformidad con lo establecido en los principios adoptados por la Organización de las Naciones Unidas en esta materia.

Literatura: KAI AMBOS/ FRANCISO CORTÉS/JOHN ZULUAGA (coords.), *Justicia transicional y derecho penal internacional*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2018; KAI AMBOS, *Treatise on International Criminal Law*, Vol. II: The crimes and sentencing, Oxford, Oxford University Press, 2014; KAI AMBOS, *Nociones básicas del derecho internacional humanitario*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011; KAI AMBOS, et al., *Procedimiento de la ley de justicia y paz (ley 975 de 2005) y derecho penal internacional. Estudio sobre la facultad de intervención complementaria de la Corte Penal Internacional a la luz del denominado proceso de “justicia y paz” en Colombia*, Bogotá, GTZ/Embajada de la República Federal Alemana en Bogotá/Georg-August-Universität Göttingen, 2010; KAI AMBOS, *El marco jurídico de la justicia de transición. Especial referencia al caso colombiano*, Bogotá, Edit. Temis, 2008; ANDERS FJELD, CARLOS MANRIQUE, DIEGO PAREDES, LAURA QUINTANA (comp.), *Intervenciones filosóficas en medio del conflicto. Debates sobre la construcción de paz en Colombia hoy*, Bogotá, Uniandes-UNAL, 2016; ALEJANDRO APONTE, *Guerra y derecho penal de enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2006; LIBARDO ARIZA/ MANUEL ITURRALDE, “Castigo penitenciario y transición. Elementos para la interpretación de la experiencia colombiana”, en HELENA ALVIAR GARCÍA/ISABEL CRISTINA JARAMILLO SIERRA (coord.) *Perspectivas jurídicas para la paz*, Bogotá, Uniandes, 2016, págs. 399-426; FRANCISCO BARBOSA, *¿Justicia transicional o impunidad? La encrucijada de la paz en Colombia*, Bogotá, Ediciones B, 2016; JAIME BERNAL/JAIRO PARRA/ HUMBERTO SIERRA et al., *Reflexiones jurídicas sobre el proceso de paz*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016; LEONEL GUSTAVO CÁCERES, *Del terrorismo al conflicto armado interno. Estrategia de protección humanitaria*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2016; Centro

de Memoria Histórica, *Grupos armados posdemovilización (2006-2015)*. Trayectorias, rupturas y continuidades, Bogotá, CMH, 2017; LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 6ª ed., Madrid, Trotta, 2004; Gabriel Gatti (ed.), *Desapariciones. Usos locales, circulaciones globales*, Bogotá, Siglo del Hombre-Uniandes, 2017; JORGE GIRALDO, *La tercera realidad. Escritos sobre paz, reconciliación y derecho humanitario*, Medellín, Sílabo Editores, 2015; JULIO GONZÁLEZ, “La justicia transicional o la relegitimación del derecho penal”, en *Estudios Políticos* N° 31, Medellín, julio-diciembre, 2007, págs. 23-42; JULIO GONZÁLEZ, “La justicia penal en el posconflicto”, en *Revista Debates* 75 (septiembre-diciembre/2016), Medellín, UdeA, págs. 7 y ss.; MANFREDO KOESSL, *Violencia y habitus: paramilitarismo en Colombia*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2015; HERNANDO LEÓN LONDOÑO, *Sistemas punitivos y derechos humanos*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2016; JULIO B. MAIER, *Derecho procesal penal*, tomo I, Fundamentos, 2ª ed., Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004; JEAN CARLO MEJÍA/FABIO HERNÁN LÓPEZ/FABIÁN LAURENCE, *La víctima policial. Más allá del conflicto*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2016; JUAN SEBASTIÁN QUINTERO, *Las desapariciones forzadas y los falsos positivos. Del derecho internacional al derecho administrativo colombiano*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2016; HUGO EDUARDO RAMÍREZ/JUAN DAVID GUEVARA/JUAN FELIPE RIAÑO, *Las fuerzas militares del posacuerdo. Contribuciones en torno a sus retos y posibilidades*, Bogotá, Universidad del Rosario 2017; RODRIGO UPRIMNY/LUZ MARÍA SÁNCHEZ/NELSON CAMILO SÁNCHEZ, *Justicia para la paz. Crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada*, Bogotá, Dejusticia, 2014; JOHN ZULUAGA, “Las pretensiones de la JEP deben ser realistas (entrevista)”, en *Ámbito Jurídico* 438 (21.03.- al 10.04.2016), pág. 2; JOHN ZULUAGA “La JEP y su prevalencia” en *Ámbito jurídico* 471 (31.07.- al 13.08.2017), Bogotá, Legis S. A., pág. 15; JOHN ZULUAGA/SOPHIE RÄHME, Informe. *Ciclo de foros por la paz en Colombia/Tagungsbericht. Serie der Foren für den Frieden in Kolumbien*, Medellín, Rocco impr., 2017; JOHN ZULUAGA, “Acerca del procedimiento de la Ley 975 de 2005 o de ‘justicia y paz’”, en Ricardo Molina López (Coord.), *Lecciones de derecho penal, procedimiento penal y política criminal*, Medellín, Dike - Universidad Pontificia Bolivariana (Libro homenaje a la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana en su 75º aniversario), 2012, págs. 571-634; JOHN ZULUAGA, “Alcance del artículo 1º inciso 4º del acto legislativo 01 de 2012. De la consolidación de la paz y la selección y priorización en la investigación penal”, en KAI AMBOS (Coord.), *Justicia de transición y Constitución. Análisis de la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional*, Bogotá, Edit. Temis-CEDPAL-Konrad Adenauer, 2014, págs. 159 y ss.; JOHN ZULUAGA “De la jurisdicción especial para la paz”, en *Revista Debates*, núm. 73 (enero-abril 2016), Medellín, Universidad de Antioquia, págs. 65-69; JOHN ZULUAGA, “Hacia una tercera generación de justicia transicional. De la Jurisdicción especial para la solución del conflicto armado en Colombia”, en *En Letra: Derecho Penal*, Año II, núm. 3 (2016), Argentina, págs. 7-12. Disponible en <https://www.enletrapenal.com/núm.3> (visto por última vez el 30.05.2017); JOHN ZULUAGA, “Justicia de transición y criminalidad política. Implicaciones desde el punto de vista del modelo de selección y priorización procesal penal”, en Kai Ambos/Christian Steiner (Coords.), *Justicia de transición y constitución II. Análisis de la sentencia C-577 de 2014 de la Corte Constitucional*, Bogotá, CEDPAL-KAS-Edit. Temis, 2015, págs. 47-83; JOHN ZULUAGA/JÖRN HALLING, “El fin del proceso penal en contextos de justicia transicional”, en Andrés Duque (Comp.),

Perspectivas y retos del proceso penal, Medellín, UPB, 2015, págs. 203-234; JOHN ZULUAGA/ MANFREDO KOESSL, “Sobre la fase administrativa del procedimiento de la Ley 975 de 2005 o de “Justicia y Paz” (LJP)”, en *Derecho penal contemporáneo*, Bogotá, Legis S. A., octubre-noviembre 2011, págs. 5-64; JOHN ZULUAGA, “Concepción y evolución de la justicia penal para la terminación del conflicto armado en Colombia”, en Kai Ambos/ Francisco Cortés Rodas/John Zuluaga (coords.), *Justicia transicional y derecho penal internacional*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2018, págs. 201-236; JOHN ZULUAGA, “Las reglas de procedimiento de la JEP”, en *ambitojuridico.com* 01.06.2018.

Jurisprudencia nacional: Corte Const., sents. C-379 de 2016; C-699 de 2016; C-332 de 2017; C-577 de 2014 y C-579 de 2013.

I. La Sala de Definición de Situaciones Jurídicas

La Sala de Definición de Situaciones Jurídicas se ha previsto como la instancia de la JEP que resolverá la situación jurídica de quienes no sean objeto de amnistía o indulto, ni hayan sido incluidos en la resolución de conclusiones de la Sala de Reconocimiento de Verdad. La misma está concebida en el numeral 50 del Acuerdo sobre Víctimas y la delimitación de sus funciones ha sido fijada tanto en el art. 28 de la Ley 1820 de 2016 como en la LEAJ-JEP y en el art. 46 del Acuerdo 001 de 2018 (Reglamento de la JEP). Por la concepción de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas que se logra en el plano normativo y por su misma ubicación en la estructura de la JEP, esta tiene una intervención accesoria en materia de definición de la situación jurídica de los vinculados a la Jurisdicción: se trata de los casos no resueltos por la Sala de Amnistía e Indulto o la Sala de Reconocimiento de Verdad. Esta intervención accesoria se orienta fundamentalmente a decidir la renuncia a la persecución penal (arts. 42 y ss. LEAJ-JEP), excluyéndose dicha forma de terminación del proceso frente a los delitos que se delimitan en el art. 45 (1), (2) y (3) de la LEAJ-JEP.

Con fundamento en su competencia accesoria, a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas le corresponde proferir *diversas resoluciones*: tratamientos penales especiales diferenciados para agentes del Estado (arts. 42 y ss. y 84 (1) de la LEAJ-JEP); concesión y revocatoria de libertad condicionada y anticipada para agentes del Estado (arts. 5º y ss. LEAJ-JEP); tratamiento de sentencias de la justicia ordinaria (art. 11 AL 01 de 2017 y art. 28 (2) Ley 1820 de 2016); definición de situación jurídica de terceros (arts. 16 AL 01 de 2017; 28 (6) Ley 1820 de 2016 y 84 (f) LEAJ-JEP) y otras resoluciones (art. 28 (5) Ley 1820 de 2016). Su desenvolvimiento tiene una *restricción funcional* determinada por criterios de selección y priorización (arts. 16 AL 01 de 2017, 28 (6) Ley 1820 de 2016 y 84 (f) LEAJ-JEP) y debe contar con la certeza de que las conductas estudiadas están relacionadas con el conflicto

armado (art. 28 (4) Ley 1820 de 2016). Además, en el ejercicio de concesión de libertades, le corresponde a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas la verificación del llamado *test de condicionalidad*¹.

3

Las diferentes resoluciones que deben tomar los jueces que componen esta Sala² están orientadas fundamentalmente a adaptar los tratamientos punitivos de los postulados a la JEP (no sujetos de amnistías o indultos) a tratamientos procesales destinados a la satisfacción de los derechos a la verdad, la justicia, la reparación y no repetición. En otras palabras, es una de las bisagras entre el tratamiento penal ordinario (en materia de proceso y sanción) y la libertad con cargas restaurativas. En ese sentido, es un escenario de confirmación de la JEP como dispositivo prevalente de integración judicial, es decir, una instancia de revisión de tratamientos penales sin el carácter de instancia sustitutiva de las jurisdicciones concurrentes³. La Sala de Definición de Situaciones Jurídicas le otorga sentido a la JEP como escenario de despunitivización en el tratamiento de hechos relacionados con el conflicto armado.

¹ En ese sentido, la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas debe verificar: (i) la dejación de armas; (ii) el cumplimiento de la obligación de contribuir activamente a garantizar el éxito del proceso de reincorporación a la vida civil de forma integral; (iii) el cumplimiento de la obligación de aportar verdad plena en los términos del inciso octavo del artículo transitorio 5º del artículo 1º del AL 01 de 2017; (iv) la obligación de garantizar la no repetición y abstenerse de cometer nuevos delitos, o delitos de ejecución permanente, después del primero 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; (v) la obligación de contribuir a la reparación de las víctimas, y en particular de decir la verdad en relación con los procedimientos y protocolos para inventariar todo tipo de bienes y activos, y (vi) la obligación de entregar los menores de edad, en particular las obligaciones específicas establecidas en el numeral 3.2.2.5 del Acuerdo Final. (Corte Const., Comunicado 55 de 14.11.2017, 2. Síntesis de la providencia, párr. 9; sent. C-007 de 2018, párr. 684).

² La Sala de Definición de Situaciones Jurídicas quedó integrada por los siguientes magistrados: Heidy Patricia Baldosea Perea, Sandra Jannete Castro, Pedro Díaz Romero, Mauricio García José Miller Hormiga Sánchez y Claudia Rocío Saldaña Montoya. Véase, “La organización de los magistrados de la JEP” en *El Espectador*, 2020, 23.01.2018, disponible en <https://colombia2020.elespectador.com/jep/la-organizacion-de-los-magistrados-de-la-jep> (visto por última vez el 14.06.2018). Un seguimiento detallado a los perfiles de los integrantes de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas puede verse en el portal jepvisible.com, proyecto de la CEJ: <https://jepvisible.com/magistrados-de-las-salas> (visto por última vez el 14.06.2018). Sobre la selección de magistrados para la JEP véase CSJ, rad. 591976 del 23.11.2017.

³ Véase al respecto ZULUAGA, “La JEP y su prevalencia” en *Ámbito Jurídico* 471 (31.07.- al 13.08.2017), Bogotá, Legis, pág. 15.

II. Funciones generales

La delimitación de funciones de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas que consagra el art. 28 debe interpretarse en concordancia con el marco normativo arriba anunciado. Adicionalmente, en el entendimiento de su funcionalidad, debe considerarse el Protocolo 001 de 2018 expedido por la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas. En el Anexo a dicho Protocolo se fijan de forma resumida lo que son las funciones de esta Sala: i) la verificación y seguimiento a las condiciones de acceso y permanencia de los tratamientos especiales, beneficios, renunciaciones, derechos y garantías; ii) tratamientos penales especiales diferenciados de miembros de la fuerza pública; iii) resolución sobre libertad en lo de su competencia (condicionada, transitoria y anticipada y definitiva e inmediata), iv) definición de situación jurídica y otras resoluciones en casos no amnistiables, indultables o no seleccionados por la SRVR (competencia residual); v) definir la situación jurídica de sujetos sin participación determinante: terceros, civiles no combatientes y agentes del Estado diferentes a la fuerza pública que se presenten voluntariamente; vi) cesación de procedimiento en casos de protesta social y disturbios públicos; vii) definición de situación jurídica en casos de niños, niñas y adolescentes.

El art. 28 prevé el tratamiento de sentencias penales impuestas por la justicia ordinaria y de las personas que hubieran reconocido responsabilidad por crímenes internacionales (véase *infra* A). En su funcionalidad, la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas no solo se ha concebido como una instancia articulada y sucedánea de la Sala de Reconocimiento de Verdad, sino que se orienta por *criterios de priorización*. En esa medida, los presupuestos de su dinámica judicial serán la gravedad y representatividad de los delitos y el grado de responsabilidad en los mismos (véase *infra* B). Esta delimitación, a su vez, está condicionada por la relación de las conductas objeto de conocimiento de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas con el conflicto armado. De esta manera, el trabajo de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas encuentra en los criterios de priorización un filtro específico, pero, además, en la calificación de la *relación de la conducta con el conflicto armado* su filtro más general (véase *infra* C). En su propósito de canalizar el desenlace de las conductas que no han sido objeto de amnistías o indultos, el art. 28 de la Ley 1820 de 2016 prevé distintos *niveles de definición de situación jurídica*, orientados por criterios subjetivos que refuerzan la determinación del ámbito de competencia personal de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas⁴. En términos generales, concede la posibilidad de adoptar las resoluciones que sean necesarias para definir la situación jurídica en los casos en que la amnistía, indulto u otra resolución de conclusión no haya sido adoptada. Este tipo

⁴ Véase *infra* art. 29.

de resoluciones está prevista, más concretamente, en cuatro casos: i) para las personas que, sin pertenecer a una organización rebelde, tengan una investigación en curso por conductas que sean de competencia de la JEP; ii) frente a quienes no hayan tenido una participación determinante en los casos más graves y representativos, incluyendo a los terceros que se presenten voluntariamente a la jurisdicción; iii) personas involucradas en delitos cometidos en el marco de disturbios públicos o el ejercicio de la protesta social; iv) personas que participaron en el conflicto pero que al momento de realizarse la conducta ilícita eran menores de edad (véase *infra* D).

A) *Personas objeto de definición de situación jurídica y tratamiento de sentencias previas (nums. 1, 2 y 5)*

6 Los nums. 1 y 5 establecen que la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas definirá la situación jurídica de todos quienes hayan accedido a la JEP, en relación a dos supuestos: personas que no serán objeto de amnistía o indulto ni serán incluidas en la resolución de conclusiones, y personas a las que no habrá de exigírseles responsabilidades ante el Tribunal, por ser merecedoras de amnistía o indulto. En un primer nivel, se intenta asegurar el tratamiento judicial de aquella constelación de casos que no serán objeto de amnistía o indulto. Desde un *punto de vista general*, esta constelación de casos correspondería a todas las conductas que están fuera de la descripción que incorporan los arts. 15, 16, 22 y 23 de la Ley 1820 de 2016⁵, en concordancia con el art. 45 (1), (2) y (3) de la LEAJ-JEP y el Decreto 277 de 2017, es decir, los delitos que no son políticos ni conexos a los mismos. Desde un *punto de vista específico*, en este nivel se concibe un ámbito muy importante de situaciones que delimitan la competencia *ratione materiae* de la JEP. En concreto, se trataría de los crímenes previstos en el art. 23 parg. lits. a) y b) de la Ley 1820, que desarrollan de forma más amplia la prohibición concebida en el num. 40 del Acuerdo sobre Víctimas: crímenes internacionales y, además, algunos crímenes individuales⁶. Estos serían los supuestos que por prohibición

⁵ Véase al respecto *supra* art. 21 Sala de Amnistía o Indulto / COTE BARCO.

⁶ Art. 23, parágrafo de la Ley 1820 de 2017. “En ningún caso serán objeto de amnistía o indulto únicamente los delitos que correspondan a las conductas siguientes:

”a) Los delitos de lesa humanidad, el genocidio, los graves crímenes de guerra, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores, de conformidad con lo establecido en el Estatuto de Roma. En el evento de que alguna sentencia penal hubiere utilizado los términos ferocidad, barbarie u otro

expresa no pueden llegar a ser objeto de amnistía o indulto⁷. La prohibición expresa mencionada no debería entenderse como una enunciación taxativa, sino que debería concebirse como un umbral mínimo, el cual podría ampliarse a los casos no previstos en el mismo y que no se adecuan a los criterios que determinan la conexidad con delitos políticos⁸.

En un segundo nivel se encuentra el supuesto de las personas que no serán incluidas en la resolución de conclusiones de la Sala de Reconocimiento de Verdad. Este tipo de resolución está concebida para ser presentada ante el Tribunal de Paz, especificando los casos más graves y representativos, la individualización de las responsabilidades, los reconocimientos de verdad y responsabilidad, la calificación jurídica de las conductas y las sanciones correspondientes. En otras palabras, la resolución de conclusiones es el acto procesal proveniente de la Sala de Reconocimiento de Verdad, mediante el cual se sintetiza la información sobre hechos, responsables, reconocimiento de los mismos y, sobre esa base, las respectivas sanciones⁹. Esta resolución está dirigida al Tribunal de Paz y, según el num. 48 lit. j del Acuerdo sobre Víctimas, es una resolución que tiene lugar luego de concluidas las etapas previstas en los literales a-i del mismo numeral. El anuncio de presentación

7

equivalente, no se podrá conceder amnistía e indulto exclusivamente por las conductas delictivas que correspondan a las aquí enunciadas como no amnistiables;

”b) Los delitos comunes que carecen de relación con la rebelión, es decir aquellos que no hayan sido cometidos en el contexto y en razón de la rebelión durante el conflicto armado o cuya motivación haya sido obtener beneficio personal, propio o de un tercero”. Al respecto, véase AMBOS, “La ley de amnistía (ley 1820 de 2016) y el marco penal internacional”, en Kai Ambos/Francisco Cortés Rodas/John Zuluaga (coords.), *Justicia transicional y derecho penal internacional*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2018, págs. 135 ss. AL 01 de 2017; Ley 1820 de 2016; Acuerdo de víctimas, num. 40.

⁷ Véase al respecto *supra* art. 23 Criterios de conexidad / DIEGO TARAPUÉS.

⁸ De forma más expresa, la jurisprudencia de la CSJ ha delimitado esta discusión en el marco de comportamientos ejecutados por miembros de la fuerza pública: “[...] los delitos cometidos por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado y sin ánimo de obtener enriquecimiento personal ilícito, o en caso de que existiera, sin ser este la causa determinante de la conducta delictiva.” rad. 36487 de 16.08.2017; véase *infra* C. Relación de conductas con el conflicto armado (num. 4).

⁹ Véase Sala de Reconocimiento de Verdad, *Documento guía para la presentación de informes elaborados por organizaciones de víctimas, indígenas, negras, afrocolombianas, raizales, palenqueras, Rrom y de derechos humanos colombianas*, Bogotá, JEP, 24.05.2018, pág. 14. Disponible en [https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Documents/25.05.18%208pm%20SALA DE RECONOCIMIENTO DE VERDAD%20 GUIA%20para%20la%20elaboracion%20y%20presentacion%20de%20informes%20.pdf](https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Documents/25.05.18%208pm%20SALA%20DE%20RECONOCIMIENTO%20DE%20VERDAD%20GUIA%20para%20la%20elaboracion%20y%20presentacion%20de%20informes%20.pdf) (visto por última vez el 14.06.2018).

de esta resolución implica que los órganos investigadores (penales, disciplinarios, administrativos, etc.) remitan a la Sala de Reconocimiento de Verdad la totalidad de las investigaciones sobre hechos y conductas relacionadas con el conflicto y pierdan competencia para seguir investigando esos hechos y conductas¹⁰.

8 El num. 2 establece que la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas definirá el tratamiento que se dará a las sentencias impuestas previamente por la justicia respecto a las personas objeto de la JEP, incluida la extinción de responsabilidades por entenderse cumplida la sanción. La determinación de estas sentencias tiene como filtro los criterios de configuración de la competencia *ratione personae* de la JEP, es decir, todas las personas involucradas de manera directa o indirecta en el conflicto¹¹. En concordancia con el art. transitorio 11 AL 01 de 2017, corresponde a la Sección de Revisión del Tribunal para la Paz, a solicitud de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, decidir sobre la sustitución de las sanciones impuestas por la justicia ordinaria. Esta sustitución se dará “siempre y cuando el condenado reconozca verdad completa, detallada y exhaustiva, y que cumpla las demás condiciones del sistema respecto a la satisfacción de los derechos de las víctimas a la reparación y a la no repetición”¹². De esta manera, se reafirma el carácter de la JEP como

¹⁰ Acuerdo sobre Víctimas, num. 48 lit. j): “La Fiscalía General de la Nación o el órgano investigador de cualquier otra jurisdicción que opere en Colombia, continuará adelantando las investigaciones hasta el día en que la Sala, una vez concluidas las etapas anteriormente previstas –salvo la recepción de los reconocimientos de verdad y responsabilidad, los cuales siempre deberán ser posteriores al recibimiento en la Sala de la totalidad de investigaciones efectuadas respecto a la conducta imputada–, 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, 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”; véase Sala de Reconocimiento de Verdad (*supra* nota 9), pág. 14.

¹¹ AL 01 de 2017; Acuerdo de víctimas, nums. 32 y 63.

¹² CSJ, rad. 49895 del 28.06.2017. En este fallo, la CSJ afirma que solo ella “será la competente para la revisión de las sentencias que haya proferido. Únicamente para quienes hubieran sido condenados teniendo en cuenta su condición de combatientes podrá solicitarse la revisión de las anteriores sentencias ante la Sección de Revisión de la JEP”. Más adelante afirma que “Para los solos efectos de la revisión de sentencias por parte de la Sección de Revisión de la JEP, se entenderá por combatiente a todos los miembros de la fuerza pública y a los miembros de las FARC-EP conforme a los listados entregados por dicho grupo y verificados según lo establecido en el Acuerdo Final o a quien haya sido señalado como tal en una sentencia en firme”.

dispositivo de integración prevalente. Con ello, se acepta la vigencia de las competencias de los dispositivos judiciales concurrentes y se restringe la JEP como una instancia de revisión en sentido amplio, con apego al principio *ne bis in ídem*¹³. Precisamente, por no ser una jurisdicción supletoria en el art. transitorio 9º se incorpora un mecanismo para la solución de conflictos de competencia.

A pesar del marco de competencia *ratione materiae* y *ratione personae* de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, se incorporan (auto)restricciones a la manera de componentes de ajuste político procesal, para atajar los impactos de esas mismas competencias en el funcionamiento de la JEP (véase *infra* B). En todo caso, que el modelo de selección y priorización sea un presupuesto de los rendimientos de la JEP no significa que este modelo sintetice las competencias material y subjetiva de aquella jurisdicción. En otras palabras, los criterios de selección y priorización no pueden suponer una renuncia al trabajo que se deriva de las competencias originales de la JEP¹⁴. La ambigüedad en la delimitación del objeto procesal tiene diferentes consecuencias en los mismos rendimientos del SIVJRN. No solo porque la JEP se propone abordar los delitos cometidos en el marco del conflicto armado colombiano, sino, además, por la necesidad que habría de investigarlos y juzgarlos ante la falta de reconocimiento de los mismos¹⁵.

¹³ Véase ZULUAGA (*supra* nota 3), pág. 15. ZULUAGA, “Concepción y evolución de la justicia penal para la terminación del conflicto armado en Colombia”, en Kai Ambos/Francisco Cortés Rodas/John Zuluaga (coords.), *Justicia transicional y derecho penal internacional*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2018, págs. 201-211.

¹⁴ Especialmente si es que en la JEP se busca distinguir la criminalidad política frente a “otra criminalidad”, debe entenderse que los ámbitos de selección y priorización, en los términos del artículo transitorio 66 de la Constitución, excluyen la criminalidad política como objeto de investigación. Véase JOHN ZULUAGA, “Justicia de transición y criminalidad política. Implicaciones desde el punto de vista del modelo de selección y priorización procesal penal”, en Kai Ambos/Christian Steiner (Coords.), *Justicia de transición y Constitución II. Análisis de la sentencia C-577 de 2014 de la Corte Constitucional*, Bogotá, CEDPAL-KAS-Edit. Temis, 2015, págs. 47-83.

¹⁵ A la (desbordada) dimensión *ratione materiae* y a la subespecialización procesal en cada una de las Salas de la JEP, se suma el retorno del escriturismo como método de reconocimiento de verdad y responsabilidad (Acuerdo sobre Víctimas, pág. 30 num. 47; pág. 32, num. 48 (g)). Esto significa un replanteamiento, entre otras cosas, a la capacidad de principios como la intermediación, concentración y publicidad para promover la verificación crítica de las actuaciones judiciales ante la JEP. De esta manera, la vocación reductora de la discrecionalidad de los intervinientes por medio de la verificación crítica que permite la oralidad perdería contenido. Al respeto véase JOHN ZULUAGA, “Las reglas de procedimiento de la JEP”, en *ambitojuridico.com* 01.06.2018.

10 Una concreción del marco de beneficiarios con la renuncia a la persecución penal, es decir, una de las formas de definición de situación jurídica, se logra con el num. 12 del *Protocolo 001 de 13.04.2018 expedido por la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas*. En él se establecen las personas que podrían acceder al beneficio de libertad como resultado de la renuncia a la persecución penal: agentes del Estado miembros de la fuerza pública, distintos a los enumerados en el art. 45 LEAJ-JEP; quienes siendo menores de 18 años hubieran participado directa o indirectamente en delitos no amnistiables que sean competencia de la JEP; las personas no seleccionadas por la Sala de Reconocimiento de Verdad que participaron directa o indirectamente en el conflicto armado, pero su participación no fue determinante en los delitos más graves y representativos; los civiles no combatientes, que formaron parte de organizaciones o grupos armados, pero no tuvieron participación determinante en los delitos más graves y representativos; los agentes del Estado no integrantes de la fuerza pública y los terceros que no hayan tenido participación determinante en delitos más graves y representativos y se sometan voluntariamente a la JEP hasta el 15 de marzo de 2021.

B) *Determinación de mecanismos de selección y priorización*
(*nums. 3 y 7*)

11 El num. 3 establece que, con el fin de que se administre pronta y cumplida justicia, la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas determinará los posibles *mecanismos procesales de selección y priorización para quienes no reconozcan verdad y responsabilidad*. En concordancia con ello, el num. 7 establece que para un funcionamiento eficiente, eficaz y celer de la JEP, la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas podrá fijar prioridades, así como adoptar criterios de selección y descongestión. En los nums. 3 y 7 se abre la posibilidad para que la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas determine sus propios criterios de funcionamiento. La competencia general para fijar mecanismos procesales de selección y priorización se confronta, sin embargo, con varias restricciones. Primero, estos mecanismos de orientación procesal se fijan para los casos de no reconocimiento de verdad y responsabilidad (num. 3 primera parte). Más concretamente, estos criterios deberían orientar los cursos contradictorios de los trámites para la definición de verdad y responsabilidad. Segundo, la fijación de estos criterios se hará en concordancia con las decisiones de la Sala de Reconocimiento de Verdad sobre la forma como esta ordenará sus funciones frente a los casos más representativos (num. 3 segunda parte). Esto se refuerza en el num. 7 inc. 2º, según el cual este tipo de facultades tienen dos justificaciones: evitar que las conductas más graves y representativas queden impunes y prevenir la congestión judicial (“del Tribunal”).

Los presupuestos normativos para configurar criterios de selección y priorización de casos en el ámbito de mecanismos de justicia transicional se encuentran en la Const. Pol. Su art. transitorio 66 inc. 4º define estos criterios como inherentes a los instrumentos de justicia transicional y su justificación se basa en el reconocimiento de las deficiencias de un enfoque investigativo “*case by case*”, el cual impediría la definición de patrones y contextos del *modus operandi* de las estructuras armadas a las que pertenecieron los combatientes desmovilizados¹⁶. Una primera reorientación del modelo de investigación penal por hechos y conductas relacionados con el conflicto armado estuvo promovida por la UNJP de la FGN, que por medio de memorandos y circulares introdujo criterios objetivos, subjetivos y complementarios de investigación¹⁷. Las discusiones que propiciaron el desarrollo de estas prácticas de investigación fueron planteadas especialmente en diversos pronunciamientos de la CSJ, donde se fijaron diferentes criterios para la priorización de la investigación de los llamados “crímenes de sistema” en contextos de justicia transicional¹⁸.

¹⁶ Véase *Gaceta del Congreso* 287 (2012), Bogotá, 30.05.2012, pág. 16; EDUARDO MONTELAEGRE LYNETT, “Presentación”, en FGN, *Priorización. Memorias de los talleres para la construcción de los criterios del nuevo sistema de investigación penal*, Bogotá, FGN, 2013, págs. 20 y s.; KAI AMBOS *et al.*, *Procedimiento de la ley de justicia y paz (ley 975 de 2005) y derecho penal internacional. Estudio sobre la facultad de intervención complementaria de la Corte Penal Internacional a la luz del denominado proceso de “justicia y paz” en Colombia*, Bogotá, GTZ/Embajada de la República Federal Alemana en Bogotá/Georg-August-Universität Göttingen, 2010, párt. 415; PAUL SEILS, “Propuesta de criterios de selección y priorización para la ley de justicia y paz en Colombia”, en *ICTJ Análisis*, Bogotá, ICTJ, marzo de 2012; DIEGO LÓPEZ MEDINA, “Recomendaciones para la elaboración de estrategias de priorización de casos en el marco de la Ley de justicia y paz”, en *International Law 17, Revista Colombiana de Derecho Internacional* (2010), págs. 63-86; JOHN ZULUAGA TABORDA, “Alcance del artículo 1º inciso 4º del Acto Legislativo 01 de 2012. De la consolidación de la paz y la selección y priorización en la investigación penal”, en Kai Ambos (Coord.), *Justicia de transición y Constitución. Análisis de la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional*, Bogotá, Edit. Temis-CEDPAL-Konrad Adenauer, 2014, págs. 168 y ss.

¹⁷ ZULUAGA TABORDA (*supra* nota 16), pág. 168; ANDREAS FORER/ CLAUDIA LÓPEZ DÍAZ, “Selección y priorización de casos como estrategia de investigación y persecución penal en la justicia transicional en Colombia”, en Kai Ambos (Coord.), *Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales: un estudio comparado*, Bogotá, GIZ, 2011, págs. 242-245.

¹⁸ Véase CSJ, auto de 29 de julio de 2009, rad. 31539, Consideraciones, 1.6., en el que la CSJ señala que en el marco del proceso de justicia y paz se debía “identificar la actuación del desmovilizado al interior del grupo armado y del frente al que pertenecía, sus actividades, la estructura de poder interna, el modelo delictivo de ese grupo, las órdenes impartidas y los planes criminales trazados, para contextualizar los delitos por los que se condena dentro del ataque generalizado y sistemático a la población civil”.

La elevación a rango constitucional de un modelo de criterios de selección y priorización estuvo, a su vez, antecedido por un marco de discusiones que resumían una narrativa consecuencialista que justificó la selección y priorización ante las urgencias de lo que se dio en llamar un *modelo maximalista*¹⁹. Esta discusión fue recogida en la génesis del AL 01 de 2012 que introdujo los arts. transitorios 66 y 67 de la Const. Pol. que acogió el enfoque consecuencialista y concedió preponderancia al esclarecimiento de patrones y contextos de la macrocriminalidad²⁰.

13 Este modelo fue considerado constitucionalmente conforme por la Corte Const.²¹. La Corte justificó la posibilidad de centrar la investigación penal solo en determinados casos²². Aunque la justificación de la Corte no estuvo precedida de estudios cuantitativos sobre los rendimientos procesales en el marco de la Ley 975 de 2005, esta asumió el argumento según el cual es imposible desarrollar una estrategia maximalista de investigación que proceda judicialmente contra todos los sospechosos²³. Adicional a la crítica cualitativa del modelo de investigación integral o exhaustivo, la Corte justificó estas prácticas de gestión investigativa al aludir a cierto reconocimiento por la CorteIDH de reglas de priorización²⁴. Los diferentes niveles argumentativos de la Corte recogen razones orientadas a las consecuencias jurídicas y residen en el ámbito de la efectividad de la investigación²⁵. En las justificaciones para la adopción de criterios de priorización la Corte aborda cuatro temas de especial relevancia: 1. *Impacto externo e interno* de las estrategia de priorización. 2. *Contexto*

¹⁹ Para un resumen de las posiciones a favor y en contra de la incorporación del modelo de selección y priorización véase ZULUAGA TABORDA (*supra* nota 16), págs. 169 y s.

²⁰ Véase ZULUAGA TABORDA (*supra* nota 16), pág. 170; *Gaceta del Congreso* 287 (2012) (*supra* nota 16), pág. 14.

²¹ Corte Const., sent. C-579 de 2013, 28.08.2013, IV. Decisión.

²² Corte Const. (*supra* nota 21), párr. 8.2.2.

²³ Corte Const. (*supra* nota 21), párr. 8.2.2.

²⁴ Si bien este nivel justificatorio fue en su debido momento criticado pues la jurisprudencia de la CorteIDH no contiene reglas de priorización (véase ZULUAGA TABORDA, *supra* nota 16, pág. 182 con otras referencias), debe decirse que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos hizo alusión a estas reglas en su último informe sobre Colombia, advirtiendo que dichas reglas no son incompatibles, en principio, con la Convención Americana pero que no puede implicar falta de actuación del Estado respecto de casos de violaciones de derechos humanos. Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Verdad, justicia y reparación: Cuarto Informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia*, OEA/Ser.L/V/II, diciembre de 2013, párrs. 47-48 (Resumen ejecutivo) y párrs. 347, 354.

²⁵ Véase ZULUAGA TABORDA (*supra* nota 16), pág. 188.

y *gravedad* del hecho punible como fundamento para la definición de criterios, 3. *Profesionalismo y objetividad* de los criterios y 4. *Legitimidad* del proceso²⁶.

En relación con este marco de argumentos justificativos de una estrategia de selección y priorización, se plantearon algunas deficiencias. Las razones definidas por la Corte para considerar que existe la necesidad de adoptar criterios de priorización son heterogéneas e incoherentes unas con otras. Primero, la Corte otorgó un rol comunicativo y de control de expectativas sociales a la formulación de criterios de priorización²⁷. Esto no solo sobredimensiona el alcance de las políticas de selección y priorización, sino que deja constancia de una errada comprensión del proceso penal, según la cual el proceso parece concebido como un mecanismo para el manejo de sensaciones sociales. Segundo, la Corte contextualizó el desarrollo de las estrategias de selección y priorización bajo el término “ambiente politizado”. Frente al mismo estableció que los criterios deben ser objetivos y profesionales, como criterios que restringen la discrecionalidad de la Fiscalía²⁸. En este ámbito, la Corte descuidó que las claves para asegurar la neutralidad política de la investigación penal se encuentran en el análisis e interpretación de la base legal y estatutaria que regula la estrategia de selección y priorización y, en general, la discrecionalidad en el desarrollo de la investigación penal²⁹.

Esta orientación del sistema de investigación y gestión de casos fue definida inicialmente por la Directiva 001 de 2012 expedida por la FGN³⁰, la cual fue puesta en marcha con la expedición de planes de acción en diferentes unidades de la misma Fiscalía³¹. Por medio de estos instrumentos internos de

²⁶ Véase ZULUAGA TABORDA (*supra* nota 16), pág. 188.

²⁷ Corte Const. (*supra* nota 21), párr. 8.2.2., donde afirma que “(i) la formulación de un criterio juega un papel muy importante en la comunicación y manejo de expectativas de la población” (énfasis original).

²⁸ Corte Const. (*supra* nota 21), párr. 8.2.2. Específicamente sostiene que “(iii) en un ambiente politizado el criterio para la priorización de los casos debe basarse en criterios profesionales y objetivos, fundados en la gravedad del crimen cometido, lo que dará legitimidad al proceso” (énfasis original).

²⁹ ZULUAGA TABORDA (*supra* nota 16), pág. 188. Una crítica a la comprensión de gravedad como criterio de selección de la Fiscalía de la CPI puede verse en KAI AMBOS/IGNAZ STEGMILLER, “Investigando crímenes internacionales ante la Corte Penal Internacional: ¿existe una estrategia de enjuiciamiento coherente y comprensiva?”, en *Revista Penal* 32 (2013), Valencia, Tirant lo Blanch, págs. 49 y ss.

³⁰ Directiva 001 de 2012 (*supra* nota 16), págs. 1 y ss.

³¹ Después de la expedición de dicha Directiva se conoce una serie de resoluciones y acuerdos por medio de los cuales se ha reglamentado su puesta en marcha. Véase *Resolución No. 01810 de 4 de octubre de 2012*, por medio de la cual se crea la Unidad

orientación del trabajo de la FGN, con cierto grado de detalle se delimita el sentido y alcance de las estrategias de selección y priorización. Primero, para el estudio de hechos punibles y de “factores problemáticos que alteran la convivencia social”, plantea un enfoque de análisis *sistemático e interdisciplinario*. Segundo, introdujo una perspectiva *funcional-sociológica* para la investigación de hechos punibles, a partir de la cual su comprensión se delimita por planes criminales que los anteceden, por los patrones de conducta de las organizaciones criminales y por las condiciones de contexto de estos dos factores. Tercero, como ya fue planteado en la descripción de las justificaciones al modelo, este introdujo una orientación consecuencialista de la reacción penal que está guiada por el “impacto social” de los hechos punibles y, esencialmente, por el fin de “combatir” la criminalidad organizada³².

El proceso de priorización en la JEP parece reconocer estas justificaciones. En la guía de priorización de casos y situaciones elaborada por la Sala de Reconocimiento de Verdad³³ se establece que el proceso de priorización se estructura “de acuerdo a tres grandes etapas: agrupación, concentración y priorización” (pág. 5). Como *priorización* se entiende la aplicación de criterios de carácter estratégico que permiten “determinar el orden de gestión de casos, así como la asignación diferenciada de recursos” (pág. 5). Para ello se entienden como punto de partida dos supuestos básicos: “[...] aplicación de los factores de competencias material, personal y temporal [...] pensada a partir del flujo de información que reciba [...]” (pág. 6). Los criterios de priorización “tienen dos dimensiones: impacto y disponibilidad de la información. La dimensión del impacto a su vez tiene dos componentes: subjetivo y objetivo” (pág. 8). Para la priorización según el *criterio subjetivo* del impacto se tiene en cuenta la vulnerabilidad de las víctimas, el impacto diferenciado en los pueblos étnicos

de Análisis y Contextos; *Resolución No. 01811 de 4 de octubre de 2012*, por medio de la cual se crea y reglamenta el Comité de Priorización de Situaciones y Casos en la Fiscalía General de la Nación; *Resoluciones 001 de 15 de enero de 2013* y *002 de 25 de junio de 2013*, por medio de las cuales se ordena la presentación de planes de acción para la gestión de los criterios de priorización e implementación del nuevo sistema de investigación; *Acuerdo N°. 001 de enero de 2013*, con el cual se expide el reglamento interno del Comité de Priorización de Situaciones y Casos. Véase ZULUAGA TABORDA (*supra* nota 16), pág. 176.

³² Véase ZULUAGA TABORDA (*supra* nota 16), pág. 172 con más referencias.

³³ Sala de Reconocimiento de Verdad, *Guía de priorización de casos y situaciones en la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas*, Bogotá, JEP, mayo de 2018. Disponible en <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Documents/ANTEPROYECTO%20GU%c3%8dA%20DE%20PRIORIZACI%c3%93N%20SALA%20DE%20RECONOCIMIENTO%20DE%20VERDAD.pdf> (visto por última vez el 14.06.2018).

y sus territorios y la representatividad de los presuntos responsables (págs. 8 y s.). La priorización según el *criterio objetivo* tendrá en cuenta la gravedad de los hechos, la magnitud de la victimización y la representatividad de los hechos (pág. 9). Con ello se busca “identificar y analizar planes o políticas, elementos de sistematicidad y patrones de macrocriminalidad” (pág. 9). La política de priorización se concreta en “un plan o agenda específica de priorización, que será pública en los aspectos que no estén sujetos a reserva” (pág. 16).

Al respecto, múltiples recomendaciones se han hecho a la JEP para aprovechar las *lecciones de la LJP* en su proceso de configuración de criterios de selección y priorización³⁴. Se sugiere que la JEP debe aprovechar la información obtenida, ya que “no puede empezar a practicar pruebas de hechos que ocurrieron hace muchos años y de los cuales ya existen pruebas”³⁵. Además, se considera que uno de los retos de la JEP “consiste en que se deben evitar las contradicciones en los criterios de priorización en las distintas salas y secciones junto con la Unidad de Investigación”³⁶. Como se advirtió en otro momento, “no se puede desconocer la importancia de las estrategias globales de investigación; de la unificación de procesos contra varios postulados y de la exposición sobre los aspectos contextuales del accionar de los grupos armados al margen de la ley. A nivel operativo es muy importante garantizar la participación eficaz de las víctimas en el marco de un procedimiento ágil”³⁷.

16

C) *Relación de conductas con el conflicto armado (num. 4)*

El num. 4 establece que, para el ejercicio de sus funciones, la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas efectuará la calificación de la relación de la conducta con el conflicto armado. La referencia a la relación del hecho con el conflicto armado debe entenderse como el vínculo con el contexto de violencia organizada (hecho global). Este elemento de contexto o hecho global es lo que permite distinguir los crímenes internacionales de hechos que son punibles nacionalmente por el derecho penal ordinario y, asimismo, excluye los hechos

17

³⁴ Véase CEJ, Lecciones aprendidas de justicia y paz para el proceso transicional con las FARC-EP, Bogotá, CEJ, junio de 2018. Disponible en <https://jepvisible.com/images/infograf/02062018-jyp-jep.pdf> (visto por última vez el 14.06.2018).

³⁵ JUAN DAVID MORENO, “Las lecciones de Justicia y Paz para la priorización de casos en la JEP”, en *El Espectador-Colombia2020*, 13.06.2018, Disponible en <https://colombia2020.elespectador.com/jep/las-lecciones-de-justicia-y-paz-para-la-priorizacion-de-casos-en-la-jep> (visto por última vez el 14.06.2018).

³⁶ MORENO (*supra* nota 35); véase también CEJ (*supra* nota 34).

³⁷ JOHN ZULUAGA, “Las pretensiones de la JEP deben ser realistas (entrevista)”, en *Ámbito Jurídico* 438 (21.03.- al 10.04.2016), pág. 2.

esporádicos y aislados³⁸. La conexión *conducta y conflicto armado* es un presupuesto específico de los crímenes del conflicto armado (también denominados crímenes de guerra)³⁹ pero no de modo general en todos los crímenes internacionales. Respecto a los crímenes de guerra, en la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* se ha planteado la exigencia, casi por unanimidad, de que se dé una “evidente relación entre el (supuesto) delito y el conflicto armado como un todo”⁴⁰. Tratándose de crímenes de lesa humanidad, el conflicto armado no se integra como elemento del hecho punible, sino que se considera como hecho global *el ataque generalizado o sistemático contra la población civil*.

18 Respecto a los crímenes de guerra, determinar la relación entre un hecho y el conflicto armado conlleva, en un primer nivel, a establecer la relación de los delitos con las hostilidades que se llevan a cabo en otros lugares del territorio

³⁸ Con la ejecución de un hecho relacionado con un conflicto armado, además, se añade un *incremento de injusto y culpa* que se deja ver especialmente en el alto marco punitivo—en comparación con tipos penales semejantes en el derecho penal ordinario—. Al respecto METTRAUX, *International crimes and the Ad Hoc Tribunals*, 2005, págs. 38 y s.

³⁹ Al respecto AMBOS, *Nociones básicas del derecho internacional humanitario*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pág. 84.

⁴⁰ Cfr. Prosecutor v. Blaškić, Judgement 3. 3. 2000 (IT-95-14-T), parg. 69; Prosecutor v. Tadić, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction 2.10.1995 (IT-94-1-AR 72), parg. 70; Prosecutor v. Delalić *et al.*, Judgement 16.11.1998 (IT-96-21-T), parg. 193; Prosecutor v. Akayesu, Appeal Judgement 1. 6. 2001 (ICTR-96-4-A), parg. 438; Prosecutor v. Kayishema & Ruzindana, Judgement 21.5.1999 (ICTR-95-1-T), pargs. 169, 185 y ss.; Prosecutor v. Rutaganda, Judgement 6.12.1999 (ICTR-96-3-T), pargs. 104 y s., 442 y ss., 593 y ss.; Prosecutor v. Rutaganda, Appeal Judgement 26.5.2003 (ICTR-96-3-A), pargs. 569 y ss. (La sentencia del Trial Chamber respecto a este revocatorio, pargs. 573 y ss., 584); Prosecutor v. Bagilishema, Judgement 3.6.2002 (ICTR-95-1A-T), parg. 105; Prosecutor v. Kunarac, Appeal Judgement 12.6.2002 (IT-96-23 & IT-96-23/1-A), parg. 58; Prosecutor v. Semanza, Judgement and Sentence 15. 5. 2003 (ICTR-97-20-T), pargs. 516 y ss. (Cfr. también la Separate Opinion of Judge Ostrovsky, pargs. 14 y ss.); Prosecutor v. Stakić, Judgement 31.7.2003 (IT-97-24-T), parg. 569; Prosecutor v. Limaj, Appeal Judgement 27.9.2007 (IT-03-66-A), parg. 91. Ver también AMBOS, *Treatise on International Criminal Law, Volume II: the crimes and sentencing*, Oxford, Oxford University Press, 2014, págs. 140 y ss. con más referencias; KITTICHAISAREE, *International Criminal Law*, 2001, págs. 193 y s. (relacionado con conflictos armados no internacionales); METTRAUX (*supra* nota 38) pág. 38; crítico CRYER/FRIMAN/ROBINSON/WILMSHURST, *An introduction to international criminal law and procedure*, 2010, pág. 238; sobre el dualismo hecho complejo y hecho simple véase MARXEN, “Beteiligung an schwerem systematischen Unrecht, Bemerkungen zu einer völkerstrafrechtlichen Straftatlehre”, en LÜDERSSEN (ed.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, tomo 3, 1998, págs. 231 y s.; WERLE, “Völkerstrafrecht und geltendes deutsches Strafrecht”, en JZ 2000, pág. 755 (757).

que controlan las partes del conflicto⁴¹. Frente a esta determinación general de la relación hecho-conflicto se ha argumentado que no es preciso que los hechos que tienen lugar en medio de las hostilidades se den en las mismas condiciones espaciales y temporales del conflicto armado⁴². Al contrario, se ha planteado que sería suficiente la existencia de una *relación general* entre estas acciones y el conflicto⁴³. Incluso, una parte de la opinión plantea que esto podría derivarse a partir de la relación del autor con una de las partes del conflicto⁴⁴. Especialmente relevante para esta discusión ha sido el juicio de *Dragoljub Kunarac*, en el que fijó la Sala de Apelaciones del TPIY los siguientes criterios para la determinación del vínculo necesario entre hecho y conflicto:

“In determining whether or not the act in question is sufficiently related to the armed conflict, the Trial Chamber may take into account, *inter alia*, the following factors: the fact that the perpetrator is a combatant; the fact that the victim is a non-combatant; the fact that the victim is a member of the opposing party; the fact that the act may be Sala de Amnistía e Indultod to serve the ultimate goal of a military campaign; and the fact that the crime is committed as part of or in the context of the perpetrator’s official duties”⁴⁵.

⁴¹ Prosecutor v. Tadic (*supra* nota 40), parg. 70 (énfasis del autor); Prosecutor v. Delalic *et al.*, Judgement 16.11.1998 (IT-96-21-T), parg. 193, 195; Prosecutor v. Furundzija, Judgement 10.12.1998 (IT-95-17/1-T), parg. 60; Prosecutor v. Blaškic (*supra* nota 40), parg. 68; Prosecutor v. Stacic, (*supra* nota 40), parg. 569; Prosecutor v. Halilović, Judgement 16.11.2005 (IT-01-48-T), parg. 29; Prosecutor v. Stakić, Apág. Judgement 22.3.2006 (IT-97-24-A), parg. 342; Prosecutor v. Krajisnik, Judgement 27. 9. 2006 (IT-00-39 & 40), parg. 846.

⁴² Prosecutor v. Tadic, Appeal Judgement 15.7.1999 (IT-94-1-A), parg. 573; Prosecutor v. Delic, Judgement, 15. 9. 2008 (IT-04-83-T), parg. 41; también METTRAUX (*supra* nota 38) pág. 40; *Dörmann* The legal situation of “unlawful/unprivileged combatants”, en IRRC 85 (2003), págs. 24 y ss.

⁴³ Prosecutor v. Tadic (*supra* nota 40), parg. 69.

⁴⁴ Cfr. WERLE, *Principles of International Criminal Law*, 3ª ed., 2014, nms. 1004 y ss.

⁴⁵ Prosecutor v. Kunarac (*supra* nota 40), parg. 59 (“Para determinar si el acto en cuestión está o no suficientemente relacionado con el conflicto armado, la Sala podrá tener en cuenta, entre otras cosas, los siguientes factores: el hecho de que el autor sea un combatiente; el hecho de que la víctima no es un combatiente; el hecho de que la víctima sea miembro de la parte contraria; el hecho de que se pueda decir que el acto sirve al objetivo último de una campaña militar; y el hecho de que el delito se cometa como parte o en el contexto de las funciones oficiales del perpetrador” –traducción del autor–); confirmado en Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo, Decision on the confirmation of charges, 30.9.2008 (ICC-01/04–01/07–717), parg. 383. Cfr. también METTRAUX (*supra* nota 38) pág. 46 con otras referencias; CRYER *et al.* (*supra* nota 40), pág. 238.

19 De esta manera, el requisito de conexión encuentra en la jurisprudencia internacional una amplia interpretación. Esto lleva, incluso, a exigir dicha conexión en los casos en que ciertos actos son cometidos después del combate (“*in the aftermath of the fighting*“), en fomento (“*in furtherance*”) y aprovechando la situación creada por los enfrentamientos⁴⁶. En consecuencia, los actos que se llevan a cabo de manera “*esporádica*” e “*independiente*” de un conflicto armado paralelo no son tenidos en cuenta⁴⁷. Lo relevante es determinar si la ejecución del hecho fue posible a causa del conflicto o si, al contrario, incluso en una situación pacífica también hubiere tenido lugar. La discusión sobre la motivación personal no resulta de mayor importancia a los fines de determinar la conexión hecho-conflicto⁴⁸.

20 La discusión ya ha tenido una relevancia práctica para asuntos propios de la JEP. En los análisis de conexidad entre hechos y conflicto armado, entre otras instancias, ha sido la CSJ la que ha comenzado a decantar dichos criterios de conexidad. Al respecto, la CSJ ha considerado que, para el efecto de entender cuándo una conducta se relaciona con el conflicto armado, se deben tener en cuenta los siguientes criterios:

“a. Que el conflicto armado haya sido la causa directa o indirecta de la comisión de la conducta punible o,

”b. Que la existencia del conflicto armado haya influido en el autor, partícipe o encubridor de la conducta punible cometida por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto, en cuanto a

”Su capacidad para cometerla, es decir, a que por razón del conflicto armado el perpetrador haya adquirido habilidades mayores que le sirvieron para ejecutar la conducta.

”Su decisión para cometerla, es decir, la resolución o disposición del individuo para cometerla.

⁴⁶ AMBOS (*supra* nota 39), pág. 86; Prosecutor v. Kunarac, Judgement 22.2.2001 (IT-96-23 & IT-96-23/1-T), parg. 568.

⁴⁷ LÜDER/VORMBAUM, *Materialien zum Völkerstrafgesetzbuch: Dokumentation des Gesetzgebungsverfahrens*, 2002, pág. 42; también HELMUT GROPENGIESSER/HELMUT KREICKER, “Deutschland”, en Eser/Kreicker (eds.), *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen* Bd. 1, Freiburg im Breisgau, Ed. Iuscrim, 2003, pág. 158; SATZGER, *Internationales und Europäisches Strafrecht: Strafanwendungsrecht, europäisches Straf- und Strafverfahrensrecht*, 8ª ed., Völkerstrafrecht, 2018, § 15 nm. 63; AMBOS (*supra* nota 40), págs. 140 y ss.

⁴⁸ Véase WERLE (*supra* nota 44) nm. 1007; así mismo METTRAUX (*supra* nota 38), págs. 44 y s.

”La manera en que fue cometida, es decir, a que, producto del conflicto armado, el perpetrador de la conducta haya tenido la oportunidad de contar con medios que le sirvieron para consumarla.

”La selección del objetivo que se proponía alcanzar con la comisión del delito”⁴⁹.

La posición de la CSJ sobre la conexión de hechos punibles con el conflicto armado, parece establecer una interpretación estricta entorno a los requisitos de dicha conexidad ya comentados. Al contrario de la interpretación amplia antes mencionada, la CSJ extiende los requisitos para la comprensión del componente subjetivo. La CSJ le da una gran relevancia a la influencia del conflicto armado en el autor, partícipe o encubridor, es decir, la *resolución o disposición* del individuo y la selección del *objetivo buscado* con la comisión del hecho. Como se mencionó, una parte importante de la doctrina sobre aspectos del DIH considera que la motivación personal no es el aspecto relevante del “test” de conexidad⁵⁰. Se advierte que la acción debe servir al objetivo final de la campaña militar, lo que refuerza la irrelevancia de la motivación personal. En ese sentido, entonces, resulta discutible la posición de la CSJ, también, porque así flexibiliza el propósito de protección de las víctimas tratándose de crímenes de guerra.

21

También la Corte Const. ha hecho unas primeras e importantes precisiones sobre los límites de la expresión *por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado*:

22

“En particular, respecto de la relación de las conductas particulares con el conflicto armado (lo «sistemático», según la sentencia C-579 de 2013), la jurisprudencia penal internacional ha señalado estos criterios de evaluación: (i) los actos deben estar estrechamente relacionados con las hostilidades; (ii) deben considerarse como factores para evaluar tales nexos: (ii.1) que el perpetrador sea *combatiente*; (ii.2) que la víctima sea no combatiente o de la parte opuesta; (ii.3) que el acto sirva al propósito final de una campaña militar; y (ii.4) que el acto sea cometido como parte de o dentro del contexto de los deberes oficiales del perpetrador.

⁴⁹ CSJ, Rad. 36487 (*supra* nota 8); Al respecto véase también rad. 51029 de 28.08.2017; rad. 50286 de 23.08.2017; rad. 50938 de 16.08.2017; rad. 50656 de 02.08.2017; rad. 50754 de 02.08.2017; rad. 50680 de 19.07.2017; rad. 50504 de 18.07.2017; rad. 50537 de 18.07.2017; rad. 50550 de 11.07.2017.

⁵⁰ El asesinato de un prisionero de guerra por celos se concibe también como un aprovechamiento del marco especial de la situación de guerra, siendo equivalente a un crimen de guerra. Véase WERLE (*supra* nota 44) nm. 1007; MELZER, *Third expert meeting on the notion of direct participation in hostilities – Summary report*, 2005, págs. 26 y s.

Además, (iii) el conflicto armado no necesita estar ligado causalmente a los delitos, pero debe jugar un papel sustancial en la aptitud y decisión del perpetrador para cometerlos, la manera en que fueron cometidos o el propósito para el que fueron cometidos; (iv) los delitos pueden ser remotos, temporal y geográficamente, del lugar y tiempo donde efectivamente ocurre la lucha; y (v) para establecer estos nexos, no hace falta que el crimen haya sido planeado ni apoyado por una política”⁵¹.

23 Estas consideraciones han sido atendidas por la JEP y, a partir de ellas, se ha delimitado una primera posición de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas. Sin embargo, para esta Sala no es posible atender criterios objetivos de conexidad con el conflicto armado, debido a que la prolongación del conflicto no permite distinguir la relación de cada una de las conductas cometidas en el tiempo de guerra y su relación con el conflicto⁵². Por lo tanto, la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas considera que, entre otros, los criterios más atinados para estudiar la relación de un hecho punible con el conflicto armado son los siguientes: “si el conflicto armado le dio habilidad al perpetrador para cometer el ilícito; si el conflicto armado influyó sustancialmente en la decisión de cometer el ilícito; si el conflicto determinó o permitió la comisión del delito; si el conflicto armado estableció el objetivo que se proponía el perpetrador y si el perpetrador del delito lo hizo con el fin único enriquecerse a sí mismo”⁵³.

24 Estas consideraciones de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas han sido criticadas, precisamente porque la Sala no define ninguno de los conceptos que se esperaba que fueran profundizados, es decir, los criterios a partir de los cuales se intenta establecer la conexión de un hecho punible con el contexto de violencia organizado⁵⁴. De la misma manera que la CSJ y la Corte Const., ahora la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas le otorga amplia significación a la resolución o disposición del individuo y, frente a la relevancia de este aspecto, pareciera dejar en un plano menos importante las consideraciones sobre la utilidad de la acción frente al objetivo final de la campaña militar. Esto deja

⁵¹ Corte Const., sent. C-007 de 2018 (*supra* nota 1), párr. 517.

⁵² Véase Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, Resolución 000083 de 7.05.2018, Compareciente Álvaro Ashton; Resolución 000084 del 7.05.2018, Compareciente David Char Navas.

⁵³ Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, Resolución 000083 (*supra* nota 52), párrs. 26 y ss; Resolución 000084 (*supra* nota 52), num. 2.4.2.

⁵⁴ Al respecto, CEJ, *Análisis de la Corporación Excelencia en la Justicia sobre la decisión de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la Jurisdicción Especial para la Paz*, Bogotá, CEJ, 16.05.2018. Disponible en <https://jepvisible.com/images/docs/analisis/analisisashton.pdf> (visto por última vez el 14.06.2018).

ver, también, una aprehensión indiferenciada de la jurisprudencia de tribunales internacionales. El recurso asistemático a la doctrina jurisprudencial del TPIY, el TPIR y la CPI⁵⁵, además, no permite un respaldo suficiente de su posición ni una clarificación sobre los criterios enunciados por la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas. Al contrario, entorpecen su comprensión ya que una cosa es el hecho global (ataque sistemático a la población civil o conflicto armado) como criterio distintivo de los crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra frente a delitos ordinarios y otra es la vinculación de un hecho punible ordinario –sancionado en el país– con el conflicto armado colombiano.

D) *Niveles de definición de situación jurídica (nums. 6, 8, 9 y 10)*

Personas que, sin pertenecer a una organización rebelde, tengan una investigación en curso por conductas que sean de competencia de la JEP (num. 6): la LA no define el concepto “*organización rebelde*” ni establece los criterios para la determinación de la pertenencia a una organización criminal. En diferentes artículos se refiere exclusivamente a las FARC-EP, como la única organización rebelde que ha logrado cumplir el requisito para la aplicación del componente de justicia del SIVJNR: el logro de un acuerdo final de paz con el gobierno (art. transitorio 5 AL 01 de 2017). La definición de *pertenencia a una organización criminal* sería el primer paso para determinar el ámbito de aplicación subjetivo de esta causal: los que no pertenezcan a una organización rebelde y estén siendo investigados por hechos punibles en el marco del conflicto. El asunto se hace más problemático si se tiene en cuenta que la pertenencia a una organización criminal no es una conducta tipificada como delito autónomo en la ley penal colombiana, sino que constituye un *elemento normativo* que tiene distintos tratamientos en la misma. Este elemento puede estar comprendido en diferentes tipos penales o puede representar una forma de participación colectiva en un hecho punible⁵⁶. Con ello, en el num. 6 se incorpora una constelación abierta de casos y no ofrece claridad sobre el tipo de delitos para la aplicación de esta causal.

La forma como se ha previsto la determinación de pertenencia a las FARC-EP ha sido el *listado* elaborado por las mismas FARC. Así lo establecen tanto el art. transitorio 5º del AL 01 de 2017 como los arts. 17 num 2, 19 num. 1, 22 num. 2 y 26 de la Ley 1820 de 2016. De conformidad con esta base normativa, la pertenencia al grupo rebelde será determinada a través del delegado de las FARC-EP por medio de la entrega de los *listados de personas integrantes de la organización rebelde* que haya suscrito el acuerdo final de paz. Incluso, según

⁵⁵ Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, Resolución 000083 (*supra* nota 52), párrs. 29-35 y 38-39.

⁵⁶ Véase al respecto Corte Const., sent. C-936 de 2010, Consideraciones de la Corte.

el art. 26 de la Ley 1820 de 2016, estos listados podrán presentarse hasta que se haya terminado de examinar por la Sala de Amnistía e Indulto la situación legal de todos los integrantes de las FARC-EP. Esta forma de determinación de pertenencia a la organización tiene importantes consecuencias para la aplicación de esta causal, precisamente porque la definición de situación jurídica, según esta causal, cobraría vigencia frente a las personas que no se encuentran en esos listados. Esta práctica de definición de pertenencia a un GAOML no es nueva en Colombia. Así se previó en el art. 1º del Decreto 3360 de 2003⁵⁷, por medio del cual se propuso como forma de comprobar la calidad de miembro de un GAOML el reconocimiento expreso de los representantes del mismo por medio de listado⁵⁸.

27 Las críticas a esta forma de determinación de pertenencia al GAOML en el marco de procesos colectivos de desmovilización se concentraron fundamentalmente en las dificultades con la verificación de identidades de los desmovilizados⁵⁹. Primero, se criticó que las identificaciones hechas solo a partir del “alias”, no permitieron conocer los antecedentes penales de los desmovilizados, lo cual podía llevar a que se ignorara la posible falta de investigación y enjuiciamiento respecto de algunas personas del grupo. Segundo, se cuestionó la falta del cotejo de la información suministrada por los voceros de los grupos junto con el listado de integrantes del GAOML que adelantó la oficina del Alto Comisionado para la Paz. Tercero, la elaboración del listado aludido mostró en la práctica dificultades en la determinación de los nombres

⁵⁷ Art. 1º Decreto 3360 de 2003: “Cuando se trate de desmovilización colectiva en el marco de acuerdos con el Gobierno nacional, la calidad de miembro del grupo armado organizado al margen de la ley de que se trate, se acreditará mediante una lista de desmovilizados suscrita por los voceros o miembros representantes de dicho grupo, en la que se reconozca expresamente tal calidad. Esta lista debe ser recibida y aceptada por el Alto Comisionado para la Paz.

”La lista de que trata el presente artículo habilita al desmovilizado para acceder al proceso de reincorporación y sustituye, para todos los efectos, la certificación expedida por el Comité Operativo para la Dejación de las Armas, Coda”.

⁵⁸ Véase AMBOS *et al* (*supra* nota 16), párrs. 116 y ss.; JOHN ZULUAGA/MANFREDO KOESSL, “Sobre la fase administrativa del procedimiento de la Ley 975 de 2005 o de «Justicia y Paz» (LJP)”, en *Derecho penal contemporáneo*, Bogotá, Legis S. A., octubre-noviembre 2011, págs. 5-64.

⁵⁹ Véase CIDH, *Informe sobre la implementación de la ley de justicia y paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales*, OEA/Ser.L/V/II.129 Doc. 6, 2 octubre 2007, págs. 4 y ss; Human Rights Watch, *¿Rompiendo el control? Obstáculos a la justicia en las investigaciones de la mafia paramilitar en Colombia*, Nueva York, 2008, pág. 34; Amnistía Internacional, *Déjenos en Paz. La población civil, víctima del conflicto armado interno en Colombia*, Madrid, 2008, pág. 25.

que se debían incluir. En razón de la dinámica del proceso de concentración de combatientes, la confección de la lista se realizó en las zonas de ubicación⁶⁰, paralelamente con la llegada de los sujetos que se iban a desmovilizar. Con la elaboración del listado de manera concomitante a la concentración de combatientes, hubo en las tales zonas cierta discrecionalidad en la inclusión o exclusión de nombres, lo que facilitó que personas no integrantes de los grupos accedieran al listado y a la desmovilización⁶¹. En síntesis, se criticó la existencia de vacíos, la ausencia de herramientas de control y la falta de sistematización de los mecanismos destinados a identificar a los desmovilizados y de recolección de los primeros elementos probatorios que contribuyan a determinar la responsabilidad penal de los mismos⁶².

Al respecto, resulta clarificante la precisión que ha hecho la Corte Const. en la sent. C-007 de 2018. Allí advirtió que el enunciado normativo en estudio se refiere a los siguientes sujetos:

28

“(i) a civiles no combatientes, esto es, a quienes están siendo investigados por conductas cometidas en el marco de disturbios públicos y en ejercicio de la protesta social, o frente a terceros civiles que voluntariamente se acogan; o (ii) a quienes han sido investigados, procesados o condenados por su pertenencia a las Farc-EP, sin que ellos hayan aceptado esa pertenencia y sin que la misma haya sido admitida por las Farc-EP, mediante su inclusión en los listados correspondientes. En estos términos, la disposición se ajusta al ordenamiento superior, en la medida en que prevé que la definición de la situación jurídica sea promovida por el propio interesado”⁶³.

El segundo elemento del num. 6 (tener investigaciones en curso por conductas que son competencia de la JEP) debe analizarse en varios niveles. Primero, el análisis de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas se hace *a petición del investigado*. Esto supone que la determinación de la existencia de investigación en curso se hace *ex ante* o *ex post* a los informes que deben remitir a la Sala de Reconocimiento de Verdad, en virtud del num. 48 lit. b del Acuerdo sobre Víctimas, la FGN, los órganos competentes de la justicia penal militar, la Comisión de acusaciones de la Cámara de Representantes o el órgano que la reemplace, la PGN, la CGR y cualquier jurisdicción que opere en Colombia. Segundo, la determinación de si las conductas investigadas son competencia de la JEP, la hará la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas,

29

⁶⁰ CIDH (*supra* nota 59) párr. 11; Human Rights Watch (*supra* nota 59), pág. 34.

⁶¹ CIDH (*supra* nota 59), párr. 12.

⁶² AMBOS *et al.* (*supra* nota 16), párr. 135

⁶³ Corte Const., sent. C-007 de 2018 (*supra* nota 1), párr. 809.

siguiendo los criterios para establecer la *relación hechos investigados y conflicto armado*⁶⁴. Adicionalmente, en la lógica del procedimiento ante la JEP, también es posible que la remisión de esta información se haga primero a la Sala de Reconocimiento de Verdad, la cual decidirá si remite a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas (num. 48 lit. n del Acuerdo sobre Víctimas). Tercero, la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas decidirá si es procedente remitirlo a la Sala de Amnistía e Indulto, o a la Sala de Reconocimiento de Verdad, o si para definir la situación jurídica es procedente renunciar al ejercicio de la acción penal o disciplinaria –en este último caso también respecto de civiles no combatientes– o aplicar cualquier otro mecanismo jurídico según el caso⁶⁵.

30 Quienes no hayan tenido una participación determinante en los casos más graves y representativos, incluyendo a los terceros que se presenten voluntariamente a la jurisdicción (num. 8): el num. 8 establece que la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas definirá la situación jurídica de quienes no hayan tenido una participación determinante en los casos más graves y representativos, en particular respecto de las conductas a las que se refiere el art. 23 de esta ley, incluyendo la definición de la situación jurídica de aquellos terceros que se presenten voluntariamente a la jurisdicción en los tres años siguientes de su puesta en marcha y que tengan procesos o condenas por delitos que son competencia de la JEP, cuando no hayan tenido una participación determinante en los delitos más graves y representativos.

31 En primer lugar, el num. 8 delimita una específica constelación de casos que denomina *delitos más graves y representativos*. Este rótulo ya fue utilizado en otros escenarios como criterios de selección y priorización, intentando obtener mayores rendimientos de las actividades de investigación de la Fiscalía⁶⁶. La determinación de la gravedad y representatividad como criterio de priorización fue concretada con la *Directiva 001 de 2012* de la FGN y los diferentes *Planes de Acción* de la UNJP y las fiscalías regionales. Sin que se hubiese expedido aún la respectiva ley estatutaria de la que habla el art. transitorio 66 inc. 4º de la Const. Pol. y según la *Directiva 001*, determinar la gravedad y representatividad de un crimen (*criterio objetivo*) “requiere nutrirse

⁶⁴ Véase al respecto *supra* III. Relación de conductas con el conflicto armado.

⁶⁵ Véase al respecto con más detalle *infra* art. 31. Resoluciones proferidas por la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas.

⁶⁶ Este escenario responde a múltiples recomendaciones que ya formulamos en otro lugar respecto al procedimiento de la Ley de justicia y paz (véase nuestro estudio sobre la ley 975) y complementa múltiples discusiones previas sobre estrategias de priorización y selección (en detalle véase el estudio sobre priorización y selección para el proyecto ProFis-GIZ).

de una visión en perspectiva de las repercusiones fácticas que los distintos ilícitos han producido en un caso en concreto”. Por esta razón, se debe tener en cuenta la “capacidad en representar los distintos patrones criminales que desde el punto de vista político, histórico y social, han aquejado a un país”⁶⁷. Con este criterio pareciera configurarse una *perspectiva relativa*, en el sentido de valorar más allá de la gravedad objetiva del crimen, también, el contexto concreto del hecho punible. De esta manera introducen aspectos que atenúan la objetividad del criterio de priorización, superando la idea de un marco delimitado de tipos penales sobre los cuales se focalizarían los esfuerzos de investigación. Con ello se entra a considerar factores abiertos y de contexto con una reducida posibilidad de definición objetiva⁶⁸.

Aunque el num. 8 se refiere concretamente a los delitos mencionados en el art. 23 de la Ley 1820, es discutible la *deficiente delimitación objetiva* de este criterio. Precisamente porque el art. 23 regula en concreto los criterios de conexidad a los delitos políticos y a manera de excepción, en un solo párrafo, los delitos frente a los cuales no es aplicable la amnistía ni el indulto. De esta manera, no se logra claridad sobre el marco de crímenes que se pretende priorizar. Con la denominación *gravedad y representatividad*, se ha intentado dar cuenta de rituales y escenarios de horror con el propósito de ilustrar dicha barbarie, para así evitar su repetición y, al mismo tiempo, contribuir al hallazgo de la verdad de los hechos cometidos⁶⁹. De esta manera, como *finés de la estrategia de priorización*, a partir del criterio de representatividad, se postulan la no-repetición y la facilitación de cierta autorreflexión de la sociedad “para que se mire a sí misma a través de los hechos que en su interior se han cometido”⁷⁰. Sin embargo, ni el *quantum* punitivo, ni la entidad del bien jurídico tutelado tienen un rol limitativo de la determinación de gravedad y representatividad⁷¹.

32

⁶⁷ FGN, Directiva 001 de 2012, V. Explicación del contenido y el alcance, pág. 30. Disponible en <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2013/02/Directiva001.pdf> (visto por última vez el 07.07.2016).

⁶⁸ Al respecto véase ZULUAGA, “Alcance del artículo 1º inciso 4º del Acto Legislativo 01 de 2012. De la consolidación de la paz y la selección y priorización en la investigación penal”, en Kai Ambos (Coord.), *Justicia de transición y Constitución. Análisis de la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional*, Bogotá, Edit. Temis-CEDPAL-Konrad Adenauer, 2014, págs. 173 y s.

⁶⁹ Directiva 001 de 2012 (*supra* nota 67), V. Explicación del contenido y el alcance, pág. 30.

⁷⁰ Directiva 001 de 2012 (*supra* nota 67), V. Explicación del contenido y el alcance, pág. 30.

⁷¹ Véase ZULUAGA (*supra* nota 68), pág. 175.

33 Adicional al criterio de gravedad y representatividad, el num. 8 establece la *no participación determinante* en los mismos como fundamento para la definición de situación jurídica según esta causal. Ni en la Ley 1820 de 2016 ni en la LEAJ-JEP o en el Acuerdo sobre Víctimas, se define el significado de participación determinante⁷². En un sentido análogo se refiere el num. 63 del Acuerdo de Víctimas cuando afirma que “las personas que sin formar parte de las organizaciones o grupos armados hayan contribuido de manera directa o indirecta a la comisión de delitos en el marco del conflicto [...]”. En esa medida, resultaría posible entender la participación determinante como un nivel de contribución a la comisión de hechos punibles en el marco del conflicto armado. Más específico resulta el art. 16 del AL 01 de 2017, según el cual se entiende por participación determinante “aquella acción eficaz y decisiva en la realización de los delitos”. Sin embargo, la constitucionalidad de este artículo ha sido puesta en duda por la misma Corte Const.⁷³ y el sentido completo de dicha comprensión solo puede ser conocido hasta la publicación de la sent. C-674 de 2017.

34 Más allá de las categorías clásicas de autoría o participación en un hecho punible, el escenario que mejor rendimiento podría ofrecer para comprender el alcance de participación determinante sería el criterio de *máximo responsable*. Este concepto ya fue abordado por la Corte Const., para la cual “el máximo responsable es aquella persona que tiene un rol esencial en la organización criminal para la comisión de cada delito, es decir, que haya: dirigido, tenido el control o financiado la comisión de los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática”⁷⁴. En ese sentido, en el concepto se incluyen “no solamente líderes que hayan ordenado la comisión del delito, sino también conductas a través de las cuales este se haya financiado como el narcotráfico”⁷⁵. De esta manera, plantea un concepto complejo en el que el máximo responsable puede ser tanto el autor del delito en concreto como también el líder de la organización, pero dependiendo siempre de la estructura misma de los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra. En otras palabras, el máximo responsable puede entenderse ya como el *jefe máximo* de la organización, o bien como las personas con *mayor jerarquía o poder* (incluso mandos medios o “integrantes rasos” de un GAOML) de mando en cuanto a los hechos concretos que deben ser imputados penalmente. En ese sentido y atendiendo a la teleología de la política de selección y priorización

⁷² Cfr. JULIÁN CORREA SAAVEDRA, “VII. Rendición de cuentas de los terceros civiles vinculados con el conflicto”, en *Cuadernos de trabajo en gobierno y ciencias políticas* Nr. 4 (jun. 2016), Medellín, EAFIT, pág. 53.

⁷³ Corte Const., Comunicado 55 (*supra* nota 1), párr. 21.

⁷⁴ Corte Const., sent. C-579 (*supra* nota 21) párr. 8.2.3.

⁷⁵ Corte Const., sent. C-579 (*supra* nota 21) párr. 8.2.3.

de casos⁷⁶, *la participación no determinante podría entenderse como la de aquellos que no serían máximos responsables*. Una vez verificada la situación jurídica, la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas adoptará las resoluciones necesarias, siempre que contribuyan de manera eficaz a las medidas del SIVJNR⁷⁷.

Respecto a la constitucionalidad de este numeral, debe advertirse que la Corte Const. lo ha declarado exequible. Esto se hizo anotando que debe adecuarse a lo decidido en la sent. C-674 de 2017, en el sentido de que “los civiles no combatientes y los agentes del Estado que no pertenecen a la fuerza pública acudirán voluntariamente a la JEP”⁷⁸. Asimismo, bajo la condición de la contribución sería al Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, “la norma establece la facultad de definir la situación jurídica de personas que no se encuentran inmersas en conductas que hacen parte de las categorías de crímenes no-amniables”⁷⁹.

Recibir información de personas involucradas en delitos cometidos en el marco de disturbios públicos o el ejercicio de la protesta social (num. 9): el num. 9 establece que la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas recibirá la información procedente de organizaciones sociales, sindicales y de derechos humanos y procesos que hacen parte de la Cumbre Agraria, Étnica y Popular, cuando se trate de los siguientes delitos, cometidos en el marco de disturbios públicos o en el ejercicio de la protesta social: asonada, obstrucción de vías públicas, lanzamiento de sustancias peligrosas, violencia contra servidor público, perturbación del servicio de transporte público, daños en bien ajeno, lesiones personales y demás delitos ocasionados en el marco de la ley de seguridad ciudadana o en ejercicio de la protesta social. En estos casos, la Sala aplicará mecanismos de cesación de procedimiento con miras a la extinción de la acción y la responsabilidad o podrá remitir dicha información a la Sala de Amnistía e Indulto para lo de su competencia.

El art. 3º de la Ley 1820 de 2016 determina que la amnistía se aplicará, además, “a las conductas cometidas en el marco de disturbios públicos o el ejercicio de la protesta social en los términos que en esta ley se indica”. Con esto se determina la viabilidad de la amnistía para aquellos actores que han sido sujetos de la acción penal con ocasión o por causa de la protesta social. En concreto, la Ley 1820 de 2016 hace relación a aquel tipo de protesta social que

⁷⁶ La cual informa también el trabajo de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, véase *supra* II. Determinación de mecanismos de selección y priorización (num. 3 y 7), nms. 13 y ss.

⁷⁷ Véase al respecto con más detalle *infra* art. 31. Resoluciones proferidas por la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas.

⁷⁸ Corte Const., sent. C-007 (*supra* nota 1), párr. 811.

⁷⁹ Corte Const., sent. C-007 (*supra* nota 1), párr. 811.

derivó en disturbios u otras acciones delictivas. En ese sentido, se articula la Directiva 0008 de 2016 FGN, por medio de la cual se establecen lineamientos generales con respecto a delitos en que se puede incurrir en el curso de la protesta social. Esta Directiva parte del punto de que “las conductas punibles cometidas por los manifestantes deben interpretarse de conformidad con los derechos fundamentales a la libertad de expresión y de reunión, y de acuerdo con el principio democrático”⁸⁰.

38 Para la Corte Const., la medida que prevé el num. 9 (adopción de medidas por la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, con base en información entregada por organizaciones sociales, destinadas a la cesación del procedimiento en contra de los interesados, o la de remitir esta información a la Sala de Amnistía e Indulto, para efectos del correspondiente indulto) es una medida razonable, “dado que son las organizaciones sociales las que, plausiblemente, tienen conocimiento de las personas que han sido señaladas o condenadas por injustos ocurridos en las hipótesis indicadas”⁸¹. Sin embargo, la Corte ha hecho dos precisiones. Por un lado, “no resulta admisible que la medida se limite a la Cumbre Agraria, Étnica y Social, de modo que la SDJS deberá recibir información de toda organización social que tenga conocimiento de estos hechos”⁸². Por otro lado, “el delito conexo *lesiones personales* deberá limitarse a aquellas que produzcan una incapacidad máxima de 30 días, como lo establece el artículo 24 Superior, y con el fin de que esta medida no se extienda a hechos de especial gravedad, o a conductas ajenas a los escenarios allí definidos”⁸³.

39 A esta conclusión llegó la Corte Const. luego de analizar tres problemas relativos al alcance de las amnistías e indultos: “Primero, debe determinarse si tal ampliación del ámbito de aplicación de la ley conduce a la extensión de amnistías o indultos a delitos comunes, o a situaciones que trascienden la idea del conflicto armado. Segundo, debe analizarse si ello implica que el Legislador estableció una asociación entre actos que constituyen el ejercicio de derechos fundamentales y delitos políticos [...]. Finalmente, tercero, debe evaluar si era válida la inclusión de estas normas en una ley de amnistías, indultos y tratamientos penales diferenciados [...]”⁸⁴. Este análisis se hace, además, sobre la base de la distinción entre *disturbio público* y *protesta social*⁸⁵.

⁸⁰ Fiscalía General de la Nación, Directiva 0008 del 27.03.2016, disponible en <http://frenteampliopopular.org/documentos/FGN%20-%20Directiva%20008%20protesta%20social.pdf> (visto por última vez el 14.06.2018)

⁸¹ Corte Const., sent. C-007 (*supra* nota 1), párr. 812.

⁸² Corte Const., sent. C-007 (*supra* nota 1), párr. 812.

⁸³ Corte Const., sent. C-007 (*supra* nota 1), párr. 812.

⁸⁴ Corte Const., sent. C-007 (*supra* nota 1), párr. 496.

⁸⁵ Corte Const., sent. C-007 (*supra* nota 1), párr. 497: “la expresión *disturbios públicos*, dotada de una carga emotiva negativa evidente, se refiere a ciertas alteraciones

En lo que tiene que ver con los *disturbios públicos*, la Corte considera que la norma “hablaría de conductas subsumibles en, o conexas al delito de asonada, que es de naturaleza política”⁸⁶. Para la Corte, “el contenido de la norma es entonces una garantía de libertad para aquellas personas que materialmente habrían incurrido en conductas asociadas a un delito político, sin perjuicio de que, en otro momento histórico, estas hayan sido calificadas de forma distintas. [...] es posible concluir que se trata de conductas (i) producto del delito político de asonada o (ii) que guardan una estrecha semejanza con este y, en consecuencia, tienen una motivación política y merecen un trato semejante”⁸⁷. Respecto a la expresión “en el ejercicio de la protesta social”, la Corte considera que “no puede interpretarse como la extensión de las amnistías a delitos ajenos al político. Es imprescindible recordar que la protesta pacífica no puede ser perseguida penalmente, pues constituye el ejercicio de un derecho fundamental”⁸⁸. A pesar de ello, la Corte entiende que “este ejercicio pudo verse afectado por el conflicto armado interno y, por ese motivo, debe incluirse la posibilidad de indulto por parte de la Jurisdicción Especial para la Paz”⁸⁹.

40

Personas que participaron en el conflicto pero que al momento de realizarse la conducta ilícita eran menores de edad (num. 10): el num. 10 establece que la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas decidirá sobre la renuncia a la persecución penal respecto de personas que eran menores de edad en el momento de realizarse la conducta ilícita y resulten responsables de delitos no amnistiables.

41

Una evaluación de documentos internacionales lleva a concluir que no se afirma en sentido categórico que los niños no deban ser procesados. Lo que se prohíbe es el reclutamiento y uso de niños en las fuerzas armadas o grupos armados, en la mayoría de los casos, menores de quince años. De manera clara, el derecho penal internacional se ha distanciado de enjuiciar a los niños y deja esta opción a las legislaciones nacionales, en las que el umbral de edad para la responsabilidad penal es variado. En 2007, el *Comité de los Derechos del*

42

serias al orden público, que podrían surgir por motivos diversos. El enunciado *protesta social*, en cambio, alude a actividades asociadas al ejercicio del derecho fundamental a la manifestación pública, el cual se relaciona a su vez con los derechos a la libertad de reunión, de expresión y de locomoción. Es importante mantener presentes estas diferencias al momento de responder los problemas planteados, pues la unión de ambos supuestos acarrea el riesgo de llevar un derecho fundamental al plano de cualquier alteración de orden público, lo que obviamente no es acertado”.

⁸⁶ Corte Const., sent. C-007 (*supra* nota 1), párr. 500.

⁸⁷ Corte Const., sent. C-007 (*supra* nota 1), párr. 501.

⁸⁸ Corte Const., sent. C-007 (*supra* nota 1), párr. 510.

⁸⁹ Corte Const., sent. C-007 (*supra* nota 1), párr. 510.

Niño recomendó la abolición de todas las formas de prisión perpetua para los niños menores de dieciocho años⁹⁰. La ONU ha mostrado interés en regular la justicia juvenil estableciendo las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (“*Las Reglas de Beijing*”), y Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (“*Directrices de Riad*”)⁹¹. Estos estándares y pautas representan definitivamente reglas que son aplicables especialmente en el caso de los niños soldados, en tanto ellos necesitan las mayores garantías con respecto a sus derechos humanos. En ese sentido, la CPI se ha distanciado del enjuiciamiento de niños soldados en el artículo 26 del Estatuto de Roma: “El Tribunal no tendrá jurisdicción sobre ninguna persona menor de 18 años en el momento de la presunta comisión de un delito”⁹².

43 La Corte Const. declaró la exequibilidad de este numeral “en el entendido de que los niños, niñas y adolescentes que hayan participado directa o indirectamente en el conflicto armado interno son víctimas y tienen derecho a ingresar a las rutas pertinentes para la reincorporación”⁹³. Ello, como resultado de un detallado análisis de constitucionalidad que evaluó las consecuencias de darle a niños, niñas y adolescentes víctimas de reclutamiento forzado el trato de victimarios o perpetradores de las mayores violaciones a los derechos humanos. Este análisis partió de la premisa según la cual toda persona menor de dieciocho años que sea reclutada tiene la condición de víctima⁹⁴. En consecuencia, la Corte consideró que este numeral:

“establece es, precisamente, la facultad de la Jurisdicción Especial para la Paz de decidir cuál es el tratamiento que debe darse en estos casos a los niños, niñas y adolescentes. Esto implica que, contrario a lo que ocurre con los adultos que incurren en estas conductas, la disposición permite que la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas decida renunciar a su persecución penal, en cuyo evento, sin embargo, podrá establecer la obligación de comparecer ante la Comisión de la Verdad o la Unidad de Búsqueda de Personas

⁹⁰ Committee on the rights of the child, “General Comment No. 10: Children’s rights in juvenile justice 2007”, en FROSTAD MAGNE, *Child Soldiers: Recruitment, Use and Punishment* (2013) Vol. 1 International Family Law, Policy and Practice 87, par. 77.

⁹¹ Véase Doc. de las Naciones Unidas. A / 45/49 (1990).

⁹² Véase OTTO TRIFFTERER/ROGER S. CLARK, “Article 26. Exclusion of jurisdiction over persons under eighteen”, en TRIFFTERER/AMBOS, *The Rome statute of the International Criminal Court. A commentary*, München, Beck/Hart/Nomos, 3ª ed., 2016, pág. 1030, nms. 1 y ss. con más referencias.

⁹³ Corte Const., sent. C-007 (*supra* nota 1), párr. 813.

⁹⁴ Corte Const., sent. C-007 (*supra* nota 1), párrs. 434 y ss.

Desaparecidas (o, en términos amplios, imponer las obligaciones que estime pertinentes en el marco de sus funciones) para así evitar que el beneficio implique una anulación absoluta de los derechos de otras víctimas”⁹⁵.

En la hipótesis en que no se *renuncie* a la persecución penal, la Corte estableció que la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas tendrá en cuenta otros niveles normativos y judiciales que rigen las prácticas de sanción a personas menores de dieciocho años. En esa medida, la Corte comprende que deberán considerarse “los principios que guían la función de la pena en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes; y el enfoque restaurativo y prospectivo de las sanciones de la Jurisdicción Especial para la Paz”⁹⁶. A esto se suma, el seguimiento de un enfoque diferencial que permita entender la especial afectación sufrida por las niñas en el conflicto armado interno.

44

⁹⁵ Corte Const., sent. C-007 (*supra* nota 1), párr. 813.

⁹⁶ Corte Const., sent. C-007 (*supra* nota 1), párr. 813.

Artículo 29. *Ámbito de competencia personal.* Sin perjuicio de lo que se establece para los agentes del Estado en el Título IV de esta ley y de lo previsto en el Acuerdo de Jurisdicción Especial para la Paz, la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas conocerá de los casos objeto de su competencia, respecto de las siguientes personas nacionales colombianas o extranjeras, bien sea que su responsabilidad sea a título de autoría o participación, consumación o tentativa:

1. Integrantes de las FARC-EP tras la entrada en vigencia del Acuerdo Final de Paz con el Gobierno nacional, de conformidad con los listados entregados por representantes designados por dicha organización expresamente para ese fin, listados que serán verificados conforme a lo establecido en el Acuerdo Final de Paz.

2. Personas que, por conductas desplegadas en contextos relacionados con el ejercicio del derecho a la protesta o disturbios internos, hayan sido perseguidas penalmente, por los delitos contemplados en los artículos 112 (lesiones personales con incapacidad menor a 30 días), 265 (daño en bien ajeno), 353 (perturbación en servicio de transporte público, colectivo u oficial), 353A (obstrucción a vías públicas que afecte el orden público), 356A (disparo de arma de fuego), 359 (empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos), 429 (violencia contra servidor público), 430 (perturbación de actos oficiales) y 469 (asonada) del Código Penal colombiano.

Otras personas condenadas por delitos diferentes a los anteriores como consecuencia de participación en actividades de protesta, podrán solicitar a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas el ejercicio de sus competencias respecto a sus condenas, si pudieran acreditar que las conductas por las que fueron condenados no son de mayor gravedad que las establecidas en los anteriores artículos del Código Penal.

3. Personas que estén procesadas o que hayan sido condenadas por delitos políticos o conexos vinculados a la pertenencia o colaboración con las FARC-EP, sin que se reconozcan parte de la anterior organización.

En este supuesto la persona aportará las providencias judiciales u otros documentos de los que se pueda inferir que el procesamiento o la condena obedeció a una presunta vinculación con dicha organización.

Lo anterior no obsta para que la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas ejerza su competencia respecto a las personas indicadas en el parágrafo 63 del Acuerdo de Jurisdicción Especial para la Paz, en los términos previstos en dicho acuerdo.

Literatura: KAI AMBOS *et al.*, *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (ley 975 de 2005) y Derecho Penal Internacional*. Estudio sobre la facultad de intervención complementaria de la Corte Penal Internacional a la luz del denominado proceso de “justicia y paz” en Colombia, Bogotá, GTZ/Embajada de la República Federal Alemana en Bogotá/Georg-August-Universität Göttingen, 2010; JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, “Delito político. Al hilo de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia de 11 de julio de 2007”, en *Estudios de Derecho* 144, Medellín, Universidad de Antioquia, 2007; JUAN CARLOS LANCHEROS, “La participación en política de Grupos Armados al Margen de la Ley que abandonen la lucha armada como consecuencia de un proceso de paz, a la luz del marco constitucional vigente”, en *Rutas jurídicas para la paz: participación política*, Konrad Adenauer-Colombia/Fundación Derecho Justo/MOE, 2013; DIEGO FERNANDO TARAPUÉS, “El delito político en la Constitución de 1991: una herencia constitucional como herramienta en la búsqueda de la paz” en *Papel Político*, Bogotá, vol. 16, No. 2, 2011; JOHN ZULUAGA, “Justicia de transición y criminalidad política. Implicaciones desde el punto de vista del modelo de selección y priorización procesal penal”, en K. Ambos/C. Steiner (coords.), *Justicia de transición y Constitución II. Análisis de la sentencia C-577 de 2014 de la Corte Constitucional*, Bogotá, CEDPAL-KAS-Edit. Temis, 2015.

Jurisprudencia nacional: Corte Const., sent. C-007 de 2018; CSJ, Sala de Casación Penal, sent. de 28 de junio de 2017 (rad. 50386); CSJ, Sala de Casación Penal, sent. de 19 de abril de 2017 (rad. 49979).

Otros documentos: Acuerdo sobre la Jurisdicción Especial para la Paz; Alto Comisionado para la Paz, “Comunicado sobre los listados de nombres entregados por las Farc”, 25.09.2017, disponible en <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/Prensa/Paginas/2017/Septiembre/comunicado-sobre-los-listados-de-nombres-entregados-por-Farc.aspx> (visto por última vez el 30.01.2018); “Buscar un cupo en la JEP, estrategia de narcos para frenar extradición”, en *ElTiempo.com*, 25.06.2018, disponible en <http://www.eltiempo.com/justicia/conflicto-y-narcotrafico/narcos-y-extraditables-buscan-cupo-en-la-justicia-especial-de-paz-235220> (visto por última vez el 25.06.2018); Decreto 1174 de 19 de julio de 2016; GTZ-Proyecto Profis, Manual de procedimientos para Ley de justicia y paz, Bogotá, GTZ - Embajada de la RFA en Colombia, 2009; GTZ-Proyecto Profis/Embajada de la RFA en Colombia/Fiscalía General de la Nación, Guía de procedimientos de la unidad nacional de Fiscalías para justicia y paz. Ley 975 de 2005, Bogotá, GIZ-Profis/Embajada RFA en Colombia/FGN, 2009; “Los colados en las listas de las FARC”, en *El Espectador*, 11.09.2017, disponible en <https://www.elespectador.com/opinion/editorial/los-colados-en-las-listas-de-las-farc-articulo-712639> (visto por última vez el 14.06.2018).

I. Anotación preliminar

1 La competencia *ratione personae* que se delimita en el art. 29 de la Ley 1820 de 2016 define un ámbito de intervención específico por parte de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas: *miembros de las FARC-EP* y personas perseguidas penalmente en *ejercicio del derecho a la protesta o disturbios internos*. Así se especifica una parte de la amplia competencia de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, tal como se establece en el primer y último incisos del art. 29, al remitir a otros criterios normativos de definición de competencia¹. En ese sentido, lo que se logra en concreto con el art. 29 es, más bien, un énfasis en su competencia respecto a sujetos involucrados en delitos políticos. De esta manera, en la concreción del ámbito de competencia personal se establece, a la vez, un cierto tipo de matriz subjetiva para la priorización de casos.

2 El asunto no es, entonces, un caso de redundancia. Al contrario, esta delimitación de competencia cobra relevancia si se tiene en cuenta que a la definición de situación jurídica de involucrados en delitos políticos y conexos la antecede la resolución judicial que sobre lo mismo ofrece la Sala de Amnistía e Indulto y la misma Sala de Reconocimiento de Verdad. Por lo tanto, con el art. 29 se plantea, también, una concreción procesal residual de los casos no resueltos en sede de la Sala de Amnistía e Indulto o de la Sala de Reconocimiento. Esta definición de situación jurídica tiene sentido si se advierte que no en todos los casos relativos a delitos políticos habrá necesariamente una amnistía o un indulto; piénsese en menores de edad en filas de las FARC-EP o aquellas solicitudes de amnistía no resueltas por la Sala de Amnistía e Indulto para algunos miembros de las FARC-EP en razón de la denominada amnistía *de iure*. Que ello sea así, refuerza los criterios de asignación de competencia que se plantean en el art. 28 por medio de la delimitación de funciones de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas.

II. Análisis e interpretación de los elementos

A) *Integrantes de las FARC-EP en listados (num. 1)*

3 Los contenidos de los listados elaborados por las FARC-EP fueron sometidos a verificaciones que intentó realizar básicamente la Oficina del Alto Comisionado para la Paz, a pesar de la insuficiente capacidad de la misma para establecer la correspondencia de los nombres fijados como miembros de las

¹ Título IV Ley 1820 de 2016 y parg. 63 del Acuerdo sobre la Jurisdicción Especial para la Paz.

FARC-EP. En razón de ello, se integró un comité interinstitucional, denominado como el *Comité de Listados* que fue regulado por el Decreto 1174 de 2017, con el fin de asegurar la respectiva verificación². Según el art. 2º del Decreto en mención, este Comité está integrado por el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, el Sector Defensa (Ministerio de Defensa, las fuerzas militares, el Jefe de Inteligencia Conjunta, el Jefe de Inteligencia y Contrainteligencia del Ejército, el Jefe de Inteligencia de la Armada, el Jefe de Inteligencia de la Fuerza Aérea, el Director de Inteligencia de la Policía (Dipol), la Dirección de Investigación Criminal e Interpol (Dijín)), el Departamento Administrativo de la Dirección Nacional de Inteligencia, la Fiscalía General de la Nación y la Registraduría General de la Nación.

La construcción de las listas preliminares por parte de las FARC-EP (véase *supra* art. 28 num. 27) empezó cuando los combatientes llegaron a las zonas veredales donde dejaron las armas. En la consolidación de listados por parte de las FARC-EP fue relevante la Décima Conferencia en Brisas del Diamante en las sabanas del Yarif³. Estos listados fueron motivo de amplias críticas por la posible inclusión de narcotraficantes. Sin embargo, un trabajo técnico por parte del Comité de Listados permitió la depuración estricta de dichos listados⁴. Solo en los casos en que no hubo observaciones por parte del Comité, la Oficina del Alto Comisionado procedía a la acreditación. Esto tenía, de entrada, dos consecuencias: por un lado, para los *guerrilleros que estaban en las “zonas veredales de normalización”* y, además, que contaban con el registro de dejación de armas y el acta de compromiso, significó la posibilidad de recibir

4

² Presidencia de la República de Colombia, Decreto 1174 de 19 de julio de 2016, Disponible en <http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%201174%20DEL%2019%20DE%20JULIO%20DE%202016.pdf> (visto por última vez el 30.01.2018).

³ Esta conferencia tuvo lugar entre el 17 y el 23 de septiembre de 2016 y en ella se reafirmó la coherencia y unidad interna de nuestra organización. Véase <https://www.farc-ep.co/comunicado/declaracion-politica-de-la-x-conferencia-nacional-guerrillera-comandante-manuel-marulanda-velez.html> (visto por última vez el 30.01.2018).

⁴ Véase “Los colados en las listas de las FARC”, en *El Espectador*, 11.09.2017. Disponible en <https://www.elspectador.com/opinion/editorial/los-colados-en-las-listas-de-las-farc-articulo-712639> (visto por última vez el 14.06.2018). Incluso, después de la puesta en marcha de la JEP, en los despachos de los magistrados de la Sección de Revisión hay 34 expedientes de extraditables que se están agarrando a la tabla de salvación de la justicia transicional para evitar ser enviados a EE. UU. véase “Buscar un cupo en la JEP, estrategia de narcos para frenar extradición”, en *ElTiempo.com* 25.06.2018. Disponible en <http://www.eltiempo.com/justicia/conflicto-y-narcotrafico/narcos-y-extraditables-buscan-cupo-en-la-justicia-especial-de-paz-235220> (visto por última vez el 25.06.2018).

beneficios colectivos como la amnistía e ingresar al proceso de reintegración. Por otro lado, para los *guerrilleros presos*, esta acreditación representó una oportunidad para solicitar ante un juez ordinario su amnistía. Según información del Alto Comisionado para la Paz, a la fecha en que terminó el plazo para la entrega de los listados (15 de agosto de 2016) se acreditaron 11.345 integrantes de las FARC-EP (que corresponde al 80% de los postulados) de los cuales, 8.322 fueron guerrilleros y milicianos que llegaron a las 26 zonas y puntos transitorios de normalización, 52 extranjeros y 2.971 privados de la libertad⁵.

B) *Personas que hayan sido perseguidas penalmente en ejercicio del derecho a la protesta o disturbios internos (num. 2)*

5 Desde el punto de vista estrictamente jurídico-penal, la protesta social y los disturbios públicos dan cuenta de conductas que no pueden calificarse exactamente como delitos políticos, a la manera como se concibe la rebelión, la sedición, la asonada, la conspiración, la seducción, la usurpación y la retención ilegal de mando (Título XVIII CP). En esa medida, pareciera cuestionable la asimilación a los delitos políticos y, en consecuencia, el otorgamiento de indultos u otros beneficios penales (v. gr. extinción de la acción penal) para los delitos cometidos en el marco de disturbios públicos o en el ejercicio del derecho de protesta. Un tratamiento penal más flexible está previsto para este tipo de conductas en los arts. 3º, 24, 28 (9), 29 (2) y 37 de la Ley 1820 de 2016. El asunto parece más extraño, pues se le asigna a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas la posibilidad de definición procesal a unas conductas que son, básicamente, competencia de la Sala de Amnistía e Indulto (véase *supra* art. 28 nms. 37 y ss.).

6 Con este marco de conductas se amplía el listado de delitos que contiene el Título XVIII CP para conceder beneficios punitivos. Este tratamiento especial para conductas que no representan delitos políticos en sentido estricto encuentra una explicación en el hecho de que la comisión de las mismas, en general, está inspirada en motivaciones políticas y, con ellas, se cuestiona el régimen constitucional y legal. De la mano de estas conductas y a manera de concurso de hechos punibles se pueden identificar actos como la perturbación en servicio de transporte (art. 353 CP), daño en bien ajeno (art 265 CP), violencia

⁵ Véase Alto Comisionado para la Paz, “Comunicado sobre los listados de nombres entregados por las Farc”, 25.09.2017. Disponible en <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/Prensa/Paginas/2017/Septiembre/comunicado-sobre-los-listados-de-nombres-entregados-por-Farc.aspx> (visto por última vez el 30.01.2018). Es de anotar que muchos guerrilleros no tenían ni registro de nacimiento o tenían varias cédulas, razón por la cual los procesos de identificación siguen en marcha.

contra servidor público (art. 429 CP) y perturbación de certamen democrático (art. 386 CP), etc. Con esto se fija una comprensión amplia de los criterios objetivo y subjetivo que caracterizan al delito político y flexibiliza la interpretación de los arts. 150 (17) y 201 (2) de la Const. Pol. Esta interpretación encuentra respaldo en el art. 16 inc. 2º de la Ley 1820, en cuyos términos frente al listado de delitos políticos se tendrán también en cuenta otras conductas que la Sala de Amnistía e Indulto considere conexos con el delito político, en aplicación de los criterios establecidos en dicha ley⁶.

Esta interpretación ha sido acogida por la CSJ, según la cual “son destinatarios de la libertad condicionada, en consecuencia, los procesados o condenados por los delitos respecto de los que procede la amnistía *de iure*, esto es, por delitos políticos –rebelión, sedición, asonada, conspiración, seducción, usurpación y retención ilegal de mando– y los conexos enumerados en el art. 16, siempre y cuando: [...] e) las personas perseguidas penalmente por conductas desplegadas en contextos relacionados con el ejercicio del derecho a la protesta o disturbios internos, según el listado de delitos del artículo 29”⁷.

C) *Delitos políticos o conexos vinculados a la pertenencia o colaboración con las FARC-EP (num. 3)*

La conexidad frente a delitos políticos ya ha sido ampliamente discutida con anterioridad⁸. En la Ley 1820 de 2016 se contempla un marco objetivo a la manera de una lista de delitos conexos al delito político, ampliando de esta manera el alcance de este concepto. La depuración de esta enunciación de conductas y tipos penales contenida en el art. 16 de la Ley en comento es una forma de desenlace de las discusiones planteadas con ocasión del MJP, concretamente respecto al art. transitorio 67 de la Const. Pol⁹. El mismo representó una especie de intersección entre una exigencia de exclusión de crímenes internacionales como conexos a los delitos políticos y la necesidad de exceptuar del tratamiento penal ordinario a otra serie de delitos no políticos

⁶ Véase al respecto Corte Const., sent. C-007 de 2018, párrs. 495 y ss.

⁷ CSJ, Sala de Casación Penal, sent. de 28 de junio de 2017 (rad. 50386); CSJ, Sala de Casación Penal, sent. de 19 de abril de 2017 (rad. 49979).

⁸ Véase *supra* art. 16 Ley 1820 de 2016. Delitos conexos con los delitos políticos.

⁹ Véase JOHN ZULUAGA, “Justicia de transición y criminalidad política. Implicaciones desde el punto de vista del modelo de selección y priorización procesal penal”, en Kai Ambos/Christian Steiner (coords.), *Justicia de transición y Constitución II. Análisis de la sentencia C-577 de 2014 de la Corte Constitucional*, Bogotá, CEDPAL-KAS-Edit. Temis, 2015, págs. 47 y ss.

en sentido estricto¹⁰. La definición negativa del delito político en el MJP (crímenes políticos no son crímenes de lesa humanidad ni genocidio) abrió la posibilidad de una concreción amplia de los escenarios de reproche penal conexos al delito político, es decir, para que un espectro de hechos punibles distintos a los crímenes políticos pudieran tener un tratamiento penal alternativo.

9 La trayectoria de la comprensión reciente sobre la conexidad de los delitos políticos permite una amplia interpretación de la misma no solo a partir de lo establecido en el MJP, sino, también, del cuerpo normativo antecedente constituido básicamente por las leyes 782 de 2002 y 975 de 2005¹¹. Así, también, lo contempla el mismo art. 16 de la Ley 1820 de 2016, según el cual el listado de delitos conexos se comprenderá sin perjuicio de que otras conductas se consideren conexas con el delito político. De esta manera, esta interpretación permite llenar de contenidos a los criterios de conexidad y, en esa medida, puede entenderse a la conexidad como un asunto susceptible de ulteriores desarrollos. Entre otros ámbitos de análisis que complementarían los efectos de la conexidad, se encuentran los requisitos fijados por la CSJ para entenderse destinatario de libertad condicionada, en razón de intervención en delitos políticos y conexos. Así, la CSJ indica que este beneficio se dirigirá a varios grupos de personas: “a) los relacionados con el desarrollo de la rebelión cometidos con ocasión del conflicto armado [...], b) aquellos en el que el sujeto

¹⁰ Sobre el delito político como excepción a la inhabilidad general para participar en política a causa de una condena véase JUAN CARLOS LANCHEROS, “La participación en política de Grupos Armados al Margen de la Ley que abandonen la lucha armada como consecuencia de un proceso de paz, a la luz del marco constitucional vigente”, en *Rutas jurídicas para la paz: participación política*, Konrad Adenauer-Colombia/Fundación Derecho Justo/MOE, 2013, pág. 14; JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, “Delito político. Al hilo de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia de 11 de julio de 2007”, en *Estudios de Derecho* 144 (dic. 2007), Medellín, Universidad de Antioquia, pág. 115; DIEGO FERNANDO, TARAPUÉS, “El delito político en la Constitución de 1991: una herencia constitucional como herramienta en la búsqueda de la paz” en *Papel Político*, Bogotá, Vol. 16, No. 2, julio-diciembre 2011, pág. 389 y ss.

¹¹ Sobre la estructura procesal ver KAI AMBOS *et al.*, Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (ley 975 de 2005) y Derecho Penal Internacional. Estudio sobre la facultad de intervención complementaria de la Corte Penal Internacional a la luz del denominado proceso de “justicia y paz” en Colombia, Bogotá, GTZ/Embajada de la República Federal Alemana en Bogotá/Georg-August-Universität Göttingen, 2010, párrs. 36-40; sobre el procedimiento de la LJP *in extenso* véase GTZ-Proyecto Profis, *Manual de procedimientos para Ley de justicia y paz*, Bogotá, GTZ - Embajada de la RFA en Colombia, 2009, págs. 221-398; GTZ-Proyecto Profis/Embajada de la RFA en Colombia/Fiscalía General de la Nación, *Guía de procedimientos de la unidad nacional de Fiscalías para justicia y paz. Ley 975 de 2005*, Bogotá, GIZ-Profis/Embajada RFA en Colombia/FGN, 2009, C3 y ss., E3 y ss., F3 y ss., G3 y ss., H3 y ss.

pasivo es el Estado y su régimen constitucional, c) las conductas dirigidas a facilitar, apoyar, financiar u ocultar el desarrollo de la rebelión, d) los delitos cometidos en el marco de disturbios públicos o ejercicio de la protesta social”¹².

Para la Corte Const., “el listado de conductas conexas definidas en el numeral 2 de este artículo [art. 29] coincide, punto por punto, con las conexidades establecidas, en el mismo ámbito (protesta o disturbios internos) en el art. 24 de esta ley”¹³. De igual manera, respecto a las conductas de menor gravedad, considera la Corte Const. que la extensión que se prevé en el segundo inciso del num. 2, “resulta acorde a un principio de justicia, que ordena dar un trato similar a lo similar (en este caso, a lo similar, aunque menos grave), y el inciso 3º prevé algunos aspectos probatorios, necesarios para que la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas evalúe la procedencia del beneficio”¹⁴.

10

¹² CSJ, rad. 50386 (*supra* nota 7), Consideraciones de la Corte.

¹³ Corte Const. (*supra* nota 6), párr. 814.

¹⁴ Corte Const. (*supra* nota 6), párr. 814.

Artículo 30.* *Criterios de valoración de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas.* Podrán ser objeto de las resoluciones mencionadas en este capítulo las personas a quienes se les atribuyan los delitos que hayan sido cometidos en el contexto y en razón del conflicto armado, siempre que no constituyan:

1. Casos de participación determinante en los denominados crímenes: crímenes de lesa humanidad, genocidio, [graves] crímenes de guerra, toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, tortura, ejecuciones extrajudiciales, desaparición forzada, acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, sustracción de menores, desplazamiento forzado, o reclutamiento de menores conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma, sin perjuicio de la facultad contemplada en el num, 2 del art. 28 de esta ley.

2. Delitos comunes que no hayan sido cometidos en el contexto y en relación con el conflicto armado o cuya motivación haya sido obtener beneficio personal, propio o de un tercero.

Literatura: KAI AMBOS, “La Ley de Amnistía (ley 1820 de 2016) y el marco penal internacional”, en K. Ambos/F. Cortés Rodas/J. Zuluaga (coords.), *Justicia transicional y derecho penal internacional*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2018; KAI AMBOS/JOHN ZULUAGA, “Justicia de transición y Constitución. Análisis de la sent. C-579 de 2013 sobre el marco jurídico para la paz”, en *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik*, Alemania, 2014; GUSTAVO COTE/DIEGO TARAPUÉS, “El Marco Jurídico para la Paz y el análisis estricto de sustitución de la Constitución realizado en la sentencia C-579 de 2013”, en K. Ambos (coord.), *Justicia de transición y constitución. Análisis de la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional*, Bogotá, Edit. Temis-CEDPAL-Konrad Adenauer, 2014; JOHN ZULUAGA, “Justicia de transición y criminalidad política. Implicaciones desde el punto de vista del modelo de selección y priorización procesal penal”, en K. Ambos/C. Steiner (coords.), *Justicia de transición y Constitución II. Análisis de la sentencia C-577 de 2014 de la Corte Constitucional*, Bogotá, CEDPAL-KAS-Edit. Temis, 2015.

Jurisprudencia nacional: Corte Const., sent. C-007 de 2018.

Otros documentos: Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, Protocolo 001. Por el cual se adoptan los trámites ante la Sala de Definición de Situaciones jurídicas de la JEP,

* El aparte entre corchetes fue declarado inexecutable por la Corte Const. en la sent. C-007 de 1º de marzo de 2018.

Bogotá, JEP, 13.04.2018; JOHN ZULUAGA, “Las reglas de procedimiento de la JEP”, en ambitojuridico.com 01.06.2018.

I. Anotación preliminar

El art. 30 de la Ley 1820 de 2017 refuerza los criterios cualitativos de definición de competencia contenidos en el art. 28 (4) y (8) de la misma Ley. De esta manera, se ratifica la conexión con el conflicto como el aspecto más relevante para la comprensión de los casos que serán estudiados por la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas¹. Esta confirmación se logra por medio de la delimitación de los asuntos que no podrán ser objeto de resolución de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, es decir, casos de participación determinante en crímenes internacionales y delitos comunes sin relación con el conflicto armado. De esta manera, se deja para el conocimiento de la JEP aspectos estrictamente disponibles en los términos del párrafo único del art. 23 de la Ley en comento (en concordancia con el num. 40 del Acuerdo sobre Víctimas). Por medio de esto se logra una restricción de las competencias de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas para disponer de la terminación del proceso por medio de alguna de las resoluciones previstas en el art. 31 que se comenta abajo.

La definición negativa de los asuntos que debe decidir la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, es decir, la circunscripción de lo que no podrá ser objeto de resolución por esta, tiene varias implicaciones para el trabajo mismo de la Sala. El art. 30 fija un marco de asuntos que no irán al conocimiento de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas y que están estrictamente cruzados (cometidos en el contexto y en razón) por el conflicto armado. Trátese de crímenes internacionales u otros graves y representativos como lo indica el art. 30 (1), la violencia sistemática y generalizada propia del conflicto armado interno determina la valoración de estos crímenes como internacionales. Que ello sea así y ante la imprecisión del art. 30 para establecer criterios de competencia *ratione materiae* de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, se deriva una tarea accesoria para los funcionarios de esta Sala. Con esto, no en clave de la conexidad, sino, más bien, de la diferenciación de los asuntos tratables o no, la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas debe determinar su competencia en razón de un estudio de diferenciación entre los delitos mencionados en el art. 30 (1) y (2) en comento y otros sobre los que sí podrá disponer como asuntos objeto de Resolución. Estos criterios de diferenciación no se derivan ni de la Ley 1820 de 2016, ni de la LEAJ-JEP. Tampoco se logra vislumbrar en el proyecto de reglas de procedimiento de la JEP² ni en

¹ Véase *supra* art. 28. III. Relación de conductas con el conflicto armado (num. 4).

² Al respecto véase JOHN ZULUAGA, “Las reglas de procedimiento de la JEP”, en ambitojuridico.com 01.06.2018.

el Protocolo 001 de 2018 expedido por la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas para la regulación del trámite judicial ante esta instancia³.

- 3 Para la Corte Const., este artículo “reproduce uno de los objetos centrales de la Ley de amnistía, indultos y tratamientos penales especiales, como es la definición de la situación jurídica de personas que hayan cometido conductas relacionadas con el conflicto armado interno (art. 2^o, *supra*)”⁴. Sobre los dos numerales que componen el artículo, la Corte advirtió que establecen “cláusulas de exclusión de los beneficios de mayor entidad, [...] y que se concretan en el núcleo de los delitos que afectan con mayor intensidad la dignidad humana y que han sido identificados por el legislador con apoyo en los crímenes internacionales (numeral 1)”⁵. En términos de la Corte, con esto quedan fuera “aquellas conductas que no tuvieron origen, causa o relación con la confrontación armada y que, por ese motivo, no pueden beneficiarse de los incentivos vertidos en los mecanismos de justicia transicional”⁶.

II. Análisis e interpretación de los elementos

A) *Casos de participación determinante en crímenes internacionales y otros (num. 1)*

- 4 El art. 30 coincide con el párrafo único del art. 23 en la diferenciación de delitos que en el fondo son amnistiables y no amnistiables. Los delitos frente a los cuales no procede la amnistía, no se limitan exclusivamente a los crímenes relevantes para el DPI. Esta diferenciación tiene su explicación en la Ley 1820 de 2016, pues tiene como presupuesto el concepto de delito político (art. 8^o). Esto, llevado al marco del art. 30 y al marco de actuación de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, es difícil de comprender, en tanto internacionalmente el efecto de esta clase de delitos (políticos) es restringido y, además, porque este tipo de asuntos no son competencia de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas en sentido estricto. En otras palabras, se hace una diferenciación que sigue los criterios de delitos amnistiables y no amnistiables para establecer los asuntos objeto de disponibilidad por la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas.

³ Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, Protocolo 001, por el cual se adoptan los trámites ante la Sala de Definición de Situaciones jurídicas de la JEP, Bogotá, JEP, 13.04.2018.

⁴ Corte Const., sent. C-007 de 2018, párr. 815.

⁵ Corte Const. (*supra* nota 4), párr. 815.

⁶ Corte Const. (*supra* nota 4), párr. 815.

Esta redacción tiene muchos problemas, pues la primera parte de la lista corresponde al ER (delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra), pero incurre en una imprecisión. La alusión a “graves” crímenes de guerra no es correcta en la forma como se hace en la Ley 1820 de 2016. Esto conlleva a distinguir entre casos graves y no graves, por lo cual se abre un espectro de interpretación que da pie a distinciones que no son propias de los crímenes internacionales. La fijación de un umbral de gravedad para los crímenes de guerra⁷, a su vez, abre una discusión más compleja (inexistente en el DPI) sobre los ámbitos menos graves en la comisión de estos crímenes y las condiciones procesales para su tratamiento por parte de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas.⁸

En todo caso, la Corte Const. declaró inexequible la expresión “graves” referida a los crímenes de guerra, contenida en los arts. 23 (parg., lit. a.), 30.1, 46.1, 47 (inc. 4º), 52.2. y 57.2. La Corte advirtió que se trata de una categoría que “crea la posibilidad de que se desconozca el deber internacional de investigar, juzgar y sancionar las graves infracciones al derecho internacional humanitario”⁹. Para la Corte, “el calificativo de *graves* referido a los crímenes de guerra implica la creación de una clasificación dentro de este género (los crímenes de guerra) que no es propia del derecho internacional humanitario”¹⁰. Enfáticamente se resalta que se introduce un factor de incertidumbre cuando, respecto al crimen de guerra, se usa el calificativo “grave” y, con ello, se delimita lo “no-*amnistiable*”, [...], “pues de esa regulación se infiere, plausiblemente, que habría infracciones graves al derecho internacional

⁷ La mención adicional a la gravedad de los crímenes es antitécnica. La gravedad de los hechos punibles tiene una connotación particular en los crímenes de guerra, pues se trata de un elemento connatural a los mismos. Para una síntesis de las críticas al uso de esta expresión véase KAI AMBOS, “La ley de amnistía (Ley 1820 de 2016) y el marco penal internacional”, en Kai Ambos/Francisco Cortés Rodas/John Zuluaga (coords.), *Justicia transicional y derecho penal internacional*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2018, págs. 137 y s.; KAI AMBOS/JOHN ZULUAGA, “Justicia de transición y Constitución. Análisis de la sentencia C-579 de 2013 sobre el marco jurídico para la paz”, en *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik*, 2014, Alemania, pág 175; en detalle y con una opinión diferente véase GUSTAVO COTE/DIEGO TARAPUÉS, “El marco jurídico para la paz y el análisis estricto de sustitución de la Constitución realizado en la sentencia C-579 de 2013”, en Kai Ambos (coord.), *Justicia de transición y Constitución. Análisis de la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional*, Bogotá, Edit. Temis-CEDPAL-Konrad Adenauer, 2014, págs. 238 y ss.

⁸ Para una opinión contraria ver comentario de COTE BARCO al art. 46 en esta misma publicación.

⁹ Corte Const. (*supra* nota 4), párr. 520.

¹⁰ Corte Const. (*supra* nota 4), párr. 513-1.

humanitario que podrían ser objeto de amnistías, indultos o tratamientos penales especiales, cuando no presentan un estándar adicional de gravedad, sin que ese estándar se encuentre definido, ni existan criterios ciertos para su determinación”¹¹.

B) *Delitos comunes sin relación con el conflicto armado (num. 2)*

7 En la redacción del num. 2 se plantea un problema en torno al criterio subjetivo de conexión entre el hecho punible y el conflicto armado. Especialmente en el ámbito de los crímenes de guerra, es posición mayoritaria que la *motivación personal* es irrelevante para la determinación de dicha conexidad¹². Al contrario, en Colombia el énfasis en los componentes motivacionales es evidente, no solo en la Ley 1820 de 2016, sino, también, en la jurisprudencia de la CSJ. La CSJ le da una gran relevancia a la *disposición* del individuo y la selección del *objetivo buscado* con la comisión del hecho para concluir o excluir la relación del acto con el conflicto armado. De esta orientación en la determinación de los criterios de conexidad del hecho con el conflicto no solo se moldean competencias específicas de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, sino, además, se derivan pautas de investigación que necesariamente deberán comprenderse para determinar si un hecho es o no competencia de la JEP. En ese sentido, a la vez, se plantea un enfoque de investigación que restringe la comprensión de los crímenes en el contexto y en razón del conflicto armado y se perfilan los criterios de delimitación de la competencia *ratione materiae* y *ratione personae*. Esto, en el marco de un modelo judicial que no pretende (puede) ser exhaustivo en la investigación de la macrocriminalidad y no ha sido desarrollado para la investigación de la conexión de hechos con el conflicto armado¹³.

¹¹ Corte Const. (*supra* nota 4), párr. 513-1.

¹² Al respecto, véase *supra* art. 28 nota 48 con más referencias y nm. 20.

¹³ Véase en el mismo sentido para el modelo del Marco Jurídico para la Paz, ZULUAGA, “Justicia de transición y criminalidad política. Implicaciones desde el punto de vista del modelo de selección y priorización procesal penal”, en Kai Ambos/Christian Steiner (coords.), *Justicia de transición y Constitución II. Análisis de la sentencia C-577 de 2014 de la Corte Constitucional*, Bogotá, CEDPAL-KAS-Edit. Temis, 2015, págs. 47-83.

Artículo 31. *Resoluciones proferidas por la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas.* Teniendo en cuenta la etapa procesal de la actuación ante cualquier jurisdicción que afecte al compareciente, la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas podrá adoptar las siguientes resoluciones, entre otras que sean de su competencia:

1. Renuncia a la persecución penal.
2. Cesación de procedimiento.
3. Suspensión de la ejecución de la pena.
4. Extinción de responsabilidad por cumplimiento de la sanción.
5. Las demás resoluciones necesarias para definir la situación jurídica.

Literatura: JAIME BERNAL/EDUARDO MONTEALEGRE, *El proceso penal*, tomo II, Estructura y garantías procesales, 6ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.

Jurisprudencia nacional: Corte Const., sents. C-007 de 2018; C-579 de 2013 y C-370 de 2006.

Otros documentos citados: Congreso de la República, Gaceta N° 104 de 2004, Bogotá, Imprenta Nacional, 26 de marzo de 2004; Informe de Conciliación al Proyecto de Ley 225 de 2018 Senado, 239 de 2018 Cámara por medio del cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la Jurisdicción Especial para la Paz, Congreso de la República, Gaceta del Congreso 480, Bogotá, Imprenta Nacional, 27 de junio de 2018; SDSJ, Protocolo 001, por el cual se adoptan los trámites ante la Sala de Definición de Situaciones jurídicas de la JEP, Bogotá, JEP, 13.04.2018.

I. El trasfondo de la flexibilización a la reacción penal

La posibilidad de establecer un tratamiento penal especial como desenlace de una negociación de paz se previó en el denominado MJP (AL 01 de 2012), exactamente con la introducción del art. trans. 66 de la Const. Pol. Este tipo de concesiones fue considerada admisible por la Corte Const., para la cual es válida la renuncia a la persecución penal en tanto no se trate de un beneficio incondicionado¹. La misma Corte Const. ha establecido en reiterada jurisprudencia que la renuncia condicionada a la persecución penal no representa una sustitución de

¹ Corte Const., sent. C-579 de 2013, Consideraciones de la Corte.

la Constitución siempre que no signifique la renuncia a la persecución de crímenes de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra². Se trata de una concesión condicionada que podría revocarse cuando no se cumplan los requisitos para su entrega³. Adicionalmente, la maximización de los derechos de las víctimas debe entenderse como condición de admisibilidad del beneficio de renuncia a la persecución penal. En términos de la Corte, esto supone una contribución efectiva a los derechos de las víctimas⁴. Esta contribución debe desplegarse más allá del mismo escenario judicial y se manifiesta, también, en el ámbito de construcción de la verdad y memoria histórica⁵.

2

Respecto al art. 31 de la Ley 1820 de 2016 y la posibilidad de proferir resoluciones tendientes a la terminación del proceso, la Corte fue enfática al advertir que ello es consecuencia lógica y necesaria de “(i) la creación de un sistema de justicia para la transición, en el marco del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición y (ii) la necesidad de mecanismos que doten de eficacia las amnistías, indultos y otros beneficios previstos en la normativa objeto de estudio constitucional”⁶. Que esto sea así, explica la exigencia de contribuir a la satisfacción de los derechos de las víctimas, “en procura de alcanzar una verdadera justicia restaurativa”⁷. Esta concesión está antecedida de la suscripción de un acta de compromiso⁸ e implica una flexibilización en materia de satisfacción a derechos como la justicia y la verdad individual que le corresponde atender a los comparecientes a la JEP⁹. Los compromisos de este, el compareciente a la JEP, tienen una derivación constitucional (derechos de las víctimas) y encuentran arraigo legal en la misma Ley 1820 (véase arts. 6º y 14)¹⁰.

II. Terminación anticipada en el marco de la JEP

3

Más allá del art. 31 de la Ley 1820 de 2016, para la comprensión de las formas de terminación anticipada resultan muy relevantes las Reglas de Procedimiento de la JEP (arts. 49, 50 y 51) y el num. 11 del Protocolo 001 de

² Corte Const., sent. C-007 de 2018, párr. 164.

³ Corte Const., sent. C-007 de 2018 (*supra* nota 2), párr. 165.

⁴ Corte Const., sent. C-007 de 2018 (*supra* nota 2), párr. 166.

⁵ Corte Const., sent. C-007 de 2018 (*supra* nota 2), párr. 166.

⁶ Corte Const., sent. C-007 de 2018 (*supra* nota 2), párr. 817.

⁷ Corte Const., sent. C-007 de 2018 (*supra* nota 2), párr. 825.

⁸ Corte Const., sent. C-007 de 2018 (*supra* nota 2), párr. 835.

⁹ Corte Const., sent. C-007 de 2018 (*supra* nota 2), párr. 837.

¹⁰ Corte Const., sent. C-007 de 2018 (*supra* nota 2), párr. 840.

2018 expedido por la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas¹¹. En estos se enumeran de forma expresa las posibilidades de terminación anticipada y los requisitos que deben satisfacerse para la concesión de dicho beneficio. De una forma más sintética, el num. 11 de dicho Protocolo establece que son formas de terminación anticipada del proceso las siguientes: i) la renuncia a la persecución penal; ii) la preclusión del proceso por petición de la UIA o por remisión de la Sección de Primera Instancia para casos de ausencia de reconocimiento de verdad y responsabilidad; iii) la cesación del procedimiento en contextos relacionados con el ejercicio del derecho a la protesta o disturbios públicos internos. Este listado de resoluciones es más reducido que el enumerado por el art. 31 de la Ley 1820 de 2016. Sin embargo, el ámbito de aplicación de la renuncia a la persecución penal resulta ser suficientemente amplio para concretar las competencias de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas en lo relativo a la terminación anticipada.

A) *Renuncia a la persecución penal*

Una definición amplia de lo que significa la renuncia a la persecución penal no la contiene ni la LEAJ-JEP ni las Reglas de Procedimiento. Solo el art. 45 de la LEAJ-JEP, en el ámbito de las regulaciones sobre tratamientos penales especiales diferenciados para agentes del Estado, establece una definición específica de lo que es la renuncia a la persecución penal. Dicho artículo determina que esta renuncia “es un mecanismo de tratamiento penal especial diferenciado para agentes del Estado, propio del sistema integral mediante el cual se extingue la acción penal, la responsabilidad penal y la sanción penal”. Si bien el art. 45, para la decisión sobre la renuncia a la persecución penal, hace una delimitación subjetiva a los agentes del Estado, esto no significa que esta forma de terminación anticipada del proceso se aplique exclusivamente frente a este tipo de sujetos. La misma LEAJ-JEP es muy concreta al establecer que la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas deberá ordenar, en el marco de sus funciones, la renuncia a la persecución penal, sin embargo, *no hace distinciones de los sujetos beneficiarios* (véase art. 84 lits. h, j y k). Así se concibe también en el art. 49 RP-JEP cuando en él se hace referencia a “la persona compareciente que solicite renuncia a la persecución penal”.

En ese sentido, entonces, se trata de un mecanismo que se podría aplicar a todos los sujetos vinculados a los trámites de la JEP, siempre que no se trate de aquellos delitos no amnistiables, según lo establecido en el parágrafo del art. 23 de la Ley 1820 de 2016. Así se confirma no solo en el mismo art. 45

¹¹ Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, Protocolo 001, por el cual se adoptan los trámites ante la Sala de Definición de Situaciones jurídicas de la JEP, Bogotá, JEP, 13.04.2018.

LEAJ-JEP, sino también en el parágrafo 2º del art. 19 LEAJ-JEP. Según el art. 45 (para el caso de agentes de Estado), esta forma de terminación anticipada se excluye en los siguientes casos:

“Delitos de lesa humanidad, el genocidio, los graves crímenes de guerra, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma.

”Delitos que no fueron cometidos por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado.

”Delitos contra el servicio, la disciplina, los intereses de la fuerza pública, el honor y la seguridad de la fuerza pública, contemplados en el Código Penal Militar”¹².

6 Los requisitos que debe cumplir la solicitud escrita de renuncia a la persecución penal están descritos en el art. 49 Reglas de Procedimiento¹³ y se

¹² Esto coincide con el art. 19 parg. 2º de la LEAJ-JEP, según el cual “en ningún caso podrá renunciarse al ejercicio de la acción penal cuando se trate de delitos no amnistiables, según lo establecido en el parg. del art. 23 de la Ley 1820 de 30 de diciembre de 2016”.

¹³ Art. 49. “*Solicitud de la renuncia a la persecución penal.* La persona compareciente que solicite renuncia a la persecución penal, directamente o por medio de su representante o apoderado, presentará a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas solicitud escrita que deberá reunir los siguientes requisitos:

”1. El nombre de la persona solicitante, datos que permitan su identificación, dirección de notificaciones o comunicaciones, número telefónico o correo electrónico.

”2. El nombre de su apoderado, número de identificación, tarjeta profesional, domicilio profesional, número telefónico y correo electrónico.

”3. Los hechos que permiten determinar que son de competencia de la JEP, especificando lugar, fecha y víctimas.

”4. La relación de los informes, providencias judiciales, disciplinarias, administrativas, fiscales o actos administrativos que den cuenta de la situación jurídica de la persona solicitante para determinar que la conducta fue cometida por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado.

”5. Las pruebas que permitan establecer la edad para la época de los hechos, cuando la solicitud sea efectuada para obtener la renuncia de la persecución penal respecto de quienes siendo menores de dieciocho (18) años de edad hubieran participado directa o indirectamente en delitos de competencia de la JEP no amnistiables.

”6. Los comparecientes a la Justicia Especial de Paz previstos en los artículos 5º y 17 del Acto Legislativo 01 de 2017 que no tengan participación determinante en la

confirman en los num. 13 y 14 del Protocolo 001 de 2018 de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas. Adicionalmente, como lo ha establecido la Corte Const., este tipo de beneficios solo se otorgarán de forma plena siempre que se satisfaga el así denominado régimen de condicionalidades¹⁴. Esto se recoge de igual manera, por ejemplo, en el parg. 1º del art. 19 LEAJ-JEP, según el cual respecto a las personas y hechos que no sean objeto de selección por la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, se podrá renunciar condicionalmente al ejercicio de la acción penal cuando:

comisión de las conductas graves y representativas, al momento de solicitar la renuncia a la persecución penal, deberán manifestar las modalidades de aporte a la verdad, reparación y garantía de no repetición a que se comprometen.

”7. La voluntad de acogerse a la JEP en los términos previstos en la ley, cuando se trate de agentes del Estado no integrantes de la Fuerza Pública que, sin formar parte de las organizaciones o grupos armados, no hayan tenido una participación determinante en los delitos más graves y representativos de su competencia.

”8. La manifestación de voluntad de acogerse a la JEP en los términos previstos en la ley, en el caso de los terceros.

”9. Expresión de formas de contribución al esclarecimiento de la verdad a favor de las víctimas y la sociedad, modalidades de reparación, garantías de no repetición a partir de su proyecto de vida y compromiso de atender los requerimientos obligatorios de los órganos del sistema.

”A la solicitud de renuncia deberá acompañarse:

”a) Copia del documento de identificación.

”b) Poder para iniciar el proceso, cuando se actúe por medio de apoderado.

”c) Registro civil de nacimiento, cuando la solicitud sea efectuada para obtener la renuncia de la persecución penal respecto de quienes siendo menores de dieciocho (18) años de edad hubieran participado directa o indirectamente en delitos de competencia de la JEP no amnistiables.

”d) Copia de los informes, providencias judiciales, disciplinarias, administrativas, fiscales o actos administrativos que den cuenta de la situación jurídica del solicitante para determinar que la conducta fue cometida por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado.

”e) No existirá obligación de presentar los documentos cuando estos ya obren en cualquier dependencia de la JEP o cuando se encuentren en otra administración pública colombiana y el interesado acredite haberlos solicitado sin resultado.

”f) Cuando la Sala de Definición reciba el caso a consecuencia de resolución de la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad o de la Sala de Amnistía, no será necesaria la presentación de solicitud de renuncia a la acción penal presentada por el interesado.

”g) Los demás que la ley exija”.

¹⁴ Corte Const., sent. C-007 de 2018 (*supra* nota 2), párrs. 677-685.

“Contribuyan de manera eficaz a las medidas del SIVJRN, en particular la contribución al esclarecimiento de la verdad en el marco de dicho Sistema. Haya cumplido todas las demás condiciones impuestas por la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas o la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad y de Determinación de Hechos y Conductas. Haya suscrito acta de compromiso de no repetición y de abstenerse de cometer nuevos delitos”.

7 En reiterada jurisprudencia de la Corte Const. se ha establecido que este tipo de beneficios, como la renuncia a la persecución penal, no pueden tener carácter incondicional¹⁵. En sent. C-370 de 2006, por primera vez, se estableció la necesidad de respetar un régimen de condicionalidades¹⁶. De igual manera, el art. trans. 1º del AL 01 de 2017 previó que los mecanismos y medidas de verdad, justicia, reparación y no repetición no pueden entenderse de manera aislada. Esto significa que tales mecanismos y medidas se filtran por relaciones de condicionalidad y de incentivos que determinan el acceso y la vigencia de los tratamientos especiales de justicia¹⁷.

B) Preclusión de la investigación

8 La preclusión de la investigación encuentra su fundamento constitucional en el num. 5 del art. 250 de la Const. Pol. Esta forma de terminación anticipada del proceso se prevé cuando no hay mérito para acusar (art. 331 CPP). Por *carencia de mérito para acusar* se entiende la imposibilidad de afirmar con probabilidad de verdad que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe, en los términos que establece el art. 336 CPP¹⁸. La carencia de fundamento para acusar se concreta en siete causales que establece el art. 332 CPP: “1. Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal; 2. Existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal; 3. Inexistencia del hecho investigado; 4. Atipicidad del hecho investigado; 5. Ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado; 6. Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia; 7. Vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del art. 294 del este Código”. En cualquier momento en el que se configure una causal, podrá solicitarse la

¹⁵ Corte Const., sent. C-007 de 2018 (*supra* nota 2), párr. 678.

¹⁶ Corte Const., sent. C-370 de 2006, Consideraciones de la Corte.

¹⁷ En el mismo sentido, Corte Const., sent. C-007 de 2018 (*supra* nota 2), párr. 679.

¹⁸ JAIME BERNAL/EDUARDO MONTEALEGRE, *El proceso penal*, tomo II: Estructura y garantías procesales, 6ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, pág. 735.

preclusión de la investigación. El control judicial de la solicitud la realiza el juez de conocimiento y el trámite del mismo está definido en el art. 333 CPP.

Contrario al tratamiento que da el CPP a la solicitud de preclusión, esta no encuentra una regulación detallada ni en las Reglas de Procedimiento de la JEP¹⁹ ni en el Protocolo 001 de 2018 expedido por la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas. En este último se advierte que la preclusión de la investigación procederá por solicitud de la UAI o por remisión de la Sección de Primera Instancia para casos de Ausencia de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad (num. 11). Además, el mismo Protocolo 001 establece que el escrito de solicitud de preclusión se adecuará a los requisitos exigidos para la solicitud de renuncia a la persecución penal (véase *supra* 1. Renuncia a la persecución penal), regulado por el num. 13 de dicho Protocolo. Adicionalmente, se deberá indicar la causal en la que se fundamenta la solicitud (lit. a) y la relación de pruebas que pretende hacerse valer (lit. b). El art. 50 de las Reglas de Procedimiento prevé tres causales de procedencia de la preclusión: 1. Por muerte de la persona compareciente a la JEP; 2. Cuando razonada y proporcionalmente no se haga necesario investigar, acusar o imponer la sanción de acuerdo con las finalidades de la JEP, siempre y cuando se hayan satisfecho los criterios de verdad, reparación y garantía de no repetición; 3. Cuando la definición de situación jurídica deba ser diferente a la de una absolución o condena. Además, en su parágrafo único establece que “la solicitud de preclusión por la persona compareciente a la JEP o su defensor, bajo el procedimiento de no reconocimiento de responsabilidad, será resuelta en la respectiva Sección del Tribunal para la Paz”.

De esta manera se proyectan dos regulaciones concurrentes sobre la solicitud de preclusión ante la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas. Por un lado, el Protocolo 001 y, por otro lado, las Reglas de Procedimiento. En el primero, la preclusión de la investigación se ordena de forma estrictamente apegada a los requisitos de la solicitud de renuncia a la persecución penal. Se determinan, además, los competentes para presentar dicha solicitud y las causales de procedencia específicas. En el segundo, establece unas causales más amplias de procedencia de la solicitud de preclusión y, en su parágrafo único, establece la competencia del Tribunal de Paz para atender la solicitud de preclusión por persona compareciente a la JEP o su defensor bajo el procedimiento de no reconocimiento de responsabilidad. Este marco normativo

¹⁹ Véase el Informe de Conciliación al Proyecto de Ley 225 de 2018 Senado, 239 de 2018 Cámara, por medio del cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la Jurisdicción Especial para la Paz. Congreso de la República, Gaceta del Congreso 480, Bogotá, Imprenta Nacional, 27 de junio de 2018. Al respecto véase JOHN ZULUAGA, “Las reglas de procedimiento de la JEP”, en ambitojuridico.com 01.06.2018.

define un escenario amplio de causales y establece la posibilidad de resolver la preclusión de una investigación en una instancia diferente a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas. Sin embargo, frente a esta última opción, sin una especificación de causales de procedencia que sean distintas a las del art. 50 de las Reglas de Procedimiento.

- 11 Este escenario de regulación deja ver importantes *déficits jurídico-procesales*. En primer lugar, aunque las Reglas de Procedimiento (art. 48) y el Protocolo 001 (num. 9) definen un procedimiento común a las actuaciones ante la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, no existen reglas claras que orienten el proceso de control judicial a la preclusión de investigación. En segundo lugar, no se define el umbral de razonabilidad que fundamenta el desistimiento de la acusación. La expresión contenida en el num. 2 del art. 50 de las Reglas de Procedimiento, según la cual la preclusión procederá “cuando razonada y proporcionalmente no se haga necesario investigar, acusar o imponer sanción”, no es suficientemente concreta. Ante la ausencia de un análisis fáctico y jurídico más estricto, pueden terminarse por imponer razones discrecionales y oportunistas. En tercer lugar, no queda claro el abanico de decisiones a las que puede llegar la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas después de la solicitud de preclusión, ni los criterios de motivación en caso de negativa a precluir. Las causales mencionadas arriba requerirán una definición más estricta por parte de la SDSJ en sus respectivos pronunciamientos judiciales.

C) Cesación de procedimiento

- 12 La cesación de procedimiento ha sido incorporada por el art. 85 de la LEAJ-JEP a los efectos de extinguir la responsabilidad penal cuando se trate de contextos relacionados con el ejercicio del derecho de protesta o disturbios públicos. En los mismos términos hace referencia el art. 51 de las Reglas de Procedimiento y el num. 16 del Protocolo 001 de 2018 respecto a esta posibilidad de terminación anticipada del proceso ante la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas. Estos dos últimos preceptos legales señalan, además, que la solicitud de cesación de procedimiento debe explicar en los hechos el contexto en que ocurrieron, adicional a los requisitos indicados para la solicitud de renuncia y preclusión.

- 13 Por un lado, este marco normativo delimita el ámbito de aplicación material frente al cual puede solicitarse la cesación de procedimiento: *delitos en contextos relacionados con el ejercicio del derecho a la protesta o disturbios públicos internos*. Esto debe interpretarse en concordancia con las consideraciones relativas al art. 29 num. 2 discutido *supra*. Sobre el fundamento de la flexibilización a la persecución penal de este tipo de delitos, la Corte Const. ha indicado:

“lo que tiene que ver con el castigo de conductas realizadas en el marco de la protesta social, no puede interpretarse como la extensión de las amnistías a delitos ajenos al político. Es imprescindible recordar que la protesta pacífica no puede ser perseguida penalmente, pues constituye el ejercicio de un derecho fundamental. [...] Una de las esperanzas que acompañan el Acuerdo Final es el resurgimiento de la protesta y la manifestación pública como modos válidos de hacer política, de forma vigorosa, en defensa del pluralismo y en el marco de la oposición franca, pero ajena a las armas”²⁰.

Por otro lado, señala dos niveles de requisitos procesales. Primero, los relativos a la *renuncia a la persecución penal* regulados por el art. 49 Reglas de Procedimiento y el num. 13 del Protocolo 001 de 2018 de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas. Segundo, los requisitos para la solicitud de *preclusión de la investigación* contenidos en el art. 50 Reglas de Procedimiento y en el num. 15 del Protocolo 001. Esta redacción es problemática pues pareciera dar a entender que para la procedencia de la cesación de procedimiento deben cumplirse acumulativamente los requisitos tanto de la solicitud de renuncia a la persecución penal como de la solicitud de preclusión de la investigación. Esto no solo impide distinguir entre las modalidades de terminación anticipada según sus requisitos, sino, además, conlleva a que la cesación de procedimiento fuera el desenlace procesal más difícil de lograr debido a los altos requisitos exigidos para la resolución de la misma.

En este sentido, una interpretación plausible indicaría que la cesación de procedimiento debería cumplir con los requisitos de la preclusión de investigación. La diferencia de la cesación con esta última sería el momento procesal en el que se resuelve y el sujeto que toma la decisión sobre la solicitud, ya que en la tradición procesal colombiana la cesación de procedimiento procede en el momento “en que aparezca demostrado que la conducta no ha existido, o que el sindicado no la ha cometido, o que es atípica, o que está demostrada una causal excluyente de responsabilidad, o que la actuación no podía iniciarse o no puede proseguirse” (art. 39 Ley 600 de 2000), siendo el juez (no el fiscal) el competente para declarar la cesación de procedimiento cuando estas circunstancias se verifiquen durante la etapa del juicio. Es de advertir que con la Ley 906 de 2004 (“nuevo” CPP) desaparece la figura de cesación de procedimiento en virtud de que el fenómeno de la preclusión sería en todos los casos función del juez de conocimiento²¹.

²⁰ Corte Const., sent. C-007 de 2018 (*supra* nota 2), párr. 510.

²¹ Congreso de la República, Gaceta N° 104 de 2004, Bogotá, Imprenta Nacional, 26 de marzo de 2004, pág. 9.

16 Este tratamiento indiferencial no tiene lugar en la JEP, precisamente por el ámbito de aplicación material frente al cual procede la cesación y la relación del contexto de ocurrencia de los hechos que se exige para la presentación de la solicitud. Además, en términos del art. 43 de la Ley 1820 de 2016, “la cesación de procedimiento, [...] no extinguen la acción de indemnización de perjuicios. Se extinguirá la anterior o la acción penal cuando así se acuerde de forma expresa por la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, la cual también deberá pronunciarse sobre la extinción de la responsabilidad disciplinaria y fiscal”. Al respecto, la Corte Const. advirtió que “el legislador puede modular los alcances de los efectos de los diferentes tratamientos punitivos frente a responsabilidades principales y accesorias, dependiendo de las implicaciones y de los presupuestos de cada uno de esos instrumentos”²². Además, respecto de las razones constitucionales para obligar a establecer alguna identidad de tratamiento punitivo (preclusión-cesación), dejó claro que en el SIVJRNR no puede predicarse dicha unicidad frente a todos y cada uno de los mecanismos previstos por el Legislador, precisamente porque son incentivos diferenciales para participar en dicho sistema²³.

D) *Sustitución de la sanción penal*

17 La sustitución de la sanción penal es un asunto de competencia de la Sección de Revisión del Tribunal para la Paz. Así lo establece el art. 97 lit. a LEAJ-JEP y el art. 52 Reglas de Procedimiento. Entre las salas competentes para presentar la solicitud se encuentra la SDSJ y la SRVR (art. 52 Reglas de Procedimiento). Para la remisión por parte de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la solicitud de sustitución a la Sección de Revisión, se deberá allegar a esta Sección “la información detallada de las sanciones impuestas al peticionario, los hechos a los que se contraen y la información de contexto necesaria en aras de verificar la verdad aportada y establecer el tipo de sanción aplicable” (art. 52 Reglas de Procedimiento y num. 17 Protocolo 001 de 2018 Sala de Definición de Situaciones Jurídicas). Se trata de un beneficio que se logra en el marco de procesos con reconocimiento de verdad y responsabilidad y supone una forma de intervención por parte de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas en la cual esta no resuelve sobre la sustitución, pero tiene un rol muy importante en la determinación de los presupuestos de decisión de la Sección de Revisión.

²² Corte Const., sent. C-007 de 2018 (*supra* nota 2), párr. 885.

²³ Corte Const., sent. C-007 de 2018 (*supra* nota 2), párr. 885.

Artículo 32. Procedimiento y efectos. Las resoluciones a las que se refiere el presente capítulo se otorgarán con base en la remisión de casos por parte de la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad y Determinación de Hechos y Conductas. La Sala de Definición de Situaciones Jurídicas analizará cada caso de conformidad con los criterios de valoración del artículo 30, y decidirá lo procedente.

Una vez en firme, la resolución adoptada, hará tránsito a cosa juzgada y solo podrá ser revisada por la Jurisdicción Especial para la Paz.

De considerarse que resulta improcedente adoptar alguna de las resoluciones indicadas en el artículo 31 de esta ley, la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas remitirá el caso a la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad y Determinación de Hechos y Conductas, para que con base en la determinación ya adoptada tome la decisión correspondiente de acuerdo con su competencia.

Literatura: KAI AMBOS, *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) y Derecho Penal Internacional*. Estudio sobre la facultad de intervención complementaria de la Corte Penal Internacional a la luz del denominado proceso de “justicia y paz” en Colombia, Bogotá, Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit GmbH - Embajada de la RFA en Colombia - Georg August Universität Göttingen, 2010; KAI AMBOS/JAN WOISCHNIK, “Resumen comparativo de los informes nacionales”, en J. Maier/K. Ambos/J. Woischnik (eds.), *Las reformas procesales penales en América Latina*, Buenos Aires, Ad-hoc, 2000.

Jurisprudencia nacional: Corte Const., sents. C-007 de 2018 y T-049 de 2008; CE, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, decisión de 26 de julio de 2007 (rad. 2500023240002007-00290-01); CSJ, Sala de Casación Penal, auto de 28 de septiembre de 2006 (rad. 25839); CSJ, Sala de Casación Penal, auto de 19 de octubre de 2006 (rad. 26154); CSJ, Sala de Casación Penal, auto de 23 de mayo de 2007 (rad. 27052); CSJ, Sala de Casación Penal, auto de 23 de agosto de 2007 (rad. 28040); CSJ, Sala de Casación Penal, auto de 27 de agosto de 2007 (rad. 27873); CSJ, Sala de Casación Penal, auto de 25 de septiembre de 2007 (rad. 28040); CSJ, Sala de Casación Penal, auto de 9 de febrero de 2009 (rad. 30955); CSJ, Sala de Casación Penal, auto de 13 de abril de 2009 (rad. 31527); CSJ, Sala de Casación Penal, auto de 21 de mayo de 2009 (rad. 31620); CSJ, Sala de Casación Penal, auto de 1º de julio del 2009 (rad. 31788); CSJ, Sala de Casación Penal, auto de 31 de julio de 2009 (rad. 31539); CSJ, Sala de Casación Penal (rad. 27484); Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección A (rad. 25000-23-15-000-2007-00876-01).

Otros documentos citados: Acuerdo 001 del 9.03.2018, Bogotá, JEP (Reglamento de la JEP), relativo a la composición y funciones del Grupo de Análisis de la Información (GRAI).

I. Anotación preliminar

1 El art. 32 establece un procedimiento para la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, en el cual el tratamiento de los casos ingresados puede conducir a alguna de las resoluciones planteadas en el art. 31 de la misma ley o, con fundamento en la sent. C-674 del 2017 de la Corte Const., a la exclusión del postulado de la JEP. Para la ejecución de dicho procedimiento, atendiendo a las posibilidades de ingreso y salida de casos que se derivan tanto de la Ley 1820 de 2016 como de la LEAJ-JEP, pero muy especialmente del art. 48 de las RP-JEP que regula el procedimiento común ante la SDSJ, podría proyectarse el siguiente procedimiento: por un lado, una *fase preliminar*, en la que se asume conocimiento del caso y se realiza un *estudio fáctico y jurídico* del mismo. Por otro lado, una *fase de sustanciación*, en la que se desarrolla un estudio procesal que puede conducir a asumir la competencia y reconocer o negar la calidad de víctima; remitir la actuación a la Sala de Amnistía e Indulto, o a la Sala de Reconocimiento de Verdad; o citar a audiencia en caso de duda sobre la competencia de la JEP. Superada esta fase, se llegaría a la *audiencia de resolución de situación jurídica* para decidir el tipo de resolución que se debe proferir en los términos del art. 31, es decir, la Sala de Definición de Situaciones Jurídica se pronunciará respecto de la decisión que pondrá fin al procedimiento y dará a conocer las condiciones impuestas al sometido a la JEP. Este modelo de trámite da cuenta de un tratamiento progresivo del caso y, en su relación con postulados y víctimas, atiende los múltiples condicionamientos constitucionales que desde la puesta en marcha de la LJP se han entendido como inescindibles de un proceso de justicia transicional¹.

2 El modelo de trámite procesal de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas no distingue entre fases “preprocesal” y “procesal”, ni entre fase “preliminar” y fase de “sustanciación”. Esta distinción es muy frecuente en la doctrina y jurisprudencia colombiana². Dicha diferenciación es atípica en el

¹ Véase *in extenso* AMBOS, *Procedimiento de la ley de justicia y paz (Ley 975 de 2005) y derecho penal internacional. Estudio sobre la facultad de intervención complementaria de la Corte Penal Internacional a la luz del denominado proceso de “justicia y paz” en Colombia*, Bogotá, Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit GmbH (en adelante “GTZ-Proyecto Profis”) - Embajada de la RFA en Colombia - Georg August Universität Göttingen, 2010. Véase Corte Const., sent. C-007 de 2018, párrs. 677-685.

² Véase CSJ, Sala de Casación Penal, auto de 27 de agosto de 2007 (rad. 27873), secc. 2.1 (“Naturaleza jurídica y estructura del trámite previsto por la Ley 975 de

derecho comparado y, también, extraña a otros sistemas latinoamericanos³. Este comentario se apropia de las categorías “preliminar” y “sustanciación” para una mejor comprensión del procedimiento común ante la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas regulado por el art. 48 de las Reglas de Procedimiento de la JEP. Como *estudio preliminar* se puede llegar a comprender aquel análisis con base en la información remitida por la Sala de Amnistía e Indulto, Sala de Reconocimiento de Verdad u otro órgano en los términos del art. 28 (9) de la Ley 1820 de 2016. Las actuaciones que se despliegan desde el arribo de los casos y durante el estudio preliminar de los mismos, están dirigidas a asumir el conocimiento del caso y ordenar la comunicación de ello a la persona compareciente a la JEP, a su defensor, a las víctimas, a su representante y al ministerio público. De igual manera, es una fase en la que se puede articular información (fáctica y contextual) que sobre el caso aporte el GRAI, la cual funcionará para todas y cada una de las diferentes Salas de la JEP⁴. La etapa de definición de situación jurídica en sentido estricto comienza en la fase llamada de *sustanciación*, en la que se llega a emitir resolución en la cual se decidirá sobre la competencia de la JEP y de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, y sobre el reconocimiento de quien tenga la calidad de víctima. Luego de ello, se llegaría a la *audiencia de resolución de situación jurídica*, en la que debe decidirse sobre el caso estudiado por la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas mediante un ejercicio público, concentrado y con inmediación de las partes.

En la configuración procesal propuesta es de resaltar el tono acusatorio que se perfila en dicha fase con la incorporación de principios como el de oralidad, celeridad y la decisión de comunicación de la investigación y la resolución de situación jurídica en el escenario de audiencia pública, así como la decisión de retorno procesal que se prevé en el art. 32 de La Ley 1820 de 2016. La incorporación de estos trámites *sui generis* ha sido justi-

3

2005); CSJ, Sala de Casación Penal, auto de 23 de agosto de 2007 (rad. 28040), secc. 2, Consideraciones de la Corte, Cuestión previa; CSJ, Sala de Casación Penal, auto de 25 de septiembre de 2007 (rad. 28040), Consideraciones de la Corte, “Estructura del proceso de justicia y paz”; CSJ, Sala de Casación Penal, auto de 31 de julio de 2009 (rad. 31539), Consideraciones; CSJ, Sala de Casación Penal, auto de 1º de julio de 2009 (rad. 31788), Consideraciones.

³ Véase AMBOS/WOISCHNIK, “Resumen comparativo de los informes nacionales”, en Maier/Ambos/Woischnik (eds.), *Las reformas procesales penales en América Latina*, Buenos Aires, Ad-hoc, 2000, págs. 859-867.

⁴ Véanse los arts. 70 a 74 del Acuerdo 001 del 9.03.2018, Bogotá, JEP (Reglamento de la JEP), relativo a la composición y funciones del Grupo de Análisis de la Información (GRAI).

ficada por la misma jurisprudencia colombiana⁵, en razón de que se trata de mecanismos excepcionales en el marco de aspiraciones propias de la justicia de transición⁶. El trámite planteado, a la vez, se instala como un *enlace específico en la relación entre la SDSJ y el funcionamiento general de la JEP*. Así lo ha planteado la Corte Const., según la cual el art. 32 define relaciones procedimentales y de cooperación entre los órganos de la JEP⁷. La libertad de configuración procesal resulta ajustada a la Const. Pol. en tanto no suponga una injerencia en derechos fundamentales⁸. Además, respecto al inc. 2º del art. 32, la Corte consideró que también es conforme constitucionalmente “siempre que se entienda que no obsta para la procedencia de la acción de tutela, y para el ejercicio de las funciones de la Corte Constitucional, en lo que tiene que ver con la eventual revisión de las providencias de tutela”⁹.

II. Procedimiento ante la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas

A) Fase preliminar

4 Se puede entender como una fase convocante de los involucrados a los fines de verificar la suficiente individualización de los responsables, víctimas y hechos. Según el art. 48 (1) de las Reglas de Procedimiento de la JEP, “recibida la actuación por la Sala, a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes, proferirá resolución en la cual asume el conocimiento y ordenará comunicar a la persona compareciente a la JEP, a su defensor, a las víctimas, a su representante y al ministerio público”. El mismo art. 48 establece que contra esta decisión procede el recurso de reposición por la víctima o su representante. Se trata de un momento en el que la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas verifica que la actuación de la cual asume conocimiento cumpla con los requisitos previstos a los efectos de resolver la situación jurídica. Por ello, se establece en el mismo art. 48 que “cuando faltare algún requisito o documento

⁵ CSJ, Sala de Casación Penal, auto de 21 de mayo de 2009 (rad. 31620), Consideraciones; CSJ, Sala de Casación Penal, auto de 9 de febrero de 2009 (rad. 30955), Consideraciones de la Sala.

⁶ CSJ, Sala de Casación Penal, auto de 28 de septiembre de 2006 (rad. 25839), Consideraciones; CSJ, Sala de Casación Penal, auto de 19 de octubre de 2006 (rad. 26154), Consideraciones; CSJ, Sala de Casación Penal, auto de 13 de abril de 2009 (rad. 31527), Consideraciones.

⁷ Corte Const., sent. C-007 de 2018 (*supra* nota 1), párr. 818.

⁸ Corte Const., sent. C-007 de 2018 (*supra* nota 1), párr. 819.

⁹ Corte Const., sent. C-007 de 2018 (*supra* nota 1), párr. 819.

anexo en la resolución, la Sala ordenará que se subsane o se allegue dentro de los cinco (5) días siguientes”.

Es una fase en la que, además, la víctima tiene la posibilidad de pronunciarse sobre la solicitud presentada y las medidas restaurativas. A esos fines, se dispone que la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas defina los dispositivos idóneos que garanticen su comparecencia. En dicha fase, por lo tanto, debe garantizarse la plena *participación de las víctimas*¹⁰. Para acceder a la información elaborada en dicha fase, bastaría con que las víctimas acrediten su identidad y la prueba sumaria del daño sufrido como consecuencia del delito¹¹. Por supuesto, las víctimas podrán ser representadas legalmente. También tienen derecho a que se les expida copias de las diligencias preliminares, acceder al expediente y presentar pruebas a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas¹². En los casos en que se verifique por la Sala de Definición que la persona compareciente a la JEP está afectada con alguna restricción de la libertad, ésta procederá a resolver sobre la denominada *libertad condicionada, o transitoria, condicionada y anticipada y/o de la privación de la libertad en unidad militar o policial*.

¹⁰ Esto es un condicionamiento que ha fijado desde otrora la jurisprudencia constitucional colombiana. Véase Corte Const., sent. T-049 de 2008; CE, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, decisión de 26 de julio de 2007 (rad. 25000232 40002007-00290-01); CSJ, Sala de Casación Penal (rad. 27484); Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta Subsección A (rad. 25000-23-15-000-2007-00876-01).

¹¹ Art. 3º. Reglas de procedimiento de la JEP. “*Procedimiento para la acreditación de la calidad de víctima*. Después de la recepción de un caso o grupo de casos por parte de la Sala o Sección respectiva o una vez la Sala de Reconocimiento contraste los informes, una persona que manifiesta ser víctima de un delito y que desea participar en las actuaciones, deberá presentar prueba siquiera sumaria de su condición, tal como el relato de las razones por las cuales se considera víctima, especificando al menos la época y el lugar de los hechos victimizantes.

”Las respectivas Salas o Secciones de primera instancia tramitarán las peticiones, de acuerdo con el tipo de proceso.

”En la oportunidad procesal correspondiente, la Sala o Sección dictará una decisión motivada, reconociendo o no la acreditación, susceptible de los recursos ordinarios, por la víctima o quien la represente.

”Parágrafo. A quien acredite estar incluido en el Registro Único de Víctimas, no se le podrá controvertir su condición de tal”.

¹² En términos de la CSJ, los derechos de las víctimas deben ser protegidos desde antes de iniciada la actuación penal por parte de la Fiscalía, con sus respectivos recursos judiciales, también por ello los magistrados de control de garantías tienen competencia desde antes de la audiencia de formulación de imputación”, Sala de Casación Penal, auto de 23 de mayo de 2007 (rad. 27052).

B) *Fase de sustanciación*

6 En esta se inicia por parte de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas el *análisis de competencia*. Con ello, se busca que la Sala alcance un conocimiento de todos los elementos que serán necesarios para la resolución de situación jurídica. Según el art. 48 (2) Reglas de Procedimiento de la JEP, transcurridos diez días posteriores de la comunicación efectiva de la resolución de la que habla el num. 1, la Sala expedirá resolución decidiendo sobre su competencia y de la JEP. En esta misma resolución, decidirá sobre el reconocimiento de quien tenga la calidad de víctima. Entre las decisiones que se deben adoptar en dicha resolución se encuentran las siguientes: asumir la competencia y reconocer o negar la calidad de víctima; remitir la actuación a la Sala de Amnistía e Indulto, o a la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad¹³.

7 En caso de duda sobre la competencia de la JEP, se prevé la posibilidad de que la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas cite a una audiencia a los fines de aclarar dicha problemática. El art. 48 (3) de las Reglas de Procedimiento establece que en estos casos “se citará a audiencia dentro de los diez (10) días siguientes a la persona compareciente, a su defensor, a las víctimas que hayan acreditado con prueba siquiera sumaria tal calidad, su representante y se comunicará al ministerio público”. Después de culminadas las intervenciones, la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas emitirá resolución de competencia en un término máximo de cinco (5) días¹⁴. El art. 48 (4) de las Reglas de Procedimiento establece que, en caso de asumir competencia, la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas reconocerá o negará la calidad de víctima y decretará la apertura a pruebas por un término de veinte días. La resolución será notificada a los sujetos procesales e intervinientes. El art. 48 (5) determina que vencido el término para la práctica de pruebas, estas quedarán a disposición de los sujetos procesales e intervinientes.

8 Durante el estudio de competencia o finalizado el mismo, la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas puede interactuar con la GRAI. Este Grupo de Análisis está constituido por expertos que respaldan el trabajo de todas las salas, incluida la Sala de Definición de Situaciones. El GRAI fue creado por medio del Acuerdo OG 004 de 5 de febrero de 2018 del Órgano de Gobierno

¹³ Según el art. 48 (2), “la resolución que dispone asumir la competencia solo admitirá recurso de reposición. La decisión de remitir la actuación a la Sala de Amnistía e Indulto, o a la de Sala de Reconocimiento de Verdad puede ser objeto de recurso de apelación”.

¹⁴ En términos del art. 48 (3), “contra la resolución que declare la incompetencia procederán los recursos de reposición y apelación, los que se sustentarán en la misma audiencia”.

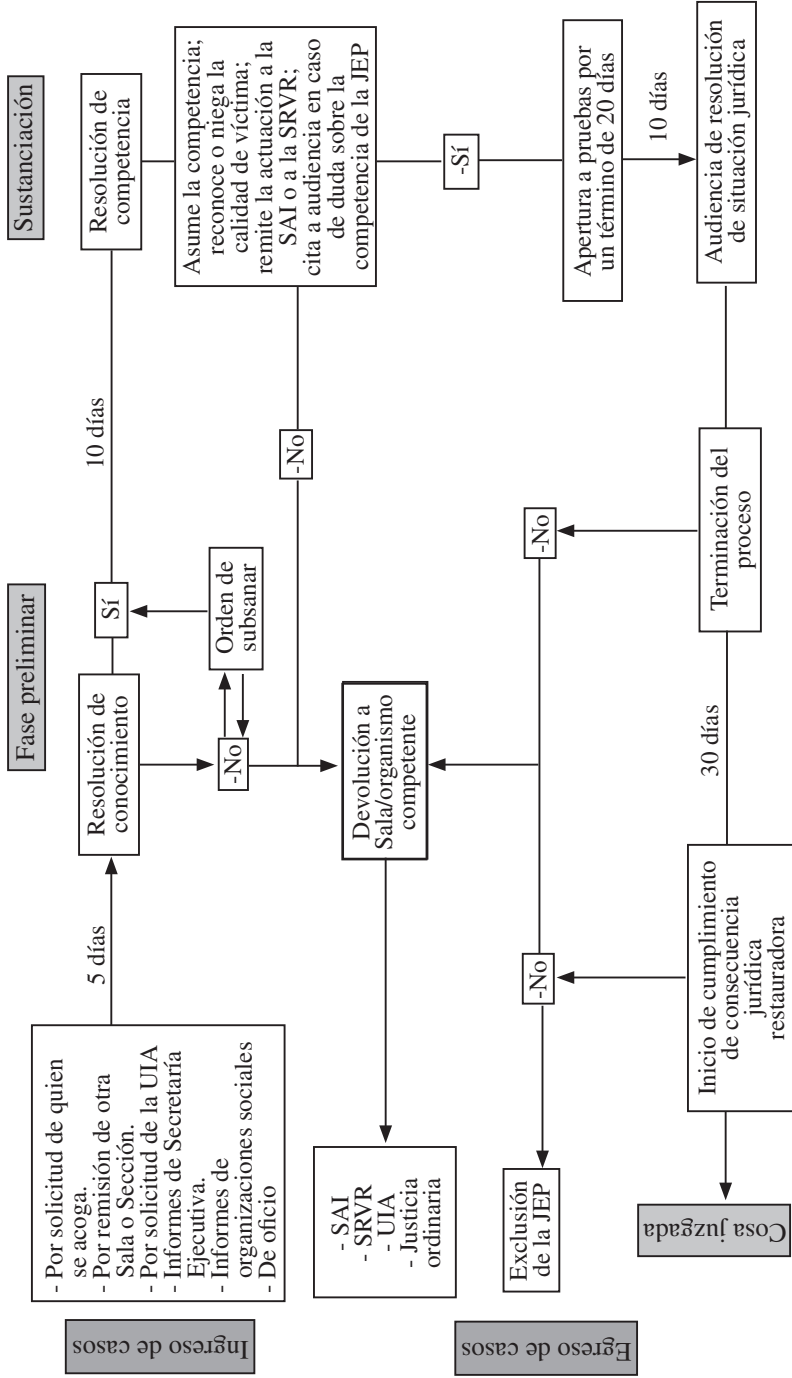
de la JEP y sus funciones fueron precisadas en el art. 71 del Reglamento General de la JEP (Acuerdo 001 SP de 9 de marzo de 2018 de la Sala Plena). La función principal del GRAI es recolectar, sistematizar y contrastar información de diversas fuentes a fin de proveer a las diferentes Salas y Secciones de la JEP, documentos e insumos analíticos acerca de los contextos, organizaciones y redes armadas, patrones y prácticas de interacción de estas en el marco del conflicto armado.

C) *Audiencia de resolución de situación jurídica*

Según el art. 48 (6) RP-JEP, dentro de los diez días siguientes al vencimiento del término para la práctica de pruebas, la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas citará a audiencia. En esta “se escuchará a los sujetos procesales e intervinientes sobre el objeto de la actuación, se pronunciará respecto de la decisión que pondrá fin al procedimiento y dará a conocer las condiciones de verdad plena, reparación y no repetición impuestas al sometido a la JEP”. El cumplimiento de estas condiciones debe iniciar en el término de los treinta (días siguientes y, según el art. 48 (7), con el vencimiento de este término la SDSJ decidirá en forma definitiva.

De esta manera, se asegura que la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas pueda verificar el cumplimiento o el inicio del cumplimiento de las condiciones impuestas para la efectiva contribución a la realización del SIVJNR. En la resolución de situación jurídica se decide, entonces, sobre la terminación del proceso. Además, se fija la carga restaurativa propia del sistema de la JEP y, asimismo, se fijan los compromisos de comportamiento que asumirá el beneficiado. En el caso de que no se resolviese la situación jurídica en los términos provistos por el art. 31 de la Ley 1820 de 2016, se decidirá en audiencia pública el retorno a la Sala u organismo competente dentro de la JEP. Al contrario, una vez en firme la definición de situación jurídica, se confirma la libertad a prueba. Si esta libertad a prueba llegase a revocarse, por incumplimiento de los compromisos determinados en la resolución, se decidirá sobre la exclusión del postulado a la JEP en los términos planteados en las sents. C-674 de 2017 y C-007 de 2018.

D) *Ruta procesal. Sala de Definición de Situaciones Jurídicas*



Artículo 33. *Contribución a la satisfacción de los derechos de las víctimas.* La adopción de alguna de las resoluciones indicadas en el artículo 31 de esta ley no exime del deber de contribuir individual o colectivamente al esclarecimiento de la verdad o del cumplimiento de las obligaciones de reparación que sean impuestas en cumplimiento de lo establecido en el Sistema Integral de Verdad Justicia Reparación y No Repetición.

Si durante los cinco años siguientes a la adopción de alguna de las resoluciones indicadas en el artículo 31 de esta ley, se rehusaran de manera reiterada e injustificada los requerimientos del Tribunal para la Paz para participar en los programas de contribución a la reparación de las víctimas, o a acudir ante la Comisión de Esclarecimiento de la Verdad de la Convivencia y No Repetición, o ante la Unidad de Búsqueda de las Personas Dadas por Desaparecidas de existir la obligación de acudir o comparecer ante las anteriores, perderán el derecho a que se les apliquen las sanciones propias de la Jurisdicción Especial para la Paz, en el evento de que llegaran a ser declarados responsables por algunas de las conductas que se les atribuyan al interior de la misma.

Literatura: AGNU, Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (AGNU Res 60/147), 16 de diciembre de 2005; KAI AMBOS, *El marco jurídico de la justicia de transición*, Bogotá, Edit. Temis, 2008; JOHN DUGARD, “Dealing With Crimes of Past Regime. Is Amnesty Still an Option?”, en *Leiden Journal of International Law*, vol. 12, Issue 4, diciembre 1999; Instituto de Justicia Transicional, Pautas de Belfast sobre Amnistía y Responsabilidad, Universidad de Ulster; LOUISE MALLINDER, *Amnesty, Human Rights and Political Transitions: Bridging the Peace and Justice Divide*, Hart Publishing, 2008; LOUISE MALLINDER, *Explanatory Guidance on the Belfast Guidelines on Amnesty and Accountability*, Transitional Justice Institute, *The Belfast Guidelines on Amnesty and Accountability*, University of Ulster, Belfast, 2013; MARK FREEMAN, *Necessary Evils, Amnesties and the Search for justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

Jurisprudencia internacional: TPIY, Prosecutor v. Edemovic (Caso No. IT-96-22-Tbis), 5 de marzo de 1998; CorteIDH, Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina, reparaciones y costas, sent. de 27 de agosto de 1998; Corte IDH, Caso Barrios Altos vs. Perú, fondo,

sent. de 14 de marzo de 2001; Corte IDH, Caso 19 Comerciantes vs. Colombia, fondo, reparaciones y costas, sent. de 5 de julio de 2004; CorteIDH, Caso de la “Masacre de Mampiripán” vs. Colombia, sent. de 15 de septiembre de 2005; CorteIDH, Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, sent. de 31 de enero de 2006; CorteIDH, Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia, sent. de 1º de julio de 2006; CorteIDH, Caso Almonacid Arellano vs. Chile, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sent. de 26 de septiembre de 2006; CorteIDH, Caso La Cantuta vs. Perú, fondo, reparaciones y costas, sent. de 29 de noviembre de 2006; CorteIDH, Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sent. de 24 de noviembre de 2010; CorteIDH, Caso Gelman vs. Uruguay, fondo y reparaciones, sent. de 24 de febrero de 2011; Corte IDH, Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, fondo, reparaciones y costas, sent. de 25 de octubre de 2012; CorteIDH, Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia, excepciones preliminares, fondo y reparaciones, sent. de 30 de noviembre de 2012; Corte IDH, Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sent. de 20 de noviembre de 2013; Caso Rochac Hernández vs. El Salvador, fondo, reparaciones y costas, sent. de 14 de octubre de 2014; Corte IDH, Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sent. de 14 de noviembre de 2014.

Jurisprudencia extranjera: Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Sala de lo Constitucional, sentencia de inconstitucionalidad de 13 de julio de 2016 (Ref. 44-2013/145-2013).

Jurisprudencia nacional: Corte Const., sents. C- 379 de 2016; C-694 de 2015; C- 577 de 2014; C-579 de 2013 y C-370 de 2006.

Otros documentos: Secretaría General de las Naciones Unidas, Informe al Consejo de Seguridad, “El Estado de Derecho y la Justicia de Transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos”, 3 de agosto de 2004 (S/2004/616).

I. El principio de condicionalidad: eje de la Ley de Amnistía

- 1 El art. 33 reproduce el contenido ya analizado del art. 14 de la misma Ley, especificando su aplicación a quienes hayan sido beneficiarios de alguno de los tratamientos penales especiales, distintos a las amnistía e indultos, a través de las resoluciones proferidas por la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la JEP, las cuales son: renuncia a la persecución penal, cesación de procedimiento, suspensión de la ejecución de la pena, extinción de responsabilidad por cumplimiento de la sanción y las demás resoluciones necesarias para definir la situación jurídica¹.

¹ Ley 1820 de 2016, art. 31.

Se trata de la aplicación de condicionamientos a quienes hagan parte de la competencia personal de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, es decir: integrantes de las FARC reconocidos por la organización; personas que hayan sido perseguidos conforme al listado de delitos previamente establecido², cometidos como consecuencia de conductas desplegadas en contextos relacionados con el ejercicio del derecho a la protesta o disturbios internos; personas que estén procesadas o que hayan sido condenadas por delitos políticos o conexos vinculados a la pertenencia o colaboración con las FARC, sin que se reconozcan parte de la anterior organización³, y los agentes del Estado⁴, que hayan sido condenados, procesados o señalados de cometer conductas punibles por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, siempre y cuando no se trate de crímenes internacionales y delitos contra el servicio, la disciplina, el honor, la seguridad y los intereses de la fuerza pública, previstos en el Código Penal Militar⁵.

Así, las personas reseñadas en el párrafo anterior, que sean sujetos de un tratamiento penal especial en el marco de la JEP, reconocido mediante resolución proferida por la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, tendrán a la luz del art. 33 LA dos grupos de condicionamientos, uno de naturaleza general y otro más concreto: (i) el deber de contribuir individual o colectivamente al esclarecimiento de la verdad, y a las obligaciones de reparación que le sean

² Ley 1820 de 2016, art. 29: “por los delitos contemplados en los artículos 112 (lesiones personales con incapacidad menor a 30 días), 265 (daño en bien ajeno), 353 (perturbación en servicio de transporte público, colectivo u oficial), 353A (obstrucción a vías públicas que afecte el orden público), 356A (disparo de arma de fuego), 359 (empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos), 429 (violencia contra servidor público), 430 (perturbación de actos oficiales) y 469 (asonada) del Código Penal colombiano”.

³ *Ibíd.*, art. 29.

⁴ Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, 24 de noviembre de 2016, Punto 5, pág. 149, párr. 32: “Se entiende por agente del Estado a efectos de la Jurisdicción Especial para la Paz toda persona que al momento de la comisión de la presunta conducta criminal estuviere ejerciendo como miembro de las corporaciones públicas, como empleado o trabajador del Estado o de sus entidades descentralizadas, territorialmente y por servicios, que haya participado en el diseño o ejecución de conductas delictivas cometidas por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado. Para que tales conductas puedan ser consideradas como susceptibles de conocimiento por parte de la Jurisdicción Especial para la Paz, estas debieron realizarse mediante acciones u omisiones cometidas en el marco y con ocasión del conflicto armado interno y sin ánimo de enriquecimiento personal indebido, o en caso de que existiera, sin ser este el determinante de la conducta delictiva”.

⁵ Ley 1820 de 2016, arts. 44, 45 y 46.

impuestas, y (ii) la obligación de participar en los programas de contribución a la reparación de las víctimas, cuando sea requerido por el Tribunal para la Paz, y, de comparecer ante la Comisión de Esclarecimiento de la Verdad de la Convivencia y No Repetición, y/o ante la Unidad de Búsqueda de las Personas Dadas por Desaparecidas. El art. 33 establece la pérdida del derecho a que se le apliquen las sanciones propias de la JEP, como consecuencia para quienes, dentro de los cinco años siguientes a la expedición de la resolución de la Sala, de manera reiterada e injustificada se nieguen a cumplir con los condicionamientos previstos en el segundo grupo antes mencionado. Como se cuestionará más adelante, no es claro cuál es la consecuencia derivada de incumplir los condicionamientos generales del primer grupo, lo que hace que estos condicionamientos sean mucho más débiles.

4 Como se expuso en el análisis del art. 14 LA, la satisfacción de los derechos de las víctimas tiene doble connotación, es a la vez un principio que fundamenta el proceso de JT en Colombia y el SIVJRNR⁶, y un objetivo de este mismo Sistema, que busca ser alcanzado por medio de la articulación de los distintos mecanismos de carácter judicial y extrajudicial⁷. Esos distintos mecanismos, en virtud del principio de integralidad, “[e]starán interconectados a través de relaciones de condicionalidad y de incentivos para acceder y mantener cualquier tratamiento especial de justicia, siempre fundados en el reconocimiento de verdad y responsabilidades. El cumplimiento de estas condicionalidades será verificado por la Jurisdicción Especial para la Paz”⁸.

En conclusión, para lograr la satisfacción de los derechos de las víctimas, el SIVJRNR se sustenta en criterios de integralidad, condicionalidad y complementariedad, que hacen indispensable, para la legitimidad y seguridad jurídica de las decisiones adoptadas en él, que los beneficiarios de los tratamientos penales especiales cumplan con compromisos mínimos de verdad y reparación.

5 Aunque expresamente se establece en la LA que la competencia de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas no cubre a las personas que serán objeto de amnistías o indultos⁹, el principio de condicionalidad aplica en el mismo sentido en que aplicaría en relación con el art. 14, por lo que aquí se remite a los comentarios en relación con dicha norma¹⁰ sobre *amnistías*

⁶ Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, 24 de noviembre de 2016, apartado 5.1, pág. 127.

⁷ *Ibíd.*, apartado 5.1., pág. 128.

⁸ Ver Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, 24 de noviembre de 2016, apartado 5.1, pág. 130.

⁹ Ley 1820 de 2016, art. 28.

¹⁰ Ver Comentarios al art. 14 de la LA, para una discusión más detallada sobre las amnistías condicionadas

*condicionadas*¹¹, toda vez que se trata de otorgar beneficios penales a victimarios que cometieron actos delictivos en el marco de un conflicto armado, a cambio de que se comprometan a darle fin a la confrontación y contribuyan a la reconciliación del país. Lo importante, como lo estableció la CorteIDH, no es la denominación que se le dé al mecanismo, sino su *ratio legis*¹². En ese sentido, ha considerado la Corte Const. que cualquier tratamiento penal especial, debe estar sujeto al cumplimiento de ciertos condicionamientos¹³, toda vez que, identifica esa Corporación, existe una tendencia en la comunidad internacional, precisamente, para limitar que los Estados otorguen beneficios como las amnistías sin condicionamientos¹⁴.

Las Pautas de Belfast han resaltado la importancia del principio de condicionalidad que irradia la concesión de beneficios, ya que con el cumplimiento por los beneficiarios de esas condiciones i) se aumenta la legitimidad y la legalidad de una amnistía o tratamiento penal especial similar; ii) se le proporciona al Estado un medio para imputar responsabilidad a individuos que podrían abusar del proceso de amnistía, y iii) se puede animar a los beneficiarios a contribuir a los procesos de reconciliación en curso¹⁵.

¹¹ AMBOS, *El marco jurídico de la justicia de transición*, Bogotá, Edit. Temis, 2008, pág. 104, párr. 30: “Una amnistía condicional es una amnistía que –a diferencia de una amnistía absoluta– no exime automáticamente de castigo por los actos cometidos durante un cierto período de tiempo, sino que condiciona el beneficio a la realización de ciertos actos o ciertas concesiones por el (los) beneficiario(s)”.

¹² CorteIDH, Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil, 2010, párr. 175: “Asimismo, como ha sido señalado anteriormente, el Tribunal más que al proceso de adopción y a la autoridad que emitió la Ley de Amnistía, atiende a su *ratio legis*: dejar impunes graves violaciones al derecho internacional cometidas por el régimen militar. La incompatibilidad de las leyes de amnistía con la Convención Americana en casos de graves violaciones de derechos humanos no deriva de una cuestión formal, como su origen, sino del aspecto material en cuanto violan los derechos consagrados en los arts. 8 y 25, en relación con los arts. 1.1 y 2 de la Convención”. Ver CorteIDH, Caso Almonacid Arellano vs. Chile, 2006, párr. 120.

¹³ Corte Const., sent. C-579 de 2013, 28 de agosto de 2013, párr. 9.7.

¹⁴ *Ibíd.*, párr. 6.2.4: “[...] a nivel mundial se observa una tendencia a la limitación de los procesos de justicia transicional, pues la comunidad internacional ha venido proscribiendo las autoamnistías, exigiendo que las amnistías sean condicionadas y además limitando la posibilidad de aplicarlas en una serie de crímenes que en muchos países han coincidido con los delitos de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el genocidio”. En el mismo sentido, ver DUGARD, “Dealing with Crimes of Past Regime. Is Amnesty Still an Option?”, en *Leiden Journal of International Law*, vol. 12, Issue 4, diciembre de 1999, págs. 1009 y 1015.

¹⁵ Instituto de Justicia Transicional, Pautas de Belfast sobre Amnistía y Responsabilidad, Universidad de Ulster, Sección C. Condiciones de Amnistía, Pauta 12. Condiciones de conducta futura para los beneficiarios de amnistías, pág. 16.

6

En cuanto a la relación de los beneficios penales enmarcados en JT con los derechos de las víctimas, la CorteIDH ha reiterado que este tipo de medidas –como lo son las amnistías o auto amnistías–, contribuyen a la impunidad y resultan ser un obstáculo para la satisfacción de los derechos de las víctimas¹⁶. Por ese motivo, para que los beneficios judiciales reconocidos en la LA tengan legitimidad internacional, es necesario que a través de los condicionamientos se garantice el logro efectivo de esos derechos, y como lo ha considerado la Corte Const. en su jurisprudencia¹⁷ y fue acordado por el Gobierno nacional y las FARC al establecer en el Acuerdo Final, que resarcir a las víctimas del conflicto bajo un paradigma de justicia restaurativa está en el centro de todo lo pactado¹⁸.

¹⁶ CorteIDH, Caso Barrios Altos vs. Perú, 2001; CorteIDH, Caso Almonacid Arellano vs. Chile, 2006, párr. 21; Caso Gelman vs. Uruguay, 2011, párr. 226; voto concurrente a la sentencia de la CorteIDH sobre el Caso Masacre del Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, 2012, párr. 27: “Esta armonización debe hacerse a través de un juicio de ponderación de estos derechos en el marco propio de una justicia transicional. En este sentido pueden plantearse, por cierto, particularidades y especificidades de procesamiento de estas obligaciones en el contexto de una paz negociada. Por ello, los Estados deben ponderar en este tipo de circunstancias el efecto de la justicia penal tanto sobre los derechos de las víctimas como sobre la necesidad de terminar el conflicto. Pero, para ser válidas en el derecho internacional, tendrían que atenerse a ciertos estándares básicos orientados a lo que puede procesarse y concretarse de varias formas, *incluyendo el papel de la verdad y la reparación*”. (Subrayado fuera del texto original)

¹⁷ Corte Const., sent. C-379 de 18 de julio de 2016: “Por ende, con base en la jurisprudencia analizada, dichas diversas herramientas deben estar unívocamente dirigidas al balance entre el tránsito efectivo hacia la paz, la protección de los derechos humanos y, en particular, la vigencia de los derechos a las víctimas a la verdad, la justicia, la efectiva reparación y las garantías de no repetición”. Ver Corte Const., sents. C-370 de 2006, C-579 de 2013 y C-577 de 2014.

¹⁸ Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, 24 de noviembre de 2016, Sección 5.1.2. Justicia, pág. 144: “6. Resarcir a las víctimas está en el centro del Acuerdo General para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera suscrito en La Habana el 26 de agosto de 2012. En toda actuación del componente de justicia del SIVJRNR, se tomarán en cuenta como ejes centrales los derechos de las víctimas y la gravedad del sufrimiento infligido por las graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario y las graves violaciones a los derechos humanos ocurridas durante el conflicto. Tales violaciones causan daños graves y de largo plazo a los proyectos de vida de las víctimas. Deberá repararse el daño causado y restaurarse cuando sea posible. II Por lo anterior, uno de los paradigmas orientadores del componente de justicia del SIVJRNR será la aplicación de una justicia restaurativa que preferentemente busca la restauración del daño causado y la reparación de las víctimas afectadas por el conflicto, especialmente para acabar la situación de exclusión social que les haya provocado la victimización. La justicia restaurativa atiende prioritariamente las necesidades y la dignidad de las víctimas y se aplica con un enfoque integral que garantiza la justicia, la verdad y la no repetición de lo ocurrido”.

En un contexto de JT, beneficios judiciales como las amnistías, los indultos o la renuncia a la persecución penal, entre otros, no pueden convertirse en un obstáculo para alcanzar la satisfacción de los derechos de las víctimas, en especial, del derecho a la verdad, estrechamente vinculado con la obligación de los Estados de investigar las violaciones a los DD. HH. y al DIH. Sobre ese punto se ha pronunciado en su jurisprudencia la CorteIDH, estableciendo que la “[...] investigación debe ser realizada por todos los medios legales disponibles y orientarse a la determinación de la verdad”¹⁹. De ahí que, cuando al interior de un Estado se ha encontrado que ese tipo de medidas evitan que se inicien investigaciones, ese Estado es declarado internacionalmente responsable²⁰. Para profundizar en el desarrollo realizado por el sistema internacional de protección a los DD. HH. sobre el derecho a la verdad acudir a los comentarios del artículo 14 al respecto²¹.

7

A) *En relación con el derecho a la verdad de las víctimas*

Así pues, la contribución al derecho a la verdad justifica, a la luz del DI y del derecho interno, que un victimario, incluso después de haber cometido graves violaciones a los DD. HH. o al DIH, pueda recibir algún tipo de beneficio penal, manteniendo vigente al mismo tiempo el deber de alcanzar la reconciliación nacional. En palabras del TPIY: “Descubrir la verdad es una piedra angular del Estado de derecho y un paso fundamental en el camino hacia la reconciliación: porque es la verdad la que permite limpiar los odios étnicos y religiosos, dando inicio al proceso de sanación. El tribunal internacional debe demostrar que quienes tienen la honestidad de confesar, son tratados de manera justa como parte de un proceso basado en principios de justicia, garantías judiciales y protección de la derechos fundamentales del individuo”²².

8

¹⁹ Corte IDH, Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil, 2010, párr. 138.

²⁰ Ver. MALLINDER, “Explanatory Guidance on the Belfast Guidelines on Amnesty and Accountability”, en *Transitional Justice Institute, The Belfast Guidelines on Amnesty and Accountability*, University of Ulster, Belfast, 2013. pág. 51. Disponible en: http://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/BelfastGuidelines_TJI2014.pdf.pdf (fecha de consulta: 20 de junio de 2017); ILC, Draft articles on the States for internationally wrongful acts, 2001.

²¹ Comentarios al art. 14, apartados 15 y ss.

²² TPIY, Fiscalía vs. Edermovi (Caso No. IT-96-22-Tbis), 5 de marzo de 1998. párr. 21. “Discovering the truth is a cornerstone of the rule of law and a fundamental step on the way to reconciliation: for it is the truth that cleanses the ethnic and religious hatreds and begins the healing process. The International Tribunal must demonstrate

9 A la luz del principio de integralidad que irradia todos los componentes que conforman la JEP, para dar cumplimiento a la condición de esclarecer la verdad, tal y como se prevé en el segundo inciso del art. 33 de la LA, es necesario que los beneficiarios acudan ante la Comisión de Esclarecimiento de la Verdad de la Convivencia y No Repetición, y/o ante la Unidad de Búsqueda de las Personas Dadas por Desaparecidas. En este punto es importante aclarar que, si bien cuando hacemos referencia a estos últimos nos referimos a mecanismos extrajudiciales, ello no implica que no se trate de mecanismos legales, pues su legalidad se evidencia en el texto de la misma LA sometida a análisis en esta oportunidad.

La importancia de cumplir con la condición de acudir a mecanismos extrajudiciales, dado que hacerlo contribuye a la satisfacción del derecho a la verdad de los individuos y de la sociedad, ha sido resaltada por la Corte Const., que ha afirmado en su jurisprudencia que la satisfacción del derecho a la verdad no solo supone la verdad judicial relacionada con la obligación de los Estados de investigar los actos criminales, sino que también implica estructurar otros mecanismos, entendidos como alternativas que contribuyen a la reconstrucción de la verdad histórica, tales como la CVR de carácter administrativo²³.

El DI, frente a conductas como la desaparición forzada, ha reconocido, además, la potestad que tienen los Estados de conceder beneficios penales para quienes contribuyen a esclarecer la verdad de los hechos victimizantes. La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, establece en su art. III, que los Estados Partes pueden definir atenuantes cuando quienes participen en los hechos contribuyan a la aparición con vida de la víctima o suministren información relevante.

B) *En relación con el derecho a la reparación de las víctimas*

10 Frente al contenido del derecho a la reparación, la condición que deben cumplir los titulares de los beneficios otorgados por la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, según lo dispuesto en el art. 33 de la LA, corresponde a dar cumplimiento a las medidas de reparación impuestas por el SIVJNR. Distinto a lo que sucede con el art. 14 antes analizado, el cual establece que la concesión de beneficios no exime del deber de cumplir con “[...] las obligaciones de reparación que sean impuestas por la Jurisdicción Especial para la Paz”, generando la duda de si se trata de una condición que exclusivamente

that those who have the honesty to confess are treated fairly as part of a process underpinned by principles of justice, fair trial and protection of the fundamental rights of the individual.” (Traducción de los autores)

²³ Corte Const., sent. C-579 de 28 de agosto de 2013.

debe ser cumplida intra-JEP, en el caso del art. 33 si se deja claro que el espectro del condicionamiento sale de la esfera de la JEP, haciendo que el beneficiario responda ante todos los mecanismos del Sistema, respetando así su carácter integral.

No obstante, la lectura comparada de los arts. 14 y 33 de la LA pareciera evidenciar que la voluntad del legislador fue evitar que los beneficiados con las *amnistías de iure* se vieran obligados a cumplir con el condicionamiento de contribuir a la reparación de las víctimas. A esta conclusión se puede arribar, analizando no solo el texto de los artículos en cuestión, sino de manera sistemática los contextos normativos en los que ellos se enmarcan. El art. 14 hace referencia a todos los beneficios –amnistías, indultos y demás tratamientos especiales–, de ahí que los condicionamientos relacionados con la reparación los circunscriba al ámbito de competencia de la JEP, pues quienes fueron amnistiados *de iure* no acudirán ante esa jurisdicción, y, por lo tanto, el beneficio que les fue otorgado no se encontraría condicionado. El art. 33, por su parte, se encuentra enmarcado en la competencia de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, que, si bien es parte de la JEP, no es competente para actuar frente a quienes han recibido una amnistía o un indulto. El texto del artículo, tal como está, deja un vacío grave, por cuanto no se evidencian con claridad cuáles serían las consecuencias jurídicas del incumplimiento de los condicionamientos.

11

Evitar que quienes han recibido el nivel más alto de amnistía no reciban ese beneficio condicionado a la obligación de contribuir a la reparación de las víctimas en el mayor grado posible constituye una violación del ordenamiento constitucional vigente en nuestro país, de lo establecido en el SIDH y en el DI, transformando el modelo de *amnistías condicionadas* en uno de *amnistías absolutas*, proscrito globalmente.

12

Todos los beneficiarios de prerrogativas penales deben contribuir, de manera eficiente, a la reparación integral de las víctimas del conflicto, siguiendo los estándares establecidos por la jurisprudencia nacional²⁴ e internacional²⁵, para

²⁴ Ver Corte Const., sent. C-694 de 11 de noviembre de 2015, Sección 5. El derecho fundamental a la reparación integral.

²⁵ Ver CorteIDH, Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina, 1998, párr. 41; Corte IDH, Caso 19 Comerciantes vs. Colombia, 2004; CorteIDH, Caso “Masacre de Mapi-ripán” vs. Colombia, 2005; CorteIDH, Caso Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, 2006; CorteIDH, Caso Masacres de Ituango vs. Colombia, 2006; CorteIDH, Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia, 2012; CorteIDH, Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia, 2013; CorteIDH, Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia, 2014.

evitar así que, por ejemplo, veinte años después, como sucedió en el caso de El Salvador, se tengan que reabrir procesos tirando abajo amnistías aplicadas sin el cumplimiento de ninguna condición²⁶. Solo el cumplimiento de dichos estándares podrá garantizar la seguridad jurídica de los tratamientos penales especiales otorgados.

II. Vacíos y preguntas respecto de la materialización del principio de condicionalidad

13 Como ya mencionamos, el art. 33 establece dos grupos de condicionamientos: (i) en el inciso primero, que prevé los deberes generales de contribuir individual o colectivamente al esclarecimiento de la verdad, y a las obligaciones de reparación impuestas por el SIVJRNR, y (ii) otro, en el inciso segundo, que establece obligaciones más específicas de participar en los programas de contribución a la reparación de las víctimas, cuando sea requerido por el Tribunal para la Paz, y, de comparecer ante la Comisión de Esclarecimiento de la Verdad de la Convivencia y No Repetición, y/o ante la Unidad de Búsqueda de las Personas Dadas por Desaparecidas.

14 De la lectura del art. 33 de la LA se desprende que, por incumplir los deberes generales de contribuir a la verdad y la reparación consignados en el inciso primero, no hay ninguna consecuencia, es decir, de acuerdo con el tenor literal de esa disposición, los beneficiarios de alguna de las resoluciones proferidas por la Sala tienen el deber de satisfacer los derechos de las víctimas, pero de no hacerlo, no tendrían ninguna consecuencia. Distinto a lo que sucede con la obligación de acudir ante la Comisión de la Verdad y a la Unidad de Búsqueda de Personas Desaparecidas, en donde sí se aplican al condicionamiento un criterio de responsabilidad y otro de temporalidad.

15 De acuerdo con el criterio de responsabilidad establecido en la norma analizada, si el titular de las resoluciones se rehúsa a comparecer sin tener una justificación ante la Comisión o ante la Unidad, conserva sus beneficios, pero de ser encontrado responsable por la JEP, pierde el derecho a que se le apliquen las sanciones propias de esa jurisdicción. De acuerdo con el criterio temporal, el condicionamiento tiene una vigencia de cinco años contados desde el momento en que se adopta la resolución que lo concede, tiempo después del cual ese beneficio queda en firme y el beneficiario no tendría ninguna obligación de comparecer ante ninguno de los mecanismos del SIVJRNR.

²⁶ Ver Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Sala de lo Constitucional, sentencia de inconstitucionalidad de 13 de julio de 2016 (ref. 44-2013/145-2013).

El procedimiento de cumplimiento de los condicionamientos establecidos en el art. 33 de la LA, esencial para que estos sean efectivos²⁷, es débil, carece de claridad y resulta contradictorio. Por un lado, frente al incumplimiento de los deberes generales de contribuir a la verdad y a la reparación de las víctimas no se establece ninguna consecuencia, ni tampoco un órgano encargado de su verificación, lo cual hace que el condicionamiento carezca de efecto útil. Por otro lado, se estipula la obligación de comparecer ante la Comisión de la Verdad y la Unidad de Búsqueda de Desaparecidos, dentro de un término de cinco años, después del cual el beneficio quedaría en firme, no obstante, el beneficio otorgado ha estado en firme desde que se concedió, porque la consecuencia de incumplir la obligación de comparecer no es la pérdida de las prerrogativas otorgadas, sino del derecho –eventual– a recibir una sanción propia de la JEP, de ser encontrado responsable por ella.

La falta de efectividad y claridad del procedimiento de cumplimiento hace que los condicionamientos no sean exigibles, contradiciendo los estándares nacionales²⁸ e internacionales²⁹, y generando un escenario de posibles vulneraciones a los derechos de las víctimas.

La Corte Const. en ejercicio del control automático de constitucionalidad sobre la LA, precisó que i) el compromiso de contribuir a la satisfacción de los derechos de las víctimas es una condición de acceso; ii) el cumplimiento de tales deberes será exigido por el término de la vigencia de la JEP y iii) el eventual desconocimiento a las condiciones del SIVJRN será analizado por la JEP y determinará si procede la pérdida de los beneficios previstos en la LA, a la luz del principio de proporcionalidad³⁰.

²⁷ Ver MALLINDER, *Amnesty, Human Rights and Political Transitions: Bridging the Peace and Justice Divide*, Hart Publishing. 2008. págs. 192-197.

²⁸ Corte Const., sent. C-579 de 28 de agosto de 2013: “Por otro lado, cabe señalar que la expresión «*renuncia condicionada*» tiene una consecuencia muy importante y es que de no cumplirse los requisitos señalados en la ley estatutaria, los cuales como mínimo [*sic*] ser los contemplados en el inciso quinto del artículo 1º del Marco Jurídico para la Paz (la dejación de las armas, el reconocimiento de responsabilidad, la contribución al esclarecimiento de la verdad y a la reparación integral de las víctimas, la liberación de los secuestrados, y la desvinculación de los menores de edad reclutados ilícitamente que se encuentren en poder de los grupos armados al margen de la ley) se podrá revocar inmediatamente la renuncia a la persecución y el Estado recobrará toda su potestad para investigar, juzgar y sancionar a los responsables por todos los delitos cometidos en el marco de la justicia ordinaria”.

²⁹ Instituto de Justicia Transicional, Pautas de Belfast sobre Amnistía y Responsabilidad, Universidad de Ulster, Sección C. Condiciones de Amnistía, Pauta 12 (d). Condiciones de conducta futura para los beneficiarios de la amnistía, pág. 17.

³⁰ Corte Const., Comunicado 08 de 1º de marzo de 2018. La Corte declaró la constitucionalidad del art. 10 de la LA.

16

17

CAPÍTULO IV

RÉGIMEN DE LIBERTADES

Artículo 34. *Libertad por efecto de la aplicación de la amnistía o de la renuncia a la persecución penal.* La concesión de la amnistía y de la renuncia a la persecución penal de que trata la presente ley, tendrá como efecto la puesta en libertad inmediata y definitiva de aquellos que estando privados de la libertad hayan sido beneficiados por las anteriores medidas.

Literatura: ÓSCAR GUERRERO, *Corte Penal Internacional. Comentarios a la sentencia C-578 de 2002*, Legis, 2003; ELIZABETH SALMÓN, “Algunas reflexiones sobre DIH y justicia transicional, lecciones de la experiencia latinoamericana”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, junio de 2006, N° 862, págs. 212-242; BETH STEPHENS, “Conceptualizing Violence under International Law: ¿Do Tort Remedies Fit the Crime?”, en *60 Albany Law Review* 579, 1997.

Jurisprudencia internacional: CorteIDH, Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú), sent. de 14 de marzo de 2001.

Jurisprudencia nacional: Corte Const., sent. C- 370 de 2006; CSJ, Sala de Casación Penal, auto de 10 de mayo de 2017 (rad. 49253); Justicia Especial para la Paz, Pronunciamientos de la Sala de Casación Penal, www.ramajudicial.gov.co.

Otros documentos: ONU, Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías, Sobre la impunidad de perpetradores de violaciones a los Derechos Humanos, Relator Especial Louis Joinet (UN Doc. E/CP.4/Sub.2/1993/6), 19 de julio de 1993, revisado por E/CP.4/Sub.2/1994/11 y E/CP.4/Sub.2/1996/18 (Informe Final); CIDH, Informe sobre el proceso de desmovilización en Colombia (OEA/Ser.L/V/II.120, Doc. 60), 13 de diciembre de 2004, en <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Colombia04sp/informe2.htm>.

I. Consideraciones generales

1 La norma es producto del Acuerdo de Paz negociado entre el Gobierno colombiano y los representantes de las FARC-EP en La Habana durante el

año 2016¹. La filosofía que anima la terminación del conflicto hace necesaria la resolución de la situación jurídica de quienes participaron de una u otra forma en las hostilidades, de tal manera que esta disposición resulta aplicable a los sujetos privados de la libertad, que en su calidad de agentes estatales o subversivos estén en la condición jurídica de condenados o procesados por delitos que permiten la aplicación de una de las dos figuras, esto es, la amnistía o la renuncia a la persecución penal².

Para ilustrar la hermenéutica del artículo es necesaria una primera apreciación sobre el tratamiento de la amnistía en la historia judicial colombiana reciente. En efecto, la Corte Const., al examinar la ley que permite la adopción del ER de la CPI en sent. C-578 de 2002, asume que las amnistías son figuras penales de vieja data que permiten la impunidad de delitos políticos, sin que resulten opuestas a los fines que se propone dicho Estatuto, toda vez que, cuando un Estado otorgue la amnistía o cualquier otro beneficio penal en un proceso adelantado en la jurisdicción doméstica, le resulta obligatorio al examen de complementariedad determinar si los procedimientos internos para proporcionar tal beneficio tuvieron como propósito el sustraer ilegalmente al imputado de su sometimiento a la justicia.

En segundo lugar, y a propósito de la forma en que la Constitución incorpora el DIH, la Corte Const. constata que las normas del PA II son compatibles con la figura de las amnistías, ya que si estas se utilizan con el objeto de consolidar la paz no existe oposición entre las pretensiones del Derecho Penal Internacional de evitar la impunidad y las consideraciones del DIH para concretar la terminación de un conflicto armado. Así se destaca que el art 6 del PA II dispone:

“Artículo 6. Diligencias Penales. [...]”

”5. A la cesación de hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado

¹ Numeral 10 del acuerdo que establece: “A la terminación de las hostilidades la amnistía para los rebeldes únicamente estará condicionada a la finalización de la rebelión de las respectivas organizaciones armadas y al cumplimiento de lo establecido en el Acuerdo Final, sin perjuicio de lo dispuesto en los puntos 23 y 27. La finalización de la rebelión a efecto de acceder a la amnistía o indulto, se definirá en el Acuerdo Final”.

² Según el art. 46 LA (De la renuncia a la persecución penal): “La renuncia a la persecución penal es un mecanismo de tratamiento penal especial diferenciado para agentes del Estado propio del sistema integral mediante el cual se extingue la acción penal, la responsabilidad penal y la sanción penal, necesario para la construcción de confianza y facilitar la terminación del conflicto armado interno, debiendo ser aplicado de manera preferente en el sistema penal colombiano, como contribución al logro de la paz estable y duradera”.

parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de la libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado”³.

4 No escapa al análisis de constitucionalidad que si bien el derecho fundamental a la paz es de la mayor importancia frente a los intereses de la justicia, la compatibilidad entre los dos extremos para lograr la reconciliación debe garantizar a las víctimas y perjudicados de un delito internacional la posibilidad de acceder a la justicia para conocer la verdad y a la vez obtener una protección judicial efectiva⁴. De allí se concluye que la adhesión al ER no impide conceder amnistías que cumplan con estos requisitos mínimos, pero sí limita todas las amnistías que no ofrezcan tales garantías. La Corte se manifiesta a este respecto de la siguiente forma:

“Entonces, los principios y normas de derecho internacional aceptados por Colombia (artículo 9 CP.), el Estatuto de Roma, y nuestro ordenamiento constitucional, que solo permite la amnistía o el indulto para delitos políticos y con el pago de las indemnizaciones a que hubiere lugar (artículo 150, numeral 17 CP.), no admiten el otorgamiento de auto amnistías, amnistías en blanco, leyes de punto final o cualquiera otra modalidad que impida a las víctimas el ejercicio de un recurso judicial efectivo como lo ha subrayado la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵.

”[...]

”Por lo anterior, sin adelantar juicio alguno sobre eventuales leyes de amnistía o indulto, no encuentra la Corte que la ratificación del Estatuto de Roma pueda implicar un obstáculo para futuros procesos de paz y de reconciliación

³ Sobre la interpretación de esta disposición y su relación con las nuevas configuraciones del DPI véase SALMÓN, “Algunas reflexiones sobre DIH y Justicia transicional, lecciones de la experiencia latinoamericana”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, junio de 2006, Nº 862, págs. 212-242.

⁴ Ver ONU, Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías, Sobre la impunidad de perpetradores de violaciones a los Derechos Humanos, Relator Especial Louis Joinet (UN Doc. E/CP.4/Sub.2/1993/6), 19 de julio de 1993, revisado por E/CP.4/Sub.2/1994/11 y E/CP.4/Sub.2/1996/18 (Informe Final). Ver también, STEPHENS, “Conceptualizing Violence under International Law: Do Tort Remedies Fit the Crime?”, en *60 Albany Law Review* 579, 1997.

⁵ La CorteIDH ha señalado las condiciones para que una amnistía sea compatible con los compromisos adquiridos por los Estados Partes de la CADH. Por ejemplo, en el caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú), sent. de 14 de marzo de 2001 la Corte decidió que las leyes de amnistía peruanas eran contrarias a la Convención y que el Estado era responsable por violar el derecho de las víctimas a conocer la verdad sobre los hechos y obtener justicia en cada caso en el contexto nacional.

nacional en donde se consideren medidas como los indultos y las amnistías con sujeción a los parámetros establecidos en la Constitución y en los principios y normas de derecho internacional aceptados por Colombia”.

La decisión de constitucionalidad sobre el ER data del año 2002⁶. Cuatro años más tarde, frente a la Ley 975 de 2005 (LJP), la Corte Const. recalcó estos mismos aspectos al analizar las normas que permitieron la desmovilización de los grupos organizados al margen de la ley, y más específicamente las de los grupos paramilitares y las de los subversivos que se acogieron a la llamada LJP. En este examen la Corte Const. no encontró que la disminución de la pena constituyera una especie de amnistía o indulto velado, bajo el fundamento de que la pena privativa de la libertad de ocho años frente a graves violaciones de los DD. HH. y del DIH fuera incompatible con la Const. Pol. o el DI que articula la propia Carta Política; a modo de síntesis la Corte Const. concluyó:

“Aplicadas las nociones precedentes al análisis de la Ley 975 de 2005, se observa por la Corte que en ella no se dispone la extinción de la acción penal en relación con los delitos que puedan ser imputados a miembros de grupos armados que decidan acogerse a aquella, razón por la cual resulta claro que el Estado no decidió mediante esta ley olvidarse de las acciones delictuosas, por lo que en rigor jurídico-constitucional la afirmación según la cual dicha ley concede una amnistía, no es de recibo.

”Por lo que hace a la supuesta concesión de un indulto, tampoco se encuentra que alguna de las normas contenidas en la ley acusada disponga que la pena con la cual culmine un proceso iniciado contra los miembros de grupos armados ilegales que decidan acogerse a esa ley una vez impuesta por sentencia judicial, deje de ejecutarse. Es decir, no contiene la Ley 975 de 2005 una disposición que exonere al delincuente del cumplimiento de la sanción penal. Si bien es verdad que se le hace objeto de un tratamiento jurídico penal menos riguroso que el existente en el Código Penal –si se cumplen por el infractor unos requisitos determinados en relación con las víctimas y por la colaboración con la administración de justicia–, lo cierto es que, aun así, no desaparece la pena. Esta se impone, pero el procesado puede –con estricta sujeción a los requisitos y condiciones que el legislador señaló– hacerse acreedor a un beneficio que podría reducirle la privación de la libertad por un tiempo, sin que esta desaparezca, beneficio que será objeto de análisis detenido posteriormente en esta misma providencia.

⁶ Véase GUERRERO, Corte Penal Internacional *Comentarios a la sentencia C-578 de 2002*, Bogotá, Legis, 2003.

”No se dan pues en el presente caso los presupuestos que definen la amnistía ni el indulto, y por tanto mal podía exigirse al Legislador que para la expedición de la ley acusada diera un trámite reservado a ese tipo de figuras jurídicas”⁷.

6 No obstante, en lo que se refiere a las sanciones efectivas de privación de la libertad, la Corte sentó una serie de criterios que ahora, frente a la Ley 1820 de 2016, indicarían que las figuras de detención preventiva y libertad condicionada tendrían una consideración distinta y que requerirían una nueva hermenéutica en el marco del DI⁸. Así, por ejemplo, para referirse a las nociones de privación efectiva la Corte Const. establece que en el Estado reposa el deber de imponer y ejecutar sanciones efectivas a quienes incurran en violación de la ley penal, cuando se trata de este tipo de criminalidad grave, y anota fehacientemente que las sanciones efectivas son aquellas que no encubren fenómenos de impunidad, en tanto constituyen reacciones estatales justas y adecuadas a los delitos perpetrados, tomando en consideración los específicos objetivos de política criminal que la ley entraña.

7 En consecuencia, las preguntas relativas al régimen de libertades en el marco de la Ley 1820 de 2016 son de significado importante y requieren de un contexto que en últimas tiene que ver con la extensión que se debe dar a la figura de la amnistía y a la renuncia a la persecución penal. La necesidad de purgar penas con privación de la libertad o la detención preventiva en este contexto se podrían observar como cumplimiento de los criterios internacionales que enfrentan la impunidad frente a graves violaciones de los DD. HH. y del DIH, pero lo cierto es que el dilema entre la privación intramural y las amnistías internas para estos hechos punibles todavía deja una zona de reflexión, en la que cabe la visión de una política criminal que está del lado de un proyecto de reconciliación y que como en cualquier modelo de sanción e investigación penal da lugar a postulados alternativos, como los que corresponden a la LA.

II. La noción de libertad inmediata y la libertad transitoria

8 El art. 34 LA establece el presupuesto de libertad inmediata y definitiva para quienes puedan ser beneficiarios de las figuras de amnistía, indulto o renuncia a la persecución penal. En tal sentido, la interpretación sistemática del art. 34 con las disposiciones sobre libertad combinan dos aspectos, esto es, los

⁷ Corte Const., sent. C- 370 de 2006.

⁸ CIDH, Informe sobre el proceso de desmovilización en Colombia (OEA/Ser.L/V/II.120, Doc. 60), 13 de diciembre de 2004, párr. 25, en <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Colombia04sp/informe2.htm>.

delitos por los que se encuentra privado de la libertad el potencial beneficiario y su situación jurídica. Así, se habla de *libertad inmediata y definitiva* para quienes privados de la libertad acceden a la aplicación de la llamada amnistía *de iure* en las condiciones de los arts. 15, 16 y 17 de la LA, en tanto que para los casos en los que no se pueda aplicar la amnistía *de iure*, se opta por la noción de *libertad transitoria condicionada*.

Los decretos 700 y 277 de 2017, complementarios de la Ley 1820 de 2016, aclaran los dos conceptos. Por una parte, la noción de libertad inmediata, como consecuencia de la concesión de amnistía *de iure*, y, por otra, la libertad condicionada para quienes estén privados de la libertad, pero no puedan ser beneficiarios de esta clase de amnistía. Así, el art. 1º del Decreto 277 de 2017 establece que tiene por objeto regular la amnistía *de iure* concedida por la Ley 1820 de 2016 para las personas privadas de la libertad por delitos políticos y delitos conexos con estos, así como el régimen de libertades condicionales para los supuestos del art. 35 de la Ley 1820 de 2016. Frente al caso de las amnistías *de iure* el art. 9º de este Decreto define, como efecto del beneficio *de iure*, la puesta en libertad inmediata y definitiva de aquellos que estando privados la libertad hayan sido beneficiados con tal medida.

El Decreto 277 de 2017 aclaró lo correspondiente a los sujetos a quienes se les puede aplicar la amnistía *de iure*. En tal sentido, el catálogo de quienes pueden acceder a la libertad inmediata es el siguiente:

1. Los integrantes de las FARC-EP que se encuentren en el listado que elaboren los representantes designados por dicha organización expresamente para ese fin. En este caso no es necesario que la providencia judicial condene, procese o investigue por pertenencia a las FARC-EP, lo cual quiere decir que en el listado pueden encontrarse sujetos que carecen de investigaciones penales, pero se encuentran vinculados al grupo; sujetos condenados o procesados por delitos comunes que pertenecen al grupo y sujetos condenados o procesados por delitos políticos y conexos que pertenecen o han colaborado con el grupo. De conformidad con el Decreto 277 de 2007, para que proceda la amnistía *de iure* solo se requiere la certificación del alto comisionado relativa a la inclusión en la lista y el acta de compromiso con la respectiva dejación de armas. En este punto se debe hacer claridad, pues la situación de cada postulante es particular. Esto quiere decir que la inclusión en la lista no habilita inmediatamente la amnistía *de iure*, pues pueden existir casos en los cuales personas privadas de la libertad que estén en el listado deban concurrir a las ZVTN o a los campamentos, y, dependiendo de su situación jurídica, puedan quedar afectados a la amnistía o a la libertad condicionada, según sea el caso.
2. En el segundo grupo aparecen las personas que tengan sentencia condenatoria, en la cual se indique la pertenencia del sentenciado a las FARC-EP,

aunque el delito por el cual se imponga la sentencia no corresponda a delitos políticos, pero se pueda argumentar la conexidad con los mismos. Para estos efectos el intérprete debe recurrir a los criterios de conexidad sustancial establecidos en el art. 8 LA⁹.

- 11 La noción de renuncia a la persecución penal también merece comentario en este contexto, pues se debe entender que la noción de renuncia al ejercicio de la persecución penal en nuestra tradición procesal corresponde a la aplicación del llamado principio de oportunidad. Sin embargo, en la LA la noción se relaciona con un beneficio especial para los agentes estatales contemplado en el art. 9º de la Ley 1820¹⁰, el cual dispuso que estos no recibirán amnistía ni indulto. Sin embargo, si hubieren cometido delitos con ocasión, por causa, o en relación directa o indirecta con el conflicto armado antes de la entrada en vigor del Acuerdo Final de Paz, recibirán un tratamiento penal “especial diferenciado, simétrico, equitativo, equilibrado y simultáneo”.

En este contexto, el art. 45 de la LA estableció como mecanismo de resolución definitiva de la situación jurídica de los agentes del Estado la “renuncia a la persecución penal”, para quienes estén privados de la libertad por conductas relacionadas con el conflicto armado, abstracción hecha de un catálogo de delitos que incluyen crímenes de lesa humanidad, genocidio, graves crímenes de guerra, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores conforme a lo establecido en el ER. También se exceptúan los delitos contra el servicio, la disciplina, los intereses de la fuerza pública, el honor y la seguridad de la fuerza pública, previstos en el Código Penal Militar de conformidad con el art 46¹¹.

- 12 La fórmula en este caso sobre la adopción de la libertad definitiva e inmediata no resulta aplicable, pues la competencia para definir la libertad fue radicada en cabeza de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la JEP. Por tal razón, la interpretación que hace la CSJ, en su Sala de Casación Penal, indica que mientras se decide la puesta en marcha de la JEP, a los agentes del Estado les será concedida la libertad transitoria condicionada y anticipada, siempre que al momento de entrar en vigencia la Ley 1820 de 2016 estén detenidos o condenados y acepten su sometimiento a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, con el fin de acogerse a la “renuncia de la persecución penal”. De acuerdo con el art. 51 de la misma ley, dicha manifestación o

⁹ Ver comentario de TARAPUÉS al art. 8º LA en esta publicación.

¹⁰ Ver comentario de COTE al art. 9º LA en esta publicación.

¹¹ Ver comentarios de COTE a los arts. 45 y 46 LA en esta publicación.

aceptación debía ser formulada ante el Secretario Ejecutivo de la JEP mientras entraba en funcionamiento la Sala mencionada, la cual, de cumplirse los requisitos legales establecidos en el art. 52, así lo comunicará al respectivo funcionario judicial, conforme lo establece el art. 53 LA¹².

Las apreciaciones de la Corte Const. sobre los beneficios de libertad inmediata o libertad condicionada en reciente pronunciamiento se proyectan a compensar los derechos de las víctimas y del beneficiario. En tal sentido, la Corte Const. se manifiesta sobre la constitucionalidad de esta norma entendiendo que la contraprestación por el beneficio implica la contribución a la satisfacción de los derechos de las víctimas, atendiendo a las condicionalidades del SIVJRNR. Así, la condición de acceso a estos beneficios de libertad exige el deber de cumplir con las obligaciones contraídas con el Sistema y determina que su incumplimiento debe ser objeto de estudio y decisión por la JEP.

13

¹² CSJ, Sala de Casación Penal, auto de 10 de mayo de 2017 (rad. 49253); sobre los arts. 51, 52 y 53 LA ver comentarios de SÁNCHEZ y JIMÉNEZ en esta publicación.

Artículo 35. Libertad condicionada. A la entrada en vigor de esta ley, las personas a las que se refieren los artículos 15, 16, 17, 22 y 29 de esta ley que se encuentren privadas de la libertad, incluidos los que hubieren sido procesados o condenados por los delitos contemplados en los artículos 23 y 24, quedarán en libertad condicionada siempre que hayan suscrito el acta de compromiso de que trata el artículo siguiente.

Parágrafo. Este beneficio no se aplicará a las personas privadas de la libertad por condenas o procesos por delitos que en el momento de la entrada en vigor de la Ley de Amnistía, no les permita la aplicación de amnistía *de iure*, salvo que acrediten que han permanecido cuando menos 5 años privados de la libertad por esos hechos y se adelante el trámite del acta previsto en el siguiente artículo.

En caso de que la privación de la libertad sea menor a 5 años, las personas serán trasladadas a las Zonas Veredales Transitorias de Normalización (ZVTN), una vez que los miembros de las FARC-EP en proceso de dejación de armas se hayan concentrado en ellas, donde permanecerán privadas de la libertad en las condiciones establecidas en el numeral 7 del artículo 2º del Decreto 4151 de 2011.

Las personas trasladadas permanecerán en dichas ZVTN en situación de privación de la libertad hasta la entrada en funcionamiento de la JEP, momento en el cual quedarán en libertad condicional a disposición de esta jurisdicción, siempre y cuando hayan suscrito el acta de compromiso de que trata el artículo siguiente.

La autoridad judicial que esté conociendo el proceso penal aplicará lo previsto en cuanto a la libertad.

La Jurisdicción Especial para la Paz podrá revocar la libertad de quienes incumplan alguna de las obligaciones fijadas en el acta formal de compromiso.

Si durante la vigencia de la Jurisdicción Especial para la Paz, los beneficiarios de mecanismos de tratamiento penal especial de la presente ley, se rehusaran a cumplir los requerimientos del Tribunal para la Paz para participar en los programas de contribución a la reparación

de las víctimas, o a acudir ante la Comisión de Esclarecimiento de la Verdad de la Convivencia y No Repetición, o ante la Unidad de Búsqueda de las Personas dadas por Desaparecidas, se les revocará el derecho a que se les apliquen los beneficios de la libertad condicional o las sanciones establecidas en la JEP.

Literatura: LUIS CARLOS PÉREZ, *Los delitos políticos*, Distribuidora Americana de Publicaciones, 1948.

Jurisprudencia nacional: CSJ, Sala de Casación Penal, auto de 24 de julio de 2017 (rad 43546); CSJ, Sala de Casación Penal, sent. de 31 de julio de 2009 (rad. 31539); CSJ, Sala de Casación Penal, sent. de 10 de abril de 2008 (rad. 29472); CSJ, Sala de Casación Penal, auto de 10 de mayo de 2017 (rad. 49134); CSJ, Sala de Casación Penal, auto de 21 de junio de 2017 (rad. 50318).

Jurisprudencia internacional: TPIY, Prosecutor vs. Pavle Strugar, Judgment (IT-01-42-A).

El art. 35 LA regula la figura de libertad condicionada, en complemento del art. 34 LA, el cual establece la noción de libertad inmediata y definitiva para quienes puedan ser beneficiarios de las figuras de amnistía *de iure*, indulto, o renuncia a la persecución penal, en este último caso con las anotaciones especiales de la jurisprudencia.

En estos casos la norma se aplica para quienes no puedan acceder a la amnistía *de iure*. En tal sentido, se debe entender que el postulante a libertad condicional debe estar condenado, procesado, imputado o indiciado por los delitos que se prevén en los arts. 15 y 16¹ (conexos) para quienes fueron miembros pertenecientes o colaboradores de las FARC-EP, pero no alcanzaron el estatus total de amnistiados *de iure* y tienen todavía cuentas pendientes con la administración de justicia penal por su pertenencia al grupo o por la naturaleza de los delitos cometidos. Así, por ejemplo, puede existir una condena por rebelión y sedición (que permitiría una amnistía *de iure* inmediata) pero un proceso con resolución de acusación por invasión de tierras y lavado de activos sobre el cual no existe conexidad de conformidad con el art 16 LA. En este caso, la libertad que se otorga por el proceso con resolución acusatoria es la libertad condicionada. Igualmente, quienes han sido imputados por delitos que no tienen posibilidad de amnistía, como, por ejemplo, el reclutamiento forzado de menores, también pueden acceder a este beneficio.

Este instituto ya fue analizado por la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la CSJ, en lo que se refiere a su aplicación, de lo cual se deduce lo siguiente:

¹ Ver los comentarios de TARAPUÉS sobre estas dos normas en esta publicación.

“a. En primer lugar, se trata de un beneficio temporal previsto en la legislación de amnistía producto del Acuerdo, el cual pretende que quienes no tienen solución de su situación jurídica de manera inmediata por la vía de la amnistía *de iure*, puedan acceder a una solución posterior de su situación, pero en libertad.

”b. Los beneficiarios de la libertad condicionada deben tener la condición jurídica de procesados o condenados privados de la libertad y, en términos generales, se les debe haber señalado de ser autores o haber cometido conductas punibles por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado interno. En tal sentido el primer inciso de la norma remite al catálogo de delitos políticos y delitos conexos con estos.

”c. Se trata, igualmente, de un beneficio que deja en suspenso o la detención preventiva o la condena, puesto que para los dos eventos la Ley 1820 de 2016 determina que la libertad es anticipada.

”d. Opera igualmente en los casos de agentes estatales a los cuales se les pueda reconocer con posterioridad la libertad definitiva por cuenta de la JEP.

”e. Su trámite es el mismo, independientemente de la normatividad procesal bajo la cual se hayan adelantado o se estén surtiendo las actuaciones penales (Ley 600 de 2000 o Ley 906 de 2004) contra los interesados en obtenerla.

”f. La oportunidad para solicitar el beneficio es cualquier tiempo, mientras subsista la privación efectiva de la libertad, motivada en medida de aseguramiento de detención preventiva o condena impuestas por delitos ejecutados antes de la entrada en vigencia del Acuerdo de Paz, y que se hayan cometido con ocasión, por causa o en relación directa o indirecta con el conflicto armado interno”².

4 En igual sentido, la interpretación sistemática con el art. 34 de la LA indica que la noción de *libertad* para cualquier caso es anticipada, valga decir, anterior a que se surtan los procedimientos para determinar si los postulantes son verdaderamente acreedores de los beneficios penales que otorga la LA.

5 Como consecuencia inmediata de la vigencia legal, la primera pregunta que debe responderse para una hermenéutica sistemática corresponde a los sujetos a quienes se puede beneficiar con la libertad inmediata; en tal sentido, se debe recurrir a una fórmula de competencia *ratione personae*, la cual está establecida en el art. 17 de la Ley 1820³. El mismo Acuerdo, dentro del anexo

² CSJ, Sala de Casación Penal, auto de 24 de julio de 2017 (rad. 43546).

³ Al respecto ver comentario de TARAPUÉS en esta publicación.

correspondiente a la amnistía, indulto y tratamiento diferenciado, consignó en su catálogo de sujetos beneficiarios a quienes aparecen en la disposición comentada⁴.

La descripción de la normativa indica que los sujetos que pueden ser beneficiados con la libertad inmediata son los nacionales o extranjeros⁵ que antes de la entrada en vigor del Acuerdo de Paz cuenten con providencia judicial en la que se les condene, procese o investigue por la pertenencia o colaboración con las FARC-EP.

Esta parte de la disposición regula el aspecto procesal de la situación jurídica de quienes han pertenecido a la organización o han colaborado con las FARC-EP, antes de la entrada en vigor del Acuerdo. En tal sentido, el análisis debe indicar que para efectos de la aplicación del derecho penal material, más allá de las discusiones relativas a la rebelión o la sedición, como delitos contra el régimen constitucional, el Acuerdo Final tiene en cuenta que la jurisprudencia de la CSJ relacionada con la noción de grupos armados organizados al margen de la ley, como categoría de la Ley 975 de 2005, permitió el procesamiento por concierto para delinquir (pertenencia al grupo)⁶ como delito base para las imputaciones de los miembros de las organizaciones delictivas⁷.

Con esta premisa debemos entender, que si bien la misma jurisprudencia ha diferenciado las reglas de aplicación del delito político y del delito común⁸,

⁴ Los extranjeros también tienen régimen especial de trabajo por el Decreto 831 de 2017.

⁵ El Decreto 831 de mayo de 2017 crea la Visa de Residente Especial de Paz (RES), otorgada a los ciudadanos extranjeros miembros de las FARC-EP, que se encuentren en los listados entregados por representantes de dicha organización y verificados por el Gobierno nacional conforme lo dispuesto en el Acuerdo Final, una vez surtido el proceso de dejación de armas y tránsito a la legalidad, y que pretendan fijar su domicilio en Colombia y establecerse en el país de manera indefinida.

⁶ CSJ, Sala de Casación Penal, sent. de 31 de julio de 2009 (rad. 31539); en ese contexto, el fallo que ponga fin a la actuación debe sancionar en primera instancia por la pertenencia al grupo armado ilegal, porque, si se quiere, los delitos restantes resultan colaterales, en cuanto derivan de la existencia de ese grupo, son su consecuencia y, por tanto, solo pueden ser cobijados en la sentencia proferida al amparo de la Ley 975 de 2005 si, y solo si, previamente obra condena por concierto, pues aquellos dependen de este.

⁷ Ver, al respecto, CSJ, Sala de Casación Penal, sent. de 10 de abril de 2008 (rad. 29472). Allí se considera al concierto para delinquir como delito de lesa humanidad.

⁸ Véase a este respecto PÉREZ, *Los delitos políticos*, Distribuidora Americana de Publicaciones, 1948.

el Acuerdo y su correspondiente Ley 1820 de 2016 se proyectan de tal manera que se sustraen a esta interpretación⁹.

9 En segundo lugar, los presupuestos para aplicar la libertad en virtud de la situación *ratione personae* indican que los sujetos beneficiarios de amnistía, indulto o renuncia a la persecución penal deben tener la condición de condenados, procesados o investigados por la pertenencia o la colaboración a las FARC-EP, sin que para ello importe el régimen procesal bajo el cual se han privado de la libertad.

10 La CSJ aclaró este punto, el cual, en principio, parece confuso, puesto que como ya se anotó, la filosofía que anima el Acuerdo indica que la regla general para todos los casos será la libertad, a pesar de la existencia de eventos en los que el potencial beneficiario deba esperar la solución jurídica posterior en la JEP. En efecto, el precedente de la Corte Suprema establece:

“Tratándose de procesados o condenados que pertenecen a las FARC, la libertad condicionada no es el beneficio dispuesto para los cobijados por la amnistía *de iure*, pues conforme al artículo 9º del Decreto 277 de 2017, «la aplicación de la amnistía *de iure* de que trata la Ley 1820 de 2016, tendrá como efecto la puesta inmediata y definitiva de aquellos que estando privados de la libertad hayan sido beneficiados de tales medidas».

”Por el contrario, la libertad condicionada procede para los privados de libertad por delitos que no son objeto de amnistía *de iure*, «pero se encuentren en alguno de los supuestos contemplados en los artículos 17 de la Ley 1820 de 2016 y 6º de este Decreto, que hayan permanecido cuando menos cinco (5) años privados de la libertad por estos hechos [...] una vez hayan adelantado el trámite del acta prevista en el artículo 14 de este Decreto»”.

11 De acuerdo con esta interpretación, el catálogo de posibles beneficiarios es el siguiente:

1) Los condenados, procesados o investigados por pertenecer o colaborar con las FARC.

2) Quienes aparezcan en listados entregados por representantes de las FARC, aunque no sean condenados, procesados o investigados por pertenecer a dicha organización.

3) Los condenados mediante sentencia que indique su pertenencia a las FARC por delitos conexos al político, aunque no se condene por este (art. 8º de la Ley 1820 de 2017).

⁹ Los párrafos 175 y 176 de la decisión aclaran parcialmente la discusión sobre la colaboración en el “Trabajo Militar”, TPIY, Prosecutor v. Pavle Strugar (IT-01-42-A), Judgement, págs. 65-66.

4) Los condenados por delitos políticos y conexos, cuando se deduzca que fueron procesados por pertenecer o colaborar con las FARC.

En pronunciamiento posterior, la CSJ con los elementos del Decreto 277 de 2017 aclara la misma situación así: el Decreto 277 de 2017 regula la amnistía *de iure* para “las personas privadas de la libertad por delitos políticos y delitos conexos con estos, así como el régimen de libertades condicionales para los supuestos del artículo 35 de la Ley 1820 de 2016”. La fórmula del beneficio de amnistía comporta en este caso la libertad inmediata, por decreto presidencial (art. 19 LA)¹⁰, por preclusión o cesación del procedimiento derivada de la extinción de las acciones penal y civil de acuerdo con el estatuto procesal aplicable, de conformidad con los arts. 34 de la Ley 1820 de 2016, 5º y 9º del Decreto 277 de 2017¹¹.

Cuando no se alcance la amnistía *de iure* para los miembros o colaboradores de las FARC, la definición de la situación jurídica del solicitante queda en competencia de la Sala de Amnistía e Indulto de la JEP, a condición de que los delitos relacionados con la pertenencia al grupo “hubiesen sido cometidos antes de la entrada en vigor del Acuerdo Final de Paz, así como respecto de las conductas amnistiabiles estrechamente vinculadas al proceso de dejación de armas”, de conformidad con el art. 22 de la Ley 1820 de 2016, según los criterios de conexidad señalados en el art. 23¹². En estos eventos el beneficio penal temporal es la “libertad condicionada”. En consecuencia, los miembros de las FARC procesados que figuren en los listados entregados y verificados por el Gobierno nacional, así como los condenados, imputados o procesados señalados de pertenecer al grupo obtendrán libertad condicional cuando hayan cumplido al menos cinco años de privación de libertad y la medida de aseguramiento hubiese sido adoptada por delitos respecto de los que no se otorga la amnistía *de iure* (de conformidad con el art. 11 del Decreto 277 de 2017). En estos casos el solicitante, miembro de las FARC, debe hacer la respectiva petición prevista en el art. 35 de la LA, *por sí misma o a través de la defensa, a cualquiera de los fiscales delegados que en su caso tengan asignados asuntos en los cuales el interesado esté afectado con medida de aseguramiento privativa de libertad* tal y como lo dispone el art. 11lits. a)-l) del Decreto 277 de 2017.

Esta interpretación con los instrumentos del Decreto 277 de 2017 reconduce el problema para los operadores judiciales frente a cuatro aspectos puntuales, esto es, (i) el análisis de la pertenencia del solicitante al grupo armado, (ii) la

¹⁰ Ver comentario de SUELT en esta publicación.

¹¹ CSJ, Sala de Casación Penal, auto de 10 de mayo de 2017 (rad. 49134).

¹² Ver los comentarios de TARAPUÉS a los arts. 22 y 23 LA en esta obra.

situación jurídica en la que está el solicitante al no alcanzar la amnistía *de iure*, (iii) el tiempo que ha permanecido privado de la libertad y (iv) la voluntad de sometimiento que se concreta en el acta formal de compromiso establecida en el art. 36 LA.

- 15 En efecto, frente al aspecto temporal de privación de la libertad, el párrafo de la norma excluye del beneficio a los miembros de las FARC, que sin haber alcanzado la amnistía *de iure* y que estando privados de la libertad a título de condena o detención preventiva por los mismos delitos relacionados tengan menos de cinco de privación de la libertad. En este caso, se debe entender que los privados de la libertad con menos de cinco años serán excarcelados, pero deben permanecer en las ZVTN. Su régimen de privación de la libertad está establecido en el Decreto 4151 de 2011, norma que indica que se deben adoptar los mecanismos de vigilancia para privados de la libertad, como, por ejemplo, aquellos a quienes se les ha otorgado la detención domiciliaria. Dicha situación se mantendrá así hasta la entrada en funcionamiento de la JEP, momento en el cual quedarán en libertad condicional a disposición de esta jurisdicción, siempre y cuando hayan suscrito el acta de compromiso.
- 16 Los dos últimos incisos se aplican a partir de la entrada en funcionamiento de la JEP y corresponden básicamente a la situación de incumplimiento de las obligaciones impuestas.
- 17 Tanto para los efectos de libertad inmediata, como para los de libertad condicionada y transitoria, la mayor dificultad estará en la definición de los delitos que se consideran políticos y sus conexos según la misma LA.
- 18 Este aspecto no es fácil de dilucidar, pues los operadores judiciales en este caso enfrentan categorías de conexidad que no se compadecen con los conceptos de conexidad sustancial y procesal establecidos en el CPP. No obstante, la CSJ en dos precedentes ha intentado aclarar el punto en dos sentidos, esto es, el momento en el que deben actuar los operadores judiciales para declarar la conexidad y sus criterios de aplicación. En efecto, el análisis implica un primer paso correspondiente a determinar la existencia del delito político conforme a las exigencias del art. 23 de la Ley 1820. En segundo lugar, podrán existir eventos de delitos internacionales que pueden quedar cobijados por la consideración de delito conexo con el delito político, esto es que ciertos crímenes de guerra pueden estar afectos a los beneficios siempre que no estén contemplados dentro de las excepciones. Por último, estos dos criterios deben vertebrarse dentro de la consideración de la pertenencia al grupo.
- 19 En cuanto al momento de decretar la conexidad, la Corte aclara que es un momento previo a la solicitud de libertad condicionada y en cuanto a los criterios básicamente se define que el operador debe adecuar el art. 8º LA a las categorías tradicionales de conexidad que ha acuñado la jurisprudencia, esto es, ideológica, consecuencial y ocasional. La Corte Suprema determina en este caso la forma de formular la conexidad como sigue:

- a) En la audiencia pública convocada para decidir la solicitud respectiva, el fiscal, el interesado o su defensa previamente deben reclamar la declaratoria de conexidad, y luego sustentar la petición de libertad con los soportes de prueba pertinentes.
- b) La Fiscalía debe constatar y verificar “si la persona privada de la libertad está imputada o indiciada en varias actuaciones, en cuyo caso establecerá el estado de cada una ellas y la autoridad que las tiene a cargo, en investigación o juzgamiento”. La Corte Suprema es celosa de este aspecto, al punto que reafirma la importancia que tiene determinar la totalidad de los hechos criminales en los cuales ha incurrido el solicitante, “precisando de qué naturaleza son las posibles conductas ilícitas cometidas, el estado de trámite de las indagaciones, investigaciones o causas adelantadas y las decisiones proferidas, en caso dado...”, con el fin de establecer su conexidad con el delito político, esto es, “si se trata o no de actos cometidos por su participación directa o indirecta en el conflicto armado; por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el mismo; o dada su pertenencia o colaboración con el grupo armado en rebelión”¹³.
- c) Una vez verificadas todas las actuaciones seguidas en contra del interesado, se debe determinar en qué fase se encuentran las actuaciones (investigación o juzgamiento) y además se analizará si el peticionario puede ser beneficiario por la vía *ratione personae* del art. 35 de la libertad condicionada o si es del caso la libertad inmediata.
- d) Con el resultado del análisis anterior debe proceder a solicitar audiencia al juez de garantías o de conocimiento, según corresponda, para que el funcionario judicial decida sobre la conexidad y luego sobre la libertad condicionada, en ese orden.
- e) Para los efectos de obtener el beneficio de libertad condicionada, no basta un análisis formal o sustancial de la conexidad, valga decir, que las categorías tradicionales de economía procesal que determinan un vínculo entre los diversos delitos, como la unidad de sujeto activo, la comunidad del medio probatorio o la unidad de denuncia, sino que será necesario hacer un análisis que implique las variables de conexidad sustancial, esto es, conexidad ideológica, consecuencial u ocasional.

La postura de la Corte en torno a la forma de decretar la conexidad no es clara, pues el art. 8º LA no se basa en las categorías tradicionales de conexidad procesal o sustancial. Si se observa con detenimiento la conexidad de que trata la LA, es posible afirmar que esta se fundamenta en el supuesto del reconocimiento del delito político y de las normas del DIH. En este sentido,

20

¹³ CSJ, Sala de Casación Penal, auto de 21 de junio de 2017 (rad. 50318).

si bien la sentencia o las providencias judiciales respectivas (resolución de acusación, escrito de acusación) así no condenen o imputen explícitamente por un delito político o por infracciones del DIH, le resulta obligatorio al operador judicial fundamentar el procedimiento de conexidad con la pertenencia al grupo FARC-EP o si es del caso recurrir al concepto de nexos entre la conducta y el conflicto armado (con ocasión, en desarrollo del conflicto armado).

21 Un último aspecto de obligatoria cita se refiere a la competencia del operador judicial para decretar la libertad. La CSJ interpretó este aspecto a propósito de los casos en los que en el proceso se surte el trámite del recurso extraordinario de casación. La hermenéutica de la Corte recoge así una versión sistemática del inc. 5º del art. 35 de la Ley 1820 con el art. 11 del Decreto 277 de 2017. En tal sentido, se afirma que cuando el expediente se encuentre en trámite de casación, el funcionario competente para otorgar la libertad no es la CSJ, sino la autoridad judicial de donde proviene el caso. Las razones que fundamentan esta decisión son las siguientes:

- a) Según la normativa aplicable, el primer funcionario competente para conocer de las decisiones de libertad es el juez de conocimiento del caso en los eventos en que se tramite según el rito de la Ley 906 de 2004. En efecto, cuando el peticionario de la libertad condicionada tenga en su proceso el escrito de acusación radicado o esté en etapa de juzgamiento.
- b) Si el proceso se encuentra en indagación o con imputado, la audiencia se solicitará ante un juez de control de garantías.
- c) Como quiera que el art. 11 del Decreto 277 de 2016 señala que “las providencias que decidan sobre la conexidad y la libertad condicionada son susceptibles de los recursos ordinarios”, resultaría lesivo del derecho de impugnación que la misma CSJ decidiera de los casos que se encuentran en casación, dado que la Sala de Casación Penal carece de superior jerárquico.

Artículo 36. *Acta formal de compromiso.* El acta de compromiso que suscribirán las personas beneficiadas con las libertades previstas en este Capítulo, contendrá el compromiso de sometimiento y puesta a disposición de la Jurisdicción Especial para la Paz, la obligación de informar todo cambio de residencia a la Jurisdicción Especial para la Paz y no salir del país sin previa autorización de la Jurisdicción Especial para la Paz.

El acta de compromiso deberá ser suscrita ante el Secretario Ejecutivo de la Jurisdicción Especial para la Paz.

Parágrafo. Además de los compromisos señalados en este artículo quienes estén privados de su libertad por delitos no amnistiabiles, una vez puestos en libertad en aplicación de lo indicado en el artículo 35, por decisión de la Jurisdicción Especial para la Paz podrán ser monitoreados a través de sistemas de vigilancia electrónica o de cualquier otro, hasta el momento en que la Jurisdicción Especial para la Paz resuelva su situación jurídica de forma definitiva.

Jurisprudencia nacional: CSJ, auto de 14 de junio de 2017 (AHP 3802-2017).

Otros documentos: *El Tiempo*, 11 de septiembre de 2017, “FARC y ONG armaron lista con los colados a la JEP”.

El acta de compromiso que contempla esta norma tiene varios objetivos, como son la necesidad de que el beneficiario de las medidas penales para la terminación del conflicto tenga una actitud sincera de someterse a la legalidad institucional y a las reglas del juego democrático, renunciando a las vías violentas utilizadas por los subversivos durante el conflicto armado. Además de esta certificación, para quienes están en armas también resulta necesaria la certificación de la ONU sobre la dejación del material de guerra. 1

Además de lo anterior, el acta de compromiso es un requisito para la aplicación de las reglas de sometimiento judicial, las cuales consagran compromisos generales como los de disposición para atender las diligencias judiciales ante la JEP, información de cambio de residencia y permanencia en el país. 2

La norma contempla un requisito de procedimiento tanto para la libertad inmediata, que se concede en el marco de la amnistía *de iure*, como para la libertad condicionada para quienes no alcancen este beneficio. Esto debe interpretarse 3

sistemáticamente con varias disposiciones del Decreto 277 de 2017, de la siguiente forma:

a) Suscripción de acta para postulantes a la amnistía *de iure*. En este caso el art. 6º del Decreto 277 de 2017 se refiere al ámbito de aplicación personal, el cual contempla para los casos de amnistía *de iure* los requisitos de procedimiento que debe analizar el funcionario competente para otorgar el beneficio. Dichos requisitos se resumen en la naturaleza de la decisión judicial de condena, investigación o procedimiento por la pertenencia o la colaboración con las FARC. Se trata de los casos en los que la decisión judicial únicamente se circunscribe a la comisión de delitos políticos y conexos sin que entre en juego la temática de los delitos no susceptibles de este beneficio.

b) En segundo lugar, aparecen los potenciales beneficiarios de la amnistía *de iure* que están en los listados entregados por las FARC al Gobierno y que, de conformidad con esta disposición, pueden tener actuaciones judiciales en curso. Si este es el caso y el potencial beneficiario aparece en los listados, no importa si la providencia judicial no contiene un título de condena, procesamiento o investigación por la pertenencia a las FARC.

c) En tercer lugar, aparecen los condenados por delitos distintos a los delitos políticos, siempre y cuando la condena sea por delitos que permitan aplicar las reglas de conexidad del art. 18 de la Ley 1820 de 2016. Y en último lugar se encuentran los beneficiarios que de conformidad con las decisiones judiciales, disciplinarias o fiscales indiquen que fueron investigados o procesados por su presunta pertenencia a o colaboración con las FARC.

4 Para todos estos casos se requiere el acta de compromiso de que trata el art. 18 de la Ley 1820 de 2016; no obstante, el art. 7º del Decreto 277 de 2017 establece diferenciaciones en cuanto al contenido del acta y, en tal sentido, los beneficiarios que están privados de la libertad, a quienes se aplique la amnistía *de iure*, debido a que no están en armas, adquieren el siguiente compromiso:

a) A terminar el conflicto y no volver a utilizar las armas para atacar el régimen constitucional y legal vigente.

b) A declarar que conoce el Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera suscrito el 24 de noviembre de 2016.

c) A contribuir con la administración de justicia a las medidas y los mecanismos del SIVJRN conforme a lo establecido en la Ley 1820 de 2016.

5 Para quienes no se reconocen integrantes de las FARC y no aparezcan en las listas entregadas al Gobierno el acta debe contener:

- a) El compromiso del beneficiario de amnistía *de iure* de no utilizar las armas para atacar el régimen constitucional y legal vigente.
- b) Declaración de que conoce el Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera suscrito el 24 de noviembre de 2016.
- c) El compromiso de contribuir a las medidas y los mecanismos del SIVJNRN, conforme a lo establecido en la Ley 1820 de 2016.

Atendiendo a la interpretación sistemática de la que hemos hablado, el art. 14 del Decreto 277 de 2017 también establece distinciones para el contenido del acta de quienes acceden al beneficio de libertad condicional. En este caso el contenido del acta debe tener los requisitos generales de informar el cambio de residencia y no salir del país.

Como se trata de un requisito de forma, la CSJ ya se ha manifestado sobre este particular, acogiendo el parágrafo del art. 36 de la Ley 1820, en el sentido de que tal documento debe certificarse por el funcionario que hace las veces de Secretario/a Ejecutivo/a de la JEP. Dicha competencia, a tenor de lo dispuesto en el art. 14 del Decreto 277 de 2017, se estableció transitoriamente en cabeza del funcionario responsable del Mecanismo de Monitoreo y Verificación de la ONU, mientras se nombraba de manera definitiva y entraba en función la JEP. En efecto, la CSJ al resolver un recurso de apelación sobre un *habeas corpus* expresó, con respecto a este particular, que un memorial escrito a mano, no constituía por sí mismo la llamada “acta de compromiso - libertad condicional”, a efectos de satisfacer el requisito relativo al “Acta formal de compromiso”, establecido en el art. 36 de la Ley 1820 de 2016. La exigencia formal para la CSJ hace parte del debido proceso y en consecuencia, mientras entraba en funcionamiento la JEP, únicamente resultaban válidas aquellas actas suscritas ante el Secretario Ejecutivo de esta jurisdicción¹.

La información periodística muestra que algunos infractores de la ley penal quisieron obtener el documento de acta formal de compromiso para hacerse pasar por miembros de las FARC con posibilidad de obtener beneficios. Sin embargo, la oficina de la Presidencia de la República encargada de esta materia ha indagado sobre si los beneficiarios han sido miembros del grupo y se han tomado los correctivos necesarios².

¹ CSJ, auto de 14 de junio de 2017 (AHP 3802-2017).

² *El Tiempo*, 11 de septiembre de 2017, “FARC y ONG armaron lista con los colados a la JEP”.

Artículo 37. Procedimiento. Respecto de los rebeldes que pertenezcan a organizaciones que hayan suscrito un acuerdo final de paz, así como aquellas personas que se encuentren privadas de la libertad con fundamento en una medida de aseguramiento por delitos políticos o conexos conforme a lo establecido en esta ley, el fiscal competente solicitará a la mayor brevedad ante un juez con funciones de control de garantías la libertad condicionada, quien deberá verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos en los artículos 35 y 36 de esta ley y autorizar dicha libertad condicionada.

Respecto de los rebeldes que pertenezcan a las organizaciones que hayan suscrito un Acuerdo Final de Paz, así como aquellas personas que se encuentren privadas de la libertad con fundamento en una condena por delitos políticos o conexos conforme a lo establecido en esta ley, el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad a cuya disposición esté la persona sentenciada, deberá verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos en los artículos 35 y 36 de esta ley y autorizar dicha libertad condicionada.

En el caso de que la persona hubiere sido acusada o condenada por delitos no amnistiables ocurridos en el marco del conflicto armado y con ocasión de este, se aplicará lo establecido en los párrafos anteriores respecto a la excarcelación y al sometimiento a la Jurisdicción Especial para la Paz hasta que por esta se impongan, en su caso, las sanciones correspondientes, quedando a disposición de esta jurisdicción en los mismos lugares donde se concrete el proceso de reincorporación a la vida civil que se acuerde para los demás integrantes de las FARC-EP o en otros domicilios que puedan proponer los excarcelados, sin perjuicio de lo establecido en el parágrafo del artículo 36.

También serán excarceladas a la mayor brevedad las personas que estén privadas de la libertad por conductas desplegadas en contextos relacionados con el ejercicio del derecho a la protesta o disturbios internos por los delitos contemplados en los artículos 112 (lesiones personales con incapacidad menor a 30 días); 265 (daño en bien ajeno); 353 (perturbación en servicio de transporte público, colectivo u

oficial); 353A (obstrucción a vías públicas que afecte el orden público); 356A (disparo de arma de fuego); 359 (empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos); 429 (violencia contra servidor público); 430 (perturbación de actos oficiales) y 469 (asonada) del Código Penal colombiano, que manifiesten su voluntad de quedar sometidas a la Jurisdicción Especial para la Paz y comparecer ante la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas para solicitar la aplicación de mecanismos de cesación de procedimientos con miras a la extinción la responsabilidad. En estos casos será competente para decidir su puesta en libertad:

a) Respecto a aquellas personas que se encuentren privadas libertad con fundamento en una medida de aseguramiento, el fiscal competente solicitará ante un juez con funciones de control de garantías la libertad condicionada, quien deberá verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos en los artículos 35 y 36 de esta ley y autorizar dicha libertad condicionada;

b) Respecto de aquellas personas que se encuentren privadas de la libertad con fundamento en una condena, el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad a cuya disposición esté la persona sentenciada deberá verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos en los arts. 35 y 36 de esta ley y autorizar dicha libertad condicionada.

Jurisprudencia nacional: CSJ, auto de 19 de julio de 2017 (AP 4621-2017).

I. Introducción

La norma contempla los procedimientos para obtener la libertad inmediata o la libertad condicionada combinando tres factores: los sujetos a quienes le resulta aplicable la libertad inmediata y la libertad condicionada, la situación procesal y la competencia del funcionario que debe adelantar el trámite respectivo. 1

II. Sujetos que pueden solicitar el beneficio

Los sujetos que pueden acceder a la excarcelación son los siguientes: 2

a. Miembros rebeldes que hayan suscrito un acuerdo de paz con el gobierno. Se entiende que no solo los miembros de las FARC-EP pueden acceder a este beneficio, sino que la ley amplía el marco a futuras negociaciones.

b. Personas privadas de la libertad con medida de aseguramiento por delitos políticos y conexos que hayan permanecido por lo menos cinco años en situación de privación de la libertad.

c. Rebeldes con privación de la libertad por delitos políticos y conexos a título de condena. En estos casos el funcionario competente para el trámite de libertad condicional es el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad.

d. Rebeldes que no están cobijados por amnistía *de iure*. En este caso se entiende que los funcionarios competentes para tramitar la libertad condicionada son los mismos de los eventos anteriores. Pero en cualquier caso la condición para que se adelante el trámite debe ser que hayan purgado en detención preventiva o condena un lapso mayor a cinco años.

Quienes no hayan cumplido los cinco años no pueden adelantar el trámite de libertad condicionada, pero deben ser excarcelados y trasladados a la ZVTN, en donde permanecerán privadas de la libertad en las condiciones establecidas en el num. 7 del art. 2º del Decreto 4151 de 2011 y seguirán las reglas de vigilancia penitenciaria hasta la entrada en funcionamiento de la JEP, momento en el cual quedarán en libertad condicionada.

e. Personas privadas de la libertad por el catálogo de delitos circunscritos a la protesta o disturbios internos. En este caso la libertad definitiva debe ser resuelta por la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la JEP. La competencia para tramitar la solicitud de libertad condicionada se hará por el fiscal del caso ante juez de control de garantías y si el solicitante está condenado el competente será el juez de ejecución de penas.

3 El complemento fundamental del art. 37 LA es el Decreto 277 de 2017, el cual, para el caso de libertades condicionadas, establece lo siguiente:

“Artículo 10. *De la libertad condicionada.* Las personas que estén privadas la libertad por delitos que no son objeto de la amnistía *de iure*, pero se encuentren en alguno de los supuestos contemplados en los artículos 17 de la Ley 1820 de 2016 y 6º de este Decreto, que hayan permanecido cuando menos cinco (5) años privados de la libertad por estos hechos, serán objeto de libertad condicionada, una vez se haya adelantado el trámite del acta prevista en el artículo 14 de este Decreto y según el procedimiento que a continuación se describe. Su trámite será preferente sobre cualquier otro asunto de la oficina judicial”.

4 La disposición transcrita aclaró suficientemente lo que en principio aparecía poco claro para la jurisprudencia y los operadores judiciales. En tal sentido, se debe entender que la regla general de libertad se sigue aplicando, pero se diferencia de conformidad con el sujeto a quien se le aplica y la situación

procesal del postulante privado de la libertad. En este sentido, se debe tener en cuenta si el peticionario tiene una o varias actuaciones procesales y la ley que ha regido los procesos bien sea vigentes o con situación consolidada en sentencia condenatoria (Ley 600 de 2000 o Ley 906 de 2004). Nos remitimos a lo ya dicho anteriormente (comentarios a los arts. 34, 35 y 36 LA) respecto de la interpretación literal de la Ley 1820 de 2016 y los precedentes de la CSJ, esto es, a grandes rasgos que los sujetos que potencialmente pueden gozar del beneficio son:

- 1) Los condenados, procesados o investigados por pertenecer o colaborar con las FARC; 2) quienes aparezcan en listados entregados por representantes de las FARC-EP, aunque no sean condenados, procesados o investigados por pertenecer a dicha organización; 3) los condenados mediante sentencia que indique su pertenencia a las FARC-EP por delitos conexos al político, aunque no se condene por éste (art. 8º de la Ley 1820 de 2016) y 4) los condenados por delitos políticos y conexos, cuando se deduzca que fueron procesados por pertenecer o colaborar con las FARC-EP.

El Decreto aclara esta división para considerar que también son sujetos pasibles de la libertad condicional los miembros de las FARC-EP que estén en los listados entregados y verificados por el Gobierno nacional, cuando hayan cumplido al menos cinco años de privación efectiva de la libertad y la medida de aseguramiento haya sido adoptada por delitos respecto de los cuales no se otorga la amnistía *de iure*. Esta nueva consideración aclara el punto de que los miembros subversivos que están privados de la libertad también pueden estar en las listas. Un problema recurrente era justamente que el listado parecía dar a entender que el beneficio solo correspondía a las personas que, perteneciendo al grupo, no tenían compromisos penales. El requisito que sigue vigente es la privación de la libertad de por lo menos cinco años por estos delitos.

La otra categoría que se añade y que resulta de la mayor utilidad en la comprensión de la normativa es la de los sujetos a los que se les ha negado la amnistía *de iure*. En otras palabras, quienes no alcancen el beneficio de la amnistía *de iure* subsidiariamente pueden quedar en situación de libertad condicionada. En cualquier caso la libertad se mantendrá aun cuando se formulen nuevas acusaciones o condenas por conductas punibles por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto, o estrechamente vinculadas al proceso de dejación armas y que hubieran tenido lugar antes de concluir este.

La CSJ se manifestó sobre el trámite en punto de la definición de competencias, pues no son pocos los casos en los cuales los solicitantes de libertad inmediata tienen causas en varios despachos y en diversas etapas procesales.

En tal sentido, la Corte sentó un precedente que advierte sobre la necesidad de una interpretación sistemática entre el art. 37 de la Ley 1820 de 2016 y los arts. 11 y 12 del Decreto 277 de 2017, según el cual no hay lugar a dividir competencias cuando se trate de casos acumulables por la vía de los jueces de ejecución de penas y jueces ante los cuales se tramiten las causas que estén pendientes de sentencia.

- 8 En efecto, la CSJ, con buen criterio, define que la norma clave es el párrafo 3º del art. 11 del Decreto 277 de 2017, el cual establece:

“Párrafo 3º. La conexidad, para los fines de la libertad condicionada, se decretará por el juez de control de garantías o de conocimiento, según el caso y de conformidad con lo previsto en las disposiciones anteriores, con independencia del estado de las diligencias respectivas. Para ese específico evento se entenderá prorrogada la competencia por razón de todos los factores, en especial, los factores objetivo y territorial.

”En el evento de que contra el peticionario se adelanten simultáneamente actuaciones o registre además condena o condenas en firme, independientemente del régimen procesal y del estado de la actuación respectiva en que se encuentre, la competencia para tramitar y decidir sobre la conexidad y resolver sobre la libertad condicionada, será la autoridad que tenga asignado un asunto en el cual esté afectado con medida de aseguramiento privativa de la libertad o privación de la libertad; en caso de ser varias las que hayan ordenado la privación de la libertad del peticionario, será competente aquella ante quien primero se haga la solicitud de libertad”.

Así, la competencia de los jueces de ejecución de penas únicamente corresponde para aquellos solicitantes que tienen condenas sin otras actuaciones pendientes, en tanto que en casos en los que existan condenas y procesos en curso en los que resulte vigente la medida de aseguramiento intramural, se sigue la regla de competencia a prevención, esto es, el primer funcionario ante quien se tramitó el pedimento¹.

III. Trámite de conformidad con la situación jurídica del postulante y el régimen procesal aplicable

- 9 La LA, complementada con el Decreto 277 de 2017, contempla diferentes fórmulas según la ley que rige las actuaciones procesales y la etapa procesal en la que estas se encuentran. Así, se prevé un rito para las actuaciones que se tramitan bajo la Ley 906 de 2004, en donde se distingue entre casos de actuaciones que se encuentran (todas) en etapa de investigación (vale decir sin

¹ CSJ, auto de 19 de julio de 2017 (AP 4621 de 2017, rad. 50649).

escrito de acusación radicado) y casos en los cuales se tienen actuaciones tanto en investigación como en juzgamiento. Igualmente, se prevé un rito para trámites que se surten bajo la Ley 600 de 2000, frente a los cuales se hace una distinción similar, es decir, entre casos de actuaciones solo en etapa de instrucción y casos de actuaciones tanto en instrucción como en juzgamiento.

Trámite en caso de que *todas las actuaciones se encuentren en investigación* (antes de presentación del escrito de acusación), conforme a las *leyes 906 de 2004 y 1098 de 2006*:

10

- a. El postulante o la defensa pueden incoar la solicitud a cualquiera de los fiscales delegados que tengan asignadas las actuaciones en las cuales se encuentre impuesta la medida aseguramiento privativa la libertad.
- b. El fiscal delegado ante quien se impetre la solicitud de conexidad y libertad debe verificar si existen varias actuaciones incluso las que están en fase de juzgamiento.
- c. Si las actuaciones están en fase de investigación, verificadas se procederá con el fiscal que ha solicitado la medida privativa de la libertad, quien asumirá la competencia de las actuaciones y solicitará de manera inmediata la programación de audiencia de libertad condicionada ante un juez de control de garantías.
- d. La audiencia se realizará dentro de los cinco días siguientes a la radicación de la solicitud.
- e. El rito de la audiencia indica que el primer paso es solicitar el decreto de la conexidad y sobre tal petición decidirá el juez de control de garantías. Acto seguido, se debe hacer la petición de libertad condicionada para lo cual se permitirán las intervenciones de las partes y se resolverá con providencia motivada, susceptible de los recursos ordinarios. Las providencias que decidan sobre la conexidad y la libertad condicionada son susceptibles de los recursos ordinarios, con las mismas competencias y características de la legislación ordinaria. El Decreto contempla la posibilidad de interponer igualmente la acción constitucional de *habeas corpus* y la tutela.

La primera decisión que debe tomar el juez de control de garantías se refiere a la conexidad. En estricto sentido, aquí se debe tener en cuenta que lo que ha efectuado el fiscal solicitante es una acumulación de causas que corresponden a una persona en concreto y que en otras instancias o por consideración de la misma Fiscalía existen delitos que no pueden estar conexos con los delitos políticos (crímenes de lesa humanidad en el sentido tratado por la Ley 1820 de 2016) o son conductas que no se cometieron en relación o con ocasión del conflicto armado o que se trata de delitos que por su calificación no son amnistiables.

11

En tal sentido, como lo que vértebra esta solicitud es el sujeto perteneciente al grupo, el fiscal debe fundamentar las razones por las cuales se ha negado la amnistía *de iure* o las razones para que se solicite la libertad condicionada dependiendo de la calificación de las conductas. Este punto también debe ser argumentado por la defensa y el ministerio público.

- 12 Se pregunta qué ocurre si el juez niega la conexidad de las actuaciones. Es bien sabido que el juez, para decidir este punto, puede apoyarse en los criterios de conexidad que trae la jurisprudencia, como fuente más recurrente que toman los operadores. En tal sentido, sería muy difícil en la práctica que se niegue esta solicitud, debido justamente a que en tal caso la conexidad no es propiamente lo que se tramita, sino la acumulación y es justamente la imposibilidad de hacer conexiones lo que determina que se tramite la libertad condicionada.
- 13 La segunda petición que tramita el fiscal o el solicitante es la libertad propiamente dicha. En consecuencia, la temática de esta audiencia pone de presente al juez de garantías la documentación sobre las causas y sus calificaciones, el estado de las investigaciones, el soporte de la medida de aseguramiento privativa de la libertad, las razones por las cuales no se está en presencia de un sujeto que merezca la amnistía *de iure* y las razones por las cuales procede de preferencia o subsidiariamente la libertad condicionada. Acto seguido el juez debe escuchar las intervenciones de las partes. Entenderíamos que aquí la única parte es la defensa, pero en virtud de las decisiones de constitucionalidad sobre el procedimiento acusatorio también podrían hacerse parte el ministerio público y los representantes de víctimas. Escuchadas las partes el juez debe tomar la decisión, contra la cual proceden los recursos ordinarios que se interponen y se sustentan en la misma audiencia. La segunda instancia se tramita ante el juez de segunda instancia en función de control de garantías o el de segunda instancia, según el estatuto procesal aplicable.
- 14 Con relación al trámite en casos de *varias actuaciones que se encuentren tanto en investigación como en juzgamiento bajo la Ley 906 de 2004*, el fiscal que haya conocido el asunto y reconozca la existencia de la medida de aseguramiento debe proceder a hacer una acumulación de las actuaciones para tramitarlas conjuntamente. Este mismo funcionario debe solicitar audiencia de libertad condicionada ante el juez de conocimiento. La norma establece que debe haberse radicado el escrito de acusación y en consecuencia se debe entender que el juez de conocimiento ya está asignado. El fiscal debe solicitar audiencia de libertad siguiendo el rito ya establecido para el decreto de conexidad y la decisión sobre libertad.
- 15 Existen también especificidades cuando se trata de la libertad condicionada para *sujetos privados de la libertad*, cuyos procesos se adelantan bajo la *Ley 600 de 2000*. Si existen causas acumulables, *todas ellas en indagación o*

instrucción, la competencia es exclusiva del fiscal del caso, sin intervención del juez, debido a las facultades y competencias para privación de la libertad que tiene el fiscal en este régimen procesal. En tal sentido, el fiscal que tenga a sus órdenes al procesado con medida de aseguramiento privativa de la libertad será el encargado, a prevención, de adelantar el trámite respectivo. El fiscal debe seguir los mismos pasos de acumulación, conexidad, verificación, y documentación.

Comoquiera que el fiscal es competente para adelantar toda la diligencia, puede proceder a instancia de parte a hacer la acumulación respectiva y decretar la conexidad. Acto seguido, con fundamento en esta diligencia, debe decidir sobre la libertad condicionada. Contra la decisión proceden los recursos de ley y se tramitan ante la Fiscalía de segunda instancia.

En los casos en que existen procesos *tanto en instrucción penal como en juzgamiento*, de acuerdo con la *Ley 600 de 2000*, el fiscal competente será aquel que a prevención haya impuesto contra el peticionario medida de aseguramiento privativa de la libertad. A diferencia del trámite anterior, la competencia por estar en sede de juzgamiento corresponde al juez de conocimiento a disposición del cual esté el procesado. El fiscal debe requerir a los despachos judiciales la remisión de las correspondientes diligencias para efectos decretar la conexidad y, en forma simultánea, presentará la solicitud de libertad, acompañada por los soportes correspondientes, al funcionario de conocimiento; una vez recibidas las actuaciones, decretará la conexidad y resolverá sobre la petición de libertad condicionada en la misma providencia, motivada y susceptible de recursos ordinarios.

16

17

Artículo 38. Todo lo previsto en esta ley será de aplicación para las personas, conductas, delitos y situaciones en ella prevista[s], cualquiera que sea la jurisdicción ante la cual hayan sido condenados, estén siendo investigados o procesados.

Reconociendo la soberanía de otros Estados en los asuntos propios de sus competencias penales y la autonomía de decidir sobre el particular, el Gobierno nacional informará a las autoridades extranjeras competentes sobre la aprobación de esta ley de amnistía, adjuntando copia de la misma para que conozcan plenamente sus alcances respecto a las personas que se encontraran encarceladas o investigadas o cumpliendo condenas fuera de Colombia por hechos o conductas a las que alcancen los contenidos de esta ley.

Jurisprudencia nacional: CE, sent. de 30 de noviembre de 2017 (exp. 46567); Corte Const., sent. 007 de 2018; CSJ, auto interlocutorio de 19 de abril de 2017 (rad. 49979); CSJ, auto interlocutorio de 3 de mayo de 2017 (rad. 49891); CSJ, sent. de 7 de junio de 2017 (AP3713-2017, rad. 50291); CSJ, sent. de 28 de junio de 2017 (AP4116-2017, rad. 50220).

I. Primer inciso

1 El primer inciso hace referencia, una vez más, al principio de prevalencia contenido como principio general en el art. 7º de la LA , que debe leerse en armonía con el art. 17, que regula el ámbito de competencia personal. Surgían dudas inicialmente con respecto a la posibilidad de otorgar los beneficios instrumentales y transitorios de la LA a exintegrantes de las FARC-EP o de las AUC que se desmovilizaron en el marco del proceso de Justicia y Paz, y a otros grupos guerrilleros que no han suscrito acuerdo de paz con el Gobierno colombiano. Todos estos grupos a los que no se hace referencia explícita en la Ley 1820 de 2016, han tratado de ser beneficiarios de libertades condicionadas por medio de derechos de petición, acciones de *habeas corpus* y de tutela interpuestos ante la JEP.

2 En relación con el primer grupo de personas, exintegrantes de las FARC-EP que formaron parte del proceso de la Ley 975 de 2005, la CSJ ha indicado que aquellos que se desmovilizaron antes de la suscripción del Acuerdo Final, siempre que hayan sido investigados o condenados en providencia judicial por

pertenencia a las FARC-EP, pueden acceder a la amnistía *de iure* y a la libertad condicionada¹. Así las cosas, existe concordancia real tanto con el art. 17 de la Ley 1820 de 2016, como con el art. 6º del Decreto 277 de 2017. Lo anterior debido a que estos casos se subsumen en uno de los dos supuestos del art. 17 LA; en particular, en el que se exige aportar una pieza procesal donde se vincule al interesado con las FARC-EP².

Por otro lado, y en cuanto a los desmovilizados de las AUC y otros grupos armados que no han suscrito un acuerdo de paz con el Gobierno, cabe recordar que, si bien la Ley 1820 de 2016 no se refiere a estas personas, algunos sostienen que el Acuerdo Final podría incluirlos. Sin embargo, el Acuerdo es ambiguo, debido a sus múltiples referencias a todos los que han participado “*directa o indirectamente*” en el conflicto armado. Así, no es absolutamente claro si los beneficios de la Ley 1820 de 2016 son aplicables a las AUC³. En relación con otros grupos armados, ya la CSJ ha resuelto un recurso de apelación confirmando el auto por el que se negó la libertad condicionada de la Ley 1820 de 2016 a un exintegrante del ELN⁴.

II. Segundo inciso

Este inciso, que trató de eliminarse en el curso de los debates de la Ley 1820 de 2016⁵, regula la imposibilidad de que el Gobierno colombiano exija que un procesado o condenado en otro país regrese a Colombia por conductas de competencia de la JEP. Al disponerse que únicamente se “informará a las autoridades extranjeras competentes sobre la aprobación de esta ley de amnistía”, es clara la pretensión de no interferir en la soberanía de otros Estados. Esta norma reconoce que el Gobierno nacional no puede decidir con respecto a los ciudadanos colombianos que están siendo juzgados o investigados, o estén cumpliendo condenas en el extranjero; empero, se deja abierta la puerta para que el Estado competente para conocer decida lo pertinente con fundamento en la Ley 1820 de 2016.

Adicionalmente, esta norma refleja la voluntad de guardar coherencia con respecto a la prohibición de extradición contenida en el AL 01 de 2017, que

¹ CSJ, auto interlocutorio de 19 de abril de 2017 (rad. 49979); también CSJ, auto interlocutorio de 3 de mayo de 2017 (rad. 49891).

² Ver art. 17 (1), (3) y (4) y comentario de TARAPUÉS en esta obra.

³ Véase, por ejemplo, CE, sent. de 30 de noviembre de 2017 (exp. 46567).

⁴ CSJ, sent. de 7 de junio de 2017 (AP3713-2017, rad. 50291).

⁵ Art. 38: PLAmnistía (Ponencia 2 debate): Propuesta de Santiago Valencia González (Representante Centro Democrático) de eliminar el inc. 2º del art. 38.

Art. 38, 6-8

beneficia a todos los integrantes de las FARC-EP y a las personas acusadas de ser parte de dicha organización⁶.

6 Así, aunque el art. 38 LA no parecería incluir únicamente a los miembros de las FARC-EP, la CSJ se ha pronunciado hasta el momento sobre la situación de un integrante del grupo referido al que negó la concesión de la amnistía *de iure*. En este caso, la Embajada de Estados Unidos había solicitado la extradición de Julio Enrique Lemos Moreno por el delito de secuestro y por otros relacionados con terrorismo. Una vez capturado, la CSJ ordenó al FGN, en aplicación del art. transitorio 19 del AL 01 de 2017, poner en libertad al solicitado, pues aquel era integrante de las FARC-EP y gozaba de la “garantía de no extradición”. Sin embargo, la CSJ declaró improcedente la petición del abogado de que se le concediera la amnistía *de iure* bajo el argumento de que este beneficio es aplicable “a los delitos investigados o juzgados por las autoridades judiciales de Colombia y no a los sometidos a la jurisdicción de otros países”⁷.

7 De esta manera, a pesar de que el primer inciso indica que la LA se aplicará a todas las personas “cualquiera que sea la jurisdicción ante la cual hayan sido condenados, estén siendo investigados o procesados”, se extrae de la lectura y análisis del segundo inciso que las jurisdicciones extranjeras quedarían excluidas.

8 Finalmente, la Corte Const. dispuso en el análisis de constitucionalidad del art. 38 que esta disposición “permite comunicar a otros Estados que se está cumpliendo el deber de investigar, juzgar y sancionar las conductas respecto las cuales sus tribunales podrían tener competencia en virtud del principio de jurisdicción universal”⁸. Ello muestra la intención de reafirmar, una vez más, que la Ley 1820 de 2016 no impide que el Estado colombiano cumpla con sus deberes de investigar, perseguir y castigar conductas que podrían activar la jurisdicción universal de otros Estados.

⁶ Art. transitorio 19 del AL 01 de 2017.

⁷ CSJ, sent. de 28 de junio de 2017 (AP4116-2017, rad. 50220).

⁸ Corte Const., sent. 007 de 2018, párr. 846.

Artículo 39*. Prescribirá al año de la entrada en funcionamiento de la Jurisdicción Especial para la Paz el plazo de presentación de acusaciones o informes respecto de las personas contempladas en esta ley por cualquier hecho o conducta susceptible de ser cobijada por amnistía o indulto, siempre que hubiere sido cometido:

- a. Con anterioridad a la entrada en vigor del Acuerdo Final de Paz, o
- b. Hasta el momento de finalización del proceso de dejación de armas, cuando se trate de conductas estrechamente vinculadas al cumplimiento de dicho proceso.

Jurisprudencia nacional: Corte Const., sents. C-007 de 2018, C-674 de 2017, C-578 de 2002, C-416 de 2002, C-556 de 2001, C-666 de 1996 y C-069 de 1994.

El art. 39 de la Ley 1820 de 2016 contempla el plazo de un año para presentar acusaciones o informes respecto de los hechos o conductas susceptibles de amnistía e indulto cometidas (i) con anterioridad a la entrada en vigor del Acuerdo, o (ii) hasta la finalización del proceso de dejación de armas. El término previsto se contará a partir de la entrada en funcionamiento de la JEP; punto sobre el que existen distintas interpretaciones. 1

De conformidad con el art. 15 transitorio del AL 01 de 2017¹, la JEP entrará en funcionamiento a partir de la entrada en vigencia de dicho AL sin necesidad de norma alguna de desarrollo, esto es, a partir del 4 de abril de 2017. Por su parte, en la Resolución 001 de 2018 de la JEP, “por la cual se fija la fecha de apertura al público”, la Presidente de esta jurisdicción estableció que la entrada efectiva en funcionamiento de la JEP a efectos de la determinación de los plazos de conclusión de sus funciones y de envío de informes a la Sala de Reconocimiento de Verdad, Responsabilidad y Determinación de los 2

* La autora expresa su agradecimiento a Valentina del Sol Salazar Rivera, por sus valiosos aportes y su colaboración en la investigación, que fueron indispensables para comentar este artículo.

¹ Sobre esta cuestión, la Corte Const. no se pronunció; en el párr. 20 del Comunicado de la sent. C-674 de 2017 únicamente indicó: “Dada la naturaleza transicional de dicha Jurisdicción, la prorroga 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”.

Hechos y Conductas, sería el 15 de enero de 2018. Por último, la Resolución fijaba el 15 de marzo de 2018 como fecha de inicio de la atención al público en la JEP, día que muchos consideraron crucial en términos de asunción de funciones por parte de las Salas.

3 De esta manera, existen tres posibles fechas para contabilizar el término de prescripción del art. 39 LA. De asumir que la correcta es la contenida en el AL 01 de 2017, el 4 de abril de 2018 habría ya cesado la competencia de la UIA² o de la FGN³ para ejercer la acción penal por hechos y conductas susceptibles de amnistía o indulto. Ello implicaría, en la práctica, la extinción de la acción penal a causa de la prescripción⁴, y no por la concesión de alguno de estos beneficios.

4 Por otro lado, no queda claro a qué informes se refiere el art. 39. Desde luego, no se trata de los informes que puede recibir la Sala de Reconocimiento, pues estos deben presentarse en un plazo máximo de tres años “desde que se haya constituido la totalidad de las salas y secciones de la JEP”⁵. Así, los informes podrían hacer alusión a los procedimientos disciplinarios, administrativos o fiscales, en cuyo caso se habría perdido igualmente la potestad de ejercer las acciones correspondientes, a partir del 4 de abril de 2018.

5 Por centrarse la disposición en los delitos amnistiables o indultables, no resulta controvertida la extinción de la acción por la vía de la prescripción. En este sentido, la Corte Const. afirmó que el art. 39 LA no vulneraba la Constitución, toda vez que las graves violaciones de DD. HH. no son objeto de amnistía e indulto, por lo que el término de prescripción no se predica de aquellas⁶.

6 Ahora bien, cabe precisar que la extinción de la acción en estos casos no eximiría al beneficiario del deber de contribuir a la satisfacción de los derechos de las víctimas. A pesar de que la extinción de la figura provenga de la prescripción y no de la concesión del beneficio de amnistía o indulto, el fundamento de ambas vías radica, por estar comprendidas en la Ley 1820 de 2016, en el compromiso de los miembros de las FARC-EP de dejar las armas, someterse al orden constitucional vigente y aportar a la satisfacción del derecho a la verdad de las víctimas. Asumir que el art. 39 LA constituye

² Art. transitorio 7º, inc. 5º, AL 01 de 2017: “La Unidad de Investigación y Acusación realizará las investigaciones correspondientes y adelantará el ejercicio de la acción penal ante el Tribunal para la Paz”.

³ Tiene la función de investigar y acusar en los términos del art. 250 inc. 4º de la Const. Pol.

⁴ Sobre las posibles formas de extinción de la acción penal en el sistema colombiano, véanse los arts. 38 de la Ley 600 de 2000, y 77 de la Ley 906 de 2004.

⁵ Art. transitorio 15, inc. 2, AL 01 de 2017.

⁶ Corte Const., sent. C-007 de 2018, párr. 850.

una disposición independiente no sujeta al principio de integralidad⁷ iría en contravía de la explicación de la Corte Const. en la sentencia de constitucionalidad de la presente ley. La Corporación manifestó que el plazo de un año es razonable para el ejercicio de los derechos de las víctimas y su participación efectiva en el proceso.⁸

Por último, la prescripción se predica de los hechos o conductas cometidos en dos momentos distintos: (i) con anterioridad a la entrada en vigor del Acuerdo Final de Paz, o (ii) hasta el momento de finalización del proceso de dejación de armas, cuando se trate de conductas estrechamente vinculadas al cumplimiento de dicho proceso. En lo pertinente al primer momento, este es un criterio particular que fue declarado constitucional por la Corte, “pues lo que se establece es un marco de referencia temporal para definir el modo de contar la prescripción, y no la aplicación del Acuerdo como norma de derecho”⁹.

En cuanto al segundo momento, la Corte Const. ha expresado que “se refiere únicamente a eventos surgidos mientras esta [la dejación de armas] culmina, tales como el porte ilegal de armas o el uso de prendas militares, ejemplos apenas ilustrativos, pues los delitos amparados por este beneficio deberán ser definidos por el Congreso de la República, tal como lo dispone el transitorio 5º del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2017”¹⁰.

⁷ Art. 6º de la Ley 1820 de 2016.

⁸ Corte Const., sent. C-007 de 2018, párr. 853.

⁹ *Ibíd.*, párr. 854.

¹⁰ *Ibíd.*, párr. 559.

Artículo 40*. Una vez haya entrado en funcionamiento la Jurisdicción Especial para la Paz, corresponderá a la Sala de Amnistía e Indulto resolver las solicitudes de puesta en libertad de cualquier persona a la que le alcancen los efectos de la amnistía o indulto. La resolución emitida será de obligatorio cumplimiento de forma inmediata por las autoridades competentes para ejecutar la puesta en libertad y contra la misma no cabrá recurso alguno.

Literatura: ALEJANDRO APONTE CARDONA *et al.*, *El proceso penal especial de justicia y paz*, CITpax, Observatorio sobre DDR y la Ley de Justicia y Paz, 2011.

Jurisprudencia nacional: Corte Const., sents. C-007 de 2018 y C-674 de 2017; Corte Const., Comunicado de prensa núm. 32 de 15 de agosto de 2018.

1 El art. 40 atribuye a la Sala de Amnistía e Indulto la competencia para resolver las solicitudes de puesta en libertad de los beneficiarios de la amnistía o el indulto. Caben consideraciones similares a las expresadas en el comentario del artículo precedente frente a los beneficiarios de esta libertad. Estos son los miembros de las FARC-EP, por un lado, y los que cometan delitos conexos con el delito político en el marco de disturbios públicos o protesta social, por otro, pues solo respecto de ellos opera la amnistía y el indulto¹.

2 En cuanto a estos destinatarios del indulto, se presentó ante la Corte Const. un reparo por el Comité Nacional de Víctimas de la Guerrilla². Empero, atendiendo a las consideraciones del sexto eje de discusión de la sentencia, la Corte decidió que la extensión del ámbito de aplicación de la Ley 1820 de 2016 a hechos ocurridos en el contexto de disturbios públicos y el ejercicio de la protesta social era ajustado a la Constitución, pues “[p]ersigue fines constitucionales legítimos hacia el fortalecimiento de la democracia; no persigue el perdón encubierto de delitos comunes y es una decisión que enfrenta un problema de justicia material derivado, de forma indirecta, del conflicto armado interno”³.

* La autora expresa su agradecimiento a Valentina del Sol Salazar Rivera, por sus valiosos aportes y su colaboración en la investigación, que fueron indispensables para comentar este artículo.

¹ Arts. 17, 22, 24, 41 y 42 LA. Ver comentarios en esta publicación.

² Corte Const., sent. C-007 de 2018, párr. 856.

³ *Ibíd.*, párr. 511.

Por otro lado, la norma toma como momento clave la entrada en funcionamiento de la JEP. Sin embargo, en este punto es preciso realizar algunas aclaraciones. El art. transitorio 15 del AL 01 de 2017 estableció que la JEP entraba en funcionamiento cuando entrara en vigencia el AL⁴. Si bien se consideró que esta era la interpretación más adecuada para el análisis del art. 39, no puede decirse lo mismo respecto del art. 40, debido a una imposibilidad práctica. La Sala de Amnistía e Indulto no inició sus funciones en aquella fecha pues, para el mes de abril de 2017, ni siquiera se habían seleccionado los magistrados que la integrarían.

Así las cosas, lo más coherente será acudir a la Resolución 001 de 2018 y tomar (i) la fecha de 15 de enero de 2018, indicada para contabilizar el término de conclusión de la JEP, o (ii) la fecha de 15 de marzo de 2018, cuando aquella inició la atención al público. A pesar de que apertura al público y entrada en funcionamiento no son sinónimos, fue a partir de este momento cuando las salas pudieron dar inicio a sus labores con base en un marco jurídico más o menos definido. Lo anterior porque, para el 15 de marzo de 2018, los magistrados ya habían adoptado el reglamento de funcionamiento y organización⁵, y tenían ya elaboradas las normas de procedimiento para presentarlas al Gobierno nacional⁶.

El efecto práctico de esta discusión es que desde el momento en que la Sala de Amnistía e Indulto entra en funcionamiento, asume competencia y, por ende puede vulnerar el derecho a la libertad de los beneficiarios de la amnistía o el indulto. El art. 37 de la Ley 1820 de 2016 previó esta situación y otorgó al juez con funciones de control de garantías y al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, según el caso, la facultad de conceder la libertad, previa suscripción del acta de compromiso ante el secretario ejecutivo de la JEP. A 15 de marzo de 2018 se habían suscrito 4.653 actas de compromiso a miembros de las FARC-EP⁷; mientras que a 24 noviembre de 2017 se había tramitado la libertad condicionada de 1.339 miembros del mismo grupo⁸.

⁴ Sobre este particular, la Corte Const. no se pronunció; en el párr. 20 del Comunicado de Prensa de la sent. C-674 de 2017 indicó que “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.”

⁵ El Reglamento General de la JEP se adoptó el 9 de marzo de 2018.

⁶ Meses después, el 18 de julio de 2018, la Ley 1922 de 2018, por medio de la cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la Jurisdicción Especial para la Paz fue sancionada.

⁷ <https://www.jep.gov.co/Infografas/jep%20en%20cifras.pdf>

⁸ <https://www.jep.gov.co/Infografas/24%20de%20noviembre%202017.pdf>

6 Respecto de la segunda parte de esta disposición, en ella se indica que la resolución emitida será de obligatorio cumplimiento de forma inmediata por las autoridades competentes para ejecutar la puesta en libertad y que contra la misma no cabrá recurso alguno. La Corte Const. declaró exequible en su integridad la norma, pero observó, posiblemente en relación con la eventual vulneración de los derechos de las víctimas por la exclusión de los recursos, que “la libertad prevista en este artículo debe seguir la suerte del beneficio principal, de modo que su otorgamiento está sometido a la suscripción del acta de compromiso ante la JEP, y a la contribución a los derechos de las víctimas, [...]”⁹.

7 La improcedencia de recursos contra la decisión que niega o concede la libertad como consecuencia del otorgamiento de la amnistía o el indulto se modificó, sin embargo, en el inc. 3º del art. 46 de la Ley 1922 de 2018. La norma establece que una vez recaudada la información necesaria para decidir sobre el otorgamiento de la amnistía o indulto, la Sala podrá tomar la decisión mediante resolución debidamente motivada, en audiencia pública, previa citación de los sujetos procesales e intervinientes que participaron en el procedimiento, y que contra la misma procederá el recurso de apelación¹⁰. De esta manera, parecería que solo las decisiones de libertad fruto de la amnistía o el indulto emitidas en el marco de la Ley 1820 de 2016 son inapelables.

8 También es relevante mencionar el Comunicado núm. 32 sobre el proyecto de ley estatutaria de la JEP, que declaró inconstitucional el apartado “a solicitud del destinatario de las mismas” exigido para presentar el recurso de reposición o apelación ante las resoluciones y sentencias de las salas y secciones en el art. 21 del proyecto de ley estatutaria. El Comunicado dispuso que una interpretación que restrinja la interposición de recursos a las víctimas y a la PGN contraviene el derecho fundamental a la participación de las víctimas¹¹.

9 Para concluir, se destaca que en el modelo de transición que se estableció con la Ley 975 de 2005 no se creó una jurisdicción paralela, sino una nueva categoría de jueces dentro de la jurisdicción penal ordinaria. La sala especializada de los tribunales superiores de distrito judicial de Barranquilla, Medellín y Bogotá tiene la función de control de garantías, y la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá, la de juzgamiento. Desde la postulación hasta la sentencia, los procedimientos han sido conocidos por

⁹ Corte Const., sent. C-007 de 2018, párr. 859.

¹⁰ No se especifica, sin embargo, quiénes podrán elevar este recurso.

¹¹ Corte Const., comunicado núm. 32 de 15 de agosto de 2018 sobre el control de constitucionalidad del Proyecto de Ley Estatutaria número 08 de 2017 Senado –016 de 2017 Cámara, “Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz”, exp. RPZ-010, sent. C-080 de 2018, punto 3.2.3.

estas autoridades¹². En el marco del proceso de transición que surgió con el Acuerdo Final, por su parte, se creó una verdadera jurisdicción autónoma¹³, encargada de conocer todos los casos relacionados con delitos cometidos en el contexto del conflicto armado. Bajo este panorama, la Ley 1820 de 2016, adoptada con anterioridad a la creación de los órganos de la JEP, era necesaria para establecer las condiciones y beneficios de aquellos implicados en el proceso de dejación de armas. En consecuencia, las decisiones sobre libertades de la Ley 1820 de 2016 fueron inicialmente competencia de la jurisdicción ordinaria. La negación de beneficios por los jueces ordinarios, quienes mostraron al principio recelo en la aplicación de la LA, generó un sinnúmero de acciones de *habeas corpus* en las que se vinculaba al juez de ejecución de penas y a la Secretaría Ejecutiva de la JEP¹⁴.

¹² ALEJANDRO APONTE CARDONA *et al.*, *El proceso penal especial de justicia y paz*, CITpax, Observatorio sobre DDR y la Ley de Justicia y Paz, 2011, pág. 55. [http://www.toledopax.org/sites/default/files/EL%20PROCESO%20PENAL%20ESPECIAL%20DE%20JUSTICIA%20Y%20PAZ_CITpax_Observatorio.pdf]

¹³ Art. 5º transitorio del AL 01 de 2017.

¹⁴ En abril de 2017 la Secretaría Ejecutiva de la JEP empezó a recibir acciones de *habeas corpus*. Véase el Informe de gestión de la Secretaría Ejecutiva de la JEP de 2017, pág. 38. [<https://www.jep.gov.co/Documents/informe%20de%20gestion%202017w.pdf#search=informe%20de%20gestion>]

CAPÍTULO V

EFFECTOS DE LA AMNISTÍA

Artículo 41*. *Efectos de la amnistía*. La amnistía extingue la acción y la sanción penal principal y las accesorias, la acción de indemnización de perjuicios derivada de la conducta punible, y la responsabilidad derivada de la acción de repetición cuando el amnistiado haya cumplido funciones públicas. Lo anterior, sin perjuicio del deber del Estado de satisfacer el derecho de las víctimas a la reparación integral en concordancia con la Ley 1448 de 2011. Todo ello sin perjuicio de las obligaciones de reparación que sean impuestas en cumplimiento de lo establecido en el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición.

En todo caso, lo dispuesto en este artículo no tendrá efectos sobre la acción de extinción de dominio, ejercida por el Estado de conformidad con las normas vigentes, sobre bienes muebles o inmuebles apropiados de manera ilícita. En caso de que el bien inmueble afectado por la extinción de dominio sea propiedad del padre, madre, hermano o hermana o cónyuge** del amnistiado y se hubiere destinado de forma prolongada y habitual desde su adquisición a su vivienda familiar, la carga de la prueba de la adquisición ilícita corresponderá al Estado.

En el evento de que ya se hubiera extinguido el dominio sobre dicho inmueble antes de la entrada en vigor de esta ley y la decisión de extinción de dominio hubiere calificado el bien como adquirido con

* El aparte entre corchetes fue declarado inexecutable por la Corte Const. en sent. C-007 de 1º de marzo de 2018.

** La Corte Const. declaró la exequibilidad condicionada de la expresión cónyuge del art. 41 de la Ley 1820 de 2016. La Corte señaló que esta expresión debe ser entendida como “cónyuge, compañero o compañera permanente”, puesto que de conformidad con el principio de igualdad y su jurisprudencia no es posible establecer distinción alguna entre estas categorías (Corte Const., sent. C-007 de 1º de marzo de 2018).

recursos provenientes de actividades de las FARC-EP, y el antiguo propietario declare bajo gravedad de juramento que el bien lo obtuvo con recursos lícitos, este podrá solicitar la revisión de la sentencia en la que se decretó la extinción de dominio, ante la Sala Penal del Tribunal Superior de distrito judicial competente según el lugar donde esté ubicado el inmueble o ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia según el caso. Si la sentencia de revisión no ha sido proferida en el término de un año, deberá ser adoptada en dos meses con prelación a cualquier otro asunto. La solicitud de revisión podrá instarse en el término de dos años desde la entrada en vigor de esta ley. [Toda solicitud de revisión deberá ser suscrita por un plenipotenciario que hubiere firmado el Acuerdo Final de Paz].

Parágrafo. Si por los hechos o conductas objeto de las amnistías o indultos previstos en esta ley hubiera investigaciones disciplinarias o fiscales en curso o sanciones impuestas como resultado de las mismas, las amnistías o indultos previstas en esta ley las cobijarán; el funcionario competente deberá adoptar a la mayor brevedad la decisión que extinga tanto la acción como la sanción, a través de los mecanismos jurídicos correspondientes. En caso de que esto último no ocurra en un plazo de tres (3) meses contados a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, el interesado podrá solicitar la extinción de la acción o sanción ante la Sala de Amnistía e Indulto de la Jurisdicción Especial para la Paz, sin perjuicio de la utilización de otros recursos o vías legales que considere.

Literatura: ANTONIO CASSESE, *International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003; MARK FREEMAN, *Necessary Evils: Amnesties and the Search for Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009; SAM GARKAWE, “The South African Truth and Reconciliation Commission: a suitable model to enhance the role and rights of the victims of gross violations of human rights,” en *Melbourne University Law Review*, 27, 2003; LOUISE MALLINDER, *Amnesty, Human Rights and Political Transitions: Bridging the Peace and Justice Divide*, Hart Publishing, 2008; KIERAN MCEVOY/LOUISE MALLINDER, “Amnesties in Transition: Punishment, Restoration, and the Governance of Mercy”, en *Journal of Law and Society*, 39, 2012; MARTHA MINOW, *Between vengeance and forgiveness: Facing history after genocide and mass violence*, Beacon Press, 1998; MARTHA MINOW, *Memoria y Olvido: ¿Se pueden encontrar lecciones por el mundo?*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 2011; FAUSTIN Z. NTOUBANDI, *Amnesty for Crimes against Humanity under International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007; ANDREAS O’ SHEA, *Amnesty for Crime in International Law and Practice*, Kluwer Law International, 2004; ALEJANDRO RAMELLI, *La Constitución colombiana y el derecho internacional humanitario*,

2ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003; Angelika Rettberg (ed.), *Entre el perdón y el paredón: Preguntas y dilemas de la justicia transicional*, Bogotá, Corcas Editores, 2005; WILDER TAYLER, “La problemática de la impunidad y su tratamiento en las Naciones Unidas: notas para la reflexión”, en *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH)*, vol. 24, 1996; RUTI G. TEITEL, *Transitional Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2002.

Jurisprudencia internacional: CorteIDH, Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú), sent. de 14 de marzo de 2001; CorteIDH, Caso Gelman vs. Uruguay, sent. de 24 de febrero de 2011.

Jurisprudencia nacional: Corte Const., sents. C-007 de 2018, C-674 de 2017 y C-695 de 2002.

- 1 El art. 41 de la Ley 1820 regula los efectos legales de la amnistía enfocándose en dos aspectos: (I) la extinción de diversas formas de responsabilidad individual, y (II) la relación de la amnistía con la extinción de dominio.

I. La extinción de diversas formas de responsabilidad individual

- 2 Las amnistías negociadas reflejan el interés de las partes del conflicto por asegurar su inmunidad ante la justicia por cierto tipo de delitos¹. En este sentido, sus consecuencias legales principales son: por un lado, derogar temporalmente la aplicación del derecho con efectos retroactivos y, por el otro, liberar a los beneficiarios de responsabilidad individual derivada de la comisión de delitos pasados².

- 3 Las amnistías usualmente se concentran en la extinción de la responsabilidad penal³. Esto se debe a que la inmunidad en el campo penal es una preocupación central en la medida en que se considera que sus consecuencias punitivas –tales como la privación de la libertad– son más graves⁴. Sin embargo, algunas amnistías han incluido la extinción de otras formas de responsabilidad como por ejemplo la responsabilidad civil⁵.

¹ TEITEL, *Transitional Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pág. 53.

² NTOUBANDI, *Amnesty for Crimes against Humanity under International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, págs. 31, 32; MALLINDER, *Amnesty, Human Rights and Political Transitions: Bridging the Peace and Justice Divide*, Hart Publishing, 2008, pág. 5.

³ Esto se presenta por ejemplo en los siguientes casos: la Ley 22.924 de 1983 en Argentina, el Decreto Ley 2191 de 1978 en Chile, y la Ley 15.848 de 1986 en Uruguay. Así mismo, en las leyes de amnistía e indulto en Colombia no se regulaba la extinción de la responsabilidad civil; algunos ejemplos son las Leyes 35 de 1982 y 77 de 1989.

⁴ O’ SHEA, *Amnesty for Crime in International Law and Practice*, Kluwer Law International, 2004, pág. 268.

⁵ Por ejemplo el Decreto 486 de 1993 en El Salvador y la Ley 34 de 1995 en Sudáfrica.

La Ley 1820 extiende los efectos de la amnistía a ámbitos diferentes al derecho penal. El artículo 41 establece también la extinción de las acciones y sanciones disciplinarias y fiscales, de la acción de indemnización de perjuicios derivada de la conducta punible, y de la acción de repetición.

La amnistía es el resultado del ejercicio del poder soberano de renunciar al castigo⁶. Por ello, su efecto principal es la extinción de la acción y la sanción penal (tanto la principal como las accesorias) respecto de las conductas ilícitas comprendidas por el ámbito de aplicación de la ley⁷. Este efecto conlleva la terminación de la persecución penal, la extinción o cancelación de la pena, y la liberación de la responsabilidad penal en general⁸.

De acuerdo con el artículo 41, un segundo efecto de la amnistía es la extinción de la acción civil de indemnización de perjuicios derivada de la conducta punible. Es de aclarar que la amnistía no extingue el derecho de las víctimas a recibir reparación. Con el fin de garantizar los derechos de las víctimas, esta disposición no exime a los responsables del deber de reparar, puesto que menciona las obligaciones de reparación impuestas por el SIVJNR. Asimismo, el art. 41 establece que el Estado debe cumplir con el deber de reparación integral según lo dispuesto por la Ley 1448⁹.

En el proceso de revisión de constitucionalidad de la Ley 1820, algunas intervenciones ciudadanas señalaron que la expresión “sin perjuicio de las obligaciones de reparación que sean impuestas en cumplimiento de lo establecido en el SIVJNR” del art. 41 admitiría una reparación no integral, lo cual incumpliría los estándares internacionales¹⁰. En relación con este punto, la Corte Const. resaltó que la única forma de reparación constitucionalmente admisible es la integral, adecuada y efectiva¹¹. Adicionalmente, algunos intervinientes argumentaron que la extinción de la acción de indemnización de perjuicios derivada de la conducta punible, sin perjuicio del deber estatal de

⁶ TEITEL, *Transitional Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2002, págs. 53-56; McEVOY/MALLINDER, “Amnesties in Transition: Punishment, Restoration, and the Governance of Mercy”, en *Journal of Law and Society*, 39, 2012, págs. 413-414.

⁷ Para mayor detalle sobre el ámbito de aplicación de la Ley 1820 de 2016, ver el comentario al art. 3º.

⁸ NTOUBANDI, *Amnesty for Crimes against Humanity under International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007.

⁹ La Corte Const. declaró la constitucionalidad de la remisión a la Ley 1448, señalando que el legislador concibió esta remisión legislativa como un referente para adelantar las indemnizaciones (Corte Const., sent. C-007 de 1º de marzo de 2018, párr. 671).

¹⁰ Por ejemplo, Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo (CAJAR) (Corte Const., sent. C-007 de 1º de marzo de 2018).

¹¹ Corte Const., sent. C-007 de 1º de marzo de 2018, párr. 671.

reparación integral, afectaría los derechos de las víctimas¹². La Corte Const. desestimó este argumento y afirmó que el régimen constitucional colombiano permite que el legislador exima de responsabilidad civil a los favorecidos por amnistías o indultos, caso en el cual el Estado quedará obligado a las indemnizaciones correspondientes (art. 150 num. 15 de la Const. Pol.)¹³.

8 La obligación de garantía del derecho a la reparación de las víctimas no cesa como consecuencia de la amnistía; por el contrario, la concesión de la amnistía supone acciones concretas encaminadas a garantizar dichos derechos —como, por ejemplo, la contribución, individual o colectiva, al esclarecimiento de la verdad¹⁴ y la definición de mecanismos para reparar a las víctimas de los delitos amnistiados—¹⁵.

De conformidad con lo establecido en el *Informe del Relator Especial Louis Joinet*, el Estado es responsable de garantizar la posibilidad de reparación. Dicha obligación incluye la definición de mecanismos que la hagan posible, entre los cuales se encuentran la creación de fondos y otras formas de financiación para la reparación de las víctimas, incluso después del agotamiento de los recursos de los responsables¹⁶.

9 Un tercer efecto de la amnistía es la extinción de la responsabilidad derivada de la acción de repetición, prevista en el art. 90 constitucional. El Consejo de Estado ha señalado que este es un mecanismo judicial “para obtener el resarcimiento del detrimento patrimonial del Estado como consecuencia del reconocimiento indemnizatorio efectuado por este, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto, por el daño antijurídico infligido a un tercero, causado por una conducta dolosa o gravemente culposa de un servidor público o de un tercero en desarrollo de funciones públicas”¹⁷.

¹² Por ejemplo, Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento (CO-DHES) y Universidad Externado (Corte Const., sent. C-007 de 1º de marzo de 2018).

¹³ Ver Corte Const., sents. C-674 de 2017 y C-007 de 2018.

¹⁴ Ver Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, 24 de noviembre de 2016, Sección “Contenidos, alcances y límites de la concesión de amnistías e indultos así como de otros tratamientos especiales”, num. 27.

¹⁵ Ver Corte Const., sent. C-695 de 2002.

¹⁶ BASSIOUNI, *El derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales*. Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2002/44 de 23 de abril de 2002. E/2002/23 – E/CN.4/2002/200.

¹⁷ CE, concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, 6 de abril de 2006 (rad. No. 1716)

En consecuencia, la extinción de la acción de repetición impide que la administración pública obtenga el reintegro, por sus funcionarios o exfuncionarios del monto de la indemnización reconocida a los particulares.

De acuerdo con la Corte Const., la extinción de la acción de repetición se debe interpretar como un beneficio para funcionarios públicos que cometieron delitos políticos o conexos, es decir, funcionarios públicos que hayan actuado en contra del orden constitucional y democrático. Así lo expresó la Corte¹⁸:

“la norma en estudio no desconoce el hecho de que los beneficios de amnistía e indulto proceden frente a la comisión de delitos políticos y conexos; y, si bien resulta en principio inusual suponer que un funcionario público está en rebelión, esta es una posibilidad contemplada por el Legislador que, razonablemente, obedece a la complejidad del conflicto armado interno. Así las cosas, lo que la norma prevé, en una interpretación razonable y contextual, es un beneficio para quien, siendo funcionario público, se levantó contra el orden constitucional y democrático, y no para otras personas vinculadas a los distintos órganos del Estado. Por lo anterior, el enunciado en estudio no contraviene el orden constitucional”¹⁹.

Un cuarto efecto de la amnistía es la extinción de las acciones y sanciones disciplinarias y fiscales relacionadas con los hechos o conductas objeto de amnistías o indultos. De acuerdo con la Corte Const., la extensión de los efectos de la amnistía a las investigaciones y sanciones disciplinarias y fiscales y la regulación de aspectos procedimentales contemplados en el parágrafo del art. 41 son exequibles. La Corte Const. recuerda que el art. transitorio 6^o del AL 01 de 2017 establece que la JEP tiene competencia prevalente, incluso en materia de investigaciones y sanciones disciplinarias o administrativas²⁰.

10

En síntesis, la Ley 1820 establece que la amnistía extingue varias formas de responsabilidad individual, lo cual afecta la rendición de cuentas por medio de procedimientos penales, civiles, disciplinarios y fiscales.

II. Efectos de la amnistía y derechos de las víctimas

Los efectos de las amnistías han sido ampliamente discutidos en la literatura sobre JT²¹, en vista de que la liberación de responsabilidad impacta

11

¹⁸ Corte Const., sent. C-007 de 2018, párr. 864.

¹⁹ Ver, sent. C-007 de 2018.

²⁰ Corte Const., sent. C-007 de 2018, párrs. 860, 879.

²¹ Ver, por ejemplo, NTOUBANDI, *Amnesty for Crimes against Humanity under International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007; MALLINDER, *Amnesty, Human Rights and Political Transitions: Bridging the Peace and Justice Divide*, Hart Publishing, 2008;

negativamente los postulados del Estado de derecho y los derechos de las víctimas²². Con el fin de minimizar estos efectos negativos y armonizar los intereses de la paz con los derechos de las víctimas, se han establecido límites para el ejercicio legítimo del poder de amnistía²³. Por ejemplo, las leyes de punto final, las autoamnistías, las amnistías generales y las amnistías en blanco se consideran como incompatibles con el derecho internacional²⁴.

Con el fin de tender puentes entre la paz y la justicia y de esta manera reconciliar las amnistías con el derecho internacional, se han diseñado formas innovadoras de amnistía que se articulan con otros mecanismos de JT. Estas formas holísticas de JT pueden incluir mecanismos para incentivar las contribuciones a la verdad, lograr la rendición de cuentas y asegurar la reparación integral²⁵. Algunas amnistías son condicionadas y más centradas en las víctimas, con el objetivo de garantizar sus derechos y satisfacer sus necesidades. En algunos casos, las amnistías se han integrado a procesos más amplios de justicia restaurativa²⁶.

McEVoy/MALLINDER, “Amnesties in Transition: Punishment, Restoration, and the Governance of Mercy”, en *Journal of Law and Society*, 39, 2012; FREEMAN, *Necessary Evils: Amnesties and the Search for Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009; MINOW, *Between vengeance and forgiveness: Facing history after genocide and mass violence*, Beacon Press, 1998; TEITEL, *Transitional Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2002; GARKAWE, “The South African Truth and Reconciliation Commission: a suitable model to enhance the role and rights of the victims of gross violations of human rights”, en *Melbourne University Law Review*, 27, 2003; RAMELLI, *La Constitución colombiana y el derecho internacional humanitario*, 2ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003; TAYLER, “La problemática de la impunidad y su tratamiento en las Naciones Unidas: notas para la reflexión”, en *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH)*, vol. 24, 1996.

²² NTOUBANDI, *Amnesty for Crimes against Humanity under International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pág. 34; O’ SHEA, *Amnesty for Crime in International Law and Practice*, Kluwer Law International, 2004, pág. 83.

²³ O’ SHEA, *Amnesty for Crime in International Law and Practice*, Kluwer Law International, 2004, pág. 83; TEITEL, *Transitional Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pág. 54; McEVoy/MALLINDER, “Amnesties in Transition: Punishment, Restoration, and the Governance of Mercy”, en *Journal of Law and Society*, 39, 2012, pág. 415.

²⁴ CorteIDH, Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú), sent. de 14 de marzo de 2001, párrs. 41, 43; CorteIDH, Caso Gelman vs. Uruguay, sent. de 24 de febrero de 2011, párr. 229.

²⁵ MALLINDER, *Amnesty, Human Rights and Political Transitions: Bridging the Peace and Justice Divide*, Hart Publishing, 2008, págs. 373-376; MINOW, *Between vengeance and forgiveness: Facing history after genocide and mass violence*, Beacon Press, 1998.

²⁶ MALLINDER, *Amnesty, Human Rights and Political Transitions: Bridging the Peace and Justice Divide*, Hart Publishing, 2008, págs. 171-188; MINOW, *Between vengeance and forgiveness: Facing history after genocide and mass violence*, Beacon Press, 1998.

En el contexto del Acuerdo de Paz²⁷ y de la Ley 1820, la amnistía como mecanismo de JT tiene un objetivo doble: por un lado, pretende contribuir a la terminación del conflicto armado y a la transición hacia un régimen más democrático estable y en paz; por el otro, busca garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición.

12

En cuanto a los derechos de las víctimas, el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera señaló específicamente lo que se transcribe a continuación:

13

“Las víctimas gozan de los derechos a la verdad, justicia, reparación, y garantías de no repetición. Para garantizar estos derechos participarán en el SIVJRNR conforme a lo establecido en los reglamentos de desarrollo del componente de justicia [...]. Igualmente el Estado colombiano tiene el deber de asegurar, por medios razonables dentro de su alcance, la verdad, justicia, reparación, y medidas de no repetición, con respecto a las graves infracciones del DIH y graves violaciones de los derechos humanos”²⁸.

Es de resaltar que, según los términos señalados en el Acuerdo de Paz²⁹ y de la Ley 1820 de 2016, la amnistía tiene como límite el *corpus iuris* del derecho internacional de los DD. HH. y el DIH, en el cual se establecen los criterios que deben ajustarse el modelo de JT³⁰.

14

Con el fin de garantizar los derechos de las víctimas, la Ley 1820 de 2016 establece límites y condiciones en relación con las amnistías o los indultos. En primer lugar, prohíbe la aplicación de estas figuras en casos de crímenes internacionales³¹. En segundo lugar, la Ley 1820 establece que las amnistías

15

²⁷ Ver Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, 24 de noviembre de 2016, Sección “Contenidos, alcances y límites de la concesión de amnistías e indultos así como de otros tratamientos especiales”.

²⁸ Ver Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, 24 de noviembre de 2016, Sección “Contenidos, alcances y límites de la concesión de amnistías e indultos así como de otros tratamientos especiales”, num. 20 y 21.

²⁹ Ver Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, 24 de noviembre de 2016, Sección “Contenidos, alcances y límites de la concesión de amnistías e indultos así como de otros tratamientos especiales”, num. 19.

³⁰ BOTERO/RESTREPO, “Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia”, en Angelika Rettberg (ed.), *Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional*, Corcas Editores, 2005; ver también el Protocolo II Adicional de los Convenios de Ginebra.

³¹ Ver, por ejemplo, los crímenes internacionales señalados expresamente en el contenido de la ley en estudio como excluidos de la posibilidad de ser objeto de amnistía, en los art. 23, 30, 46 y 47 de la Ley 1820 de 2016. Ver también los arts. I, IV y V de la

o los indultos están condicionados a que los beneficiarios contribuyan individual o colectivamente a la verdad, cumplan sus obligaciones de reparación y contribuyan a la no repetición³². En tercer lugar, la Ley 1820 señala que el Estado debe cumplir con el deber de reparación integral de las víctimas (art. 41).

16 Concebido como límite, el reconocimiento de los derechos de las víctimas busca armonizar el contenido de la ley con las obligaciones internacionales del Estado de Colombia en materia de JT; simultáneamente, pretende corregir posibles interpretaciones de la amnistía como un mecanismo libre de condiciones en el actual marco de JT³³.

17 Un asunto muy complejo en este tipo de amnistías condicionadas es el cumplimiento de las condiciones. Para lograr esto de una manera efectiva, se recomienda la estructuración de guías claras sobre los requisitos del cumplimiento, los métodos para evaluarlo y las consecuencias del incumplimiento³⁴. Si bien la Ley 1820 señala que los beneficios pueden ser revocados ante el incumplimiento de las obligaciones fijadas en el acta de compromiso o de los requerimientos del SIVJNR (arts. 35 y 41), la LA no regula de manera clara las condiciones del incumplimiento y la revocatoria ni tampoco el procedimiento que se debe seguir. Ante este escenario, la Corte Const. intentó precisar algunos criterios respecto del régimen de condicionalidades del SIVJNR en los siguientes términos:

“(i) El compromiso de contribuir a la satisfacción de los derechos de las víctimas es una condición de acceso y no exime a los beneficiarios de esta Ley del deber de cumplir con las obligaciones contraídas con el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición.

”(ii) El cumplimiento de los deberes de contribución a la satisfacción de los derechos de las víctimas se exigirá a los beneficiarios de esta Ley, por el término de vigencia de la Jurisdicción Especial para la Paz, sin perjuicio de la condición especial de acceso a las sanciones propias del sistema prevista en el inciso segundo de los artículos 14 y 33 de la Ley 1820 de 2016.

Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; Preámbulo del ER de la CPI; art. 4 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; art. 5 del PIDCP, art. 29 de la CADH.

³² Para mayor información, ver los comentarios a los arts. 14, 33, 35 y 50.

³³ Corte Const., sent. C-695 de 2002.

³⁴ MALLINDER, *Amnesty, Human Rights and Political Transitions: Bridging the Peace and Justice Divide*, Hart Publishing, 2008, pág. 196.

”(iii) Los incumplimientos al Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición deberán ser objeto de estudio y decisión por la Jurisdicción Especial para la Paz, conforme a las reglas de procedimiento de que trata el inciso 1º del artículo transitorio 12 del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2017; lo que supone analizar, en cada caso, si existe justificación y la gravedad del incumplimiento. Este análisis deberá regirse por el principio de proporcionalidad y podrá dar lugar a la pérdida de beneficios previstos en esta Ley”³⁵.

A pesar de este intento de la Corte Const., aun persiste la falta de precisión en cuanto a los requisitos del cumplimiento, los métodos para evaluarlo y las consecuencias del incumplimiento. Este puede ser uno de los retos en la implementación de la Ley 1820. 18

III. La Ley de Amnistía y la extinción de dominio

El art. 34 de la Const. Pol. se refiere a la extinción de dominio sobre bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social. Mediante esta figura, se declara la titularidad de los bienes a favor del Estado, sin contraprestación ni compensación para el afectado (art. 15 de la Ley 1708 de 2014). En este sentido, uno de sus objetivos principales es desestimular el ejercicio de conductas relacionadas con el narcotráfico y la corrupción³⁶. 19

La sentencia de extinción de dominio es de naturaleza declarativa, pues declara que “aquél que aparecía como titular del derecho de propiedad jamás lo fue ante el Derecho colombiano, pues su titularidad estaba viciada desde el principio”³⁷. Esto quiere decir que la extinción de dominio no implica la pérdida del derecho de propiedad justamente porque ese derecho jamás existió. 20

En este orden de ideas, la acción de extinción de dominio no se deriva del ejercicio del poder punitivo del Estado, y por lo tanto las garantías propias del derecho penal –como la presunción de inocencia– no son procedentes en este contexto. Lo anterior se refleja en el régimen probatorio que admite la carga dinámica de la prueba, según la cual debe probar los hechos quien esté en mejores condiciones para hacerlo (art. 152 de la Ley 1708 de 2014)³⁸. Sin 21

³⁵ Corte Const., sent. C-007 de 1º de marzo de 2018.

³⁶ Corte Const., sent. T-590 de 2009.

³⁷ Corte Const., sent. C-374 de 1997.

³⁸ PARRA QUIJANO explica la carga dinámica de la prueba en los siguientes términos: “el servicio público de administrar justicia, en parte se sustenta en la solidaridad de las partes, para que surja en forma palpable la verdad. Por ello, debe imponerse,

embargo, esto no significa que el Estado se exonere del deber de practicar las pruebas necesarias para llegar a una inferencia razonada en cuanto al origen ilícito de los bienes. A su vez, el posible afectado podrá aportar los elementos de conocimiento para acreditar la legítima procedencia de los bienes y así desvirtuar la inferencia del Estado³⁹.

22 Otra particularidad del régimen probatorio de la extinción de dominio es la presunción probatoria prevista en el art. 48 de la Ley 1849 de 2017 en relación con grupos delictivos organizados. De acuerdo con esta disposición, se presume el origen o la destinación para actividades ilícitas de los bienes perseguidos en extinción de dominio que estén estrechamente vinculados a dichos grupos. El fin de esta presunción es poder declarar la extinción de dominio respecto de bienes de grupos delictivos mediante un procedimiento expedito⁴⁰.

23 El art. 41 de la Ley 1820 aclara que la aplicación de la amnistía no tiene efectos frente a la extinción de dominio en relación con bienes apropiados como resultado de actividades ilícitas. En virtud de la protección del interés público y del derecho a la reparación de las víctimas, las racionalidades que subyacen a esta regla son: i) evitar una posible desviación de la amnistía de tal manera que se garanticen mecanismos de financiación de la reparación mencionada, conservando como fuente de recursos los bienes de origen ilícito de los perpetradores, y ii) sancionar o desincentivar el ejercicio de conductas delictivas que dieron origen a la adquisición de los bienes mediante enriquecimiento ilícito.

24 Como parte de la estrategia contra los activos involucrados en el narcotráfico y el lavado de activos, el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera establece el diseño de una *Estrategia para la implementación efectiva de la extinción de dominio* en los siguientes términos:

“[e]l Gobierno nacional, pondrá en marcha una nueva estrategia para garantizar la aplicación efectiva de la extinción de dominio, que incluya los recursos y los ajustes normativos e institucionales necesarios para cualificar y fortalecer las capacidades de las entidades del Estado competentes en ma-

en determinados casos que suponen una gran dificultad probatoria, que sea la parte a quien le resulta más fácil la prueba, como ya se dijo, desahogarla, sin tener en cuenta si es el supuesto o no de su pretensión”, PARRA, *Manual de derecho probatorio*, 15^a ed., Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 2006, pág. 239.

³⁹ Corte Const., sents. T-590 de 2009 y C-740 de 2003.

⁴⁰ *Gaceta del Congreso* 946 de 2016, Proyecto de Ley 171 de 2016 Senado, por medio del cual se modifica y sanciona la Ley 1708 de 2014, Código de Extinción de Dominio, y se dictan otras disposiciones.

teria de identificación de activos, investigación y judicialización, que estará acompañada de la implementación de una estrategia integral de lucha contra la corrupción”⁴¹.

Esta estrategia apunta a garantizar la eficacia de la extinción de dominio como mecanismo que sanciona el origen ilícito de los recursos derivados de actividades vinculadas al narcotráfico y a la corrupción⁴², así como a asegurar la financiación de la reparación de las víctimas.

Sin embargo, el art. 41 de la Ley 1820 introduce dos reformas importantes al régimen de la extinción de dominio en Colombia. En primer lugar, modifica el régimen probatorio para aquellos casos en los que se cumplan los siguientes dos requisitos: i) que el bien inmueble sea propiedad del padre, madre, hermano, hermana, cónyuge o compañero(a) permanente del amnistiado, y ii) que el bien se hubiere destinado de forma prolongada y habitual a su vivienda familiar. En dichos casos se ha establecido expresamente que la carga de la prueba de la adquisición ilícita corresponderá al Estado, y por lo tanto la carga dinámica de la prueba prevista en el régimen general de la extinción de dominio no resulta procedente.

En el proceso de revisión de constitucionalidad de la Ley 1820, algunos actores solicitaron la declaratoria de inexecutable de esta modificación de la carga de la prueba. Uno de los argumentos principales era que afectaba los derechos de las víctimas debido a que obstaculizaba la persecución de bienes para la reparación⁴³.

La Corte Const. declaró la constitucionalidad de este beneficio probatorio para el núcleo familiar del amnistiado, por cuanto se ajusta a lo dispuesto en los arts. 4º, 6º.3 y 7º del AL 001 de 2017. La Corte sostuvo que dicha modificación probatoria es razonable en el contexto transicional, puesto que busca proteger el derecho fundamental a la vivienda digna de los miembros del grupo familiar respecto de quienes no se puede afirmar, *prima facie*, que hayan participado en actividades delictivas⁴⁴. La Corte señaló:

⁴¹ Ver Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, 24 de noviembre de 2016, Sección “Contenidos, alcances y límites de la concesión de amnistías e indultos así como de otros tratamientos especiales”, punto 4.3.2.

⁴² Ver Corte Const., sent. C-007 de 2018.

⁴³ Institute for Integrated Transitions (IFIT), Intervención en los procesos de constitucionalidad de la Ley 1820 de 2016 (exp. RPZ-001) y del Decreto 277 de 2017 (RDL-006), 23 de marzo de 2017. Disponible en: <http://www.ifit-transitions.org/files/documents/intervencion-ifit-ley-y-decreto-amnistia-23-march-2017.pdf>

⁴⁴ Corte Const., sent. C-007 de 1º de marzo de 2018, párrs. 867-870.

“[l]a regla especial prevista en el artículo 41.2 de la Ley 1820 de 2016 exige dos supuestos concurrentes: (i) que la titularidad del derecho de propiedad del predio recaiga sobre algunos miembros del grupo familiar, expresamente establecidos, y (ii) que la destinación haya sido la vivienda familiar. En este sentido, la titularidad del bien no recae directamente sobre el amnistiado, sino sobre personas frente a las cuales, pese a sus nexos familiares, no puede afirmarse *prima facie* que hayan participado de la actividad del combatiente. Además, se exige una destinación que involucre una garantía constitucional fundamental, como es el derecho a la vivienda digna.

En estos términos, para la Sala es razonable el beneficio probatorio en el marco de un proceso transicional, dado que tiende a proteger los intereses del núcleo familiar de quien se desarma, con miras a que sobre aquel no pesen las consecuencias desfavorables que en materia procesal rigen en condiciones ordinarias, lo que se traduce, junto con los demás beneficios, en genuinas muestras de su reincorporación a la sociedad como ciudadanos para quienes su familia es parte fundamental, en una sociedad abierta a respetar y garantizar la manifestación de la diferencia por la vía del derecho”⁴⁵.

28 Uno de los objetivos de la amnistía como mecanismo de JT es contribuir a la reconciliación de la sociedad. Es precisamente en función de este objetivo por lo que se define una modificación de la carga de la prueba que propende la protección de la vivienda familiar de los miembros del grupo familiar de quien se desarma.

29 El reconocimiento de la presunción de buena fe en la adquisición del bien inmueble –que implica radicar la carga de la prueba en cabeza del Estado– contribuye a la reincorporación de los excombatientes a la vida civil. En este sentido, la garantía de la vivienda familiar del núcleo familiar de los excombatientes contribuye a dicha reincorporación en la medida en que propicia su reintegración a la vida civil de manera pacífica; esto último, al proteger la familia como núcleo fundamental de la vida civil a la que aspiran retornar.

30 El segundo cambio en el régimen de la extinción de dominio incorporado en el art. 41 de la LA es la posibilidad de solicitar la revisión de la sentencia de extinción de dominio que calificó un bien como adquirido con recursos de las FARC-EP, cuando el antiguo propietario declare bajo la gravedad de juramento que obtuvo el bien con recursos de origen lícito. Esta solicitud se puede presentar ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial competente o ante la Corte Suprema de Justicia, en un término de dos años desde la entrada en vigencia de la Ley 1820.

⁴⁵ *Ibíd*, párrs. 868, 869.

En el contexto del análisis de constitucionalidad de la Ley 1820 de 2016, algunos actores alegaron que esta revisión de la sentencia de extinción de dominio es inconstitucional porque estaría violando el principio de cosa juzgada en detrimento de la seguridad jurídica y los derechos de las víctimas. En particular, resaltaron que esta disposición podría vulnerar los derechos de las víctimas porque los bienes objeto de la revisión de la sentencia podrían recuperarse de testafierros y destinarse a la reparación integral a través del Fondo para la Reparación de las Víctimas de la Ley 1448 de 2011⁴⁶.

La sent. C-007 de 2018 recordó que la acción de revisión de las sentencias ejecutoriadas de extinción de dominio está prevista en el régimen general de la Ley 1708 de 2014⁴⁷. La Corte Const. resaltó que el art. 41, inc. 3º, de la LA reguló un supuesto específico adicional para la revisión de las sentencias de extinción de dominio en el contexto transicional: la declaración juramentada del antiguo propietario de haber obtenido el bien con recursos lícitos. La Corte indicó que la *única interpretación razonable* de dicha regla consiste en entender que el antiguo propietario sea alguno de los miembros del núcleo familiar del desmovilizado y que el bien sea instrumental en relación con el derecho fundamental a la vivienda digna. La Corte señaló que con esta interpretación se busca evitar el enriquecimiento sin causa y un beneficio desproporcionado en desmedro de las víctimas⁴⁸:

“[I]a *única interpretación razonable* de esta disposición, en el contexto en que se encuentra inmersa, es que se trata de un beneficio previsto para los mismos sujetos a favor de los cuales se prevé una nueva regla, más favorable, en materia de carga de la prueba. Es decir, para el padre, la madre, los hermanos o hermanas, y el cónyuge o compañero(a) permanente del amnistiado. La primera opción (un propietario anterior) carecería de sentido, pues la extinción del dominio del bien en cuestión debió tener como causa su origen en las actividades del grupo al margen de la ley. Y la última opción desconocería las conclusiones a las que se arribó en el estudio del inciso anterior, y es que la norma tiene sentido (i) en el marco de la transición; (ii) en la medida en que se aplique a personas que no hicieron parte, *prima facie*, de las hostilidades; y (iii) que sea instrumental al derecho fundamental a la vivienda digna”⁴⁹.

⁴⁶ Institute for Integrated Transitions (IFIT), Intervención en los procesos de constitucionalidad de la Ley 1820 de 2016 (exp. RPZ-001) y del Decreto 277 de 2017 (RDL-006), 23 de marzo de 2017. Disponible en: <http://www.ifit-transitions.org/files/documents/intervencion-ifit-ley-y-decreto-amnistia-23-march-2017.pdf>

⁴⁷ El régimen general de la acción de revisión de las sentencias de extinción de dominio se encuentra en los arts. 73 a 81 de la Ley 1708 de 2014.

⁴⁸ Corte Const., sent. C-007 de 1º de marzo de 2018, párrs. 871-876.

⁴⁹ *Ibíd.*, párr. 874.

- 32 En este orden de ideas, la revisión de las sentencias de extinción de dominio contemplada en el art. 41 también sería un desarrollo de la presunción de buena fe a favor de los miembros del grupo familiar del excombatiente.
- 33 En resumen, el art. 41 de la Ley 1820 de 2016 establece la extinción de diversas formas de responsabilidad individual –penal, civil, disciplinaria y fiscal– con respecto a las conductas objeto de amnistía. Con el fin de garantizar los derechos de las víctimas y lograr el respeto del DIDH y del DIH, la LA establece un régimen de límites y condiciones. Uno de los retos en la práctica consiste en lograr la efectividad de las condiciones y la sanción del incumplimiento.
- 34 Esta disposición adicionalmente señala que la amnistía no tiene efectos respecto de la extinción de dominio en relación con bienes adquiridos como resultado de actividades ilícitas. Sin embargo, establece la modificación en la carga de la prueba y la posibilidad de revisión de sentencias de extinción de dominio que concluyeron que un bien fue adquirido con recursos de las FARC-EP, en los casos en los que se cumplan dos condiciones: (i) que la titularidad del derecho de propiedad del inmueble está en cabeza de alguno de los miembros del grupo familiar expresamente establecidos, y (ii) que la destinación del bien haya sido la vivienda familiar.

Artículo 42. *Efectos de la renuncia a la persecución penal.* La renuncia a la persecución penal extingue la acción y la sanción penal, así como la acción de indemnización de perjuicios derivada de la conducta punible y la responsabilidad derivada de la acción de repetición. Lo anterior, sin perjuicio del deber del Estado de satisfacer el derecho de las víctimas a la reparación integral en concordancia con la Ley 1448 de 2011. Todo ello sin perjuicio de las obligaciones de reparación que sean impuestas en cumplimiento de lo establecido en el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición.

Si por los hechos o conductas objeto de la renuncia a la persecución penal hubiera investigaciones disciplinarias o fiscales en curso o sanciones impuestas como resultado de las mismas, la renuncia las cobijará; el funcionario competente deberá adoptar a la mayor brevedad la decisión que extinga tanto la acción como la sanción, a través de los mecanismos jurídicos correspondientes. En caso de que esto último no ocurra en un plazo de tres meses contados a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, el interesado podrá solicitar la extinción de la acción o sanción ante la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la Jurisdicción Especial para la Paz, sin perjuicio de la utilización de otros recursos o vías legales que considere.

Literatura: MARK FREEMAN, *Necessary Evils: Amnesties and the Search for Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009; SAM GARKAWA, “The South African Truth and Reconciliation Commission: a suitable model to enhance the role and rights of the victims of gross violations of human rights”, en *Melbourne University Law Review*, 27, 2003; FAUSTIN Z. NTOUBANDI, *Amnesty for Crimes against Humanity under International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007; LOUISE MALLINDER, *Amnesty, Human Rights and Political Transitions: Bridging the Peace and Justice Divide*, Hart Publishing, 2008; KIERAN MCEVOY/LOUISE MALLINDER, “Amnesties in Transition: Punishment, Restoration, and the Governance of Mercy”, en *Journal of Law and Society*, 39, 2012; MARTHA MINOW, *Between vengeance and forgiveness: Facing history after genocide and mass violence*, Beacon Press, 1998; RAMELLI, *La Constitución colombiana y el derecho internacional humanitario*, 2ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003; Rettberg (ed.), *Entre el perdón y el paredón. Preguntas y dilemas de la justicia transicional*, Corcas Editores, 2005; WILDER TAYLER, “La problemática de la impunidad y su tratamiento en las Naciones Unidas: Notas para la reflexión”, en *Revista Instituto Interamericano de*

Derechos Humanos (IIDH), vol. 24, 1996; RUTI G. TEITEL, *Transitional Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2002.

Jurisprudencia nacional: Corte Const., sents. C-007 de 2018, C-674 de 2017, C-957 de 2014 y C-778 de 2003.

1 El art. 42 de la Ley 1820 regula los efectos de la renuncia a la persecución penal¹ concedida en virtud de la LA; dicha regulación es muy similar a la de los efectos de la amnistía². En este sentido, la norma extingue la acción y la sanción penales, elimina los antecedentes penales, extingue la acción de indemnización de perjuicios, impide el ejercicio de la acción de repetición, y extingue la acción o sanción disciplinaria o fiscal³.

2 En primer lugar, la renuncia a la persecución penal extingue la responsabilidad penal, la acción penal y la sanción penal. Uno de los efectos de este

¹ Para el estudio de la renuncia a la persecución penal, ver los comentarios a los arts. 9º, 45, 46, 47 y 48; ver también los arts. transitorios 17 y 21 del AL 01 de 2017. En el marco del estudio de la constitucionalidad de la renuncia a la persecución penal, la Corte Const. aclaró que “si bien no se percibe la existencia de un estándar plenamente definido sobre la concesión de beneficios como la renuncia a la persecución penal y otros tratamientos diferenciados, distintos de las amnistías y los indultos en el marco del DIDH y el DIH, sí es posible, a partir de las reglas que definen la validez de las amnistías, y de la jurisprudencia de esta Corporación sobre el Marco Jurídico para la Paz, construir los elementos centrales de juicio acerca de la validez constitucional de estas conductas” (Corte Const., sent. C-007 de 2018, párr. 165). Por ello, en algunos apartes de este comentario se va a hacer alusión a normas y literatura relacionadas con las amnistías.

² Ver comentario al art. 41. En la literatura se han discutido ampliamente los efectos de las amnistías y su impacto en los derechos de las víctimas en contextos de transición. Ver por ejemplo, NTOUBANDI, *Amnesty for Crimes against Humanity under International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007; MALLINDER, *Amnesty, Human Rights and Political Transitions: Bridging the Peace and Justice Divide*, Hart Publishing, 2008; McEVoy / MALLINDER, “Amnesties in Transition: Punishment, Restoration, and the Governance of Mercy”, en *Journal of Law and Society*, 39, 2012; FREEMAN, *Necessary Evils: Amnesties and the Search for Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009; MINOW, *Between vengeance and forgiveness: Facing history after genocide and mass violence*, Beacon Press, 1998; TEITEL, *Transitional Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2002; GARKAWE, “The South African Truth and Reconciliation Commission: a suitable model to enhance the role and rights of the victims of gross violations of human rights”, en *Melbourne University Law Review*, 27, 2003; Rettberg (ed.), *Entre el perdón y el paredón. Preguntas y dilemas de la justicia transicional*, Corcas Editores, 2005; TAYLER, “La problemática de la impunidad y su tratamiento en las Naciones Unidas: Notas para la reflexión”, en *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH)*, vol. 24, 1996.

³ Ver también comentario al art. 48.

beneficio se concreta en la potestad de un Estado soberano de no hacer uso del *ius puniendi* de manera transitoria⁴, lo cual está encaminado a la construcción y consolidación de un régimen democrático en condiciones de paz. La renuncia a la persecución penal se otorga y mantiene siempre que se garanticen los derechos de las víctimas.

La Ley 1820 establece un límite con respecto a los delitos que pueden ser objeto de renuncia a la persecución penal en los términos de esta ley. En consecuencia, se excluyen los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra, el genocidio, la toma de rehenes, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado y el reclutamiento de menores⁵.

En segundo lugar, en el art. 42 se establece que la renuncia a la persecución penal extingue la acción de indemnización de perjuicios respecto de la conducta punible. Esta regla desarrolla el art. transitorio 17 del AL 01 de 2017, según el cual no proceden acciones judiciales para la indemnización de las víctimas contra los beneficiarios de la renuncia a la persecución penal. La norma citada resalta que los beneficiarios de esta medida deben contribuir al esclarecimiento de la verdad y a la reparación de las víctimas, así como garantizar la no repetición.

Adicionalmente, cabe destacar que el Acuerdo de Paz establece que “la concesión de amnistías e indultos no extingue el derecho de las víctimas a recibir reparación”⁶. Esto implica que el hecho de que se concedan amnistías e indultos no excluye el derecho que tienen las víctimas a ser reparadas. El derecho de las víctimas a la reparación sobrepasa el ámbito del proceso especial de justicia en los modelos de JT, y además hace parte de los esfuerzos que estos modelos incorporan en términos de la garantía de no repetición de los hechos constitutivos de violaciones de derechos humanos. El art. 42 de la Ley 1820 señala que el Estado tiene el deber de satisfacer el derecho a la reparación de las víctimas y menciona las obligaciones de reparación que el SIVJRN puede imponer al responsable. En la revisión de constitucionalidad del art. 42, la

⁴ Para un análisis sobre la potestad del Estado de renunciar al castigo mediante amnistías o indultos, ver: TEITEL, *Transitional Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2002, págs. 53-56; McEVROY/MALLINDER, “Amnesties in Transition: Punishment, Restoration, and the Governance of Mercy”, en *Journal of Law and Society*, 39, 2012, págs. 413, 414; RAMELLI, *La Constitución colombiana y el derecho internacional humanitario*, 2ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

⁵ Ver comentario al art. 48.

⁶ Ver Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, 24 de noviembre de 2016, Sección “Contenidos, alcances y límites de la concesión de amnistías e indultos así como de otros tratamientos especiales”, num. 43.

Corte reiteró el principio de reparación integral y su carácter transversal en la normativa que desarrolla el Acuerdo de Paz. La Corte resaltó que, según la configuración del SIVJRNR y la jurisprudencia constitucional, la reparación debe ser integral, adecuada y efectiva⁷.

4 En tercer lugar, la renuncia a la persecución penal extingue la responsabilidad derivada de la acción de repetición. Este mecanismo constitucional y legal se ha definido como “el medio judicial que la Constitución y la ley le otorgan a la administración pública para obtener de sus funcionarios o ex funcionarios el reintegro del monto de la indemnización que ha debido reconocer a los particulares como resultado de una condena de la jurisdicción contencioso administrativa por los daños antijurídicos que les haya causado”⁸. En vista de que la acción de repetición es de carácter obligatorio, la entidad pública que haya sido declarada patrimonialmente responsable debe ejercerla con el fin de obtener el reembolso de lo pagado. Es de resaltar que ni los afectados ni los ciudadanos pueden iniciar la acción de repetición. Así las cosas, la extinción de la responsabilidad derivada de la acción de repetición exime al Estado del deber de iniciar dicha acción. En el examen de constitucionalidad del art. 42, la Corte Const. reiteró su precedente de la sent. C-674 de 2017, de conformidad con el cual la exclusión del ejercicio de la acción de repetición es válida desde el punto de vista constitucional⁹.

5 En cuarto lugar, el art. 42 de la Ley 1820 extiende los efectos de la renuncia a la persecución penal a las investigaciones disciplinarias o fiscales que se adelanten en razón de los hechos o conductas objeto del tratamiento penal especial. En este sentido, el Acuerdo de Paz señaló:

“Las investigaciones en curso y las sanciones disciplinarias y/o administrativas también se extinguirán cuando hayan sido impuestas por conductas o actuaciones relacionadas con el conflicto armado o la rebelión. En la aplicación

⁷ Ver Corte Const., sent. C-007 de 2018, párrs. 881-884.

⁸ Corte Const., sents. C-957 de 2014 y C-778 de 2003. La Corte Constitucional ha precisado los presupuestos para la prosperidad de la acción de repetición en los siguientes términos: “(a) la existencia de condena impuesta por la jurisdicción contencioso administrativa para reparar los perjuicios antijurídicos causados a un particular. (b) que el daño antijurídico haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del servidor, agente estatal o antiguo funcionario público; y (c) que la entidad condenada haya pagado la suma de dinero determinada por el juez en su sentencia, ya que es a partir de ese momento que se considera causado el detrimento patrimonial del Estado” (Corte Const., sent. C-957 de 2014).

⁹ Ver Corte Const., sent. C-007 de 2018, párrs. 881-884.

de este tratamiento se atenderá a las conductas que podrían ser amnistiables o indultables, según la ley de amnistía”¹⁰.

En los casos en que por los hechos o conductas objeto de la renuncia a la persecución penal existan investigaciones fiscales o disciplinarias o sanciones impuestas, el art. 42 atribuye al funcionario competente para adelantar dichos procedimientos la competencia para resolver sobre la extinción de la acción o sanción en materia disciplinaria o fiscal. Si la decisión de extinción no se adopta dentro de los tres meses siguientes a la entrada en vigencia de la Ley 1820, se activa la competencia de la Sala de Definición de Situaciones jurídicas para adoptar la decisión de extinción de la acción o sanción. De acuerdo con la Corte Const., estas disposiciones sobre competencia y término para la decisión de extinción de la acción o sanción buscan garantizar la eficacia integral de los efectos del beneficio. Al respecto, la Corte señaló que estas son constitucionales por cuanto son coherentes con el marco de configuración legislativa¹¹.

Debido a que los efectos de la renuncia a la persecución penal afectan los derechos de las víctimas¹², la Corte Const. ha señalado lo siguiente, tomando en consideración el derecho internacional, la jurisprudencia constitucional y el papel central de las víctimas en el Acuerdo de Paz y en el AL 01 de 2017:

“[l]a renuncia a la persecución penal es una medida que impone una restricción a los derechos de las víctimas y, especialmente, a la obligación de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos. Por lo tanto, como lo sostuvo la Sala en la sentencia C-579 de 2013, este beneficio solo es admisible si no cobija las más intensas lesiones a la dignidad humana, y si viene acompañado de una maximización de los demás derechos de las víctimas. El beneficio no es constitucionalmente admisible si su entrega y conservación no se sujeta a la contribución efectiva a los derechos de las víctimas; esta contribución debe darse, tanto al recibir el beneficio, como de forma continua, especialmente, en el ámbito de la construcción de la verdad y la memoria histórica”¹³.

El otorgamiento de la renuncia a la persecución penal está condicionado a la satisfacción de los derechos de las víctimas, principalmente los derechos

¹⁰ Ver Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, 24 de noviembre de 2016, Sección “Contenidos, alcances y límites de la concesión de amnistías e indultos así como de otros tratamientos especiales”, num. 42.

¹¹ Corte Const., sent. C-007 de 2018, párr. 884.

¹² Para un análisis más detallado sobre la extinción de las diferentes formas de responsabilidad individual y los derechos de las víctimas, ver comentario a los arts. 41 y 14.

¹³ Ver Corte Const., sent. C-007 de 2018, párr. 166.

a la verdad, la reparación y la no repetición. Así, los beneficiarios tienen el deber de contribuir individual o colectivamente al esclarecimiento de la verdad, cumplir las obligaciones de reparación que sean impuestas en el SIVJRNR, y garantizar la no repetición¹⁴. El eventual incumplimiento de las obligaciones relacionadas con la garantía de los derechos de las víctimas implicaría la pérdida del derecho a que se concedan este y otros beneficios, así como las sanciones propias de la JEP¹⁵.

7 La Ley 1820¹⁶ presenta un claro vacío legislativo relacionado con lo siguiente: los requisitos del cumplimiento de las obligaciones relativas a la garantía de los derechos de las víctimas, los criterios y métodos para evaluarlo, las autoridades competentes para desempeñar la función de verificación y para decretar la revocatoria, el actor facultado para alegar el incumplimiento y las consecuencias del incumplimiento. El protocolo de los trámites ante la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas regula algunos aspectos de la renuncia a la persecución penal tales como las personas beneficiarias y los requisitos de la solicitud de este beneficio. Este protocolo indica que estas peticiones se resolverán según las reglas de procedimiento. Adicionalmente, el protocolo señala que la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas se encargará del seguimiento de las condicionalidades¹⁷. Sin embargo, en el marco normativo persiste cierto nivel de incertidumbre sobre los métodos y criterios para evaluar el cumplimiento de las condicionalidades, el actor o los actores facultados para alegar el incumplimiento, y las consecuencias del incumplimiento. En consecuencia, uno de los retos en la aplicación de la renuncia a la persecución penal será garantizar el cumplimiento de las condiciones y obligaciones por parte de los beneficiarios, por cuanto es un elemento clave en la consolidación de la legitimidad del SIVJRNR.

¹⁴ Ver Corte Const., sent. C-007 de 2018, párr. 387.

¹⁵ Ver comentarios a los arts. 14, 33 y 50.

¹⁶ Ver comentario al art. 41.

¹⁷ Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la JEP, Protocolo 001 de 2018, por el cual se adoptan los trámites ante la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la JEP, 13 de abril de 2018.

Artículo 43. *Efectos de la cesación de procedimiento y la suspensión condicional de la ejecución de la pena.* La cesación de procedimiento, la suspensión de la ejecución de la pena y demás resoluciones o decisiones necesarias para definir la situación jurídica no extinguen la acción de indemnización de perjuicios. Se extinguirá la anterior o la acción penal cuando así se acuerde de forma expresa por la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, la cual también deberá pronunciarse sobre la extinción de la responsabilidad disciplinaria y fiscal.

Literatura: JAIME BERNAL/EDUARDO MONTEALEGRE, *El proceso penal: estructura y garantías procesales*, tomo II, 6ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013; LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 1995; LON FULLER, *The morality of law*, Yale University Press, 1969; CLAUS ROXIN, *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000; FERNANDO VELÁSQUEZ, *Fundamentos de derecho penal*. Parte general, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda-Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2017.

Jurisprudencia nacional: Corte Const., sent. C-007 de 1º de marzo de 2018, C-771 de 2010 y C-370 de 2006.

La Sala de Definición de Situaciones Jurídicas tiene la función de proferir resoluciones encaminadas a resolver la situación jurídica de los investigados en el contexto de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP)¹. Entre estas resoluciones se encuentran la cesación de procedimiento² y la suspensión condicional de la ejecución de la pena³. Estos beneficios jurídicos encuentran su

1

¹ Ver comentario a los arts. 28 y 31; ver también los arts. 28, 78 y 79 de la Ley Estatutaria de la JEP. Es de resaltar que la Ley 1820 de 2016 y la Ley Estatutaria de la JEP incorporan disposiciones sobre las funciones de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas con contenido duplicado.

² La consecuencia jurídica de la decisión de cesación de procedimiento es la terminación de la acción penal. Así mismo, cabe mencionar que en el contexto transicional de la década de 2000, la cesación de procedimiento fue regulada por el art. 24 de la Ley 782 de 2002 y por el art. 79 de la Ley 975 de 2005. Dichas normas se referían a los delitos respecto de los cuales procedía la cesación de procedimiento así como a los beneficios que se derivaban de esta decisión.

³ En la Ley 975 de 2005 se estableció la suspensión condicional de la ejecución de la pena; en este sentido, ver el análisis de constitucionalidad correspondiente en: Corte Const., sent. C-370 de 2006.

fundamento en la transición hacia la paz y la garantía de los derechos a las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

2 En el marco del Acuerdo de Paz y de la Ley 1820, los beneficios de la cesación de procedimiento y la suspensión condicional de la ejecución de la pena están sujetos a que se garanticen los derechos de las víctimas y a que los procesados acrediten su contribución a la verdad y a la reparación⁴.

3 Sin embargo, el art. 43 y la Ley 1820 en términos generales presentan un claro vacío legislativo en la medida en que hay indeterminación en cuanto a los siguientes aspectos: i) la Sala encargada de desempeñar la función de verificación del cumplimiento de las condiciones, ii) la Sala encargada de decretar la revocatoria de la cesación de procedimiento o la suspensión condicional de la ejecución de la pena, iii) el actor facultado para alegar el incumplimiento de las obligaciones relativas a la garantía de los derechos de las víctimas, y iv) la autoridad encargada de probarlo así como los medios de prueba válidos para hacerlo. En conclusión, este artículo no ha previsto un procedimiento de verificación del cumplimiento del régimen de condicionalidades de conformidad con el cual se definiría el mantenimiento o la pérdida de los beneficios como consecuencia del incumplimiento.

4 De acuerdo con el art. 43, los efectos de la extinción de responsabilidad individual de las resoluciones para definir la situación jurídica no se producen automáticamente. En virtud de esta norma, el legislador otorga a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas la facultad de decidir sobre los efectos de la cesación de procedimiento, la suspensión condicional de la ejecución de la pena y otras resoluciones que definen la situación jurídica. De su redacción se colige que a esta Sala le corresponden cuatro funciones fundamentales vinculadas a la definición de situación jurídica: i) la decisión sobre la extinción de la acción penal, ii) la decisión sobre la extinción de la acción de indemnización de perjuicios, iii) la decisión sobre la extinción de la responsabilidad fiscal, y iv) la decisión sobre la extinción de la responsabilidad disciplinaria. De acuerdo con la Corte Const., esta regla es exequible debido a que el legislador puede modular los alcances de los efectos de tratamientos punitivos⁵.

5 El art. 43 evidencia, además, algunos errores de técnica legislativa. Por un lado, excede el propósito de la norma, porque si bien este consiste en regular los efectos de las resoluciones relacionadas con la definición de la situación jurídica, su texto va más allá por cuanto hace referencia a las funciones de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas. Por otro lado, el artículo se encuentra ubicado en el capítulo V titulado *Efectos de la amnistía*, que a su vez constituye un beneficio jurídico con diferencias significativas.

⁴ Ver comentarios a los arts. 14 y 33.

⁵ Corte Const., sent. C-007 de 2018, párr. 885.

Adicionalmente, el art. 43 otorga funciones a la Sala para decidir sobre la extinción de la acción penal en las resoluciones de definición de la situación jurídica que parecieran contradecir la naturaleza tradicional de estas figuras. Por ejemplo, esta disposición señala que la Sala acordará la extinción de la acción penal, incluso frente a la cesación de procedimiento. Es pertinente aclarar que la consecuencia jurídica de la cesación de procedimiento tradicionalmente ha sido la terminación de la acción penal. Es más, los arts. 78 y 79 de la Ley Estatutaria de la JEP señalan que la cesación de procedimiento se adopta con miras a extinguir la responsabilidad penal. Así las cosas, no es muy claro porqué sería necesario otorgar a la Sala la facultad de decidir sobre la extinción de la acción penal en aquellos casos en los que se aplique la figura de la cesación de procedimiento.

En términos similares, el art. 43 se refiere a la suspensión condicional de la ejecución de la pena. Es preciso recordar que esta figura implica una sentencia condenatoria que impone una pena de prisión, la cual no se hace efectiva o se suspende por un período de prueba durante el cual el condenado debe cumplir ciertas condiciones u obligaciones establecidas. Si el condenado incumple los compromisos que condicionaron la concesión del beneficio de la suspensión de la condena, este se revoca⁶. Teniendo en cuenta que uno de los objetivos de la suspensión condicional de la ejecución de la pena es lograr el cumplimiento de los compromisos, no parece muy razonable que al aplicar esta figura se decida sobre la extinción de la acción o de la responsabilidad penal.

Además, la redacción del art. 43 es confusa y no establece un marco normativo claro para definir los efectos de la cesación de procedimiento y la suspensión condicional de la ejecución de la pena por parte de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas. El artículo no incorpora lineamientos sobre la oportunidad, los requisitos, los criterios y el procedimiento para adoptar las decisiones relativas a los efectos de estos beneficios. El artículo tampoco contempla remisiones a otras normas que permitirían una interpretación sistemática del instrumento normativo para su aplicación efectiva.

La Ley 1820 no solamente otorga márgenes amplios de discrecionalidad a los jueces de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, sino que ni siquiera

⁶ Ver BERNAL/MONTEALEGRE, *El proceso penal: estructura y garantías procesales*, tomo II, 6ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, pág. 502. La Corte Const. colombiana analizó el alcance de la suspensión condicional de la pena en escenarios transicionales, al estudiar la constitucionalidad de varias disposiciones de la Ley 1424 de 2010. La Corte señaló que el cumplimiento de la garantía de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación es un requisito tanto para el otorgamiento como para el mantenimiento del beneficio. Así, era posible la revocatoria del beneficio en los casos en que el procesado no cumplía con los requisitos de garantía de los derechos de las víctimas. Al respecto, ver Corte Const., sent. C-771 de 2010.

les ofrece criterios orientadores. Esta alta discrecionalidad es problemática porque no es coherente con los principios de claridad, no retroactividad y predictibilidad de las leyes⁷. Con base en la LA, los potenciales beneficiarios y las víctimas no podrían anticipar una eventual decisión de la Sala en el sentido de extinguir o no alguna de las formas individuales de responsabilidad⁸. Asimismo, la Sala podría optar por extinguir alguna de las formas de responsabilidad en algunos casos y no proceder de la misma manera en otros similares.

10 No se puede olvidar que una tarea básica del Estado de derecho es proteger los derechos y libertades de los ciudadanos en condiciones de igualdad, especialmente en lo que a la aplicación de la ley penal se refiere. El ejercicio de las funciones relacionadas con el poder punitivo debe estar sujeto a controles y límites con el propósito de evitar la deslegitimación y la pérdida de credibilidad en el sistema⁹. Estos postulados se concretan en el principio de legalidad, y en particular en el principio del debido proceso legal o legalidad del proceso que busca evitar una justicia arbitraria¹⁰. En este orden de ideas y con el fin de asegurar algún nivel de predictibilidad en sus decisiones, se necesitan reglas claras sobre la definición de los efectos de la cesación de procedimiento y la suspensión condicional por parte de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas.

⁷ FULLER, *The morality of law*, Yale University Press, 1969.

⁸ Para un análisis más detallado sobre extinción de diversas formas de responsabilidad individual y su impacto en los derechos de las víctimas, ver comentario al art. 41.

⁹ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 1995, pág. 29; ROXIN, *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000.

¹⁰ FERNANDO VELÁSQUEZ, *Fundamentos de derecho penal*. Parte general, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda-Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2017, pág. 79.

TÍTULO IV

**TRATAMIENTOS PENALES ESPECIALES
DIFERENCIADOS PARA AGENTES DEL ESTADO**

CAPÍTULO I

COMPETENCIA Y FUNCIONAMIENTO DE LA SALA DE DEFINICIÓN DE SITUACIONES JURÍDICAS

Artículo 44. *Sala de Definición de Situaciones Jurídicas.* La Sala de Definición de Situaciones Jurídicas también tendrá la función de conceder a los agentes del Estado la renuncia a persecución penal, como uno de los mecanismos de tratamiento penal especial diferenciado, de acuerdo con lo establecido en la presente ley.

Las competencias de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas previstas en el Título III de esta ley también se aplicarán en lo pertinente a los agentes del Estado para hacer efectivo lo establecido en el presente Título.

Literatura: GUSTAVO COTE/ DIEGO TARAPUÉS, “El marco jurídico para la paz y el análisis estricto de sustitución de la Constitución realizado en la sentencia C-579 de 2013”, en K. Ambos (coord.), *Justicia de transición y Constitución*, Bogotá, Edit. Temis, 2014, págs. 197-271; DIEGO LÓPEZ, “Recomendaciones para la elaboración de estrategias de priorización de casos en el marco de la Ley de Justicia y Paz”, en *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, N° 17, julio-diciembre de 2010, págs. 63-86; JOHN ZULUAGA, “Alcance del artículo 1° inciso 4° del Acto Legislativo 01 de 2012. De la consolidación de la paz y la selección y priorización en la investigación penal”, en K. Ambos (coord.), *Justicia de transición y Constitución*, Bogotá, Edit. Temis, 2014, págs. 155-196.

Jurisprudencia internacional: TPIY, Prosecutor v. Kunarac *et al.* (IT-96-23 & IT-96-23/1-A), Appeals Chamber, Judgement, 12 de junio de 2002.

Jurisprudencia nacional: Corte Const., sents. C-579 de 28 de agosto de 2013, C-936 de 23 de noviembre de 2010, C-291 de 25 de abril de 2007 y C-694 de 11 de noviembre de 2015; CSJ, Sala de Casación Penal, sents. de 30 de marzo de 2016 (rad. 39842), de 30 de abril de 2014 (rad. 43248) y de 28 de agosto de 2013 (rad. 36460).

Otros documentos: Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, versión de 24 de noviembre de 2017, disponible en: <https://www.mesadeconversaciones.com.co/comunicados/acuerdo-final-para-la->

terminaci%C3%B3n-del-conflicto-y-la-construcci%C3%B3n-de-una-paz-estable-y-1 (última fecha de consulta: 13 de febrero de 2017); Informe de ponencia para segundo debate en Senado al proyecto de acto legislativo núm. 14 de 2011 Senado, 094 de 2011 Cámara, en *Gaceta del Congreso*, Senado de la República, año xx, núm. 948, 7 de diciembre de 2011, Bogotá; Acta núm. 30 de 2012, Comisión Primera Constitucional Permanente, en *Gaceta del Congreso*, Cámara de Representantes, año xxi, núm. 269, 24 mayo 2012, Bogotá; ONU, Asamblea General, Report of the Special Rapporteur on the promotion of truth, justice, reparation and guarantees of non-recurrence, Pablo de Greiff (Doc. A/HRC/27/56), 27 de agosto de 2014; CPI, Office of the Prosecutor, Prosecutorial Strategy 2009-2012, 1º de febrero de 2010; Anteproyecto, Guía de priorización de casos y situaciones en la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, JEP, mayo de 2018, disponible en <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Documents/ANTEPROYECTO%20GU%c3%8dA%20DE%20PRIORIZACI%c3%93N%20SRVR.pdf>, fecha de consulta: 5 de julio de 2018; Informe de conciliación al proyecto de ley estatutaria 08 de 2017 Senado y 016 de 2017 Cámara, *Gaceta del Congreso*, Senado y Cámara, Año XXVI, No. 1109, 28 de noviembre de 2017.

I. Introducción

1

El art. 44 LA atribuye a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas competencia para conceder a los agentes del Estado la renuncia a la persecución penal, la cual constituye tal vez uno de los beneficios más importantes que se han previsto en el marco de los mecanismos de JT establecidos como resultado del Acuerdo de Paz para casos en los que están involucrados, por ejemplo, miembros de las fuerzas militares. Dicho beneficio así como el procedimiento para otorgarlo se encuentran definidos en los arts. 46 y ss. de esta misma ley¹. En el primer inciso del art. 44 se advierte expresamente que la renuncia a la persecución penal se concede a los agentes del Estado “como uno de los mecanismos de tratamiento penal especial diferenciado”. Esta expresión remite implícitamente al art. 9º LA, en donde se establece que el tratamiento que se debe dar a los miembros de las FARC y a los agentes del Estado será distinto, aunque en todo caso siempre debe ser “simétrico, simultáneo, equilibrado y equitativo”. Dado que el art. 9º constituye uno de los principios de la LA, la aplicación del art. 44 así como de las disposiciones subsiguientes y, en general, de todo el Título IV de la LA debe tener como base lo dispuesto en él y en las normas que lo complementan².

¹ Ver comentarios a estas disposiciones en esta obra.

² En este sentido, aquí también es relevante el art. transitorio 17 AL 01 de 2017, que define qué se entiende por agentes del Estado. Ver comentario al art. 9º LA en esta misma obra, en donde se contrasta la definición de “agentes del Estado” contenida en esta norma con la definición de “servidor público” hecha en el art. 20 de la Const. Pol.

El inc. 2º del art. 44 establece que la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas podrá ejercer las competencias establecidas en el Título III de la LA “en lo pertinente a los agentes del Estado”, con el fin de hacer efectivo lo establecido en el Título IV. El Título III (arts. 15-43 LA) regula las amnistías, indultos y otros tratamientos penales especiales con relación a los miembros de las FARC³, a terceros civiles que no hayan tenido participación determinante en los hechos más graves y representativos⁴, así como a personas sancionadas por conductas cometidas en el marco de disturbios públicos o en el ejercicio de la protesta social⁵. Sin embargo, en las normas que componen este Título también se hacen varias referencias a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas que deben tenerse en cuenta en la aplicación de los arts. 45 y ss. respecto a los agentes del Estado. En este sentido, se deben mencionar en especial los arts. 28 y 31 LA⁶.

2

El art. 28 LA contiene un catálogo de funciones de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, de las cuales al menos seis son relevantes en la aplicación del Título IV⁷. Con el fin de plantear algunas consideraciones breves al respecto, estas seis funciones se pueden agrupar en tres clases: (i) definición de la situación jurídica en diferentes tipos de supuestos, en los que no solamente se pueden encontrar miembros de las FARC o civiles sino también agentes del Estado⁸, (ii) establecimiento de la relación entre el conflicto armado y las conductas sobre las cuales dicha Sala se debe pronunciar⁹, y (iii) definición de criterios de selección y priorización con el fin de organizar su trabajo¹⁰.

3

y se concluye que, aunque la expresión “agentes del Estado” en el contexto de la LA no solo incluye a miembros de la fuerza pública, no cobija a particulares que hayan tenido la condición de servidores públicos al haber desempeñado funciones estatales.

³ Ver por ejemplo arts. 17, 18 y 19 LA así como los comentarios a dichas disposiciones incluidos en esta obra.

⁴ Ver art. 28 (6) y (7) LA así como el comentario incluido en esta obra.

⁵ Ver arts. 24 y 28 (9) LA así como el comentario incluido en esta obra.

⁶ Para un análisis con más detalle de estas disposiciones ver el comentario respectivo en esta publicación.

⁷ Estas funciones fueron enunciadas en un principio en el punto 50 del acápite sobre justicia del Acuerdo de Paz. Ver Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, versión de 24 de noviembre de 2017, apartado 5.1.2., punto 50, disponible en: <https://www.mesadeconversaciones.com.co/comunicados/acuerdo-final-para-la-terminaci%C3%B3n-del-conflicto-y-la-construcci%C3%B3n-de-una-paz-estable-y-1> (última fecha de consulta: 18 de julio de 2017).

⁸ Ver art. 28 (1), (2), y (6) LA y comentario en esta publicación.

⁹ Ver art. 28 (4) LA y comentario en esta publicación.

¹⁰ Ver art. 28 (3) y (7) y comentario en esta publicación.

II. Supuestos en los que la Sala debe definir la situación jurídica de agentes del Estado

4 La Sala de Definición de Situaciones Jurídicas será competente para definir la situación de agentes del Estado al menos en tres supuestos distintos. En primer lugar, según lo dispone el num. 1 del art. 28 LA, esta Sala debe definir la situación jurídica de aquellas personas que no serán objeto de amnistía ni indulto y que tampoco serán incluidas en la resolución de conclusiones (esto mismo parece repetirse en el num. 5 del art. 28). La resolución de conclusiones es un documento que debe ser presentado por la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad y Determinación de los Hechos y Conductas al Tribunal para la Paz¹¹, en el cual se debe informar sobre las conductas que fueron reconocidas ante ella así como las sanciones correspondientes. En consecuencia, la Sala de Reconocimiento de Verdad debe entregar a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas dos listas de personas: una en donde se indique quiénes no se beneficiarán de la amnistía ni del indulto “de hecho, estos beneficios no son procedentes para agentes del Estado” y tampoco se incluirán en la resolución de conclusiones, y otra en donde señalará quiénes no serán llamados a responder ante el Tribunal de Paz, “por la razón que fuere”¹². La Sala de Definición de Situaciones Jurídicas deberá pronunciarse entonces sobre la situación de los agentes del Estado que sean mencionados en estas listas. En segundo lugar, la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas debe establecer el tratamiento que se dará a las sentencias dictadas previamente por los jueces penales con fundamento en conductas de competencia de la JEP. Dado que el num. (2) del art. 28, en el cual se establece esta función, no hace ninguna distinción al respecto, dicha Sala también es competente entonces para definir el tratamiento de las sentencias condenatorias que, por ejemplo, la justicia penal ordinaria haya proferido en contra de agentes del Estado. En tercer lugar, de acuerdo con el num. 6 del art. 28, esta Sala también debe pronunciarse sobre la situación de aquellas personas que estén siendo investigadas por conductas de competencia de la JEP y acudan ante ella, ante lo cual debe decidir si procede el beneficio de la renuncia a la persecución penal o disciplinaria o si debe remitir el caso a alguna otra Sala de la JEP¹³. La única condición que contempla el num. 6 es que la persona no pertenezca a una organización rebelde, razón por la cual los agentes del Estado también están incluidos en esta disposición.

¹¹ Ver Acuerdo Final (nota al pie 7), apartado 5.1.2., punto 48 (m).

¹² *Ibíd.*, punto 48 (p).

¹³ Como a la Sala de Reconocimiento o a la Sala de Amnistía e Indulto.

III. Calificación de la relación de la conducta con el conflicto armado

Adicionalmente, como ya se mencionó, la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas es competente para establecer la relación que las conductas sobre las cuales se debe pronunciar tienen con el conflicto armado y, además, para definir criterios de selección y priorización con el fin de organizar y hacer más eficiente su trabajo. Con relación a la primera de estas dos funciones, establecida en el num. 4 del art. 28 LA, es preciso decir que la Sala debe tomar como punto de partida lo establecido en el art. transitorio 23 previsto en el AL 01 de 4 de abril de 2017, en el cual se enuncian varios criterios para establecer cuando una conducta ha sido cometida “por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado”¹⁴. Como se explicó en el comentario del art. 9º LA incluido en esta obra, dichos criterios fueron establecidos por la Sala de Apelaciones del TPIY en el caso *Kunarac et al*¹⁵. y en general han sido desarrollados por la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales, la cual constituye un punto de referencia obligado en esta materia¹⁶.

¹⁴ De acuerdo con el art. transitorio 23 AL 01 de 2017: “Para el efecto se tendrán en cuenta los siguientes criterios: a. Que el conflicto armado haya sido la causa directa o indirecta de la comisión de la conducta punible o, b. Que la existencia del conflicto armado haya influido en el autor, partícipe o encubridor de la conducta punible cometida por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto, en cuanto a: Su capacidad para cometerla, es decir, a que por razón del conflicto armado el perpetrador haya adquirido habilidades mayores que le sirvieron para ejecutar la conducta. Su decisión para cometerla, es decir, a la resolución o disposición del individuo para cometerla. La manera en que fue cometida, es decir, a que, producto del conflicto armado, el perpetrador de la conducta haya tenido la oportunidad de contar con medios que le sirvieron para consumarla. La selección del objetivo que se proponía alcanzar con la comisión del delito”.

¹⁵ Ver TPIY, *Prosecutor v. Kunarac et al.* (IT-96-23 & IT-96-23/1-A), Appeals Chamber, Judgement, 12 de junio de 2002, párr. 58. Al respecto ver también comentarios de APONTE a los arts. 2º y 3º LA.

¹⁶ Ver comentario al art. 9º incluido en esta publicación y especialmente las notas al pie 35-37, 41-46 y 49 en donde se indica la jurisprudencia relevante. Ver, además, el art. 5º AL 01 de 2017, en el cual se establece que la calificación jurídica de las conductas en la JEP se hará con base en el CP “y/o en las normas de Derecho Internacional en materia de [...] Derecho Penal Internacional”. Aunque se debe señalar que la expresión “y/o” resulta bastante confusa, especialmente con relación a la pregunta sobre cuál debe ser el Derecho (material) aplicable y la relación entre el Derecho interno y el internacional. Con mayor razón si se tiene en cuenta que la misma norma establece que siempre se debe dar aplicación al principio de favorabilidad. Esto debe ser establecido por las instituciones que integran la JEP una vez comiencen a operar.

Estos criterios han sido acogidos por la Corte Const. para interpretar los tipos penales previstos en el Código Penal mediante los cuales se criminalizaron en el país las conductas que atentan contra personas y bienes protegidas por el DIH¹⁷. De hecho, en Colombia ya existe un desarrollo jurisprudencial importante al respecto, por ejemplo, por la CSJ¹⁸, el cual también debe ser tenido en cuenta por la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas tanto para casos que involucran miembros de las FARC como agentes del Estado.

IV. Definición de criterios de selección y priorización

6 Según el num. 3 del art. 28 LA, la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas debe determinar “los posibles mecanismos procesales de selección y priorización para quienes no reconozcan verdad y responsabilidad”, con el fin de administrar pronta y cumplida justicia. Algo similar se contempla en el num. 7 de esta misma norma, según la cual “para asegurar el funcionamiento eficiente, eficaz y célere de la JEP la Sala podrá fijar prioridades y adoptar criterios de selección y descongestión”¹⁹. Este tipo de criterios pueden afectar o ser aplicados tanto a miembros de las FARC como a civiles o a agentes del Estado. Al respecto es posible plantear varios interrogantes, relacionados especialmente con el alcance de dicha función.

¹⁷ Ver Corte Const., sent. C-291 de 25 de abril de 2007, lit. D. num. 1.2.3.

¹⁸ Al respecto ver el comentario a los arts. 2º y 3º LA en esta misma publicación. Igualmente, ver las siguientes decisiones de la CSJ: Sala de Casación Penal, sents. de 30 de marzo de 2016 (rad. 39842), párr. 4; de 30 de abril de 2014 (rad. 43248), consideración 3.5.1., págs. 51 y ss.; de 28 de agosto de 2013 (rad. 36460), consideración 3. (La violación del Derecho Internacional Humanitario), pág. 20.

¹⁹ Según el num. 7 del art. 28 LA la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas “podrá tener en cuenta las observaciones de las víctimas”. Esta disposición es problemática ya que según el Acuerdo de Paz las víctimas “*deberán* ser oídas en los supuestos de priorización y selección de casos” (cursivas por fuera del texto original), ver Acuerdo Final (nota al pie 7), apartado 5.1.2., punto 20. De manera que se debe esperar a que se expida el régimen procesal concreto de la JEP para establecer cuál será el papel real de las víctimas cuando se tomen estas decisiones. Además, ya una vez la Corte Const. se pronunció sobre la necesidad de que en casos en los que se renuncie al ejercicio de la acción penal se otorguen suficientes garantías de participación a las víctimas, sobre todo cuando se trata de desmovilizados de grupos armados frente a los cuales existe la sospecha de que han cometido crímenes graves. Al respecto ver Corte Const., sent. C-936 de 23 de noviembre de 2010, párrs. 52 y ss., mediante la cual se declaró inexecutable el num. 17 del art. 2º de la Ley 1312 de 2009, con la cual se pretendió autorizar la aplicación del principio de oportunidad a desmovilizados de los grupos de autodefensas en el marco de la LJP.

En primer lugar, se debe preguntar si en este contexto “selección” y “priorización” son conceptos distintos. Para responder a este interrogante es posible tener en cuenta las discusiones que se dieron durante el proceso de aprobación del AL 01 de 31 de julio de 2012 o MJP. Este AL incluyó el art. transitorio 66 en la Const. Pol., mediante el cual se reconoció que “tanto los criterios de priorización como los de selección son inherentes” a los instrumentos de JT²⁰. En los debates que tuvieron lugar en el Congreso de la República se precisó que los criterios de “selección” hacen referencia a criterios que permiten decidir cuáles casos se van a investigar y a juzgar y cuáles no, es decir que la selección supone renunciar al ejercicio del poder sancionador del Estado, mientras que los criterios de priorización únicamente permiten establecer en qué orden se adelantarán los procesos penales, dependiendo de cuáles conductas interesa juzgar primero y cuáles pueden esperar²¹. En el contexto de la JEP nada indica que esta distinción deba abandonarse. De hecho, el mismo art. 28 LA se esfuerza por mencionar estos dos conceptos separadamente e incluso el

²⁰ Este reconocimiento constituyó un paso importante, ya que a partir de la experiencia que se tuvo con la aplicación de LJP el Estado colombiano se vio en la necesidad de aceptar que la pretensión de investigar y juzgar todos los hechos que constituyen violaciones de DD. HH. e infracciones graves al DIH se enfrenta con obstáculos muy difíciles de superar, como la escasez de tiempo, la limitación de recursos humanos y financieros, etc. Con esta norma se quería subrayar no solamente la importancia de diferenciar entre casos graves o atroces y no graves, sino también la necesidad de seleccionar dentro del universo de casos graves aquellas violaciones que más interesa aclarar y sancionar (a pesar de que la Corte Const. en la sent. C-579 de 2013 afirmó equivocadamente que el MJP no suponía la posibilidad de dejar de investigar todas las violaciones de DD. HH., ver en especial apartado 8.3.2. (iv) (i): “la obligación de la Fiscalía General de la Nación es encausar *todas* las graves violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario, establecer si constituyen delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra y en ese caso imputarlos al menos a un responsable”). Al respecto ver COTE/TARAPUÉS, “El Marco Jurídico para la Paz y el análisis estricto de sustitución de la Constitución realizado en la sentencia C-579 de 2013”, en K. Ambos (coord.), *Justicia de transición y Constitución*, Bogotá, Edit. Temis, 2014, págs. 206 y ss., 213-215, 253, 268-261; sobre la llamada “tesis maximalista” en la investigación penal ver ZULUAGA, “Alcance del artículo 1º inciso 4º del Acto Legislativo 01 de 2012. De la consolidación de la paz y la selección y priorización en la investigación penal”, en K. Ambos (coord.), *Justicia de transición y Constitución*, Bogotá, Edit. Temis, 2014, págs. 179 y ss.; LÓPEZ, “Recomendaciones para la elaboración de estrategias de priorización de casos en el marco de la Ley de Justicia y Paz”, en *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, N° 17, julio-diciembre de 2010, págs. 63 y ss.

²¹ Ver Informe de ponencia para segundo debate en Senado al proyecto de AL núm. 14 de 2011 Senado, 094 de 2011 Cámara, en *Gaceta del Congreso*, Senado de la República, año xx, núm. 948, 7 de diciembre de 2011, Bogotá, pág. 13; Acta núm. 30 de 2012, Comisión Primera Constitucional Permanente, en *Gaceta del Congreso*, Cámara de Representantes, año xxi, núm. 269, 24 mayo 2012, Bogotá, págs. 5 y ss.

num. 7 conecta la selección de casos con la idea de descongestión, lo cual sugiere que la selección aquí también supone renunciar a la investigación y juzgamiento de ciertos casos.

8 Dado que la selección y priorización tienen efectos distintos frente a los posibles responsables de una conducta delictiva y, por lo tanto, su impacto, por ejemplo, frente a los derechos de las víctimas también es diferente, en el MJP se estableció que los criterios de priorización serían definidos por el Fiscal General de la Nación, mientras que los criterios de selección podrían ser establecidos por el Congreso de la República mediante una ley estatutaria. Sin embargo, el art. 28 LA atribuye a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas la competencia para establecer los dos tipos de criterios. Cabría preguntarse entonces sobre la conveniencia de este cambio de posición, ya que la decisión sobre los supuestos en los que es procedente la renuncia a la persecución penal, es decir la renuncia al ejercicio de una de las funciones fundamentales del Estado, pareciera ser asunto que ameritaría un mínimo de discusión democrática. En todo caso, se debe señalar que el art. transitorio 66 aún se encuentra vigente y esto podría generar problemas en el momento en que la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas quisiera ejercer esta función. Precisamente por esta razón, el art. 3º del AL 01 de 2017 modificó el inc. 4º del art. transitorio 66, diciendo que el Fiscal General de la Nación puede establecer criterios de priorización “salvo en los asuntos que sean de competencia” de la JEP y que el Congreso podría definir criterios de selección “siempre sin alterar lo establecido en el Acuerdo de creación de la JEP y en sus normas de desarrollo”. Como resultado, lo dispuesto en el art. transitorio 66 con relación a la definición de criterios de selección y priorización no sería relevante en el contexto de la JEP y en general, su pertinencia se reduciría a posibles mecanismos de JT que se instauren en el futuro por fuera de esta nueva jurisdicción.

9 Adicionalmente, al parecer, en el marco de la JEP no solo la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas tendrá la posibilidad de definir criterios de selección y priorización. De acuerdo con lo dispuesto en el Acuerdo de Paz, tanto a la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad²² como a la Unidad de Investigación y Acusación²³ también se les debe atribuir esta misma función –a pesar de que en la LA esto no se menciona–. Así las cosas, cabe preguntarse qué tan coherente será la implementación de este tipo de estrategias, si cada uno de estos órganos puede definir sus criterios de manera independiente. Por esta razón, sería conveniente que en la definición de

²² Ver Acuerdo Final (nota al pie 7), apartado 5.1.2., punto 48 (s).

²³ *Ibíd.*, punto 51 (d).

criterios de selección y priorización se tomen decisiones conjuntamente, o al menos de manera coordinada, entre los órganos competentes para ello. En el Acuerdo se intenta dar una pauta en esta dirección cuando se afirma que la Sala de Reconocimiento de Verdad debe tener en cuenta la necesidad de evitar que las conductas graves y representativas queden impunes²⁴, al tiempo que con relación a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas el Acuerdo dice que esta debe valorar las decisiones tomadas por aquella “respecto de la concentración de sus funciones en los casos más representativos”²⁵. La idea de “conductas graves y representativas” también se menciona con relación a la Unidad de Investigación y Acusación²⁶. Sin embargo, la pregunta sigue siendo cómo definir de manera articulada cuáles casos cumplen con estas características, es decir qué se entiende por “grave” y “representativo”.

Al menos con relación a los criterios de priorización es posible acudir como punto de partida a los esfuerzos realizados por la FGN una vez fue expedido el MJP. En la Directiva 001 de 4 de octubre de 2012 la FGN definió una estrategia de investigación basada en criterios de priorización, en la cual se combinaron criterios subjetivos, atendiendo a la calidad tanto de la víctima como del victimario, con criterios objetivos relativos a la gravedad de la conducta y criterios complementarios de índole procesal²⁷. Así, por ejemplo, criterios como la pertenencia de la víctima a un determinado grupo étnico que se ha visto especialmente afectado por el conflicto²⁸, el hecho de que el autor haya tenido una posición jerárquica alta y con posibilidades de influencia en el accionar de un grupo armado²⁹ y la disponibilidad de elementos probatorios³⁰,

10

²⁴ *Ibíd.*, punto 48 (s).

²⁵ *Ibíd.*, punto 50 (c) y (g).

²⁶ *Ibíd.*, punto 51 (d).

²⁷ Ver FGN, Directiva 001 de 4 de octubre de 2012, por medio de la cual se adoptan unos criterios de priorización de situaciones y casos, y se crea un nuevo sistema de investigación penal y de gestión de aquellos en la Fiscalía General de la Nación, apartado 2.2., disponible en: <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Directiva-N%C2%B0-0001-del-4-de-octubre-de-2012.pdf> (última fecha de consulta: 18 de julio de 2017). Con relación a la aplicación de criterios de priorización de casos ver Corte Const., sent. C-694 de 11 de noviembre de 2015, apartado 8.1.2.6.; en esta decisión la Corte Const. se pronunció sobre la constitucionalidad de la Ley 1592 de 2012 mediante la cual se reformó la LJP, especialmente sobre su art. 13, en donde también se otorgó a la FGN la facultad de determinar criterios de priorización en el ejercicio de la acción penal.

²⁸ *Ibíd.*, apartado V. sobre contenido y alcance de los criterios de priorización en el contexto colombiano, pág. 28-29

²⁹ *Ibíd.*

³⁰ *Ibíd.*, pág. 31.

constituyen elementos que en Colombia han sido tenidos en cuenta para priorizar la investigación de violaciones masivas de DD. HH. e infracciones graves al DIH. Incluso en esta misma Directiva se define cuándo una conducta puede ser considerada grave o representativa³¹. Adicionalmente, es posible acudir a la experiencia comparada, en especial a las estrategias de investigación implementadas internacionalmente, con el fin de encontrar puntos de referencia que puedan servir de guía³².

11 Es importante mencionar, en este sentido, el documento “Guía de priorización de casos y situaciones en la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas”³³, el cual fue publicado en el página web de la JEP en junio de 2018 y discutido en audiencia pública el 13 del mismo mes. Según se afirma en este documento: “[a] través de la implementación de medidas de priorización, la Sala busca caracterizar periódicamente su carga de trabajo para definir y organizar la atención de los casos y situaciones de su competencia, así como tomar decisiones de gestión de recursos que permitan satisfacer, progresivamente, los derechos de las víctimas y los intereses de la sociedad”³⁴. La priorización en este contexto supone entonces determinar un “orden de gestión de los casos”, así como establecer “la asignación diferenciada de recursos”³⁵. Para esto se definen criterios subjetivos que atienden tanto a las características de las víctimas como de los victimarios³⁶; criterios objetivos, entre los cuales se encuentran la gravedad y representatividad de los hechos, así como la magnitud de la victimización³⁷; y criterios complementarios, en donde se hace

³¹ Como elementos para establecer la gravedad de una conducta en esta Directiva se mencionan el grado de afectación de los derechos de las víctimas o el tipo de bienes jurídicos concretos vulnerados, así como la modalidad de ejecución (ibíd., pág. 30). Según esta misma Directiva, la representatividad supone la relevancia de los hechos para representar o ilustrar patrones criminales (ibíd., apartado 2.2.2., pág. 15).

³² Ver por ejemplo, ONU, Asamblea General, Report of the Special Rapporteur on the promotion of truth, justice, reparation and guarantees of non-recurrence, Pablo de Greiff (Doc. A/HRC/27/56), 27 de agosto de 2014, párr. 44 ss.; CPI, Office of the Prosecutor, Prosecutorial Strategy 2009-2012, 1º de febrero de 2010, párrs. 18-21.

³³ Ver Anteproyecto, Guía de priorización de casos y situaciones en la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, JEP, mayo de 2018, disponible en <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Documents/ANTEPROYECTO%20GU%c3%8dA%20DE%20PRIORIZACI%c3%93N%20SRVR.pdf> (fecha de consulta: 5 de julio de 2018).

³⁴ Ibíd., pág. 4.

³⁵ Ibíd., pág. 5.

³⁶ Ibíd., págs. 8-9.

³⁷ Ibíd., pág. 9.

referencia a la simetría en el tratamiento de los distintos actores del conflicto y a la disponibilidad de información³⁸. Sin embargo, este documento permite plantear de nuevo la pregunta sobre la diferencia entre priorización y selección, ya que en el art. 19 del proyecto de ley estatutaria de la JEP aprobado en conciliación en el Congreso de la República –y que no ha entrado en vigencia en el momento de preparación de este comentario– se establecen algunos criterios de selección, dando la posibilidad de que se renuncie al ejercicio de la acción penal frente a casos no seleccionados³⁹. Pues bien, criterios como la gravedad de los hechos, las condiciones de vulnerabilidad de las víctimas y la participación determinante de los responsables de los crímenes aparecen tanto en el documento socializado por la JEP como en esta disposición, lo que permite suponer que la misma circunstancia podría ser tenida en cuenta tanto para priorizar como para seleccionar.

De cualquier manera, se debe advertir que el solo hecho de pertenecer a un determinado tipo de grupo no constituiría por sí mismo un criterio legítimo, desde la perspectiva del Acuerdo de Paz, para seleccionar o no un caso específico o para priorizar su trámite. Esta sería una de las consecuencias del art. 9º LA, que establece que a los agentes del Estado se les dará un tratamiento penal especial diferenciado, pero siempre “simétrico, equitativo, equilibrado y simultáneo”⁴⁰. El trámite prioritario de los casos de agentes del Estado por encima de los casos de exguerrilleros, tanto para conceder algún tipo de beneficio como para imponer una sanción, implicaría un incumplimiento del principio contemplado en dicho art. 9º.

12

V. Otras facultades de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas previstas en el Título III, relevantes para la aplicación de las normas contempladas en el Título IV

De acuerdo con el inc. 1º del art. 44 LA, la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas tiene la función de conceder a los agentes del Estado la renuncia a persecución penal. Empero, según el art. 31 de esta misma Ley, dicha Sala puede adoptar un espectro amplio de decisiones relacionadas tanto con los procesos que cursan en contra de las personas que deben comparecer ante la JEP en general, como, concretamente, con la privación de la libertad o no de la

13

³⁸ *Ibíd.*, pág. 10.

³⁹ Ver Informe de conciliación al proyecto de ley estatutaria 08 de 2017 Senado y 016 de 2017 Cámara, *Gaceta del Congreso*, Senado y Cámara, Año XXVI, No. 1109, 28 de noviembre de 2017.

⁴⁰ En este mismo sentido ver art. transitorio 21 AL 01 de 2017.

persona en cuestión, incluso cuando se trata de agentes del Estado⁴¹. Como se explicará más adelante con relación a los arts. 45, 46 y 47 LA, esta Sala puede ordenar que los procesos penales que se adelantan en contra de los agentes del Estado sean clausurados, independientemente del estado o etapa en que se encuentren. Además, también podrá tomar las decisiones pertinentes con relación a la privación de la libertad de los agentes del Estado, al declarar por ejemplo que ya han cumplido la pena impuesta o al conceder la “libertad transitoria anticipada y condicionada”.⁴² Para esto, el art. 31 LA además de mencionar la renuncia a la persecución penal, también hace referencia a la cesación de procedimiento, a la suspensión de la ejecución de la pena y a la extinción de responsabilidad por cumplimiento de la sanción, así como a “las demás resoluciones necesarias para definir la situación jurídica” de quienes comparezcan ante ella.

⁴¹ Ver comentario del art. 31 en esta publicación.

⁴² Ver comentario de los arts. 51 y ss. en esta publicación.

CAPÍTULO II

MECANISMOS DE TRATAMIENTO ESPECIAL DIFERENCIADO PARA AGENTES DEL ESTADO

Artículo 45. *Mecanismos de tratamiento especial diferenciado para agentes del Estado.* La Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la Jurisdicción Especial para la Paz, en aplicación del principio de favorabilidad regulado en esta ley, aplicará cualquiera de los mecanismos de resolución definitiva de la situación jurídica a los agentes del Estado, entre ellos la renuncia a la persecución penal, a quienes hayan sido condenados, procesados o señalados de cometer conductas punibles por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, de conformidad con los criterios establecidos en el siguiente artículo.

Documento: Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, versión de 24 de noviembre de 2017, disponible en: <https://www.mesadeconversaciones.com.co/comunicados/acuerdo-final-para-la-terminaci%C3%B3n-del-conflicto-y-la-construcci%C3%B3n-de-una-paz-estable-y-1> (última fecha de consulta: 24 de julio de 2017).

I. Introducción

El art. 45 LA contiene una disposición bastante similar a lo dispuesto en el art. 44 de esta misma Ley, de manera que su pertinencia puede ser cuestionada. Para entender varios de sus elementos basta remitirse a otras normas de la Ley 1820 así como al comentario respectivo. El art. 45 reitera que la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas es competente para conceder a los agentes del Estado¹ el beneficio de la renuncia a la persecución penal, beneficio que, tal y como el mismo art. 45 lo indica, se encuentra regulado con mayor detalle en las disposiciones subsiguientes (arts. 46 a 50 LA). Asimismo, el art.

¹ Sobre el concepto de “agentes del Estado” ver comentario al art. 9º incluido en esta obra.

45 establece nuevamente que dicho beneficio solo procede frente a conductas punibles que hayan sido cometidas “por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado”². Se deben resaltar, sin embargo, dos puntos en especial. En primer lugar, la frase “cualquiera de los mecanismos de resolución definitiva de la situación jurídica” y, en segundo lugar, la referencia al principio de favorabilidad. A pesar de que el art. 45 menciona primero el principio de favorabilidad, en lo que sigue se hará referencia a ellos en el orden anunciado, con el fin de facilitar su comprensión.

II. Mecanismos de resolución definitiva de la situación jurídica, entre ellos la renuncia a la persecución penal

2 Del art. 45 se desprende que la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas puede resolver la situación jurídica de agentes del Estado de diferentes maneras; la renuncia a la persecución penal constituye solo una de ellas. Como formas de resolver la situación jurídica se pueden mencionar todas las decisiones orientadas a evitar el comienzo de una investigación penal o a terminar un proceso penal en curso, en concordancia con lo dispuesto en el art. 31 LA³, así como las decisiones relacionadas con la puesta en libertad de una persona, por ejemplo, como consecuencia del beneficio denominado “libertad transitoria condicionada y anticipada”, regulado en los art. 51 y ss.⁴. Aspectos como el estado procesal en el que se encuentra una causa específica o el hecho de que el agente del Estado en cuestión ya haya sido condenado, no son impedimentos para que la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas pueda pronunciarse al respecto. Frente a este último supuesto se debe tener en cuenta que también es función de esta Sala “[d]efinir el tratamiento que se dará a las sentencias impuestas previamente por la justicia” ordinaria⁵. Por esta razón, el art. 45 dice: “[...] a quienes hayan sido *condenados, procesados*

² Al respecto ver el comentario a los arts. 2º, 3º, 7º, 8º, 9º, 23 (a) y 28 (4) incluidos en esta misma obra.

³ Por ejemplo la cesación de procedimiento o la suspensión de la ejecución de la pena. Ver comentario al art. 31 incluido en esta misma publicación.

⁴ Este concepto se encuentra definido precisamente en el art. 51; ver comentario en esta misma obra.

⁵ Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, versión de 24 de noviembre de 2017, apartado 5.1.2., punto 50 (b). Disponible en: <https://www.mesadeconversaciones.com.co/comunicados/acuerdo-final-para-la-terminaci%C3%B3n-del-conflicto-y-la-construcci%C3%B3n-de-una-paz-estable-y-1> (última fecha de consulta: 24 de julio de 2017).

o *señalados* de cometer [...]” (cursivas por fuera del texto original). Incluso, una de las decisiones que puede tomar esta Sala con relación a los agentes del Estado y que no se menciona expresamente en la LA, pero que va de la mano con lo dispuesto en el art. 28 (2) LA⁶, es la solicitud que puede hacer a la Sección de Revisión del Tribunal para la Paz, para que esta sustituya la sanción penal proferida por la justicia ordinaria por las sanciones propias de la JEP, en aquellos casos en que no es procedente la renuncia a la persecución penal⁷, pero el condenado ha cumplido las condiciones impuestas respecto a la satisfacción de los derechos de las víctimas⁸.

III. En aplicación del principio de favorabilidad regulado en esta ley

Para definir cuál es la decisión procedente en cada caso, siempre se debe tener en cuenta el principio de favorabilidad, el cual también está consagrado en el art. 11 LA como uno de los principios que deben orientar la interpretación y aplicación de esta Ley⁹. Se debe advertir, como se hizo a propósito del art. 21 LA, que la Ley 1820 en realidad no regula dicho principio, ya que en ninguna de sus disposiciones se precisa su contenido o alcance¹⁰, así que se debe acudir a la normativa y a la jurisprudencia “ordinarias” al respecto. De cualquier manera, tal y como sucede con relación a la Sala de Amnistía e Indultos, el principio de favorabilidad en este contexto también tiene doble connotación¹¹. Por un lado, hace las veces de criterio de interpretación, según el cual ante disposiciones confusas que den lugar a varias interpretaciones, se debe optar

3

⁶ De acuerdo con el art. 28 (2) LA la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas debe definir el tratamiento que se dará a las sentencias impuestas previamente por la justicia ordinaria. Ver comentario al respecto en esta misma obra.

⁷ Los requisitos para conceder la renuncia a la persecución penal están definidos en los arts. 46 y 47 LA.

⁸ Este supuesto se encuentra contemplado en el art. transitorio 11 (sobre “Sustitución de la sanción penal”) del AL 01 expedido el 4 de abril de 2017. Aunque esta disposición hace referencia a la “Sala de Revisión”, en realidad se alude a la “Sección de Revisión” del Tribunal de Paz, pues las salas que componen la JEP no hacen parte del Tribunal para la Paz, el cual está compuesto justamente por secciones. La referencia a la “Sala de Revisión” es entonces un error, de manera que el art. transitorio 11 debe interpretarse conforme al lenguaje utilizado desde el Acuerdo de Paz. Al respecto ver Acuerdo Final (nota al pie 5), apartado 5.1.2., punto 52. Sobre los derechos de las víctimas en el marco de la LA ver el comentario a los art. 14, 33 y 50.

⁹ Ver comentario al art. 11 LA incluido en esta misma publicación.

¹⁰ Ver comentario al art. 21 LA incluido en esta misma publicación.

¹¹ En este sentido ibíd.

por aquella que resulte más beneficiosa para la persona, en este caso agentes del Estado, que han solicitado se les resuelva su situación jurídica, por ejemplo, mediante la concesión de la renuncia a la persecución penal. Por otro lado, como criterio orientador ante cambios normativos o sucesión de normas en el tiempo. Se debe resaltar que así como la amnistía o el indulto deben ser otorgados de la forma más amplia posible, lo cual explica también la referencia al principio de favorabilidad en el art. 21 LA, los beneficios dirigidos a los agentes del Estado y que deben ser concedidos por la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas (como la renuncia a la persecución penal), deben aplicarse siguiendo el mismo criterio. Esto explica la referencia al principio de favorabilidad que se hace en la disposición que aquí se comenta, la cual es similar a la contenida precisamente en el art. 21. Esto sería, además, otra consecuencia del principio previsto en el art. 9º LA, en el sentido de que el tratamiento penal especial que reciban los agentes del Estado en la JEP debe ser “simétrico, equitativo [y] equilibrado” con relación al que reciben los miembros de las FARC.

Artículo 46.* *De la renuncia a la persecución penal.* La renuncia a la persecución penal es un mecanismo de tratamiento penal especial diferenciado para agentes del Estado propio del sistema integral mediante el cual se extingue la acción penal, la responsabilidad penal y la sanción penal, necesario para la construcción de confianza y facilitar la terminación del conflicto armado interno, debiendo ser aplicado de manera preferente en el sistema penal colombiano, como contribución al logro de la paz estable y duradera.

Este mecanismo no procede cuando se trate de:

1. Delitos de lesa humanidad, el genocidio, los [graves] crímenes de guerra, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma.

2. Delitos que no fueron cometidos por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado.

3. Delitos contra el servicio, la disciplina, los intereses de la Fuerza Pública, el honor y la seguridad de la fuerza pública, contemplados en el Código Penal Militar.

Literatura: KAI AMBOS, “La Ley de Amnistía (Ley 1820 de 2016) y el marco jurídico internacional”, en K. Ambos *et al.* (ed.), *Justicia transicional y derecho penal internacional*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, págs. 119-166; KAI AMBOS, *Treatise on International Criminal Law*, Vol. II: The Crimes and Sentencing, Oxford, Oxford University Press, 2014; ANTONIO CASSESE, *Cassese’s International Criminal Law*, 3ª edición, Oxford, Oxford University Press, 2013; GUSTAVO COTE, “El carácter abierto del concepto de crímenes de lesa humanidad y la Jurisdicción Especial para la Paz: retos para la legalidad en la persecución de crímenes internacionales a nivel nacional”, en D. Tarapués/A. Murillo (coord.), *Contribuciones al derecho contemporáneo*, tomo I: Derechos Humanos y justicia transicional, Bogotá-Cali, Editorial Dike, 2018, págs. 73-113; GUSTAVO COTE, *Rückwirkung und die Entwicklung der internationalen Verbrechen: Elemente einer allgemeinen*

* El aparte entre corchetes fue declarado inexecutable por la Corte Const. en sent. C-007 de 1º de marzo de 2018.

Konzeption des nullum-crimen-sine-lege-Prinzips im Völkerstrafrecht, Berlin, Duncker und Humblot, 2018; MICHAEL COTTIER, “Article 8”, en O. Triffterer/K. Ambos (ed.), *The Rome Statute of the International Criminal Law. A Commentary*, 3ª ed., München, C. H. Beck y otras, 2016, págs. 295-321; ROBERT CRYER/ HÅKAN FRIMAN/ DARRYL ROBINSON/ ELIZABETH WILMSHURST, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 3ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2014; MARGARET DE GUZMAN, “Article 21”, en O. Triffterer/K. Ambos (ed.), *The Rome Statute of the International Criminal Law. A Commentary*, 3ª ed., München, C.H. Beck y otras, 2016, págs. 932-948; WARD FERDINANDUSSE, *Direct Application of International Criminal Law in National Courts*, The Hage, TMC Asser Press, 2006; ERKIN GADIROV/ROGER CLARK, “Article 9”, en O. Triffterer/K. Ambos (ed.), *The Rome Statute of the International Criminal Law. A Commentary*, 3ª ed., München, C. H. Beck y otras, 2016, págs. 619-643; PAOLA GAETA, “Grave Breaches of the Geneva Conventions”, en A. Clapham *et al.* (ed.), *The 1949 Geneva Conventions. A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2015, págs. 615-646; KENNETH GALLANT, *The Principle of Legality in International and Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010; BRYAN GARNER (ed. in chief), *Black’s Law Dictionary*, 10ª ed., St. Paul (Minn.), Thomson Reuters, 2014; CHRISTOPHER HALL/KAI AMBOS, “Article 7”, en O. Triffterer/K. Ambos (ed.), *The Rome Statute of the International Criminal Law. A Commentary*, 3ª ed., München, C. H. Beck y otras, 2016, págs. 153-177; CHRISTOPHER HALL/JOSEPH POWDERLY/ NIAMH HAYES, “Article 7”, en O. Triffterer/K. Ambos (ed.), *The Rome Statute of the International Criminal Law. A Commentary*, 3ª ed., München, C. H. Beck y otras, 2016, págs. 206-225; ALAIN PELLET, “Article 38”, en A. Zimmermann *et al.* (ed.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press, págs. 731-870; ROD RASTAN/MOHAMED BADAR, “Article 11”, en O. Triffterer/K. Ambos (ed.), *The Rome Statute of the International Criminal Law. A Commentary*, 3ª ed., München, C. H. Beck y otras, 2016, págs. 657-671; DARRYL ROBINSON, “Crimes against Humanity. A Better Policy on ‘Policy’”, en C. Stahn (ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford, Oxford University Press, 2015, págs. 705-731; CLAUD ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, Madrid, Editorial Civitas, 1997; WILLIAM SCHABAS, *The International Criminal Court. A Commentary*, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2016; FERNANDO VELÁSQUEZ, *Manual de derecho penal. Parte general*, 5ª ed., Bogotá, Ediciones Andrés Morales, 2013; GERHARD WERL/FLORIAN JESSBERGER, *Völkerstrafrecht*, 4ª ed., Tübingen, Mohr Siebeck, 2016.

Jurisprudencia internacional: TESL, Prosecutor v. Alex Tamba Brima *et al.* (SCSL-2004-16-A), Appeals Chamber, Judgment, 22 de febrero de 2008; TESL, Prosecutor v. Sam Hinga Norman (SCSL-2004-14-AR72(E)), Appeals Chamber, Decision on Preliminary Motion based on Lack of Jurisdiction (Child Recruitment), 21 de mayo de 2004; TPIY, Prosecutor v. Kupreškić *et al.* (IT-95-16-T), Trial Chamber, Judgment, 14 de enero de 2000; TPIY, Prosecutor v. Kunarac *et al.* (IT-96-23-T & IT-96-23/1-T), Trial Chamber, Judgment, 22 de febrero de 2001; TPIY, Prosecutor v. Kunarac *et al.* (IT-96-23 & IT-96-23/1-A), Appeals Chamber, Judgment, 12 de junio de 2002; TPIY, Prosecutor v. Miroslav Kvočka *et al.* (IT-98-30/1-T), Trial Chamber, Judgment, 02 de noviembre de 2001; ICTY, Prosecutor v. Blaškić (IT-95-14-T), Trial Chamber, Judgment, 3 de marzo de 2000; TPIR, Prosecutor v. Eliézer Niyitegeka (ICTR-96-14-T), Trial

Chamber I, Judgement and Sentence, 16 de mayo de 2003; TPIR, Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu ICTR-96-4-T, Trial Chamber I, Judgement, 02 de septiembre de 1998; TPIR, Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana (ICTR-95-1-T), Trial Chamber II, Judgement, 21 de enero de 1999; CPI, Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui (ICC-01/04-01/07), Pre-Trial Chamber I, Decision on the confirmation of charges, 30 de septiembre de 2009; TPIR, Prosecutor v. Clement Kayishema and Obed Ruzindana (ICTR-95-1-T), Trial Chamber II, Judgement, 21 de mayo de 1999; CPI, Prosecutor v. Lubanga Dylio (ICC-01/04-01/06), Pre-Trial Chamber I, Decision on the confirmation of charges, 29 de enero de 2007; CPI, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo (ICC-01/04-01/06), Trial Chamber I, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, 14 de marzo de 2012; CPI, Prosecutor v. Germain Katanga (ICC-01/04-01/07), Trial Chamber II, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, 7 de marzo de 2014; CPI, Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo (ICC-01/05-01/08), Pre-Trial Chamber III, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, 15 de junio de 2009.

Jurisprudencia nacional: Corte Const., sents. C-007 de 1º de marzo de 2018, C-578 de 30 de julio de 2002, C-620 de 18 de agosto de 2011, C-578 de 30 de julio de 2002, C-148 de 22 de febrero de 2005, C-317 de 2 de mayo de 2002, C-177 de 14 de febrero de 2001 y C-579 de 28 de agosto de 2013; CE, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sents. de 13 de abril de 2016 (rad. 05001-23-31-000-2006-03424-01(47924)); CE, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sent. de 23 de marzo de 2017 (rad. 05001-23-31-000-2006-03647-01(50941)); CE, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sent. de 7 de septiembre de 2015 (rad. 11001-03-15-000-2015-01676-00(AC)); CSJ, Sala de Casación Penal, sents. de 23 de noviembre de 2016 (rad. 44312); CSJ, Sala de Casación Penal, sent. de 6 de junio de 2012 (rad. 35637); CSJ, Sala de Casación Penal, sent. de 23 de mayo de 2012 (Proceso nº 34180); CSJ, Sala de Casación Penal, sent. de 28 de agosto de 2013 (rad. 36460); CSJ, Sala de Casación Penal, sent. de 30 de abril de 2014 (rad. 43248); CSJ, Sala de Casación Penal, sent. de 5 de octubre de 2016 (rad. 42039).

Otros documentos: Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, versión del 24 de noviembre de 2017, disponible en: <https://www.mesadeconversaciones.com.co/comunicados/acuerdo-final-para-la-terminaci%C3%B3n-del-conflicto-y-la-construcci%C3%B3n-de-una-paz-estable-y-1> (última fecha de consulta: 13 de febrero de 2017); Exposición de Motivos, Proyecto de Ley número 01 de 2016 Senado, por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales, en: http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=1790&p_numero=01&p_consec=46902 (última fecha de consulta: 21 de febrero de 2017); Informe de ponencia para primer debate en comisiones conjuntas al proyecto de ley número 01 de 2016 Senado, 001 de 2016 Cámara por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales, en: http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=22&p_numero=001&p_consec=46930 (última fecha de consulta: 29 de julio de 2017); Informe de ponencia segundo debate proyecto de ley 001 de 2016 Cámara, 01

de 2016 Senado, por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto, tratamientos penales especiales y otras disposiciones, en: http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=27&p_numero=001&p_consec=47053 (última fecha de consulta: 29 de julio de 2017); Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, en *Yearbook of the International Law Commission, 1996*, vol. II, Part Two; ONU, Consejo de DDHH, Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Philip Alston (doc. A/HRC/14/24/Add.2), 31 de marzo de 2010; Informe anual de la Comisión Interamericana de DDHH 2009, Capítulo IV, Colombia, disponible en: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/cap.4Colo.09.sp.htm> (última fecha de consulta: 31 de julio de 2017); Informe anual de la Comisión Interamericana de DDHH 2010, Capítulo IV, Colombia, disponible en: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2010sp/indice2010.htm> (última fecha de consulta: 31 de julio de 2017); Office of the Prosecutor, Informe sobre las actividades de examen preliminar (2016), Situación en Colombia, 14 de noviembre de 2016, disponible en: <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/161114-otp-rep-PE-Colombia.pdf> (última fecha de consulta: 31 de julio de 2017); Office of the Prosecutor, Informe sobre las Actividades de Examen Preliminar (2015), Situaciones en Colombia y Honduras, 12 de noviembre de 2015, disponible en: <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/OTP-PE-rep-2015-Spa.pdf> (última fecha de consulta: 31 de julio de 2017); Comisión Interamericana de DDHH, Informe de País - Colombia: Verdad, Justicia y Reparación (doc. Doc. 49/13), 31 de diciembre de 2013, en: <http://www.oas.org/es/cidh/docs/pdfs/Justicia-Verdad-Reparacion-es.pdf> (última fecha de consulta: 31 de julio de 2017); Informe de conciliación al proyecto de ley estatutaria 08 de 2017 Senado y 016 de 2017 Cámara, Gaceta del Congreso, Senado y Cámara, Año XXVI, No. 1109, 28 de noviembre de 2017; Anteproyecto, Guía de priorización de casos y situaciones en la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, JEP, mayo de 2018, disponible en <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Documents/ANTEPROYECTO%20GU%c3%8dA%20DE%20PRIORIZACI%c3%93N%20SRVR.pdf> (última fecha de consulta: 5 de julio de 2018); Informe de conciliación al proyecto del ley 225/18 Senado- 239/18 Cámara “por medio del cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la jurisdicción especial para la paz”.

I. Introducción

1 Una de las formas mediante las cuales la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas puede resolver la situación de los agentes del Estado es concediendo la renuncia a la persecución penal. Dicho beneficio puede tener uno de tres efectos, dependiendo del momento en el que se encuentren los procesos penales adelantados por la justicia penal ordinaria con relación a los cuales este se concede. Como se indica en el art. 46 LA, la renuncia a la persecución penal puede extinguir la acción penal, la responsabilidad penal o la sanción penal. Si se extingue la acción penal, esta ya no se puede ejercer, lo cual implica que ya no es posible acusar al interesado si el proceso penal en cuestión se encuentra en una etapa previa al juzgamiento o juicio, mientras que si ya tuvo lugar la

acusación, el proceso debe terminar pues la decisión de la Sala extingue también la responsabilidad penal, de manera que un pronunciamiento en términos sustanciales al respecto ya no es necesario; igualmente, si la persona ya ha sido condenada y existe una sanción penal vigente, esta queda sin efectos. Sin embargo, se debe aclarar que el pronunciamiento de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas no es suficiente para que se concreten estos efectos, no obstante el tenor literal del art. 46 LA. Para entender la manera en que debe operar este beneficio, se deben diferenciar dos momentos. En primer lugar, se debe proferir la decisión de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas en el sentido de conceder la renuncia a la persecución penal, para lo cual dicha Sala debe verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos sobre todo en el art. 46 LA, así como dar cumplimiento al procedimiento dispuesto en el art. 47 LA¹. En segundo lugar, para materializar la decisión mediante la cual se otorgó el beneficio, la autoridad judicial del proceso penal concreto “por ejemplo el fiscal delegado que adelante la instrucción en el marco de la Ley 600 de 2000 o el juez de conocimiento en el marco de la Ley 906 de 2004” debe tomar la decisión correspondiente para darlo por terminado. Es decir, el pronunciamiento de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas por sí mismo no termina el o los procesos penales existentes en contra de los agentes del Estado. Se requiere, como lo dispone el art. 47, que la autoridad judicial competente en cada caso “materialice” el beneficio concedido en la JEP.

De acuerdo con el primer inciso del art. 46 LA la renuncia a la persecución penal se debe aplicar “de manera preferente en el sistema penal colombiano”. No es claro a qué se refiere la LA con el término “preferente”. Ni en la exposición de motivos ni en las ponencias presentadas para los debates que tuvieron lugar en la Cámara de Representantes y en el Senado de la República se encuentra una explicación al respecto². Una posible interpretación podría

2

¹ Ver comentario al art. 47 en esta misma publicación.

² Ver Exposición de Motivos, Proyecto de Ley 01 de 2016 Senado, por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales, disponible en: http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=1790&p_numero=01&p_consec=46902 (fecha de consulta: 21 de febrero de 2017); Informe de ponencia para primer debate en comisiones conjuntas al proyecto de ley número 01 de 2016 Senado, 001 de 2016 Cámara por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales, en: http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=22&p_numero=001&p_consec=46930 (última fecha de consulta: 29 de julio de 2017); Informe de ponencia segundo debate proyecto de ley 001 de 2016 Cámara, 01 de 2016 Senado, por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto, tratamientos penales especiales y otras disposiciones, disponible en: http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=27&p_numero=001&p_consec=47053 (última fecha de consulta: 29 de julio de 2017).

ser, sin embargo, que los jueces y fiscales deben dar cumplimiento de manera expedita a las decisiones que tome la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas en el sentido de otorgar la renuncia, de tal forma que la terminación de los procesos penales que cursen en contra de los agentes del Estado a quienes se otorgue este beneficio no quede suspendida en el tiempo, sujeta a que primero sean resueltos otro tipo de asuntos. Esta interpretación se explica en la necesidad de evitar privaciones de la libertad que ya no tienen fundamento legal, lo cual se ve confirmado con lo dispuesto en el Decreto 706 del 3 de mayo de 2017, mediante el cual se tomaron medidas con relación a la suspensión de órdenes de captura y sustitución de medidas de aseguramiento de agentes del Estado y se previó la procedencia del recurso de *habeas corpus* en el marco de la Ley 1820 de 2016³.

3 El art. 46 enumera, además, los casos en los que no procede la renuncia a la persecución penal. A continuación se plantearán algunas reflexiones sobre cada uno de los tres grupos de casos enunciados en esta norma, con especial énfasis en el num. 1 en el que se alude a varios tipos penales así como a los crímenes internacionales nucleares o *core crimes* y al ER.

II. Crímenes internacionales y tipos penales consagrados en el Código Penal colombiano (num. 1)

4 El art. 46 (1) LA enuncia como casos en los que no procede la renuncia a la persecución penal varios tipos de crímenes. Esta disposición hace referencia, en primer lugar, a los *core crimes* (crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra)⁴ y seguidamente menciona varios tipos penales, aparentemente con base en el CP. Se debe advertir que esta lista de conductas fue definida desde el Acuerdo de Paz⁵ mismo y se encuentra en varias normas de la LA, por ejemplo en el lit. (a) del parágrafo del art. 16⁶, por lo tanto también excluye la aplicación de los demás beneficios aquí previstos. Por esta razón,

³ La procedencia del *habeas corpus* respecto a los miembros de las FARC se previó igualmente en el art. 1º del Decreto 700 de 2 de mayo del mismo año.

⁴ El crimen de agresión, definido en el art. 8bis ER, no es relevante en el conflicto armado colombiano.

⁵ Ver Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, versión de 24 de noviembre de 2017, apartado 5.1.2., punto 40. Disponible en: <https://www.mesadeconversaciones.com.co/comunicados/acuerdo-final-para-la-terminaci%C3%B3n-del-conflicto-y-la-construcci%C3%B3n-de-una-paz-estable-y-1> (última fecha de consulta: 13 de febrero de 2017).

⁶ Ver comentario al art. 16 incluido en esta publicación. Esta lista de crímenes también se encuentra en los arts. 30 (1), 47, 52 (2) y 57 (2) LA.

sin perjuicio de los comentarios hechos a cada una de estas disposiciones en esta obra, las consideraciones que aquí se presentan no son pertinentes solamente para la renuncia a la persecución penal y pueden tenerse en cuenta en general para la aplicación de la LA.

Esta enunciación de conductas genera varios interrogantes, debido a que, para la aplicación de la Ley 1820 de 2016, exige una interpretación que puede ser denominada *paralela* tanto del Derecho penal colombiano como del DI, sin que sea del todo claro cómo se deben articular estos dos ordenamientos. De hecho, el punto de partida para analizar esta disposición se encuentra en el AL 01 de 2017, especialmente en los arts. transitorios 5º y 22 incorporados en la Const. Pol., los cuales hacen referencia a la calificación jurídica de las conductas en el marco de la JEP.

Según el art. transitorio 22, en la JEP la calificación jurídica de las conductas se debe basar, “con estricta sujeción al artículo 29 de la Constitución Política”⁷, en el CP vigente en el momento en que tuvieron lugar los hechos relevantes. Seguidamente, esta misma disposición hace referencia a “las normas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y de Derecho Internacional Humanitario (DIH)”, sin especificar en qué sentido se deben tomar en cuenta estos tres ordenamientos jurídicos para realizar la adecuación típica de las conductas. Es decir, la norma no aclara cómo deben interactuar estos tres ordenamientos jurídicos y en últimas abre un gran interrogante sobre cuál debe ser el Derecho material aplicable. Esta situación resulta aún más confusa si se tiene en cuenta que tanto en el Acuerdo de Paz como en el inc. 7º del art. transitorio 5º AL 01 de 2017 se menciona además el DPI, con el agravante de que entre la mención al CP y al DIDH se incluyó la expresión “y/o”⁸, lo cual sugiere que el DI aquí está llamado a ser más que un simple criterio de interpretación del Derecho interno. Varias preguntas quedan, por consiguiente, abiertas: ¿qué quiere decir exactamente “y/o” en este contexto?; ¿en la JEP es posible aplicar directamente normas internacionales para realizar la calificación jurídica de las conductas?; ¿qué sucede si hay criterios divergentes entre el Derecho Penal nacional y el internacional o si el DI mismo no es uniforme respecto a un asunto determinado?; ¿cuál ordenamiento jurídico debe

⁷ El art. 29 de la Const. Pol. contempla varias garantías judiciales, entre ellas el principio de legalidad en el inc. 2º de la siguiente manera: “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”.

⁸ El inc. 7º del art. transitorio 5º dice en este sentido: “[...] calificación que se basará en el Código Penal colombiano y/o en las normas de Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos (DIDH), Derecho Internacional Humanitario (DIH) o Derecho Penal Internacional (DPI)” (cursivas por fuera del texto original).

prevalecer?; ¿además de la definición de los crímenes ¿también son relevantes en la JEP las formas de imputación desarrolladas en el DPI? El único criterio interpretativo que se menciona no solamente en el art. 46 LA sino también en las demás disposiciones aquí citadas es el principio de favorabilidad. De esta manera, por ejemplo, si en un caso son aplicables dos definiciones de un mismo crimen, se debería optar por la definición que resulte más favorable para la persona en cuestión⁹. Como consecuencia, en algunos casos podría ser prevalente el Derecho Penal colombiano, mientras que en otros lo sería el DI, con lo cual se daría lugar a una especie de *relación dinámica* entre estos dos niveles normativos.

7 Con relación a la calificación jurídica de las conductas, la Corte Const. afirmó, en todo caso, que debería llevarse a cabo de forma armónica con el DI. Según la Corte, no se debe perder de vista que la calificación jurídica de las conductas tiene en la JEP diversas finalidades, es decir, con ella no se busca solamente imponer sanciones, sino también conceder beneficios¹⁰. En consecuencia, y acudiendo al principio de favorabilidad, al realizar la adecuación típica no se debe perder de vista que la finalidad del Acuerdo de Paz –y de la LA– es conceder la amnistía más amplia posible¹¹. En consecuencia, teniendo en cuenta la diversidad de fuentes del Derecho previstas en este contexto, los órganos que integran la JEP deberán evaluar “si existe un estándar que, en una interpretación armónica de los órdenes normativos citados, prohíba la concesión de la amnistía”¹².

8 De todas maneras, es fundamental que esto sea definido caso a caso por las salas y secciones de la JEP. A pesar de que este no es el lugar para realizar un análisis detallado de cada crimen, en lo que sigue se presentarán algunas consideraciones generales sobre las conductas enunciadas en el art. 46 (1) LA.

III. “Crímenes de lesa humanidad” como concepto abierto

9 La primera conducta, o mejor, el primer tipo de conductas que se enuncian en el art. 46 (1) LA son los *crímenes de lesa humanidad*. Al respecto se debe señalar, en primer lugar, que el ordenamiento jurídico colombiano no define este concepto de manera autónoma; ni siquiera se encuentra mencionado en el CP. La única definición disponible desde el punto de vista normativo (no

⁹ Al respecto ver comentario de COTE al art. 9 LA y de SÁNCHEZ al art. 11 LA.

¹⁰ Ver Corte Const., sent. C-007 de 1º de marzo de 2018, párr. 416.

¹¹ *Ibíd.*, párr. 398.

¹² *Ibíd.*, párr. 416.

jurisprudencial)¹³, se encuentra en el art. 15 de Ley 1719 de 2014, mediante la cual se tomaron diferentes medidas en favor de quienes han sido víctimas de violencia sexual en el marco del conflicto armado. Esta disposición no menciona ninguna conducta en particular y solo reproduce el elemento contextual de los crímenes de lesa humanidad tal como está formulado en el art. 7 ER (“*como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil*”)¹⁴, además de remitirse expresamente a esta norma y al documento denominado “Elementos de los crímenes”¹⁵. Sin embargo, a diferencia de la remisión que hace la Ley 1719, como ya se mencionó, tanto el Acuerdo de Paz como el AL 01 de 2017 mencionan al DPI como punto de referencia para realizar la adecuación típica de las conductas en el marco de la JEP, sin hacer ninguna diferenciación, por ejemplo, entre los distintos tribunales o instrumentos en los que se han definido los crímenes internacionales. En consecuencia, se debe tener en cuenta que el concepto de “crímenes de lesa humanidad” abarca una variedad de conductas, las cuales han sido

¹³ El concepto de crímenes de lesa humanidad ha sido tratado por la jurisprudencia colombiana en varias ocasiones, y esta debe ser tenida en cuenta por los órganos que integran la JEP. Ver por ejemplo: Corte Const., sents. C-578 de 30 de julio de 2002, apartado 2.2.; C-620 de 18 de agosto de 2011, párrs. 82 y ss.; CSJ, Sala de Casación Penal, sents. de 23 de noviembre de 2016 (rad. 44312), apartados 2.1. y 2.2., y de 6 de junio de 2012 (rad. 35637), apartado 5.9.

¹⁴ Al respecto ver AMBOS, *Treatise on International Criminal Law*, Vol. II: The Crimes and Sentencing, Oxford, Oxford University Press, 2014, págs. 59 y ss.; CRYER *et al.*, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 3^a ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2014, págs. 33 y ss.; ROBINSON, “Crimes against Humanity. A Better Policy on ‘Policy’”, en C. Stahn (ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford, Oxford University Press, 2015, págs. 707 y ss.; SCHABAS, *The International Criminal Court. A Commentary*, 2^a ed., Oxford, Oxford University Press, 2016, págs. 171 y ss.; HALL/AMBOS, “Article 7”, en O. Triffterer/K. Ambos (ed.), *The Rome Statute of the International Criminal Law. A Commentary*, 3^a ed., München, C. H. Beck y otras, 2016, págs. 167 y ss.

¹⁵ Este documento fue aprobado por la Asamblea de Estados Parte del ER en su primera sesión (3-10 de septiembre de 2002). De acuerdo con el art. 9 ER, los “Elementos de los Crímenes” deben ayudar a la CPI en la interpretación y aplicación de los arts. 6, 7 y 8 ER. Sin embargo, y a pesar de que también están nombrados en el art. 21 (1) (a) ER como una de las fuentes aplicables, dicho documento no tiene fuerza vinculante para la CPI, o al menos no en el mismo sentido que el ER. Los “Elementos de los crímenes” se encuentra disponibles, en diferentes idiomas, en: http://legal.un.org/icc/asp/1stsession/report/first_report_contents.htm (última fecha de consulta: 29 de julio de 2017). Al respecto ver GADIROV/CLARK, “Article 9”, en O. Triffterer/K. Ambos (ed.), *The Rome Statute of the International Criminal Law. A Commentary*, 3rd edition, München, C. H. Beck y otras, 2016, pág. 643.

enunciadas de manera progresiva en los estatutos de los tribunales penales internacionales¹⁶, pero sin que exista una enumeración cerrada o exhaustiva, lo cual puede expandir de manera considerable el ámbito de aplicación del art. 46 (1) LA. Lo anterior genera, además, varias preguntas a la luz del principio de legalidad¹⁷, a lo cual se suma que la Corte Const., al declarar la exequibilidad, en términos generales, de la LA, estableció como “estándar” de la legalidad en el contexto de la JEP la forma como han decidido los tribunales penales internacionales¹⁸, lo cual, valga decirlo, está lejos de ser asunto pacífico, por ejemplo, en la literatura especializada¹⁹.

10 Los estatutos de los tribunales penales internacionales siempre han incluido en la enumeración de conductas que constituyen crímenes de lesa humanidad la cláusula “otros actos inhumanos”²⁰. Este constituye un concepto amplio que ha permitido “actualizar” el conjunto de conductas concretas que dan lugar a

¹⁶ La lista de crímenes de lesa humanidad se ha ido ampliando paulatinamente. El art. 6 (c) del Estatuto del TPM de Núremberg preveía como crímenes de lesa humanidad las siguientes conductas: “*murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts [...] or persecutions*”. En cambio, el ER menciona en el art. 7 más de once conductas, las cuales no todas se encuentran en los estatutos de los tribunales *ad hoc*, por ejemplo, la desaparición forzada, el embarazo forzado o el *apartheid*.

¹⁷ Ver COTE, “El carácter abierto del concepto de crímenes de lesa humanidad y la Jurisdicción Especial para la Paz: retos para la legalidad en la persecución de crímenes internacionales a nivel nacional”, en D. Tarapués/A. Murillo (coord.), *Contribuciones al derecho contemporáneo*, tomo I: Derechos Humanos y Justicia Transicional, Bogotá-Cali, Editorial Dike, 2018, págs. 73 y ss.

¹⁸ Ver Corte Const., sent. C-007 de 1º de marzo de 2018, párrs. 401 y ss., en especial párr. 412: “Al igual que los tribunales mencionados, la Jurisdicción Especial para la Paz debe asumir una tarea de interpretación y aplicación del derecho que exige la armonía entre el orden interno e internacional (derecho internacional humanitario, derecho internacional de los derechos humanos, derecho penal internacional, derecho constitucional y derecho penal nacional)”.

¹⁹ Sobre el principio de legalidad en el DPI ver CASSESE, *Cassese’s International Criminal Law*, 3ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2013, págs. 22 y ss.; en detalle ver GALLANT, *The Principle of Legality in International and Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, págs. 352 y ss.; también COTE, *Rückwirkung und die Entwicklung der internationalen Verbrechen: Elemente einer allgemeinen Konzeption des nullum-crimen-sine-lege-Prinzips im Völkerstrafrecht*, Berlin, Duncker und Humblot, 2018, págs. 450 y ss.

²⁰ Ver art. 6 (c) Estatuto del TPM de Núremberg, art. 5 (i) del Estatuto del TPIY, art. 3 (i) Estatuto del TPMR, art. 7 (1) (k) ER. Igualmente ver art. II de la Ley 10 del Consejo de Control de países aliados de 20 de diciembre de 1945 y Principio VI (c) de los “Principios de Núremberg” adoptados por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU en 1950.

este tipo de crímenes de acuerdo con las circunstancias propias de cada conflicto²¹. La decisión de la Cámara de Apelaciones del TESL en el caso *Brima et al.*, en la cual se afirmó con base en esta cláusula que el matrimonio forzado constituye un crimen de lesa humanidad (a pesar de que el art. 2 del Estatuto del TESL no menciona expresamente esta conducta)²², constituye un ejemplo bastante ilustrativo. Pues bien, el art. 46 (1) LA prohíbe entonces conceder la renuncia a la persecución penal a cualquier conducta que constituya un crimen de lesa humanidad, así sea con fundamento en dicha cláusula. Esto abre la posibilidad de negar este beneficio en casos de conductas que no están previstas expresamente en el mismo art. 46 y probablemente ni siquiera en el CP, claro está, siempre que se cumpla con el elemento contextual de los crímenes de lesa humanidad. En estos eventos se estaría ante la aplicación directa de normas internacionales, lo cual permite plantear al menos dos problemas. Por un lado, el DPI no siempre es uniforme, es decir, aún en este contexto se encuentran normas diferentes sobre el mismo tema; precisamente la cláusula “otros actos inhumanos” constituye un buen ejemplo: en el ER se previó esta cláusula pero se le adicionaron algunos elementos que no se encuentran en los estatutos de los otros tribunales penales internacionales y tampoco coinciden completamente con los criterios jurisprudenciales desarrollados por estos para interpretarla²³, de manera que no es claro cuál debería ser el estándar aplicable

²¹ Por esta misma razón, se ha considerado que dicha cláusula, en sí misma, constituye DI consuetudinario. Ver en este sentido TESL, *Prosecutor v. Alex Tamba Brima et al.* (SCSL-2004-16-A), Appeals Chamber, Judgment, 22 de febrero de 2008, párr. 183. Los tribunales *ad hoc* han hecho referencia a varias conductas como “otros actos inhumanos”, ver por ejemplo: TPIY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.* (IT-95-16-T), Trial Chamber, Judgment, 14 de enero de 2000, párr. 35, 566; TPIY, *Prosecutor v. Miroslav Kvočka et al.* (IT-98-30/1-T), Trial Chamber, Judgment, 02 de noviembre de 2001, párr. 208; TPIR, *Prosecutor v. Eliézer Niyitegeka* (ICTR-96-14-T), Trial Chamber I, Judgment and Sentence, 16 de mayo de 2003, párr. 463 ss.; TPIR, *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu* ICTR-96-4-T, Trial Chamber I, Judgment, 02 de septiembre de 1998, párr. 688 ss. Con relación a dicha cláusula ver WERLE/JESSBERGER, *Völkerstrafrecht*, 4ª ed., Tübingen, Mohr Siebeck, 2016, págs. 495-498.

²² Ver TESL, *Prosecutor v. Alex Tamba Brima et al.* (nota al pie 21), párrs. 190 y ss.

²³ El art. 7 (1) (k) ER hace referencia a “[o]tros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física”. Estos elementos no se encuentran en los estatutos, por ejemplo, de los tribunales *ad hoc*, en donde solo se dice “*other inhumane acts*”. Además, El TPIY se ha referido a los estándares internacionales de DD. HH. para identificar qué conductas constituyen otros actos inhumanos (*Prosecutor v. Kupreškić et al.* (nota al pie 21), párr. 566. Por otro lado, también se ha dicho que son actos inhumanos aquellos que causen graves sufrimientos físicos o psíquicos o que constituyan un ataque serio contra la dignidad humana (TPIR, *Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana* (ICTR-95-1-T), Trial Chamber II, Judgment, 21 de enero de 1999, párr. 151).

en Colombia. Por otro lado, la aplicación directa de normas internacionales supone verificar que estas existían en el momento en que la conducta relevante fue cometida –con el fin de respetar el principio de legalidad– y que efectivamente eran aplicables en Colombia²⁴, tarea nada fácil teniendo en cuenta las fuentes del DI²⁵, pero además supone preguntarse si conforme al ordenamiento jurídico colombiano es esto posible, dada la forma como está formulado dicho principio no solamente en el CP sino también en el art. 29 de la Const. Pol.²⁶, más aún si se tiene en cuenta que el principio de favorabilidad ocupa un lugar central tanto en el Acuerdo de Paz como en la LA y en el AL 01 de 2017²⁷.

11 Por otro lado, varias de las conductas enunciadas en el art. 46 (1) LA coinciden en términos generales con las conductas enumeradas en el art. 7 (1) ER como crímenes de lesa humanidad. Así, por ejemplo, la privación grave de la libertad se encuentra también en el art. 7 (1) (e) ER²⁸, la tortura en el art. 7 (1) (f) ER, la desaparición forzada en el art. 7 (1) (d) ER y el desplazamiento

²⁴ Sobre la aplicación del DPI por los tribunales nacionales y el principio de legalidad ver FERDINANDUSSE, *Direct Application of International Criminal Law in National Courts*, The Hague, TMC Asser Press, 2006, págs. 221 y ss.

²⁵ Sobre fuentes del DI y el art. 38 del Estatuto de la CIJ ver PELLET, “Article 38”, en A. Zimmermann *et al.* (ed.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press, págs. 731 y ss.; sobre el art. 21 ER y el “Derecho aplicable” en el contexto de la CPI ver DE GUZMAN, “Article 21”, en O. Triffterer y K. Ambos (ed.), *The Rome Statute of the International Criminal Law. A Commentary*, 3ª ed., München, C. H. Beck y otras, 2016, págs. 932 y ss.

²⁶ Este interrogante requiere de un estudio particular; sin embargo, es importante tener en cuenta, por un lado, el AL 02 de 27 de diciembre de 2001, mediante el cual se autorizó al Estado colombiano a reconocer la jurisdicción de la CPI y se estableció que el tratamiento diferente en materias sustanciales por el ER con respecto a las garantías contenidas en la Const. Pol. tendría efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en aquel; al respecto ver Corte Const., sent. C-578 de 30 de julio de 2002, apartado 4.2. Empero, por otro lado, al parecer la CSJ ha aceptado que el DI puede servir de punto de referencia para respetar el principio de legalidad cuando se trata de crímenes de lesa humanidad, ver CSJ, Sala de Casación Penal, sents. de 23 de noviembre de 2016 (rad. 44312), apartado 2.4.; de 23 de mayo de 2012 (Proceso nº 34180), págs. 30 y ss. En este mismo sentido ver Corte Const., sent. C-007 de 1º de marzo de 2018, párr. 416.

²⁷ Ver comentario de COTE al art. 9º LA y de SÁNCHEZ al art. 11 LA.

²⁸ El ER menciona expresamente el encarcelamiento y hace alusión a la privación grave de la libertad física en “en violación de normas fundamentales de derecho internacional”.

forzado en el art. 7 (1) (d)²⁹. Sin embargo, en estos casos, para efectos de la LA, no se requiere la comprobación del elemento contextual de los crímenes de lesa humanidad. Es decir que, según el art. 46 (1) LA, la renuncia a la persecución penal no sería procedente, por ejemplo, en un caso de tortura, así dicha conducta en concreto no haya sido cometida como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil y por lo tanto no dé lugar en estricto sentido a un crimen de lesa humanidad. De ahí que sea posible afirmar que la LA, en este punto específico, va más allá de lo mínimo que se exige en el DI con relación a la concesión de beneficios penales ante violaciones de DD. HH. e infracciones graves al DIH³⁰.

IV. Divergencias entre la definición nacional e internacional de los crímenes: tortura, desaparición forzada y reclutamiento de menores

En todo caso, se debe advertir que las definiciones de algunos de estos crímenes, previstas en la legislación penal colombiana, no siempre coinciden con la forma como han sido definidos en los instrumentos internacionales. Son ejemplos de ello la tortura y la desaparición forzada. Con relación a la *tortura* se puede afirmar, por un lado, que la definición contenida en el art. 178 CP es más amplia que la definición que trae la Convención de la ONU contra la Tortura e incluso en el ER, debido a que la norma colombiana no exige que los dolores o sufrimientos que se infligen a la víctima deban ser graves³¹. Pero, por otro lado, tanto la definición del CP como la que se acogió en la Convención contra la Tortura son más restringidas que la definición del ER, en la medida en que esta última no contiene el elemento subjetivo que sí se encuentra

12

²⁹ El ER habla de “deportación o traslado forzoso de población”. Sin embargo, aquí está comprendido también el desplazamiento interno. Ver también art. 7 (2) (d) ER. En este sentido AMBOS (nota al pie 14), pág. 86; WERLE/JEßBERGER (nota al pie 21), págs. 458 y ss.

³⁰ En este sentido también AMBOS, “La Ley de Amnistía (Ley 1820 de 2016) y el marco jurídico internacional”, en Ambos K. *et al.* (ed.), *Justicia transicional y Derecho Penal Internacional*, Bogotá. Siglo del Hombre Editores, págs. 138 y ss.

³¹ En el texto original del art. 178 CP se hacía referencia a “dolores o sufrimientos graves”, pero el adjetivo “grave” fue declarado inexecutable por la Corte Const. en la sent. C-148 de 22 de febrero de 2005. A su turno, el art. 1 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes afirma que “se entenderá por el término ‘tortura’ todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves”. Así mismo, en el art. 7 (2) (e) ER se encuentra la frase “[p]or ‘tortura’ se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves”.

en aquellas³². Algo similar ocurre con la *desaparición forzada de personas*, ya que según el art. 165 CP y teniendo en cuenta lo dicho por la Corte Const. en la sent. C-317 de 2002, la definición nacional es más amplia que la definición internacional, dado que internamente la desaparición forzada puede ser cometida por particulares y, además, como parte de los verbos rectores que dan lugar al tipo penal, no se requiere la negativa por parte del sujeto activo de dar información sobre el paradero de la víctima, tal y como sí se exige internacionalmente³³. De hecho, lo mismo ocurre con el *genocidio*, debido a que la definición que hace el CP incluye como grupo protegido a los grupos políticos, lo cual no ocurre en las definiciones de este crimen existentes en los instrumentos internacionales³⁴. Así pues, eventualmente las normas internacionales pueden resultar más favorables, al menos en algunos aspectos, que las normas nacionales, lo cual conduciría nuevamente a la pregunta sobre la posible aplicación directa del DPI.

13 En este mismo sentido es posible mencionar el *reclutamiento de menores*. Esta conducta se encuentra definida bajo el título “reclutamiento ilícito” en el art. 162 CP y, al mismo tiempo, ha sido incluida en el ER como crimen de

³² El art. 178 CP, de manera casi exacta al art. 1 de la Convención contra la Tortura, incluye el siguiente elemento subjetivo: “con el fin de obtener de ella o de un tercero información o confesión, de castigarla por un acto por ella cometido o que se sospeche que ha cometido o de intimidarla o coaccionarla por cualquier razón”. Este elemento no se encuentra en la definición que se hace en el art. 7 (2) (e) ER ni en los “Elementos de los crímenes”.

³³ Al respecto ver Corte Const., sent. C-317 de 2 de mayo de 2002, apartado 6., en donde se aclaró que tanto los particulares (sin importar si pertenecen a un grupo armado) como los servidores públicos (inc. 2º del art. 165 CP) pueden ser sujetos activos de este tipo penal. En esta decisión la Corte Const. declaró exequible el resto del art. 165 “bajo el entendido que no es necesario el requerimiento para dar información o de la negativa a reconocer la privación de la libertad, sino que *basta la falta de información sobre el paradero de la persona*” (cursivas por fuera del texto original). A diferencia de lo dicho por la Corte Const., en el ER se define la desaparición forzada como “la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un *Estado o una organización política* [...] *seguido de la negativa* a admitir tal privación de libertad o *dar información* sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado (cursivas por fuera del texto original). Debido a que la desaparición forzada en el ER requiere tanto de la privación de la libertad como de la negativa de dar información, se ha afirmado que este crimen contiene un “*bifurcated actus reus*”. Ver RASTAN/BADAR, “Article 11”, en O. Triffterer/K. Ambos (ed.), *The Rome Statute of the International Criminal Law. A Commentary*, 3ª ed., München, C. H. Beck y otras, 2016, pág. 668. Ver, igualmente art. 2 Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

³⁴ Ver Corte Const., sent. C-177 de 14 de febrero de 2001, apartado 5.

guerra en el art. 8 (2) (b) (xxvi) con relación a conflictos armados de carácter internacional y (2) (e) (vii) respecto a conflictos armados no internacionales. De hecho, también aparece en el art. 4 (c) del Estatuto del TESL. La mención que se hace en el art. 46 (1) LA al reclutamiento de menores es interesante, debido a que esta misma norma, al mencionar esta conducta, agrega la frase “conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma”. Si bien es posible preguntarse si esta frase se refiere únicamente al reclutamiento o a todas las conductas enunciadas en el art. 46 (1), en este último caso, de todas maneras, no se resolverían todos los problemas de interpretación que aquí se han señalado, aunque esto al menos aclararía que de existir internacionalmente distintas definiciones debería prevalecer, al menos en principio, la consignada en el ER³⁵.

Sea como fuere, el tipo penal “reclutamiento ilícito” contemplado en el art. 162 CP tiene un ámbito de aplicación diferente que el “reclutamiento de menores” previsto en el art. 8 ER, debido a que allí la conducta típica se configura frente a menores de 18 años, mientras que en el ER el límite de edad para que se dé el reclutamiento como crimen de guerra es de 15 años³⁶. Adicionalmente, también existe una diferencia importante desde el punto de vista subjetivo, de la cual se desprendería que el ámbito de aplicación del art. 162 CP puede ser, en cierto sentido, más estrecho. Es claro que el reclutamiento de menores en el ordenamiento penal colombiano es un tipo penal doloso, por lo cual el sujeto activo debe haber obrado con conocimiento de todos los elementos de la descripción típica, incluido, claro está, la edad del menor³⁷.

14

³⁵ Esta frase también se encuentra en el punto 40 del Acuerdo de Paz y en el art. 42 del proyecto de ley estatutaria de la JEP (aprobado en conciliación en el Congreso de la República), pero antecedida de una coma y de la expresión “todo ello”. Con esta redacción resultaría plausible afirmar que las conductas criminales frente a las cuales no proceden los beneficios de la LA debe interpretarse (todas) conforme a este instrumento. En todo caso, se debe resaltar que el problema de la interacción entre el Derecho nacional y el internacional, así como la dificultad que surge al existir definiciones divergentes en estos dos ámbitos, se mantiene, sobre todo si se tienen en cuenta los principios de legalidad y favorabilidad.

³⁶ La edad de 15 años como límite del reclutamiento también se encuentra en el art. 38 (3) de la Convención sobre los Derechos del Niño. Sin embargo, la edad de 18 años aparece como límite en el art. 1 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, el cual fue aprobado por el Congreso Nacional de Colombia el 10 de julio de 2003 mediante la Ley 833.

³⁷ De acuerdo con el art. 22 CP “[l]a conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización”. Al respecto ver VELÁSQUEZ, *Manual de derecho penal*. Parte general, 5ª ed., Bogotá, Ediciones Andrés Morales, 2013, págs. 388-389.

En cambio, en el contexto del ER, según lo dispone el documento “Elemento de los crímenes”, es suficiente cuando el autor sabía o hubiera debido saber la edad del menor³⁸. Así, el autor puede haber incurrido en este crimen de guerra sin haber tenido conocimiento de esta circunstancia, cuando dicho desconocimiento se debe a su propia negligencia. De esta manera, al menos con relación a la edad de la víctima, el crimen de reclutamiento de menores internacionalmente parece contener un elemento culposo³⁹, que no está presente en la legislación colombiana.

15 Si con fundamento en el art. 46 (1) LA se tuviera que privilegiar la definición que hace el ER del reclutamiento de menores, no quedarían excluidos de los beneficios contemplados en la LA los casos en los que la víctima tenía entre 15 y 18 años. Pero, al mismo tiempo, sí se podrían excluir casos en los que el sujeto en cuestión no conocía la edad de las personas reclutadas, siempre que el desconocimiento fuera producto de su negligencia, a pesar de que dicha modalidad sería atípica a la luz del ordenamiento penal colombiano. Además, de acudir al DI, surgiría la pregunta sobre el momento a partir del cual es posible considerar que esta conducta en Colombia no solamente es antijurídica sino también punible, pues, por un lado, el ER entró en vigor para este país el 1º de noviembre del año 2002 y Colombia realizó la reserva de siete años prevista en el art. 124 ER con relación a los crímenes de guerra, aunque, por otro lado, según el TESL el reclutamiento de menores se encontraba criminalizado en el DI consuetudinario al menos desde el año 1996⁴⁰. A pesar de que el reclutamiento de menores ha sido considerado un crimen de ejecución permanente⁴¹, debe existir certeza sobre el momento a partir del cual es posible afirmar que dicha conducta se encuentra prohibida por alguna norma aplicable en Colombia, bien sea nacional o internacional; este consti-

³⁸ El tercer elemento de este crimen, según dicho documento, es “[q]ue el autor haya sabido o debiera haber sabido que se trataba de menores de 15 años” (en la versión original en inglés: “*The perpetrator knew or should have known*”).

³⁹ Ver en este sentido CPI, Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui (ICC-01/04-01/07), Pre-Trial Chamber I, Decision on the confirmation of charges, 30 de septiembre de 2009, párr. 251-251; CPI, Prosecutor v. Lubanga Dyilo (ICC-01/04-01/06), Pre-Trial Chamber I, Decision on the confirmation of charges, 29 de enero de 2007, párrs. 356 y ss.

⁴⁰ TESL, Prosecutor v. Sam Hinga Norman (SCSL-2004-14-AR72(E)), Appeals Chamber, Decision on Preliminary Motion based on Lack of Jurisdiction (Child Recruitment), 21 de mayo de 2004, párr. 53. Ver, sin embargo, la opinión disidente del juez Robertson.

⁴¹ En este sentido ver CPI, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo (nota al pie 39), párr. 248; CPI, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo (ICC-01/04-01/06), Trial Chamber I, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, 14 de marzo de 2012, párr. 618.

tuye, por consiguiente, otro aspecto que debe ser definido en la JEP con el fin de llevar a cabo la adecuación típica de las conductas conforme al principio de legalidad y de favorabilidad.

La Corte Const. se pronunció con relación a la edad que deben tener los menores víctimas de reclutamiento e intentó armonizar lo dispuesto en el ordenamiento jurídico interno, en donde se habla de 18 años, con la remisión que hace la LA al ER, en donde la edad límite es de 15 años. De acuerdo con la Corte, la expresión “reclutamiento de menores conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma”, incluida, por ejemplo, en el art. 46 LA, se debe entender de la siguiente manera: “el reclutamiento de menores de 15 años en el caso de conductas ocurridas hasta el 25 de junio de 2005, y el reclutamiento de menores de 18 años en el caso de conductas ocurridas con posterioridad a esa fecha”⁴². Es decir, que los responsables del reclutamiento de menores de entre 15 y 18 años que haya tenido lugar antes de la fecha mencionada por la Corte Const. sí pueden beneficiarse, por ejemplo, con la amnistía o la renuncia a la persecución penal, mientras que si dichas conductas ocurrieron después, no pueden operar estos beneficios. La razón que tuvo la Corte Const. para determinar esta fecha, fue que ésta marca el momento en el que entró en vigor para Colombia el “Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados”, en el cual se aumenta la edad de 15 a 18 años como límite de la prohibición de este tipo de conductas⁴³.

16

V. Sustracción de menores

En el art. 46 (1) también se hace referencia a la sustracción como una conducta referida específicamente a los menores y que excluye la procedencia de la renuncia a la persecución penal. La “sustracción de menores” no constituye, sin embargo, ni un tipo penal previsto en el ordenamiento jurídico colombiano ni un crimen en el DPI, lo cual fue reconocido por la Corte Const. al examinar la LA⁴⁴. La Corte afirmó que dicha expresión ha sido utilizada por la CorteIDH, “para referirse al extrañamiento de niños, niñas y adolescentes de sus familias, para ser incorporados a las fuerzas militares argentinas”⁴⁵. En consecuencia, para la Corte, esta expresión no viola la Const. Pol., en la medida en que lo relevante en el contexto de la JEP y de la LA no sería “la denominación o *nomen iuris*, sino la obligación estatal de investigar, juzgar y sancionar *todo tipo de*

17

⁴² Ver Corte Const., sent. C-007 de 1º de marzo de 2018, párr. 449.

⁴³ *Ibíd.*, párrs. 476 y 484.

⁴⁴ *Ibíd.*, párr. 447.

⁴⁵ *Ibíd.*

reclutamiento de niños, niñas y adolescentes”⁴⁶ (cursivas por fuera del texto original). Así, al parecer la Corte sugiere que la “sustracción de menores” puede ser entendida, en todo caso, como parte del reclutamiento. De todas maneras, no se debe perder de vista que las privaciones graves de la libertad cometidas en contra de menores quedan excluidas del ámbito de aplicación de la renuncia a la persecución penal por disposición del mismo art. 46 (1) LA, así dichas conductas no puedan ser calificadas como casos de reclutamiento.

VI. ¿“Graves” crímenes de guerra?

- 18 Debido a la referencia que se hace en el Acuerdo de Paz y en el AL 01 de 2017 al DI (“y/o”), con relación a los *crímenes de guerra* también surge la pregunta sobre cuál debe ser el Derecho material aplicable en el contexto de la JEP, ¿los crímenes de guerra como han sido definidos, por ejemplo, en el art. 8 ER o los tipos penales contra personas y bienes protegidos por el DIH definidos en el art. 135 y ss. CP? Si se toma como punto de partida el principio de favorabilidad, para resolver esta pregunta sería necesario realizar un análisis (comparativo) detallado sobre cada crimen de guerra, así como sobre el ámbito de aplicación temporal de cada una de estas normas, lo que supera el objeto del presente comentario. Aunque, claro está, esta también constituye una de las tareas, bastante complejas, que deberán emprender los órganos de la JEP.
- 19 Por otro lado, se debe llamar la atención sobre el término “*graves* crímenes de guerra” (cursivas por fuera del texto original). El art. 46 (1) LA excluía la posibilidad de conceder la renuncia a la persecución penal cuando se era responsable por crímenes de guerra, siempre y cuando dichos crímenes se pudieran calificar como “graves”. El último inciso del párrafo del art. 23 LA establecía que se entendería “como grave crimen de guerra toda infracción del Derecho Internacional Humanitario cometida de manera sistemática”. Es decir, en un principio, los crímenes de guerra solo debían ser juzgados en la JEP cuando cumplieran esta condición. En los demás casos procedían los beneficios previstos en la LA, entre ellos, la renuncia a la persecución penal para agentes del Estado.
- 20 La palabra “grave” fue, sin embargo, declarada inexecutable por la Corte Const., así como la definición que al respecto hacía el último inciso del párrafo del art. 23 LA. Para la Corte, tanto la expresión “grave” como su definición se apartaban de los conceptos “ya decantados en el derecho internacional humanitario y el derecho penal internacional”⁴⁷, lo cual, en palabras de la misma

⁴⁶ *Ibíd.*

⁴⁷ *Ibíd.*, párr. 513.

Corte Const., generaba “una indeseable incertidumbre”⁴⁸, que podría conducir “a la vulneración del deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar las graves infracciones al derecho internacional humanitario”⁴⁹. Según la Corte Const., dado que los crímenes de guerra son –todos– infracciones graves al DIH, el texto original de la LA permitiría que se renunciara a la persecución penal de este tipo de infracciones, lo cual se encuentra prohibido, precisamente, por el DIH⁵⁰. Para entender mejor la posición de la Corte Const. es importante hacer algunas precisiones.

En primer lugar, no se debe confundir la referencia que se hacía en los arts. 23 (parágrafo) y 46 (1) LA a “graves crímenes de guerra” con el régimen de infracciones graves o *grave breaches* en los cuatro convenios de Ginebra. Los arts. 49 y ss. CG I, 50 y ss. CG II, 129 y ss. CG III y 146 y ss. CG IV regulan el régimen de infracciones graves, en el cual se establecen las conductas que los Estados parte deben perseguir penalmente como una de las obligaciones adquiridas por medio de los convenios⁵¹. Así, por ejemplo, en estas disposiciones se mencionan el asesinato voluntario, la tortura, los tratos inhumanos y los experimentos biológicos, como conductas que son consideradas graves en sí mismas para los efectos de los CG, sin que la sistematicidad cumpla ningún papel en este contexto. De hecho, estas normas han servido de base para la formulación de los crímenes de guerra, por ejemplo, tanto en el Estatuto del TPIY⁵² como en el ER⁵³, en donde la sistematicidad tampoco aparece como elemento para definir su gravedad. Esta diferencia, vale decirlo, fue reconocida por la Corte Const. en su pronunciamiento sobre la LA⁵⁴.

En segundo lugar, no se debe confundir la cualificación que se hacía en la LA a los crímenes de guerra con el elemento contextual jurisdiccional que se previó en el ER para esta misma clase de crímenes (a pesar de que este hubiera podido servir de guía para la interpretación de aquel). Según el art. 8 (1) ER, la CPI es competente frente a crímenes de guerra “en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala”. Este elemento no constituye un límite infranqueable para establecer la

⁴⁸ *Ibíd.*

⁴⁹ *Ibíd.*

⁵⁰ *Ibíd.*, párr. 513.1.

⁵¹ Ver GAETA, “Grave Breaches of the Geneva Conventions”, en Clapham A. *et al.* (ed.), *The 1949 Geneva Conventions. A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2015, págs. 620 y ss.

⁵² En este sentido, el art. 2 del Estatuto del TPIY se titula: “*Grave breaches of the Geneva Conventions of 1949*”.

⁵³ El art. 8 (2) (a) ER enuncia las “[i]nfracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949”.

⁵⁴ Corte Const., sent. C-007 de 1º de marzo de 2018, párrs. 513 y 513.1.

competencia de la CPI, lo cual se desprende de la expresión “en particular”⁵⁵, a diferencia de lo que ocurría en la JEP, en donde la gravedad, como aquí había sido definida, sí excluía de plano la posibilidad de conceder beneficios como la renuncia a la persecución penal y hacía que la conducta necesariamente cayera dentro de la competencia material de esta jurisdicción y debiera ser sancionada.

23 La Corte Const. también se refirió al punto al analizar la constitucionalidad de la expresión “graves” y afirmó correctamente que en el ER el hecho de que la conducta se cometa como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala no constituye un elemento esencial o que haga parte de la definición de los crímenes de guerra⁵⁶. Sin embargo, la Corte Const. afirmó también que “ese parámetro procesal” no podía trasladarse al ámbito nacional, “ni siquiera en contexto de justicia transicional”, puesto que así se “reduciría el estándar sustantivo relativo al deber de investigar, juzgar y sancionar las graves infracciones al derecho internacional humanitario”⁵⁷. La pregunta que deja abierta la Corte Const. es la siguiente: ¿por qué es admisible adoptar dicho estándar en el ámbito internacional y, en cambio, no lo es en el ámbito interno, si la regulación internacional tiene la vocación de constituir el mínimo que deben cumplir los Estados en la persecución penal de crímenes internacionales?; es decir, por qué no hubiera sido factible interpretar la expresión “grave” y la definición que de ella daba la LA conforme al ER y eventualmente la jurisprudencia de la CPI. Al respecto la Corte Const. no da ninguna explicación.

24 En tercer lugar, ni la expresión “graves” contenida originalmente en el art. 46 (1) LA ni la definición que se había incluido en el parágrafo del art. 23 (toda infracción del DIH cometida de manera sistemática) deben ser confundidas con el elemento contextual propio que por definición pertenece a los crímenes de guerra, es decir la conexión que debe tener la conducta con un conflicto armado. Esta confusión puede surgir, por ejemplo, de la sent. C-579 de 2013, en donde la Corte Const. consideró que el art. transitorio 66, incluido en la Const. Pol. por el AL 01 de 31 de julio de 2012 o MJP, al decir “crímenes

⁵⁵ En este sentido ver CPI, Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo (ICC-01/05-01/08), Pre-Trial Chamber III, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, 15 de junio de 2009, párr. 211; CPI, Prosecutor v. Germain Katanga (ICC-01/04-01/07), Trial Chamber II, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, 7 de marzo de 2014, párr. 896. Al respecto Ambos (nota al pie 14), pág. 119; Cryer y otros (nota al pie 14), pág. 284; Cottier, “Article 8”, en O. Triffterer/K. Ambos (ed.), *The Rome Statute of the International Criminal Law. A Commentary*, 3ª ed., München, C. H. Beck y otras, 2016, pág. 321; SCHABAS (nota al pie 14), págs. 225-228.

⁵⁶ Corte Const. sent. C-007 de 1º de marzo de 2018, párr. 513.2.

⁵⁷ *Ibíd.*, párr. 513.3.

de guerra cometidos de manera sistemática”, se estaba refiriendo (lo cual es equivocado) al nexo entre la conducta y el conflicto armado (la Corte Const. concluyó que el art. transitorio 66 no modificaba el concepto de crímenes de guerra desarrollado internacionalmente, lo cual sí es correcto, pero la razón no es la indicada por la Corte)⁵⁸. En la sentencia sobre la LA no obstante la misma Corte Const. afirma aquí que la sistematicidad no es un elemento de la definición de los crímenes de guerra, la Corte reitera lo dicho en la sent. C-579 de 2013 e incurrir en el mismo error al decir:

“La jurisprudencia de la Corte ha interpretado el elemento sistemático referido a los crímenes de guerra, como la necesidad de enfatizar en que estos tengan un nexo con el conflicto armado, excluyendo así hechos aislados, desconectados del fenómeno de violencia organizada que comporta la confrontación bélica”⁵⁹.

La Corte Const. se contradice entonces en la sentencia sobre la LA y, al querer validar un pronunciamiento anterior, termina por defender una interpretación errónea. Así las cosas, es importante aclarar nuevamente que si bien para hablar de crímenes de guerra necesariamente la conducta debe estar relacionada con un conflicto armado, no debe haber sido cometida de manera sistemática para configurar un crimen de esta clase; la gravedad o sistematicidad es una característica adicional que en Colombia se agregó, en un principio, para efectos jurisdiccionales, similar, como ya se indicó, al elemento contextual jurisdiccional incluido en el art. 8 (1) ER y al cual ya se hizo referencia.

La discusión sobre la gravedad de los crímenes de guerra y su sanción en la JEP no queda, de todas maneras, resuelta con el pronunciamiento de la Corte Const. sobre la constitucionalidad de la LA. Tanto en el proyecto de ley estatutaria aprobado por el Congreso de la República en conciliación como en el borrador de criterios de priorización socializado por la Sala de Reconocimiento de la JEP se hace referencia a la gravedad de la conducta, en el primer caso

25

⁵⁸ Ver Corte Const., sent. C-579 de 28 de agosto de 2013, apartado 8.2.5. (“los crímenes de guerra tienen un elemento de violencia sistemática, el cual no se identifica con que los crímenes sean masivos, sino con que tengan un nexo con el conflicto armado”) y 8.3.2. (“esta frase implica que no puedan considerarse como crímenes de guerra delitos aislados sino que deben tener un nexo o patrón y este nexo directo debe ser con el conflicto armado, lo cual está de acuerdo con el Estatuto de Roma que señala que todos los crímenes de guerra deben tener un nexo con el conflicto armado”). Precisamente, en los apartes que aquí se citan la Corte Const. confunde la masividad de la conducta (como elemento que puede condicionar la competencia de un tribunal) con el nexo entre la conducta y el conflicto armado (como elemento contextual que hace parte de la definición de los crímenes de guerra).

⁵⁹ Corte Const., sent. C-007 de 1º de marzo de 2018, párr. 518.

como criterio de selección y en el segundo como criterio de priorización; en ambos casos se define la gravedad en función de la sistematicidad—entre otros elementos—⁶⁰. Así las cosas, la pregunta sobre cuándo puede considerarse que un crimen de guerra ha sido cometido de manera sistemática sigue siendo relevante. Parece claro entonces que en este contexto la “sistematicidad” no puede interpretarse como el nexo entre conducta y conflicto armado, tal y como lo ha hecho la Corte Const. equivocadamente en dos ocasiones, pues de esta manera la sistematicidad no contribuiría a definir cuáles casos se deben seleccionar o priorizar. Dado que la “sistematicidad” aparece también como parte del elemento contextual de los crímenes de lesa humanidad, de acuerdo con la definición aceptada actualmente⁶¹, la jurisprudencia internacional sobre este tipo de crímenes podría servir de guía para resolver este interrogante.

26 A pesar de que los tribunales internacionales han planteado diferentes fórmulas para definir qué se entiende por “ataque sistemático” en cuanto elemento contextual de los crímenes de lesa humanidad⁶², es posible afirmar que en

⁶⁰ Ver art. 19 (principios de selección) del Informe de conciliación al proyecto de ley estatutaria 08 de 2017 Senado y 016 de 2017 Cámara, Gaceta del Congreso, Senado y Cámara, Año XXVI, No. 1109, 28 de noviembre de 2017: “Constituyen criterios de selección, entre otros: [...] modalidad de comisión de los hechos en términos de violencia y sistematicidad”; también Anteproyecto, Guía de priorización de casos y situaciones en la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, JEP, mayo de 2018, disponible en <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Documents/ANTEPROYECTO%20GU%c3%8dA%20DE%20PRIORIZACI%c3%93N%20SRVR.pdf> (fecha de consulta: 5 de julio de 2018): “2. Criterio objetivo del impacto. La priorización de casos y situaciones por el componente objetivo del impacto tendrá en cuenta: La gravedad de los hechos que por su modalidad o sus efectos afectan más gravemente los derechos fundamentales individuales y colectivos en términos de intensidad de la violencia, sistematicidad [...]”. Incluso en el proyecto de normas procesales aprobadas en conciliación por el Congreso de la República se establece como uno de los objetivos de la investigación en el marco de la JEP “[e]stablecer los crímenes más graves y representativos”, ver art. 11 Informe de conciliación al proyecto del ley 225/18 Senado- 239/18 Cámara “por medio del cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la jurisdicción especial para la paz”.

⁶¹ Ver por ejemplo art. 18 *Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind*, en *Yearbook of the International Law Commission*, 1996, vol. II, Part Two; art. 3 Estatuto del TPIR, art. 7 (1) ER, art. 13 Estatuto del Tribunal Especial para Kosovo, art. 2 TESL. Con relación al Estatuto del TPIY ver *Prosecutor v. Kunarac et al.* (IT-96-23 & IT-96-23/1-A), Appeals Chamber, Judgement, 12 de junio de 2002, párrs. 82 y ss.

⁶² Por ejemplo, el TPIR ha afirmado al respecto: “The concept of widespread’ may be defined as massive, frequent, large scale action, carried out collectively with considerable seriousness and directed against a multiplicity of victims. The concept of systematic’ may be defined as thoroughly organised and following a regular pattern

todas ellas se llama la atención sobre el hecho de que el ataque debe haber sido cometido conforme a un plan preconcebido o política⁶³. La sistematicidad denota entonces la naturaleza organizada en que se han cometido los crímenes e indica que los actos concretos no deben haber sido cometidos aleatoriamente⁶⁴. La existencia de una pluralidad de actos que se repiten en el tiempo y constituyen un determinado patrón de comportamiento puede ser el resultado de la existencia de dicho plan o política y por lo tanto puede servir de indicio para probar su existencia⁶⁵. Si se sigue esta definición de sistematicidad, es posible afirmar que “la gravedad de la conducta”, como criterio de selección o priorización, se aproxima al art. 8 ER, en donde, como ya se mencionó, se encuentra previsto que la CPI es competente (en particular) cuando los crímenes de guerra “se cometan como parte de un plan o política”. En todo caso, se debe señalar, que en el contexto de la JEP no sería necesario que la conducta se haya cometido “a gran escala”, en el sentido de exigir un gran número de víctimas.

La limitante contenida inicialmente en el art. 46 LA respecto de los crímenes de guerra, se mantendría en todo caso, por ejemplo, una vez entre en vigencia la ley estatutaria de la JEP, en donde se prevé expresamente que frente a los casos no seleccionados es posible renunciar al ejercicio de la acción penal, siempre que se contribuya eficazmente a la verdad y a la reparación, y se hayan cumplido las demás condiciones impuestas por la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas⁶⁶.

27

on the basis of a common policy involving substantial public or private resources”, Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu (nota al pie 21), párr. 580. También TPIR, Prosecutor v. Clement Kayishema and Obed Ruzindana (ICTR-95-1-T), Trial Chamber II, Judgement, 21 de mayo de 1999, párr. 123; ICTY, Prosecutor v. Blaškić (IT-95-14-T), Trial Chamber, Judgement, 3 de marzo de 2000, párr. 203.

⁶³ En este sentido ver AMBOS (nota al pie 14), págs. 59-61; también comentario de la Comisión de Derecho Internacional al *Draft Code* de 1996, en *Yearbook of the International Law Commission, 1996*, vol. II, Part Two, pág. 47.

⁶⁴ Ver TPIY, Prosecutor v. Kunarac *et al.* (IT-96-23-T & IT-96-23/1-T), Trial Chamber, Judgement, 22 de febrero de 2001, párr. 429.

⁶⁵ De hecho, el elemento “generalizado” como característica del ataque contra la población civil en el cual tienen lugar los crímenes de lesa humanidad corresponde a esta dimensión cuantitativa de los crímenes. Ver AMBOS (nota al pie 14), pág. 61; también comentario de la Comisión de Derecho Internacional al *Draft Code* de 1996 (nota al pie 63), pág. 47.

⁶⁶ Ver art. 19 (parg. 1º) del Informe de conciliación al proyecto de ley estatutaria 08 de 2017 Senado y 016 de 2017 Cámara, Gaceta del Congreso, Senado y Cámara, Año XXVI, No. 1109, 28 de noviembre de 2017.

VII. Ejecuciones extrajudiciales y otras formas de violencia sexual

28 También es importante hacer referencia a las “ejecuciones extrajudiciales” y a las “otras formas de violencia sexual”. El primero de estos dos términos no corresponde a un tipo penal específico ni denota un crimen internacional en particular. De hecho, la expresión “ejecuciones extrajudiciales” no constituye un concepto técnico desde el punto de vista jurídico-penal. Además, en Colombia, sobre todo en los últimos años, se ha asociado este término con el fenómeno denominado “falsos positivos”, haciendo referencia a casos en los que miembros de la fuerza pública causan la muerte de civiles, los cuales posteriormente son señalados de haber pertenecido a algún grupo armado ilegal y presentados como “bajas en combate”⁶⁷. Esta aparente equiparación entre “ejecuciones extrajudiciales” y “falsos positivos” se puede observar también, por ejemplo, en algunas sentencias del CE, en las que se ha condenado al Ministerio de Defensa con base en esta clase de conductas por falla del servicio⁶⁸, en algunos informes de la Comisión Interamericana de DD. HH.⁶⁹ e incluso en los reportes de la Oficina de la Fiscalía de la CPI (“*Office of the Prosecutor*”)⁷⁰. Sin embargo, el concepto de ejecuciones extrajudiciales abarca una variedad de casos más amplia. Justamente en este sentido, la CIDH ha señalado con

⁶⁷ Ver ONU, Consejo de DD. HH., Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Philip Alston (doc. A/HRC/14/24/Add.2), 31 de marzo de 2010, párrs. 10 y 11.

⁶⁸ Ver CE, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sents. de 13 de abril de 2016 (rad. 05001-23-31-000-2006-03424-01(47924)), apartado 4.2. (iv); de 23 de marzo de 2017 (rad. 05001-23-31-000-2006-03647-01(50941)), apartado 2.3. (v); Sección Quinta, sent. de 7 de septiembre de 2015 (rad. 11001-03-15-000-2015-01676-00(AC)), apartado 2.2.4.3.

⁶⁹ Ver, por ejemplo, Informe anual de la Comisión Interamericana de DD. HH. 2009, Capítulo IV, Colombia, disponible en: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/cap.4Colo.09.sp.htm> (última fecha de consulta: 31 de julio de 2017); Informe anual de la Comisión Interamericana de DD. HH. 2010, Capítulo IV, Colombia, disponible en: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2010sp/indice2010.htm> (última fecha de consulta: 31 de julio de 2017).

⁷⁰ Ver Office of the Prosecutor, Informe sobre las actividades de examen preliminar (2016), Situación en Colombia, 14 de noviembre de 2016, párr. 241 ss., disponible en: <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/161114-otp-rep-PE-Colombia.pdf> (última fecha de consulta: 31 de julio de 2017); Office of the Prosecutor, Informe sobre las Actividades de Examen Preliminar (2015), Situaciones en Colombia y Honduras, 12 de noviembre de 2015, párr. 44, disponible en: <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/OTP-PE-rep-2015-Spa.pdf> (última fecha de consulta: 31 de julio de 2017).

relación al caso colombiano, como supuestos de ejecuciones extrajudiciales, los siguientes eventos:

“i) [E]jecución de miembros de la guerrilla *hors de combat*; ii) ejecución de líderes comunitarios acusados de ser colaboradores [de grupos armados ilegales]; iii) transferencia de cuerpos de grupos paramilitares a unidades del Ejército; iv) ejecución de informantes y miembros desmovilizados para encubrir crímenes anteriores, negar vinculaciones y destruir evidencia; v) ejecución de personas que mantienen lazos con organizaciones criminales como resultado de alianzas y corrupciones; vi) ejecución de personas que fueron intencionalmente reclutadas o detenidas [...]; y vii) ‘errores militares’ encubiertos por la simulación de un combate”⁷¹.

En consecuencia, el término “ejecuciones extrajudiciales” puede abarcar una pluralidad de conductas típicas, no necesariamente mencionadas de manera explícita en el art. 46 (1) LA. En este contexto, el homicidio en persona protegida (art. 135 CP), que se suele imputar en casos de “falsos positivos”⁷², no representa siempre el único tipo penal relevante. Pueden darse casos de concurso de conductas punibles entre este tipo penal y, por ejemplo, la desaparición forzada o incluso delitos contra la administración pública o de justicia. De hecho, también es posible tomar como base para una posible imputación el homicidio agravado, especialmente si se tienen en cuenta las circunstancias de agravación num. 2, 7, 9 y 10 previstas en el art. 104 CP⁷³. Esto debe ser definido por los operadores judiciales caso a caso. Se debe señalar, además, que varios de los tipos penales a los que puede dar lugar una ejecución extrajudicial

29

⁷¹ Comisión Interamericana de DD. HH., Informe de País - Colombia: Verdad, Justicia y Reparación (doc. Doc. 49/13), 31 de diciembre de 2013, párr. 126, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/docs/pdfs/Justicia-Verdad-Reparacion-es.pdf> (última fecha de consulta: 31 de julio de 2017).

⁷² CSJ, Sala de Casación Penal, sents. de 28 de agosto de 2013 (rad. 36460), apartado 4.; de 30 de abril de 2014 (rad. 43248), apartado 3.5.2.; de 5 de octubre de 2016 (rad. 42039), Consideraciones – primer cargo (7.).

⁷³ Según el art. 104 CP, el homicidio es agravado cuando la conducta se haya cometido (2.) “para preparar, facilitar o consumir otra conducta punible; para ocultarla, asegurar su producto o la impunidad, para sí o para los copartícipes”; (7.) “colocando a la víctima en situación de indefensión o inferioridad o aprovechándose de esta situación”; (9.) “en persona internacionalmente protegida diferente a las contempladas en el Título II de este Libro y agentes diplomáticos, de conformidad con los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia”; o (10.) “si se comete en persona que sea o haya sido servidor público, periodista, juez de paz, defensor de Derechos Humanos, miembro de una organización sindical [...], político o religioso en razón de ello”.

pueden ser equivalentes a algunos crímenes de lesa humanidad o a crímenes de guerra; empero, dada la referencia específica que se hace en el art 46 (1) LA a las ejecuciones extrajudiciales, en estos casos no es necesario probar, por ejemplo, la sistematicidad de la conducta (pensando, por ejemplo, en calificarla como crimen de lesa humanidad). Por todo lo anterior, es posible afirmar que la alusión a “ejecuciones extrajudiciales” tiene el potencial para ampliar los casos en los cuales no son procedentes los beneficios previstos en la Ley 1820 de 2016, en especial, para efectos del art. 46, la renuncia a la persecución penal.

30 Finalmente, al observar la expresión “otras formas de violencia sexual”, es posible preguntarse sobre el respeto al principio de legalidad, especialmente al mandato de determinación o precisión de las normas penales⁷⁴. Sin embargo, la referencia a “otras formas de violencia sexual” incluida en el art. 46 (1) LA no debe interpretarse necesariamente como una cláusula abierta, dirigida a cubrir casos no definidos legalmente con anterioridad y que son de gravedad similar a los que sí se mencionan expresamente en una disposición legal (*ejusdem generis clause*)⁷⁵, debiendo ser desarrollada jurisprudencialmente, al estilo de la referencia que se hace en el art. 7 (1) (g) ER a “cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable”⁷⁶, no obstante esta alternativa ha sido considerada por la Corte Const. como acorde con la Const. Pol.⁷⁷.

31 En Colombia existe un importante marco de referencia que incluye varios tipos penales, mediante los cuales se busca proteger la libertad e integridad sexual de las personas, incluso expresamente en el marco del conflicto armado, y que permite delimitar el art. 46 (1) LA en este punto. Así las cosas, para dar alcance a la expresión “otras formas de violencia sexual”, no solo es necesario acudir al Título IV del Libro Segundo del CP sino también, y con mayor razón al tratarse de la JEP, a la Ley 1719 de 2014, mediante la cual se adicionaron varios tipos penales al Título II del Libro Segundo del estatuto punitivo, con el fin de proteger a las víctimas de violencia sexual, especialmente con ocasión del conflicto armado. De esta manera, como “otras formas de violencia

⁷⁴ Sobre el principio de legalidad penal y el mandato de determinación de las normas penales ver ROXIN, *Derecho penal*. Parte general, Madrid, Editorial Civitas, 1997, págs. 134 y ss., 169 y ss.

⁷⁵ Ver GARNER (ed. in chief), *Black's Law Dictionary*, 10ª ed., St. Paul (Minn.), Thomson Reuters, 2014, pág. 631; con relación al DPI CASSESE (nota al pie 19), pág. 34.

⁷⁶ Al respecto ver HALL *et al.*, “Article 7”, en O. Triffterer/K. Ambos (ed.), *The Rome Statute of the International Criminal Law. A Commentary*, 3ª ed., München, C.H. Beck y otras, 2016, págs. 216-218; SCHABAS (nota al pie 14), págs. 192-194.

⁷⁷ Ver Corte Const., sent. C-007 de 1º de marzo de 2018, párr. 424.

sexual” en el sentido del art. 46 (1) LA es posible entender, al menos, todas las conductas típicas descritas en los arts. 138A a 141B del CP, en donde se incluyen, por ejemplo, la prostitución forzada en persona protegida (art. 141 CP), la desnudez forzada en persona protegida (art. 139D CP) así como el aborto forzado en persona protegida (art. 139E CP). Vale aclarar que en estos casos tampoco se requiere que el crimen haya sido cometido de manera sistemática para que no proceda la renuncia a la persecución penal, así estas conductas coincidan con algunos crímenes de guerra (o de lesa humanidad).

VIII. Delitos que no fueron cometidos por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado (num. 2)

El num. 2 del art. 46 (1) dispone que tampoco se podrá conceder la renuncia a la persecución penal cuando los actos relevantes no hayan sido cometidos “por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado”. Como se mencionó en el comentario al art. 9º LA incluido en esta publicación, para interpretar esta disposición es posible acudir al art. transitorio 23 AL 01 de 2017, en el cual se previeron varios criterios para establecer cuándo una conducta cumple con esta condición y en consecuencia se encuentra dentro del ámbito de competencia de la JEP⁷⁸. Estos fueron incluidos en el art. transitorio 23 como criterios generales para establecer la competencia objetiva (*ratione materiae*) de la JEP frente a cualquier conducta, pero fueron tomados de los criterios propuestos inicialmente por la Cámara de Apelaciones del TPIY en el caso *Kunarac et al.* concretamente para explicar el elemento contextual de los crímenes de guerra⁷⁹. Por esta razón, la generalización que se hace en el art. transitorio 23 puede causar confusiones, ya que los órganos

32

⁷⁸ De acuerdo con el art. transitorio 23 AL 01 de 2017: “Para el efecto se tendrán en cuenta los siguientes criterios: a. Que el conflicto armado haya sido la causa directa o indirecta de la comisión de la conducta punible o, b. Que la existencia del conflicto armado haya influido en el autor, partícipe o encubridor de la conducta punible cometida por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto, en cuanto a: • Su capacidad para cometerla, es decir, a que por razón del conflicto armado el perpetrador haya adquirido habilidades mayores que le sirvieron para ejecutar la conducta. • Su decisión para cometerla, es decir, a la resolución o disposición del individuo para cometerla. • La manera en que fue cometida, es decir, a que, producto del conflicto armado, el perpetrador de la conducta haya tenido la oportunidad de contar con medios que le sirvieron para consumarla. • La selección del objetivo que se proponía alcanzar con la comisión del delito”.

⁷⁹ Ver TPIY, *Prosecutor v. Kunarac et al.* (nota al pie 61), párr. 58.

que componen la JEP no son competentes únicamente frente a estos crímenes sino también, por ejemplo, frente a crímenes de lesa humanidad, tortura, desaparición forzada o acceso carnal violento, los cuales no exigen por definición ningún tipo de relación con un conflicto armado.

- 33 Adicionalmente, la competencia de los órganos de la JEP no siempre se debe ejercer en el mismo sentido. Así, por ejemplo, para que los agentes del Estado puedan beneficiarse con la renuncia a la persecución penal, la conducta en cuestión, según lo dispuesto en el num. 2 del art. 46 LA, debe haber sido cometida con ocasión, por causa, o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, de acuerdo con los criterios señalados en el art. transitorio 23, al mismo tiempo que si se verifica dicha conexión, la conducta podría ser considerada un crimen de guerra, el cual debería ser juzgado por el Tribunal de Paz. De cualquier manera, tal y como se explicó en el comentario al art. 9º LA, este elemento, así como los criterios acogidos en el art. transitorio 23, debe ser interpretado de manera restringida, con el fin de no desnaturalizar la JEP en cuanto mecanismo excepcional de JT y desplazar así a la jurisdicción ordinaria⁸⁰.

IX. Delitos contemplados en el Código Penal Militar (num. 3)

- 34 Para terminar, el num. 3 del art. 46 LA menciona, como tercer grupo de casos en los que tampoco procede la renuncia a la persecución penal, los delitos contra el servicio, la disciplina, los intereses de la fuerza pública, el honor y la seguridad de la fuerza pública. Esta fórmula excluye la posibilidad de otorgar este beneficio por los delitos definidos en los siguientes títulos del Código Penal Militar o Ley 1407 de 2010: título I (delitos contra la disciplina), II (delitos contra el servicio), III (delitos contra los intereses de la fuerza pública), IV (delitos contra el honor) y V (delitos contra la seguridad de la fuerza pública). De esta manera, delitos propios de la justicia castrense y que bien pudieron haber sido cometidos en desarrollo de actividades ligadas al conflicto armado, como por ejemplo la desobediencia (art. 96), el abandono del comando o del puesto (art. 102-105), la inutilización voluntaria (art. 116), la cobardía (art. 117), el comercio con el enemigo (art. 120) o la revelación de secretos (art. 130), quedan excluidos del ámbito de aplicación de la renuncia a la persecución penal. Por el contrario, nada parece impedir que otros tipos penales, también previstos en el Código Penal Militar, sí den lugar a este beneficio, como

⁸⁰ En este sentido ver también los arts. 2º y 3º LA así como los comentarios respectivos en esta misma obra.

por ejemplo la requisición arbitraria, prevista en el art. 157 Título VI (delitos contra la población civil), el peculado sobre bienes de dotación, previsto en el art. 161 Título VII (delitos contra la administración pública), o el daño en bien ajeno, previsto en el art. 170 Título VIII (otros delitos); lo anterior, claro está, siempre que se cumplan los demás requisitos, por ejemplo, que la conducta no equivalga a un crimen de guerra ni a ninguno de los demás crímenes enunciados en el num. 1 del art. 46 LA.

Artículo 47.* *Procedimiento para la aplicación de la renuncia a la persecución penal para los agentes del Estado.* La Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, a petición del interesado o de oficio, resolverá la situación jurídica del agente del Estado con la aplicación o no de la renuncia a la persecución penal.

El agente del Estado que solicite la aplicación de este mecanismo deberá acompañar su solicitud de informes, providencias judiciales, disciplinarias, administrativas, fiscales o actos administrativos que den cuenta de su situación jurídica y permitan establecer que su conducta fue cometida por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado.

Cuando el procedimiento se inicie de oficio, la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas recaudará los elementos de juicio que considere necesarios para determinar que la conducta fue cometida por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado.

Determinado lo anterior, la Sala ordenará la renuncia a la persecución penal siempre que no se trate de conductas constitutivas de delitos de lesa humanidad, el genocidio, los [graves] crímenes de guerra, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma ni de delitos contra el servicio, la disciplina, los intereses de la fuerza pública, el honor y la seguridad de la fuerza pública, contemplados en el Código Penal Militar.

Una vez proferida la resolución que otorgue la renuncia a la persecución penal, será remitida a la autoridad judicial que esté conociendo de la causa penal, para que dé cumplimiento a lo decidido por la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas y materialice los efectos de ex-

* El aparte entre corchetes fue declarado inexecutable por la Corte Const. en sent. C-007 de 1º de marzo de 2018.

tinción de la acción penal, de la responsabilidad penal y de la sanción penal según corresponda.

Jurisprudencia nacional: Corte Const., sents. C-209 de 21 de marzo de 2007, C-118 de 13 de febrero de 2008 y C-1154 de 15 de noviembre de 2015.

Otros documentos: Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, versión de 24 de noviembre de 2017, disponible en: <https://www.mesadeconversaciones.com.co/comunicados/acuerdo-final-para-la-terminaci%C3%B3n-del-conflicto-y-la-construcci%C3%B3n-de-una-paz-estable-y-1> (última fecha de consulta: 03 de agosto de 2017; Informe de conciliación al proyecto del ley 225/18 Senado- 239/18 Cámara “por medio del cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la jurisdicción especial para la paz”.

I. Introducción

Según lo anuncia el título del art. 47 LA, en esta norma se regula el procedimiento para conceder el beneficio de la renuncia a la persecución penal a agentes del Estado¹. Sin embargo, a pesar de contar con cinco incisos, es esta una disposición demasiado general que deja abiertos varios interrogantes y que en realidad no permite definir, en concreto, cómo debe operar la concesión de dicho beneficio.

1

II. Inciso primero: reiteración de la regla general

El inc. 1º del art. 47 LA reitera la competencia de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas frente a agentes del Estado y precisa que la situación de estas personas se definirá concediendo o no la renuncia a la persecución penal. Llama la atención la redacción de la norma, pues da la impresión de que la decisión de otorgar o no dicho beneficio constituye la única manera como se puede definir la situación jurídica, a diferencia de lo dispuesto en el art. 45 LA, en donde se hace referencia a la renuncia a la persecución penal solo como una de las formas (entre varias) mediante las cuales se puede resolver la situación jurídica de agentes del Estado, e incluso en contravía de lo dispuesto en el Acuerdo de Paz². De todas maneras, este inciso prevé que la

2

¹ Sobre el concepto de “agentes del Estado” ver comentario al art. 9º LA en esta publicación.

² Ver Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, versión de 24 de noviembre de 2017, apartado 5.1.2., punto 50 (e). Disponible en: <https://www.mesadeconversaciones.com.co/comunicados/acuerdo-final-para-la-terminaci%C3%B3n-del-conflicto-y-la-construcci%C3%B3n-de-una-paz-estable-y-1> (última fecha de consulta: 03 de agosto de 2017).

definición de la situación jurídica podrá tener lugar tanto a petición de parte como de oficio, ante lo cual se debe advertir que existen distintos mecanismos para que los casos que esta Sala debe decidir lleguen a su conocimiento y, en consecuencia, en todos ellos deberá decidir sobre este punto así el interesado no lo solicite expresamente.

- 3 Al respecto se debe recordar que la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas debe remitir a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, cuando lo considere pertinente, los casos en los cuales no se haya dado el respectivo reconocimiento de responsabilidad y que no deban ser remitidos a la Unidad de Investigación y Acusación³. Asimismo, la Sala de Reconocimiento debe remitir a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas dos tipos de listas: una en la que se indique quiénes no serán objeto de amnistía o indulto y tampoco serán incluidos en la Resolución de Conclusiones⁴, y otra en la que deben figurar las personas a las que no se les exigirá responsabilidad ante el Tribunal para la Paz, “por las causas que fuere”⁵. Adicionalmente, la Unidad de Investigación y Acusación puede remitir a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas los casos frente a los cuales considere que no es necesario investigar o acusar⁶. Así también debe proceder la Sección de Primera Instancia del Tribunal para la Paz, cuando considere que un caso en particular no debe ser resuelto mediante una absolución o una condena⁷. La Sala de Definición de Situaciones Jurídicas se debe pronunciar entonces sobre la renuncia a la persecución penal con relación a los agentes del Estado cuyos casos sean remitidos en cualquiera de estos supuestos, así el interesado no se lo solicite directamente. En todo caso, también se debe tener en cuenta que todas aquellas personas, incluso, claro está, los agentes del Estado, que estén siendo investigadas penalmente por conductas de competencia de la JEP, pueden acudir directamente a la Sala de definición de Situaciones Jurídicas, ante lo cual, de ser procedente, también es posible conceder la renuncia a la persecución penal⁸.

III. Incisos segundo y tercero: elementos de juicio para establecer si la conducta fue cometida en relación con el conflicto armado

- 4 Los incs. 2º y 3º del art. 47 LA se refieren a dos supuestos distintos, dependiendo de cómo se haya iniciado el trámite para conceder la renuncia a la

³ *Ibíd.*, punto 48 (n).

⁴ *Ibíd.*, puntos 48 (j), (p), (t).

⁵ *Ibíd.*, puntos 48 (p) y 50 (a).

⁶ *Ibíd.*, punto 51 (e).

⁷ *Ibíd.*, punto 54 (g).

⁸ *Ibíd.*, punto 50 (f).

persecución penal. Según el inc. 2º, cuando un agente del Estado solicite a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas la concesión de dicho beneficio, debe proporcionar los documentos y en general la información pertinente que permita establecer la relación de la conducta con el conflicto armado⁹, mientras que, de acuerdo con el inc. 3º, si es la Sala la que se dispone (de oficio) a tomar una decisión al respecto, ella misma debe buscar los elementos de juicio que le permitan concluir si dicho requisito se cumple o no. Al respecto es posible plantear, al menos, dos preguntas. Por un lado, se debe señalar que el inc. 2º únicamente hace alusión a “informes, providencias judiciales, disciplinarias, administrativas, fiscales o actos administrativos”, lo cual permite preguntarse si en este contexto solo son admisibles “pruebas” documentales o si también es posible valerse de otros medios, por ejemplo testimonios, para demostrar que la conducta efectivamente fue cometida “por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado”. Por otro lado, es posible preguntarse si la Sala también tiene la posibilidad de buscar por cuenta propia los elementos de juicio que considere necesarios cuando se ha dado inicio al trámite a solicitud de parte. Aunque se debe advertir que nada parece impedirlo. Es decir, aun cuando el trámite se haya iniciado a petición de parte, la Sala, no obstante el deber del interesado de proveer información al respecto, también debe poder recaudar por sí misma elementos de juicio, lo cual es pertinente, por ejemplo, para verificar la información que le ha sido entregada por el respectivo agente del Estado.

IV. Inciso cuarto: nuevamente, casos en los que no procede la renuncia a la persecución penal

El inc. 4º reitera la lista de crímenes y conductas con relación a las cuales la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas no puede conceder la renuncia a la persecución penal, especialmente lo estipulado en el art. 46 (1) y (3) LA. Por esta razón, aquí es suficiente con remitirse al comentario de dicha norma incluido en esta misma publicación.

5

V. Inciso quinto: vacíos e interrogantes sobre el trámite en concreto

El inc. 5º del art. 47 LA proporciona algunas directrices sobre el procedimiento que se debe seguir una vez la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas ha decidido conceder la renuncia a la persecución penal. Al respecto se deben diferenciar tres momentos. En primer lugar, la Sala debe tomar la decisión

6

⁹ Al respecto ver comentarios a los arts. 2º, 3º y 9º.

de conceder la renuncia a la persecución penal, lo cual, como ya se explicó, puede hacerlo de oficio o a petición de parte. Seguidamente, la Sala debe remitir su resolución a la autoridad judicial competente, la cual, en tercer lugar, debe materializarla. La autoridad que en el caso concreto debe materializar el beneficio concedido por la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas así como la decisión mediante la cual debe hacerlo dependerán de si el agente del Estado está siendo investigado o si ya fue condenado, y, en el primer caso, bajo cuál régimen procesal se está adelantando el proceso penal respectivo y en qué momento o etapa procesal se encuentra. Esto se desprende de las expresiones “autoridad judicial que esté conociendo de la causa penal” y “materialice los efectos de extinción *de la acción penal, de la responsabilidad penal y de la sanción penal según corresponda*” (cursivas por fuera del texto original). Así, por ejemplo, si se trata de un proceso penal que se encuentra en instrucción según la Ley 600 de 2000, la autoridad judicial será el fiscal delegado respectivo y este deberá proferir entonces una resolución de preclusión¹⁰, pero si se encuentra en etapa de juzgamiento será el juez penal mediante un auto de cesación de procedimiento¹¹. En cambio, si se trata de un proceso penal seguido conforme a la Ley 906 de 2004, será el juez penal de conocimiento quien deberá proferir el auto de preclusión¹², mientras que, en caso de condenados, corresponderá a los jueces de ejecución de penas tomar las medidas correspondientes¹³.

7 Como ya se mencionó, el art. 47 en general y particularmente el inc. 5º dejan varios vacíos e interrogantes sobre el trámite concreto que se debe seguir para que tenga lugar la renuncia a la persecución penal. Por un lado, con relación a la decisión que debe tomar la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas (primer momento) no se especifica cómo se debe hacer la solicitud –aunque la redacción del inc. 2º permite inferir que debe hacerse por escrito (“acompañar su solicitud”), lo cual se confirma con el art. 49 de las reglas de procedimiento de la JEP–, tampoco cómo o cuándo se deben presentar las “pruebas” ni cómo y dentro de qué plazo debe decidir la Sala. Nada se dice tampoco sobre si es posible controvertir la información presentada por el interesado, por ejemplo, por parte de las víctimas, lo cual constituye uno de los vacíos más problemáticos de la LA –como se verá más adelante, estos aspectos están regulados realmente en el art. 48 de las reglas de procedimiento de la JEP, las cuales, sin embargo, no han entrado en vigencia–. Con relación a la remisión que debe hacer la Sala a la autoridad judicial correspondiente

¹⁰ Ver arts. 38 y 39 inc. 1º de la Ley 600 de 2000.

¹¹ Art. 39 inc. 2º de la Ley 600 de 2000.

¹² Ver arts. 77 y 331 de la Ley 906 de 2004.

¹³ Art. 79 de la Ley 600 de 2000; art. 38 de la Ley 906 de 2004.

(segundo momento), tampoco se especifican los términos procesales: ¿cuánto tiempo (días, por ejemplo) tiene la Sala para remitir la resolución a la autoridad judicial correspondiente una vez ha decidido conceder la renuncia a la persecución penal? Lo mismo ocurre con la materialización del beneficio en el proceso penal concreto (tercer momento): ¿en cuánto tiempo debe decidir la autoridad judicial competente?, ¿esta autoridad debe tener en cuenta la opinión de las víctimas?, ¿qué naturaleza tendrá la decisión mediante la que se materializa la renuncia a la persecución penal?, ¿está sometida a las reglas procesales ordinarias, por ejemplo en materia de recursos?¹⁴.

Por ejemplo, en procesos adelantados según la Ley 906 de 2004, se podría dar cumplimiento al trámite previsto en el art. 333 para la preclusión, lo cual permitiría, entre otras cosas, la participación de las víctimas, quienes podrían oponerse a la solicitud de preclusión incluso allegando pruebas¹⁵. Sin embargo, esto solo solucionaría el problema parcialmente, pues esta no es la única forma mediante la cual se debe materializar la decisión de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas.

Así como se expidió el Decreto 277 de 17 de febrero de 2017 precisando aspectos procesales/operativos para conceder la amnistía *de iure* a miembros de las FARC o los decretos 706 de 3 de mayo de 2017 o 1269 de 28 de julio del mismo año con relación a la privación de la libertad de los miembros de la fuerza pública, debería existir similar reglamentación sobre la renuncia a la persecución para los agentes del Estado en general, en donde se precisen todos estos aspectos. Aunque, respecto a las actuaciones de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas y, en concreto, para tomar la decisión de otorgar o no el beneficio de renuncia a la persecución penal (momento uno), se deberá seguir el procedimiento previsto en el art. 48 de las reglas de procedimiento de la JEP, una vez estas entren en vigencia¹⁶. En esta norma se definen varios

¹⁴ Al respecto y con relación a lo dispuesto en el art. 1º del Decreto 1269 de 2017 ver comentario al art. 49 LA en esta obra.

¹⁵ Según el art. 333 de la Ley 906 de 2004, una vez el fiscal del caso ha hecho la respectiva solicitud, se debe realizar una audiencia ante el juez de conocimiento dentro de los cinco días siguientes, al final de la cual el juez debe tomar (y motivar) la decisión que corresponda. Sobre la participación de las víctimas en el trámite de la preclusión en la Ley 906 de 2004 ver Corte Const., sent. C-209 de 21 de marzo de 2007, apartado 10. En general sobre la preclusión en la Ley 906 de 2004 y con relación a quién debe hacer la solicitud ver Corte Const., sent. C-118 de 13 de febrero de 2008. Sobre el archivo de las diligencias según el art. 79 de la Ley 906 de 2004 y los derechos de las víctimas en esta actuación ver Corte Const., sent. C-1154 de 15 de noviembre de 2015, apartado 4.8.

¹⁶ Ver Informe de conciliación al proyecto del ley 225/18 Senado- 239/18 Cámara “por medio del cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la jurisdicción especial para la paz”.

términos que debe cumplir la Sala, por ejemplo, para decidir si tiene o no competencia, para citar a los interesados a audiencia pública –entre ellos a las víctimas y al ministerio público–, así como para tomar la decisión de fondo¹⁷. Pero, aún así, el vacío con relación al trámite ante las autoridades judiciales que deben materializar la decisión de la Sala se mantendría.

¹⁷ Por ejemplo, el num. 1 del art. 48 dispone que una vez “[r]ecibida la actuación por la Sala, a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes, proferirá resolución en la cual asume el conocimiento y ordenará comunicar a la persona compareciente a la JEP, a su defensor, a las víctimas, a su representante y al ministerio público”, y el num. 2 dice que, “[t]ranscurridos diez (10) días posteriores de la comunicación efectiva de la resolución, la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas emitirá resolución en la cual decidirá sobre la competencia de la JEP y de la Sala [...]”. Empero, de acuerdo con el num. 3, “[e]n caso de duda sobre la competencia de la JEP por parte de la Sala, se citará a audiencia dentro de los diez (10) días siguientes [...]. Asimismo, el art 48 dispone un término de 20 días de “apertura a pruebas” (num. 4), el cual tiene lugar una vez se ha decidido sobre la competencia. Vencido este término, dentro de los 10 días siguientes, la Sala deberá citar nuevamente a audiencia (num. 6), en la que impondrá las condiciones “de verdad plena, reparación y no repetición impuestas al sometido a la JEP”; dichas condiciones se deberán empezar a cumplir dentro de los 30 días siguientes. Cumplido este plazo la Sala debe tomar la decisión definitiva (num. 7).

Artículo 48. *Otros efectos de la renuncia a la persecución penal.* La renuncia a la persecución penal también genera los siguientes efectos:

1. Impide que se inicien nuevos procesos por estas conductas.
2. Hace tránsito a cosa juzgada material y solo podrá ser revisada por el Tribunal para la Paz.
3. Elimina los antecedentes penales de las bases de datos.
4. Anula o extingue la responsabilidad o la sanción disciplinaria, fiscal o administrativa derivada de la conducta penal.
5. Impide el ejercicio de la acción de repetición y del llamamiento en garantía contra los agentes del Estado, sin perjuicio del deber del Estado de satisfacer el derecho de las víctimas a la reparación integral.

Parágrafo 1. Para los condenados y/o sancionados, las situaciones administrativas de personal consolidadas con fundamento en las decisiones penales, disciplinarias, fiscales y administrativas adoptadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley mantendrán su firmeza y ejecutoria.

Parágrafo 2. Para efectos del levantamiento de la suspensión del ejercicio de funciones y atribuciones, en el caso de los miembros de la fuerza pública activos que se encuentren investigados, la renuncia a la persecución penal tendrá los mismos efectos que la extinción de la acción, salvo que se trate de homicidio, tráfico de armas, concierto para delinquir o los demás delitos del artículo 46 de la presente ley. En todo caso, el reintegro no procede para quienes se encuentren investigados por los delitos mencionados ni por los delitos con una pena mínima privativa de la libertad de 5 o más años. Quienes se encuentren retirados y estén siendo investigados, no podrán ser reintegrados si deciden que se les aplique la renuncia a la persecución penal.

Jurisprudencia nacional: Corte Const., sents. C-007 de 1º de marzo de 2018; C-04 de 20 de enero de 2003; C-871 de 30 de septiembre de 2003; C-979 de 26 de septiembre de 2005; T-058 de 12 de febrero de 2015 y C-899 de 7 de octubre de 2003.

Otros documentos: Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, versión de 24 de noviembre de 2017, disponible en: <https://www.mesadeconversaciones.com.co/comunicados/acuerdo-final-para-la-terminaci%C3%B3n-del-conflicto-y-la-construcci%C3%B3n-de-una-paz-estable-y-1> (última fecha de consulta: 5 de septiembre de 2018).

1 Además de extinguir la acción, la responsabilidad o la sanción penal (según el estado de cada proceso), tal y como lo dispone el art. 46 LA, la renuncia a la persecución penal también produce los efectos que señala el art. 48 LA. Al respecto se debe mencionar, en primer lugar, que esta norma no precisa el momento a partir del cual se generan los efectos que allí se mencionan, aunque bien se puede asumir que los mismos se dan una vez la decisión de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, mediante la cual se concede el beneficio, ha quedado en firme, ya sea porque no se interpusieron los recursos procedentes de acuerdo con el art. 49 LA o porque ellos fueron resueltos. Es decir, los efectos de la renuncia a la persecución penal serían producto de la decisión que la concede en el contexto de la JEP y no de la decisión que en cada proceso penal ordinario la materializa. En segundo lugar, es posible afirmar, en términos generales, que los efectos de la renuncia a la persecución penal en varios sentidos van más allá de los que se derivan de las formas ordinarias mediante las cuales en Colombia pueden terminar los procesos penales. Esto evidencia el carácter extraordinario de esta figura en cuanto mecanismo concebido desde la lógica de la JT y pone de presente (de nuevo) la importancia de darle una aplicación racionalizada, definiendo de la manera más clara posible los límites de su ámbito de aplicación. Para explicar este punto, a continuación se harán algunas consideraciones con relación a cada uno de los numerales del art. 48.

I. Efecto de cosa juzgada y revisión (nums. 1 y 2)

2 Los numerales 1 y 2 del art. 48 hacen referencia básicamente al mismo efecto: como consecuencia del beneficio de renuncia a la persecución penal no es posible iniciar nuevos procesos por los mismos hechos (num. 1.)¹, es decir que la decisión mediante la cual se concede este beneficio hace tránsito a cosa juzgada material (num. 2)². En este sentido, la renuncia a la persecución

¹ De acuerdo con la Corte Const., esta disposición hace alusión a una situación similar a la prevista en el art. 20 LA (ver Corte Const., sent. C-007 de 1º de marzo de 2018, párr. 904), razón por la cual es pertinente remitirse al comentario de SÁNCHEZ al respecto incluido en esta publicación.

² En el sentido del art. 19 de la Ley 600 de 2000, en donde se afirma que la persona “no será sometida a una nueva actuación por la misma conducta, *aunque a esta se le dé una denominación jurídica distinta*” (cursivas por fuera del texto original).

penal coincide, por ejemplo, con el efecto que tiene la preclusión en un proceso penal ordinario y, por supuesto, con el de la sentencia absolutoria o condenatoria³. Aunque, en este sentido, la renuncia a la persecución penal va más allá que la resolución inhibitoria en la Ley 600 de 2000 y que el archivo de las diligencias en la Ley 906 de 2004⁴. El num. 2 precisa, además, que la renuncia solo puede ser “revisada por el Tribunal para la Paz”, lo cual permite preguntarse sobre cuáles son los recursos que en realidad proceden ante esta decisión. Una posible interpretación sería que aquí se hace alusión solo de forma genérica a la revisión del beneficio, simplemente para aclarar que el hecho de hacer tránsito a cosa juzgada no impide que procedan los recursos de reposición y apelación de acuerdo con el art. 49 LA, aunque, claro está, el efecto de cosa juzgada en estos casos se generaría una vez se resuelvan estos recursos. Sin embargo, también es posible interpretar la alusión a la revisión de la renuncia a la persecución penal de una manera más concreta en el sentido, precisamente, de la acción de revisión prevista en el contexto del proceso penal ordinario⁵. De acuerdo con esta interpretación no serían procedentes solamente los recursos de reposición y apelación, sino también, una vez ejecutoriada la decisión que concede el beneficio, se podría interponer la acción de revisión, por ejemplo, si existieran pruebas sobrevinientes que ameritaran levantar el efecto de cosa juzgada y tomar una nueva decisión.

La posibilidad de acudir a la acción de revisión ante decisiones tomadas por la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas que ya hayan hecho tránsito a cosa juzgada, de todas maneras, no parece haberse previsto expresamente en el Acuerdo de Paz y, si se hizo, no lo fue con suficiente claridad. Por un lado, entre las funciones de la Sección de Revisión del Tribunal para la Paz se menciona la revisión de sentencias condenatorias que hayan sido proferidas por la justicia penal ordinaria, mas no la revisión de las decisiones de las Salas una vez han hecho tránsito a cosa juzgada⁶. Aunque, por otro lado, también se establece que dicha Sección “excepcionalmente” revisará “las resoluciones o sentencias impuestas por el componente de justicia, cuando haya mérito para ello por las causales establecidas en las normas de desarrollo del componente de justicia [...] siempre que dicha revisión no suponga agravar la situación del

3

³ Ver art. 19 de la Ley 600 de 2000, así como los arts. 21 y 80 de la Ley 906 de 2004.

⁴ Ver art. 328 de la Ley 600 de 2000 y 79 de la Ley 906 de 2004.

⁵ Ver art. 220 de la Ley 600 de 2000 y 192 y ss. de la Ley 906 2004.

⁶ Ver Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, versión de 24 de noviembre de 2017, apartado 5.1.2., punto 58 (b), disponible en: <https://www.mesadeconversaciones.com.co/comunicados/acuerdo-final-para-la-terminaci%C3%B3n-del-conflicto-y-la-construcci%C3%B3n-de-una-paz-estable-y-1> (última fecha de consulta: 5 de septiembre de 2018); también art. 52 del proyecto de ley de procedimiento aprobado en conciliación por el Senado de la República y la Cámara de Representantes.

sancionado”⁷. Esto podría hacer referencia a una especie de acción de revisión, similar a la prevista por la legislación procesal ordinaria y, en ese caso, podría entenderse que a esto se referiría el num. 2 del art. 48 LA. Sin embargo, la acción de revisión en casos en los que se haya concedido la renuncia a la persecución penal procedería para revocarla, lo cual, evidentemente, supondría agravar la situación del sujeto en cuestión, en contravía de lo dicho en el Acuerdo. Adicionalmente, en el proyecto de ley sobre normas de procedimiento de la JEP aprobado por el Congreso de la República no se previó esta posibilidad. De hecho, este proyecto solo hace referencia al recurso de reposición y al de apelación en los arts. 12 y 13, respectivamente, así como a la acción de tutela en el art. 53⁸.

4 Aunque, ciertamente, la procedencia de la acción de revisión en este contexto encontraría fundamento en la jurisprudencia de la Corte Const., en la que se ha aclarado que el principio de cosa juzgada no es absoluto y que encuentra límites justamente en los derechos de las víctimas, especialmente en casos de violaciones de DD. HH.⁹, esto no es algo que parezca haberse previsto en las normas de implementación del Acuerdo de Paz, no obstante lo dicho en el num. 2 del art. 48 LA. Es decir, que la cosa juzgada, al menos cuando se ha concedido el beneficio de renuncia a la persecución penal, no tendría la limitación que, por ejemplo, aparece en el art. 21 de la Ley 906 de 2004¹⁰.

II. Eliminación de antecedentes penales (num. 3)

5 El num. 3 del art. 48 establece, como consecuencia de la renuncia a la persecución penal, que se deben eliminar los antecedentes penales de las bases

⁷ *Ibíd.*, apartado 5.1.2., punto 58 (d).

⁸ Al respecto se debe tener en cuenta también el art. 48 del proyecto de ley estatutaria de la JEP, sobre “recursos contra las resoluciones de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas”, en el cual se mencionan la reposición y la apelación.

⁹ Corte Const., sents. C-04 de 20 de enero de 2003, apartado IV (Consideraciones y Fundamentos), párr. 13 (límites del principio *non bis in idem*); C-871 de 30 de septiembre de 2003, apartado VI (3.) sobre “principio del *non bis in idem*, su relación con la cosa juzgada y la acción de revisión” y C-979 de 26 de septiembre de 2005, apartado V (Fundamentos de la decisión), párrs. 7 y ss.

¹⁰ En esta disposición se establece: “La persona cuya situación jurídica haya sido definida por sentencia ejecutoriada o providencia que tenga la misma fuerza vinculante, no será sometida a nueva investigación o juzgamiento por los mismos hechos, *salvo [...] en casos de violaciones* a los derechos humanos o infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario, que se establezcan mediante decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, respecto de la cual el Estado colombiano ha aceptado formalmente la competencia” (cursivas por fuera del texto original).

de datos. Sin embargo, no es claro cuál es el alcance de este efecto, ya que el manejo de la información en estos casos por las entidades del Estado no debe ser siempre el mismo. Esta cuestión resulta de especial relevancia en casos de agentes del Estado que ya han sido condenados en la jurisdicción penal ordinaria por hechos relacionados con el conflicto armado. Al respecto, cabe preguntarse si esta disposición hace referencia a la eliminación absoluta de la información que reposa en los registros oficiales (naturalmente con relación a los procesos penales frente a los cuales la renuncia a la persecución penal es procedente) o si a esta se le debe dar el mismo tratamiento que tiene normalmente.

Para aclarar este punto nótese, en primer lugar, que el registro de antecedentes penales no constituye una sanción de ninguna clase. Como lo ha afirmado la Corte Const.: “si bien los antecedentes penales son el producto de la imposición de un castigo, no son la pena en sí misma ni adquieren autonomía punitiva”¹¹. Sin embargo, las bases de datos de antecedentes penales cumplen con finalidades específicas¹² y, de acuerdo con ello, la información que en ellas reposa y el acceso a las mismas puede ser diferente. Así, por ejemplo, es distinto si se trata de una base de datos de acceso público, como por ejemplo la base de datos de la Policía Nacional, la cual puede ser consultada a través de Internet (abierta al público)¹³, a si se trata de una base de datos de acceso restringido, a la cual solo se puede acceder cumpliendo ciertos requisitos o por ciertas personas¹⁴. En estas situaciones el manejo de la información por parte del Estado no es el mismo, al punto que las leyendas que se pueden consignar en los certificados oficiales no necesariamente deben coincidir¹⁵.

De hecho, la Corte Const. ha afirmado que la supresión total de los antecedentes penales no es admisible, dado que ellos cumplen diversas funciones y

¹¹ Ver Corte Const., sent. T-058 de 12 de febrero de 2015, párr. 4.3.3.

¹² *Ibíd.*, párr. 4.3., frente al contenido del certificado de antecedentes judiciales, esta Corporación ha señalado que se trata de “[...] un documento [...], en el cual se certifica la situación judicial de un ciudadano frente a la justicia y autoridades colombianas. Estipula si el titular no tiene asuntos pendientes con las autoridades judiciales y de policía, o si no es solicitado por las mismas autoridades” (citando la sent. T-542 de 9 de julio de 2003).

¹³ *Ibíd.*, párrs. 3.4. y ss.

¹⁴ *Ibíd.*

¹⁵ Por ejemplo, cuando el certificado de antecedentes se solicita a la Cancillería con fines migratorios, para personas que no registran antecedentes se incluye la leyenda: “no registra antecedentes”, mientras que para aquellos frente a los cuales se ha decretado la extinción de una sanción penal se consigna la leyenda: “no tiene asuntos pendientes ante las autoridades judiciales”, ver Corte Const., sent. T-058 de 12 de febrero de 2015, párr. 2.1.3.2.

algunas de ellas resultan fundamentales desde el punto de vista constitucional, como, por ejemplo para realizar actividades “de inteligencia, ejecución de la ley y control migratorio”¹⁶. Así, la Corte Const. ha amparado el derecho de *habeas data* respecto a la actualización de antecedentes penales, por ejemplo, por cumplimiento y extinción de sanciones penales, pero solo de manera relativa “frente a la circulación irrestricta de la información [...] cuando el propósito de su divulgación no reporte una clara finalidad, necesidad y utilidad constitucional”¹⁷, entre otras razones, para proteger el derecho al trabajo y evitar situaciones de discriminación¹⁸. La pregunta entonces en el contexto de la JEP es si el tratamiento de los antecedentes penales, una vez se ha concedido el beneficio de la renuncia a la persecución penal, será sometido a las mismas reglas o no.

8 En la sentencia C-007 de 2018 se encuentran algunos lineamientos sobre el alcance de este efecto de la renuncia a la persecución penal. La Corte Const. declaró exequible el art. 48 LA y con relación al num. 3 afirmó, precisamente, que dicha disposición no supone una eliminación total de todos los registros en donde conste la existencia de los procesos penales que hayan terminado como consecuencia de este beneficio¹⁹. De acuerdo con la Corte Const., dicho num. se refiere únicamente a los sistemas de información de “contenido penal”²⁰. Adicionalmente, la Corte precisó que de todas maneras esta información debe estar siempre disponible “para las entidades que hacen parte” del SIVJNR²¹. Estas entidades deben tener acceso a la información sobre los procesos penales que existieron en contra de quien se benefició de la renuncia a la persecución penal, bien sea para constatar la información que ellas mismas reciben en desarrollo de sus funciones²² o bien para controlar el cumplimiento de las condiciones impuestas a la persona beneficiada, relacionadas con la contribución a los derechos de las víctimas, según el art. 50 LA²³. Con estas limitaciones la Corte Const. acepta que se restrinja el acceso del público en general a este tipo de información, con fundamento en la necesidad de evitar “el surgimiento de señalamientos por toda la sociedad a los implicados en el conflicto”²⁴.

¹⁶ *Ibíd.*, párrs. 4.4.1. y 5.8.

¹⁷ *Ibíd.*, párr. 4.4.2.

¹⁸ *Ibíd.*, párr. 4.4.2.

¹⁹ Corte Const., sent. C-007 de 1º de marzo de 2018, párr. 907.

²⁰ *Ibíd.*

²¹ *Ibíd.*

²² *Ibíd.*, párr. 908.

²³ *Ibíd.*, párr. 909.

²⁴ *Ibíd.*, párr. 911.

III. Efectos frente a otros tipos de responsabilidad (nums. 4 y 5)

Los numerales 4 y 5 del art. 48 LA reiteran lo dispuesto en el art. 42 de esta misma ley²⁵, razón por la cual es pertinente remitirse en este lugar al comentario de SÁNCHEZ y CHAPARRO en esta publicación. Tanto en el art. 42 como en el num. 4 del art. 48 se establece que la renuncia a la persecución penal no solo tiene efectos sobre la responsabilidad penal, sino también sobre la disciplinaria y la fiscal. Sin embargo, el num. 4 también hace referencia, de manera algo vaga, a la responsabilidad administrativa “derivada de la conducta punible”, lo cual abre el interrogante sobre el alcance de este beneficio y si esta última expresión tiene algún significado concreto que agregue algo o si más bien resulta redundante.

A su turno, el num. 5 del art. 48 LA, al igual que el art. 42, extiende los efectos de la renuncia a la persecución penal a la responsabilidad civil derivada de la conducta punible; la primera disposición lo hace mediante la referencia al “llamamiento en garantía”²⁶, mientras que la segunda lo hace al referirse a “la acción de indemnización de perjuicios”. Esto indica que la persona beneficiada con la renuncia a la persecución penal no puede ser condenada a pagar los perjuicios causados mediante la conducta punible ni por un juez penal ni por uno civil. En todo caso, en estas dos normas se aclara que el Estado sigue estando obligado a satisfacer el derecho a la reparación que tienen las víctimas. Al respecto se debe señalar que en el ordenamiento jurídico colombiano no resulta extraño atribuir efectos jurídicos sobre la responsabilidad civil a una decisión (judicial) tomada en un proceso penal. En este sentido, se debe mencionar, a manera de ejemplo, el art. 57 de la Ley 600 de 2000²⁷. Incluso en estos casos, cuando el acusado en el proceso penal había obrado en cumplimiento de un deber legal, de acuerdo con la Corte Const., la víctima conservaba el derecho a ser indemnizada por el Estado²⁸, así como ocurre cuando en el contexto de la JEP se concede la renuncia a la persecución penal. Se trata entonces, de alguna manera, de figuras que se han tomado de la justicia ordinaria y que ahora adquieren un matiz especial al aplicarse en el contexto de la JT, pero cuyas lógicas en uno y otro lugar no son radicalmente distintas. Es más, así como

²⁵ En este sentido, con relación al num. 4 ver *ibíd.*, párr. 912.

²⁶ Ver art. 71 Ley 600 de 2000; sobre la responsabilidad civil derivada de la conducta punible ver arts. 94 y ss. CP.

²⁷ Según esta norma, “la acción civil no podrá iniciarse ni proseguirse cuando se haya declarado, por providencia en firme, que la conducta causante del perjuicio no se realizó o que el sindicado no lo cometió o que obró en estricto cumplimiento de un deber legal o en legítima defensa”.

²⁸ Corte Const., sent. C-899 de 7 de octubre de 2003, apartado E.2.

la renuncia a la persecución penal elimina la posibilidad de que el beneficiario deba indemnizar a las víctimas, también se elimina la posibilidad de que este tenga que responder ante el detrimento patrimonial sufrido por el Estado, como consecuencia del ejercicio de la acción de revisión; en este punto también coinciden el num. 5 del art. 48 y el art. 42 LA.

IV. Parágrafos

11 El art. 48 LA cuenta además con dos parágrafos que regulan la vinculación (o no) de quienes se ven beneficiados con la renuncia a la persecución penal a las entidades públicas de las que hacían o hacen parte. El primer párrafo se refiere a casos en los que existan “decisiones penales, disciplinarias, fiscales y administrativas”, tomadas antes de la entrada en vigencia de la LA, mediante las cuales se haya condenado “y/o” sancionado a quienes ahora se benefician de la renuncia a la persecución penal y que hayan consolidado “situaciones administrativas de personal”. Con este párrafo se establece “la imposibilidad de retrotraer situaciones consumadas en materia laboral”²⁹. Es decir, si el beneficiario, por ejemplo, fue destituido como consecuencia de estas decisiones, dicha situación no se revierte, a pesar de que la responsabilidad penal o de algún otro tipo, y que motivó la destitución, haya desaparecido como consecuencia de la renuncia a la persecución penal.

12 En cambio, en el párrafo segundo se hace referencia explícita únicamente a miembros de la fuerza pública en servicio activo, que si bien no han sido condenados o sancionados, sí se encuentran investigados y debido a esto han sido suspendidos “del ejercicio de [sus] funciones y atribuciones”. En estos casos, la renuncia a la persecución penal tiene los mismos efectos que la extinción de la acción, es decir que la suspensión del ejercicio de funciones y atribuciones se levanta³⁰. Sin embargo, el párrafo segundo limita este efecto de la renuncia a la persecución penal a casos en los que no exista responsabilidad por homicidio, tráfico de armas, concierto para delinquir o por los delitos mencionados en el art. 46 LA. Esta mención al art. 46 resulta extraña, dado que dicha norma establece los casos en los que no procede la renuncia a la persecución penal, de manera que no se entiende porqué se hace referencia a esta en una disposición en la que se regulan los efectos de dicho beneficio, es decir en el art. 48. Otra restricción de este efecto de la renuncia a la persecución penal, y que no se debe perder de vista, es que no se puede tratar de casos en los que los tipos penales relevantes prevean una pena de prisión mínima de cinco o más años, lo cual constituye una cláusula abierta que obliga

²⁹ Corte Const., sent. 007 de 1º de marzo de 2018, párr. 914.

³⁰ *Ibíd.*, párr. 915.

a los magistrados de la JEP a revisar caso por caso, para contrastarlo con el CP. Finalmente, el párrafo segundo aclara que tampoco podrán ser reintegrados quienes estén siendo investigados y ya se hayan retirado de la fuerza pública, lo cual reitera que se debe tratar de miembros de la fuerza pública *activos*, tal y como se especifica al principio de este párrafo.

Artículo 49.* *Recursos contra las resoluciones de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas.* Las resoluciones adoptadas por la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas podrán ser recurridas en reposición ante la misma Sala, y en apelación ante la Sección de Apelaciones del Tribunal para la Paz [únicamente] a solicitud del destinatario de la resolución.

Jurisprudencia nacional: Corte Const., sents. C-209 de 21 de marzo de 2007, C-118 de 13 de febrero de 2008, C-1154 de 15 de noviembre de 2015, C-936 de 23 de noviembre de 2010, C-674 de 14 de noviembre de 2017 y C-007 de 1º de marzo de 2018.

Otros documentos: Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, versión de 24 de noviembre de 2017, disponible en: <https://www.mesadeconversaciones.com.co/comunicados/acuerdo-final-para-la-terminaci%C3%B3n-del-conflicto-y-la-construcci%C3%B3n-de-una-paz-estable-y-1> (última fecha de consulta: 13 de febrero de 2017).

1

El art. 49 LA regula los recursos que proceden contra las decisiones de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas. De acuerdo con esta norma, las decisiones de la Sala se toman mediante “resoluciones”, ante las cuales proceden tanto el recurso de reposición (ante la misma Sala) como el de apelación ante la Sección de Apelaciones del Tribunal para la Paz¹. Esta disposición se reitera en el art. 48 de la Ley Estatutaria de la JEP y en el art. 4º del Decreto 706 de 3 de mayo de 2017, mediante el cual se regula el tratamiento especial diferenciado que deben recibir los miembros de la fuerza pública en el marco de esta jurisdicción. Dicho art. 4º agrega, además, que las decisiones de los órganos de la JEP relacionadas con la renuncia a la persecución penal, la libertad transitoria condicionada y anticipada², y la privación de la libertad en

* El aparte entre corchetes fue declarado inexecutable por la Corte Const. en sent. C-007 de 1º de marzo de 2018.

¹ Sobre la estructura del Tribunal para la Paz ver Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, versión de 24 de noviembre de 2017, apartado 5.1.2., punto 52. Disponible en: <https://www.mesadeconversaciones.com.co/comunicados/acuerdo-final-para-la-terminaci%C3%B3n-del-conflicto-y-la-construcci%C3%B3n-de-una-paz-estable-y-1> (última fecha de consulta: 13 de febrero de 2017).

² Al respecto ver comentario a los arts. 51 y ss. en esta obra.

unidad militar o policial³ no pueden ser revocadas, sustituidas ni modificadas por ninguna otra autoridad.

Al respecto se deben precisar, en primer lugar, dos aspectos. Por un lado, si bien el encabezado del Decreto 706 se refiere a los miembros de la fuerza pública, debe entenderse que lo dispuesto en el art. 4º es de aplicación general y, en consecuencia, válido para todos los agentes del Estado. De hecho, si se observan las consideraciones que introducen las normas contempladas en el Decreto 706⁴, es posible afirmar que aquí se utilizan los términos “miembros de la fuerza pública” y “agentes del Estado” como si fueran equivalentes. Si bien conceptualmente esto es equivocado⁵ y puede considerarse un error de técnica “legislativa”, constituye un punto de referencia importante para llamar la atención sobre la necesidad de analizar cuidadosamente en el contexto de la LA y de la JEP cada norma en la que se utilizan dichos términos, para definir cuál es su verdadero alcance y así evitar un tratamiento desigual e injustificado entre agentes del Estado que son miembros de la fuerza pública y aquellos que no lo son. En este sentido, nada justifica que la prohibición prevista en el art. 4º del Decreto 706 de que otras autoridades puedan modificar las decisiones de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas sobre la renuncia a la persecución penal solo sea aplicable a los miembros de la fuerza pública. La aplicación de dicha norma a todos los agentes del Estado es coherente, además, con la naturaleza autónoma de la JEP y con la competencia prevalente que ejercen los órganos que la integran⁶.

Por otro lado, lo dispuesto tanto en el art. 49 LA como en el art. 4º del Decreto 706 de 2017 debe entenderse sin perjuicio de la procedencia de la acción de tutela. Esta posibilidad se encuentra prevista en el art. transitorio 8º, adicionado a la Const. Pol. mediante el AL 01 de 4 de abril de 2017, así como en el art. 13 del mismo Decreto 706⁷. Según el inc. 1º del art. transitorio 8º la acción de tutela procederá contra las “acciones y omisiones” de los órganos de la JEP,

³ Al respecto ver comentario a los arts. 56 y ss. en esta misma obra.

⁴ Ver por ejemplo párrafo ocho (“existe un vacío frente a los *miembros de la fuerza pública*”) y nueve (“esta diferencia de trato normativo [...] conduce a que miembros de las FARC-EP que aún no han hecho tránsito a la legalidad gocen de la libertad mientras que los *agentes del Estado* que [...]”) de las consideraciones que introducen el Decreto 706 de 2017.

⁵ Ver comentario al art. 9º en esta obra.

⁶ Ver Acuerdo Final (nota al pie 1), punto 9; art. transitorio 5º (inc. 1º) y art. transitorio 6º AL 01 de 2017.

⁷ Según el art. 13 de Decreto 706 de 2017: “Los beneficios previstos en la Ley 1820 de 2016, se aplicarán sin perjuicio de la interposición de la acción de tutela y *habeas corpus*”. Ver Acuerdo Final (nota al pie 1), punto 52 (parg.).

que violen o amenacen derechos fundamentales. En el inc. 2º se hace referencia, en cambio, a “providencias judiciales”, lo cual parece ser un término más específico, y al respecto se contempla un estándar de procedencia de la tutela al parecer más estricto: “solo por una manifiesta vía de hecho o cuando la afectación del derecho fundamental sea consecuencia directa por deducirse de su parte resolutive y se hubieran agotado todos los recursos al interior de la Jurisdicción Especial para la Paz, no existiendo mecanismo idóneo para reclamar la protección del derecho”⁸. Si estas diferencias entre los incs. 1º y 2º del art. transitorio 8º tienen algún efecto relevante sobre la acción de tutela, es algo que debe ser definido por los órganos que integran la JEP.

4 En cualquier caso, la tutela será resuelta en primera instancia por la Sección de Revisión del Tribunal para la Paz y en segunda instancia por la Sección de Apelaciones del mismo Tribunal⁹. Adicionalmente, la Corte Const. puede seleccionar los fallos de tutela proferidos en la JEP. En un principio, el proceso para la selección y revisión de tutelas por la Corte Const. se encontraba regulado en el inc. 4º del art. transitorio 8º, en el cual se establecía que la decisión de seleccionar “un fallo” debía ser tomada por una sala integrada por dos magistrados de la Corte Const. y dos de la JEP, necesitándose una decisión unánime. Este inc. 4º fue declarado inexecutable por la Corte Const., puesto que consideró que el control de constitucionalidad sobre las decisiones de la JEP dependía en últimas de la propia JEP¹⁰. Como consecuencia de la decisión de la Corte Const., la selección y revisión de las tutelas presentadas contra decisiones de la JEP se debe someter a las reglas ordinarias¹¹. Aún así, la Corte Const. no tiene la facultad para modificar las decisiones tomadas en la JEP, entre ellas las decisiones sobre la renuncia a la persecución penal, razón por la cual de encontrar que se ha violado algún derecho fundamental, debe remitir el caso al órgano de la JEP correspondiente para que sea este el que profiera una nueva decisión teniendo en cuenta lo dicho por la Corte Const., lo que impide presentar un nuevo recurso de amparo¹².

5 Un punto que llamaba especialmente la atención era la limitación que aparecía en la última frase del art. 49, según la cual las resoluciones proferidas por la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas solo podían ser recurridas por el destinatario de la resolución. Este aspecto abría un gran interrogante sobre el res-

⁸ Inc. 2º del art. transitorio 8º AL 01 de 2017.

⁹ Inc. 3º del art. transitorio 8º AL 01 de 2017.

¹⁰ Ver Corte Const., sent. C-674 de 14 de noviembre de 2017, apartado 5.4.4.

¹¹ *Ibíd.*

¹² Inc. 5º del art. transitorio 8º AL 01 de 2017.

peto a los derechos de las víctimas, ya que en ninguno de los artículos anteriores en los que se regula el beneficio de la renuncia a la persecución penal se contempla la posibilidad de que estas intervengan, ni siquiera en el art. 47 en el que supuestamente se establece el trámite que se debe seguir en estos casos; en cambio, en el art. 49, en el que se hace referencia a un asunto bastante puntual, estas se excluían, se podría decir, intencionalmente. Si bien esta limitación se estipuló desde el Acuerdo de Paz¹³, la misma resultaba particularmente problemática si se tenía en cuenta la jurisprudencia de la Corte Const., no solamente con relación a la participación de las víctimas ante actuaciones que ponen fin a los procesos penales en general¹⁴, sino también a la aplicación de figuras en clave de JT, así fuera en el marco de procesos penales ordinarios, tal y como ocurrió con el intento de permitir la aplicación del principio de oportunidad en procesos en los que se juzgaban conductas cometidas por miembros de la AUC, con ocasión de la desmovilización que tuvo lugar en el año 2005 y de la expedición de la Ley de JYP¹⁵.

Por lo anterior, en la sent. C-007 de 2018 la expresión “únicamente” de la última frase del art. 49 LA fue declarada inexecutable¹⁶. La Corte Const. afirmó al respecto que dicha limitación daba lugar a un “déficit constitucional” contrario a lo dispuesto en el AL 01 de 2017¹⁷, puesto que constituía un “abierto desconocimiento de los derechos de las víctimas como pilar estructural del proceso transicional”¹⁸. Adicionalmente, el texto original del art. 49 contrariaba lo dicho en la sent. C-674 de 2017 respecto del inc. 2º del art. transitorio 12 AL 01 de 2017, en el sentido de que en los procesos que tienen lugar en la JEP se debe garantizar la participación discrecional del ministerio público¹⁹.

La limitación sobre las personas que podrían recurrir la decisión de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas mediante la cual se otorga la renuncia a la persecución penal no se incluyó, de todas maneras, en el art. 48 de la Ley Estatutaria de la JEP, en el cual se dispone que los recursos de reposición y apelación contra las resoluciones de esta Sala pueden ser interpuestos “a solicitud del destinatario de la resolución, de las víctimas con interés directo y legítimo o sus representantes”. Aunque, se debe advertir, este aspecto se

¹³ Acuerdo Final (nota al pie 1), punto 52 (párrafo cuarto).

¹⁴ Ver Corte Const., sents. C-209 de 21 de marzo de 2007, C-118 de 13 de febrero de 2008 y C-1154 de 15 de noviembre de 2015.

¹⁵ Ver Corte Const., sent. C-936 de 23 de noviembre de 2010, párrs. 21 y ss.

¹⁶ Ver Corte Const., sent. C-007 de 1º de marzo de 2018, párr. 925.

¹⁷ *Ibíd.*, párr. 920; ver inc. 9º del art. transitorio 5º y art. transitorio 12 AL 01 de 2017.

¹⁸ *Ibíd.*, párr. 922.

¹⁹ *Ibíd.*, párr. 924.

reguló de manera algo ambigua en las normas de procedimiento de la JEP, ya que el art. 12, sobre el trámite del recurso de reposición, hace alusión al “sujeto procesal o interviniente afectado con la decisión”²⁰, así como el art. 14, sobre el trámite del recurso de apelación, se refiere al “sujeto procesal o interviniente a quien le fuera desfavorable la decisión”²¹. Teniendo en cuenta

²⁰ De acuerdo con el art. 12 de las normas de procedimiento de la JEP: “La reposición procede contra todas las resoluciones que emitan las Salas y Secciones de la Jurisdicción Especial para la Paz.

”El recurso deberá interponerse por el sujeto procesal o interviniente afectado con la decisión, con expresión de las razones que lo sustenten.

”Cuando la resolución a impugnar sea escrita, deberá interponerse por escrito dentro de los tres (3) días siguientes al de la notificación. En caso de que la resolución fuera proferida en audiencia, el recurrente deberá interponerlo y sustentarlo oralmente cuando la Sala o Sección le conceda la oportunidad para hacerlo.

”La resolución que decide la reposición no es susceptible de ningún recurso, salvo que contenga puntos no decididos en la anterior, caso en el cual podrá interponerse respecto de los puntos nuevos.

”El recurso de reposición presentado por escrito será resuelto previo traslado a los demás sujetos procesales e intervinientes por tres (3) días, dentro de los tres (3) días siguientes.

”El recurso de reposición interpuesto en audiencia será resuelto en el mismo acto por las Salas o Secciones, previo traslado a los demás sujetos procesales e intervinientes. Dada la complejidad de la decisión las Salas o Secciones podrán suspender el término para decidir el recurso y citar a nueva audiencia para proferir su decisión dentro de los cinco (5) días siguientes”.

²¹ Según el art. 14 de las normas de procedimiento de la JEP: “El recurso [de apelación] podrá ser interpuesto por el sujeto procesal o interviniente a quien le fuera desfavorable la decisión.

”El recurso de apelación contra la decisión que se emita en desarrollo de una audiencia o diligencia deberá interponerse en forma verbal inmediatamente después de ser pronunciada. Cuando se trate de providencia escrita, deberá interponerse en el acto de su notificación personal o por escrito dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación por estado, salvo disposición en contrario.

”Si se trata de resoluciones de fondo, vencido el término anterior, el recurso podrá ser sustentado oralmente en forma inmediata o por escrito dentro de los cinco (5) días siguientes. Cuando se trate de sentencias la sustentación será por escrito dentro de los diez (10) días siguientes.

”Se dará traslado a los no recurrentes en la misma audiencia o diligencia para que se pronuncien sobre la sustentación del recurso, si la resolución apelada fue emitida de manera oral. Si la resolución impugnada fue escrita, el traslado a los no recurrentes será común por cinco (5) días, luego de vencido el término de ejecutoria y sustentado el recurso por el apelante.

lo dicho por la Corte Const. en las sents. C-007 de 2018 y C-674 de 2017 podría entenderse, de todas maneras, no obstante el ministerio público no es mencionado en ninguna de estas normas y las víctimas no aparecen explícitamente en los art. 12 y 14 de las reglas de procedimiento, que tanto aquel como estas pueden interponer los recursos de reposición y apelación contra decisiones que concedan la renuncia a la persecución penal.

Finalmente, se debe llamar la atención sobre el art. 1º del Decreto 1269 de 28 de julio de 2017, el cual adiciona el art. 2.2.5.5.2.1. al Decreto 1069 de 2015 y establece algunos términos para decidir sobre los beneficios previstos en la Ley 1820 de 2016 para miembros de la fuerza pública. Los incs. 2º, 3º, 4º y 5º de esta norma prevén la posibilidad de interponer en procesos penales ordinarios los recursos de reposición y apelación contra “*todas las decisiones que resuelvan la solicitud de los beneficios contemplados en la Ley 1820 de 2016*” (cursivas por fuera del texto original). El tipo de recurso y la autoridad competente dependen del régimen procesal aplicable y del estado en el que se encuentre cada proceso penal²². En este sentido, el párrafo aclara de manera general que “la autoridad judicial decidirá los respectivos recursos de acuerdo al procedimiento penal aplicable a la actuación de su conocimiento”. Al respecto se debe advertir que el art. 2.2.5.5.2.1. (inc. 1º) hace alusión a la concesión de la libertad transitoria, condicionada y anticipada así como a la privación de la libertad en unidad militar o policial, las cuales constituyen dos figuras que si bien están contempladas en la LA, son diferentes e independientes a la renuncia a la persecución penal. Por esta razón, lo que aquí se dispone sobre recursos se limitaría, en principio, al trámite de aquellas. En todo caso, es posible preguntarse si esto también sería aplicable a las decisiones que en

8

”La sustentación deberá limitarse a señalar los aspectos que impugna de la providencia y los argumentos de hecho, de derecho y probatorios en que fundamenta su disenso. Si el apelante sustenta el recurso en debida forma y de manera oportuna, la Sala o Sección de primera instancia lo concederá de inmediato y señalará el efecto; en caso contrario, lo declarará desierto.

”La Sección de Apelación, con fundamento en el recurso interpuesto, decidirá únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante. Recibida la actuación, dispondrá de treinta (30) días para su decisión cuando se trate de resoluciones, y de sesenta días (60) días cuando sean sentencias. La decisión del recurso de apelación se proferirá por escrito. La Sección de Apelaciones podrá decidir si realiza una audiencia de sustentación”. Ver también art. 16 de las normas procesales de la JEP sobre el recurso de queja, en casos en los que se deniega el recurso de apelación.

²² Por ejemplo, el inc. 2º hace referencia a los procesos penales adelantados conforme a la Ley 906 de 2004, el inc. 3º se refiere a la Ley 600 de 2000 y el inc. 4º a condenados bien sea en procesos penales regidos por la Ley 906 de 2004 o por la Ley 600 de 2000.

los procesos penales ordinarios materializan la concesión de la renuncia a la persecución penal, teniendo en cuenta las expresiones “todas las decisiones” y “de los beneficios” que aparecen en los incs. 2º al 5º del art. 2.2.5.5.2.1. De ser así, aquí también surgiría el problema ya mencionado sobre el alcance de la expresión “miembros de la fuerza pública” en cuanto especie del género “agentes del Estado”. Además, se mantendría abierta la pregunta planteada en el comentario al art. 47 LA sobre la posible aplicación de las normas ordinarias sobre recursos respecto a la decisión que materializa la renuncia a la persecución penal. En todo caso, de aceptarse esta hipótesis se tendría que definir el alcance que tendrían estos recursos, dado que el beneficio, de hecho, ya ha sido concedido; con mayor razón si se han agotado los recursos procedentes en el interior de la JEP. Este problema no surgiría si se acepta que una vez otorgada la renuncia a la persecución penal en la JEP, la decisión que la materializa en la justicia ordinaria no se puede controvertir.

Artículo 50. *Contribución a la satisfacción de los derechos de las víctimas.* La adopción de alguno de los mecanismos de tratamiento especial diferenciado para agentes del Estado de que trata el Título IV de la presente ley no exime del deber de contribuir individual o colectivamente al esclarecimiento de la verdad o del cumplimiento de las obligaciones de reparación que sean impuestas en cumplimiento de lo establecido en el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición.

Si durante la vigencia de la Jurisdicción Especial para la Paz, los beneficiarios de mecanismos de tratamiento especial diferenciado para agentes del Estado de que trata el Título IV de la presente ley, se rehusaran a cumplir los requerimientos del Tribunal para la Paz para participar en los programas de contribución a la reparación de las víctimas, o a acudir ante la Comisión de Esclarecimiento de la Verdad, de la Convivencia y No Repetición, o ante la Unidad de Búsqueda de Personas Dadas por Desaparecidas, perderán el derecho a que se les apliquen los beneficios previstos en cualquier tratamiento de los definidos como especial, simultáneo, equilibrado y equitativo.

Parágrafo. El Estado realizará los cambios institucionales y de política pública que garanticen la no repetición de las graves violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario, como mecanismo de protección prevalente para las víctimas.

Literatura: JOSHI MADHAV, “Annualized Implementation Data on Intrastate Comprehensive Peace Accords, 1989-2012”, en *Journal of Peace Research* 52(4), 2015, págs. 551- 562; ALEJANDRO MONSIVÁIS-CARRILLO, “La democracia como política pública: Oportunidades para el fortalecimiento democrático”, en *Revista de Estudios Sociales*, (47), 2013, págs. 25-38; National Democratic Institute (NDI) (2014), Participación de las víctimas del conflicto armado. La participación de las víctimas: un camino para construir e implementar políticas públicas transformadoras. En NDI. Disponible en: https://www.ndi.org/sites/default/files/guia_victimas_colombia_small.pdf (fecha de consulta: 21 de junio de 2017); Transitional Justice Institute, Grupo de expertos: Las pautas de Belfast sobre amnistía y responsabilidad, 2013.

Jurisprudencia internacional: Corte IDH, Caso Barrios Altos vs. Perú, fondo, sent. de 14 de marzo de 2001; CorteIDH, Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, fondo, reparaciones

y costas, sent. de 25 de noviembre de 2003; CorteIDH, Caso Almonacid Arellano vs. Chile, sent. de 26 de septiembre de 2006, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas; CorteIDH, Caso Vargas Areco vs. Paraguay, fondo, reparaciones y costas, sent. de 26 de septiembre de 2006; CorteIDH, Caso La Cantuta vs. Perú, sent. de 29 de noviembre de 2006, fondo, reparaciones y costas; CorteIDH, Caso Aplitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sent. de 5 de agosto de 2008; CorteIDH, Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sent. de 26 de noviembre de 2008; CorteIDH, Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sent. de 16 de noviembre de 2009; CorteIDH, Caso Vélez Llor vs. Panamá, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sent. de 23 de noviembre de 2010; CorteIDH, Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sent. de 24 de noviembre de 2010; CorteIDH, Caso Gelman vs. Uruguay, sent. de 24 de febrero de 2011, fondo y reparaciones; CorteIDH, Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, fondo, reparaciones y costas, sent. de 24 de febrero de 2012; CorteIDH, Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, fondo, reparaciones y costas, sent. de 25 de octubre de 2012; TEDH, Caso Hadjianastassiou vs. Grecia, diciembre 16 de 1992.

Jurisprudencia nacional: Corte Const., sents. C-370 de 18 de mayo de 2006, C-454 de 7 de junio de 2006, C-936 de 23 de noviembre de 2010, C-260 de 6 de abril de 2011, C-579 de 28 de agosto de 2013, C-795 de 30 de octubre de 2014, C-694 de 11 de noviembre de 2015, C-160 de 6 de abril de 2016, C-161 de 7 de abril de 2016, C-233 de 11 de mayo de 2016, C-404 de 3 de agosto de 2016 y T-054 de 3 de febrero de 2017.

Documentos oficiales: CIDH, Verdad, justicia y reparación: Cuarto informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia (OEA/Ser.L/V/II. Doc. 49/13), 31 de diciembre de 2013, pág. 154; ONU, Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff, 9 de agosto de 2012 (A/HRC/21/46); Secretaría de Paz de Guatemala, El Estado Mayor Presidencial en Guatemala: Una aproximación. Ed. 1. 2011; Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, (n.d.) Orientaciones para la Incorporación. Estrategia de la Política Pública de Víctimas y Restitución de Tierras en los Planes Territoriales de Desarrollo 2016-2019. En *UnidadVictimas*, Disponible en: <http://www.unidadvictimas.gov.co/sites/default/files/documentosbiblioteca/cartillapddl290116.pdf>. (fecha de consulta: 21 de junio de 2017); Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas (n.d.) *Participaz*, La ruta de los Derechos. Capítulo 3. Políticas Públicas para las Víctimas. En *Participaz*, Disponible en: http://participaz.com/images/cartillas/Capitulo_3.pdf (fecha de consulta: 21 de junio de 2017).

I. Introducción

Debido a la estrecha relación y similitud entre el art. 50 de la LA y los arts. 14 y 33, en esta sección se profundizará en i) el principio de condicionalidad materializado en la disposición; ii) los principios de complementariedad e integralidad en el SIVJRNR; iii) las reformas institucionales como garantía de no repetición, y iv) la vocación transformadora de las políticas públicas en contextos de JT.

1

II. El principio de condicionalidad en el art. 50 de la LA

El art. 50, en sus incs. 1º y 2º, establece que los beneficios judiciales otorgados a *agentes del Estado* no suponen una liberación de su obligación de aportar a la garantía del derecho a la verdad y a la reparación de las víctimas y, en consecuencia, toda negativa a participar en los programas de reparación a las víctimas, de acudir a la CVR o ante la Unidad de Búsqueda de Personas Dadas por Desaparecidas, traerá como consecuencia la pérdida del derecho a recibir el beneficio.

2

La Corte Const., en su reciente sentencia, precisó que i) las condiciones exigidas en la LA constituyen requisitos de acceso –a pesar de que del texto de la disposición no se derive, de forma expresa y evidente, tal interpretación– y ii) el eventual desconocimiento a los condicionamientos será analizado por la JEP, de conformidad con el trámite establecido en el inc. 1º del artículo transitorio 12 del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2017¹.

La disposición analizada materializa el principio de condicionalidad; uno de los fundamentos del Acuerdo de Paz, firmado entre el Gobierno nacional y las FARC². El esquema que incorpora el SIVJRNR opta por equilibrar la búsqueda de la paz y la justicia, en la medida en que materializa las concesiones propias de la negociación entre las partes –como los mecanismos de racionalización de la acción penal–, sin desconocer la obligación tanto del Estado como de los victimarios de respetar y garantizar, en el mayor nivel posible, los derechos de las víctimas.

3

Al respecto, la CIDH³ y la Corte Const.⁴ han indicado que toda aplicación de un tratamiento penal especial en contextos de JT debe estar sujeto al cum-

4

¹ Corte Const., Comunicado 08 de 1º de marzo de 2018, en donde se declaró la constitucionalidad del art. 10 de la LA.

² Ver Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, versión de 24 de noviembre de 2017, apartado 5.1

³ CIDH, Verdad, justicia y reparación: cuarto informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia (OEA/Ser.L/V/II. Doc. 49/13), 31 de diciembre de 2013, pág. 154.

⁴ Corte Const., sent. C-579 de 2013.

plimiento, entre otras, de las siguientes condiciones: (i) el reconocimiento de responsabilidad, (ii) la contribución al esclarecimiento de la verdad y (iii) la reparación integral de las víctimas. Conforme a las Pautas de Belfast⁵, la incorporación del principio de condicionalidad en la implementación de mecanismos de racionalización de la acción penal (i) otorga legitimidad y legalidad al proceso, (ii) contribuye a prevenir la violencia, (iii) vincula a los victimarios en la satisfacción de los derechos de las víctimas y (iv) facilita los espacios para su reconocimiento de responsabilidad⁶.

5

Así, someter la conservación del beneficio judicial a la contribución de los agentes estatales al acceso a la verdad y reparación de las víctimas es una clara materialización del *principio de condicionalidad*, en tanto la concesión del Estado podrá ser negada o revocada, en el caso en que se evidencie una omisión o incumplimiento de los beneficiarios.

Si bien no hay duda de que la incorporación de estas condiciones proporciona al Estado “un medio para imputar responsabilidad a individuos que podrían abusar”⁷ del mecanismo de racionalización de la acción penal y cumple una función de motivación a los beneficiarios para que contribuyan a los procesos de reconciliación en curso⁸, la LA no resulta suficiente para identificar, con toda certeza, la operatividad de los condicionamientos y su aporte real a la satisfacción de los derechos de las víctimas.

Un primer vacío presente, tanto en la LA, como en el Acuerdo de Paz, es la falta de regulación —o siquiera mención— del proceso de seguimiento, monitoreo y evaluación del cumplimiento de las condiciones, una vez ha sido otorgado el tratamiento penal especial, para decidir su revocación o conservación.

La garantía de que el principio de condicionalidad se materialice está, necesariamente, dada por la fijación de criterios y mecanismos claros, que permitan identificar el cumplimiento de las condiciones por parte de los beneficiarios. De lo contrario, la inclusión de esta disposición carecerá de todo efecto jurídico.

Por otro lado, y a pesar del importante aporte de los arts. 14, 33 y 50 con la incorporación del principio de condicionalidad, la LA y el Acuerdo de Paz

⁵ Las Pautas de Belfast corresponden a una serie de criterios, propuestos unánimemente por un grupo de 18 expertos en JT, que buscan guiar a los Estados en el proceso de formulación e implementación de beneficios penales, como las amnistías. Si bien no tiene un valor vinculante para los Estados, sí resultan pertinentes, por su especificidad, a la hora de comprender el alcance y forma de operación del principio de condicionalidad.

⁶ Transitional Justice Institute, Grupo de expertos: Las pautas de Belfast sobre amnistía y responsabilidad. 2013, pág. 9.

⁷ *Ibíd.*, pág. 16.

⁸ *Ibíd.*

presentan un importante vacío en relación con la identificación y aclaración de lo que podría considerarse como *participación* en los programas de reparación a las víctimas, la CVR o la Unidad de Búsqueda de Personas Dadas por Desaparecidas. ¿Cuándo se entiende satisfecha la condición y bajo qué circunstancias?, son cuestionamientos centrales, que necesariamente redundarán en la materialización del principio de igualdad y en la garantía del debido proceso de los eventuales beneficiarios. Aún no se cuenta con elementos, ni en la LA ni en el Acuerdo de Paz, para resolverlos.

La ausencia de lineamientos y criterios que permitan determinar, con cierto grado de certeza y objetividad, el cumplimiento de las condiciones para acceder al tratamiento penal especial o para conservarlo, genera el riesgo de que, por un lado, las decisiones sobre la materia se tomen sin la adecuada justificación o motivación⁹ y, por el otro lado, se reste eficacia a la disposición.

Para evitar los efectos señalados, resulta necesario que la contribución requerida a los agentes del Estado sea consecuente con la definición y contenido de los derechos de las víctimas a la verdad y a la reparación, especialmente, de conformidad con la jurisprudencia de la CorteIDH y la Corte Const.

En relación con el contenido del derecho a la verdad, tanto la CorteIDH¹⁰ como la Corte Const.¹¹ han señalado que esta comprende el conocimiento de i) la autoría del crimen, ii) las motivaciones, iii) las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos, iv) los patrones de actuación conjunta y v) la estructura organizativa que permitió la consumación del acto.

Estos elementos que, a consideración de los tribunales citados, son necesarios para la satisfacción del derecho a la verdad de las víctimas, podrían ser tenidos en cuenta como criterios que permitan evaluar la cualificación de la participación de los agentes del Estado, tanto en la CVR como en la Unidad de

⁹ La motivación es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión, de manera que otorga credibilidad a las decisiones del Estado. De acuerdo a la CorteIDH y al TEDH, toda decisión que implique una afectación a los DD. HH. debe contener las razones fácticas y jurídicas que la justifican. CorteIDH, Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sent. de 26 de noviembre de 2008 (Serie C No. 189), párr. 107; CorteIDH, Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sent. de 5 de agosto de 2008 (Serie C No. 182), párr. 78 y TEDH, Caso Hadjianastassiou vs. Grecia, diciembre 16 de 1992, párr. 23.

¹⁰ CorteIDH, Caso Barrios Altos vs. Perú, 2001; CorteIDH, Caso Almonacid Arellano vs. Chile, 2006; CorteIDH, Caso La Cantuta vs. Perú, 2006; CorteIDH, Caso Gelman vs. Uruguay, 2011.

¹¹ Corte Const., sent. C-579 de 2013.

Búsqueda de Personas Dadas por Desaparecidas. Sin embargo, en su aplicación, tendría que tenerse en cuenta que la visión de investigar, juzgar y sancionar no es la de investigar todos los hechos y a todos los responsables.

10 En relación con el contenido del derecho a la reparación es necesario tener en cuenta a la vez que esta (i) debe tender hacia la integralidad¹² y (ii) recae principalmente en el victimario y subsidiariamente en el Estado, ante la insolvencia, imposibilidad o falta de recursos por el agente causante del daño¹³.

11 Por tal razón, la *participación* de los agentes del Estado en la reparación de las víctimas podría tener como criterios de análisis (i) la naturaleza de la violación cometida, (ii) la identificación de los mecanismos operantes y pertinentes que permitan garantizar su derecho a la reparación integral, (iii) la capacidad del agente de resarcir el daño, (iv) el aporte del victimario y (v) la relación entre estos factores¹⁴.

III. El principio de integralidad y complementariedad, materializado en el art. 50 de la LA

12 El Acuerdo de Paz¹⁵ y el art. 6º de la LA, a su vez, contemplan los principios de integralidad y de complementariedad, como elementos estructurales que guían el funcionamiento y desarrollo del SIVJRN. De conformidad con ambos instrumentos, los mecanismos de verdad, justicia, reparación y no repetición (i) integran un solo sistema y no pueden entenderse de manera aislada; (ii) se encuentran interconectados mediante relaciones de condicionalidad –mecanismos, garantías y requisitos para acceder y mantener los tratamientos especiales de justicia–, y (iii) propenden la garantía de un máximo de justicia, la rendición de cuentas sobre las violaciones a los DD. HH. e infracciones al DIH, el esclarecimiento de la verdad y la construcción de memoria histórica.

13 La necesidad de la existencia de una política integral y global, en la que los mecanismos de verdad, justicia, reparación y no repetición se encuentren interrelacionados, ha sido reconocida también por el relator especial de la

¹² Corte Const., sents. T- 054 de 3 de febrero de 2017, C-233 de 11 de mayo de 2016, C-454 de 7 de junio de 2006, C-936 de 23 de noviembre de 2010 y C-260 de 6 de abril de 2011.

¹³ Corte Const., sent. C-160 de 6 de abril de 2016.

¹⁴ Corte Const., sents. T-054 de 3 de febrero de 2017, C-233 de 11 de mayo de 2016, C-454 de 7 de junio de 2006, C-936 de 23 de noviembre de 2010 y C-260 de 6 de abril de 2011.

¹⁵ Ver Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, versión de 24 de noviembre de 2017, apartado 5.1

ONU, Pablo de Greiff, quien ha señalado que este enfoque (i) supone que los cuatro mecanismos se entiendan todos como medidas de justicia y (ii) otorga mayores probabilidades de éxito en la búsqueda de la paz y el resarcimiento de las víctimas¹⁶.

El art. 50, en consecuencia, al considerar que el otorgamiento de tratamientos penales especiales no exime a los agentes del Estado de la obligación de participar activamente en la CVR, los programas de reparación y la Unidad de Búsqueda de Personas Dadas por Desaparecidas, da cuenta de la interrelación que se ha buscado promover entre los componentes del SIVJRN y de la naturaleza integral del marco de JT, aplicado en Colombia. 14

Sin lugar a duda, la participación de los agentes del Estado será central para (i) la reconstrucción de la verdad, tanto en su componente individual como en su dimensión colectiva, (ii) la identificación de los patrones de macrocriminalidad, (iii) la búsqueda e identificación de personas dadas por desaparecidas y (iv) la reparación simbólica y material de las víctimas¹⁷. 15

Así, tal relación de condicionalidad, integralidad y complementariedad, materializada en el art. 50, no solo cumple con los estándares del DIDH y los fundamentos de la Const. Pol. sino que justamente es necesario para el cumplimiento de las obligaciones del Estado. 16

IV. Las reformas institucionales como garantía de no repetición en contexto de JT: el párrafo del art. 50 de la LA

La primera parte del párrafo del art. 50 prevé que se llevarán a cabo los cambios institucionales necesarios para garantizar la no repetición de los hechos y actuaciones que configuraron violaciones a los DD. HH. de las víctimas, 17

¹⁶ ONU, Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff, 9 de agosto de 2012 (A/HRC/21/46). “La práctica ha demostrado que las iniciativas aisladas y fragmentarias de enjuiciamiento no acallan la demanda de otras formas de justicia distintas del mero enjuiciamiento”.

¹⁷ Al respecto para el ordenamiento jurídico colombiano ver: Corte Const., sents. C-370 de 18 de mayo de 2006 y C-694 de 11 de noviembre de 2015. Y en materia de DI ver: CorteIDH, Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, 2012; Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras y Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala, párr. 166, 190; Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, 2003, párr. 156 y Caso Vargas Areco vs. Paraguay, fondo, reparaciones y costas, sent. de 26 de septiembre de 2006 (Serie C No. 155), párr. 76; Caso Ximenes Lopes vs. Brasil, párr. 147 y Caso Vélez Lóor vs. Panamá, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sent. de 23 de noviembre de 2010 (Serie C No. 218), párr. 230.

en el marco del conflicto armado interno. Tales modificaciones, de acuerdo con órganos internacionales y la experiencia de Estados en contextos de JT¹⁸, puede comprender: (i) un ejercicio de “depuración institucional” y (ii) una reforma al funcionamiento, estructura y prácticas en las instituciones estatales.

18 Sobre la depuración institucional, el Relator Especial, Pablo de Greiff, ha señalado que constituyen medidas de reparación y garantías de no repetición en contextos de JT, (i) la investigación, (ii) la implementación de medidas de justicia correctiva y (iii) el retiro (depuración) de los funcionarios estatales que hayan cometido violaciones a los DD. HH.¹⁹. Estas medidas, por ejemplo, fueron incorporadas tanto en el contenido de los acuerdos de paz como en su implementación en El Salvador²⁰, Guatemala²¹ y Liberia²², en relación con los miembros de las fuerzas militares y policiales de los Estados mencionados.

19 Frente a la re-estructuración de las instituciones estatales que se han visto vinculadas en la comisión de violaciones a los DD. HH. y que podría derivarse del art. 50 de la LA, es importante acudir, una vez más, a la experiencia de otros Estados en contextos de JT, que han buscado, además de evitar la repetición de los hechos, promover y recobrar la confianza de los ciudadanos²³.

¹⁸ Por ejemplo, en 25 acuerdos de paz, firmados entre 1989 y 2007, se concibieron reformas a las fuerzas militares y en 24 acuerdos de paz, reformas a las fuerzas de policía del Estado. Cfr. MADHAV/QUINN/REGAN, “Annualized Implementation Data on Intrastate Comprehensive Peace Accords, 1989-2012.”, en *Journal of Peace Research* 52(4), 2015, págs. 551-562.

¹⁹ “La investigación de las violaciones cometidas en el pasado por los funcionarios, con el consiguiente despido, es un complemento importante de los enjuiciamientos, ya que es poco probable que las víctimas confíen en instituciones en que sigan predominando los autores de tales violaciones, por más que unos pocos hayan sido procesados. Pero dada la magnitud de las violaciones en cuestión, tampoco es probable que la depuración del personal sea vista como una contribución significativa a la justicia, si no se toman medidas sustantivas de justicia correctiva que vayan más allá de los meros despidos”. ONU, Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff, 9 de agosto de 2012 (A/HRC/21/46).

²⁰ Acuerdo de Paz de Chapultec, 16 de enero de 1992.

²¹ Acuerdo para la Paz firme y duradera, 29 de junio de 1996.

²² Acuerdo de Paz de Accr, 18 de agosto de 2003.

²³ “Confiar en las instituciones significa conocer y reconocer como válidos los valores y las normas por los que se rige una institución y considerar por consiguiente que la estructura institucional basada en esas normas y valores resulta suficientemente convincente a ojos de un número suficiente de personas para motivar su apoyo constante y activo, así como la observancia de las normas y valores subyacentes. El buen funcionamiento de las instituciones genera un círculo virtuoso: estas resultan convin-

En Sierra Leona, por ejemplo, se eliminó la Guardia Nacional en 1992; en Guatemala se eliminó el Estado Mayor Presidencial²⁴; en El Salvador se retiró la competencia al Departamento Nacional de Inteligencia en 1992; en Liberia se profesionalizó el servicio militar, se establecieron nuevos requisitos para la conformación de las fuerzas armadas y se vinculó a nuevos miembros del ejército, y en Camboya se redujo el número de miembros activos del ejército²⁵, para evitar la corrupción y burocracia en su interior²⁶.

Por último, y en relación con la promoción de buenas prácticas en las instituciones, la CorteIDH ha dado gran valor a los programas de capacitación y educación en DD. HH. y DIH que buscan, justamente, implantar una cultura de respeto por la ciudadanía al interior de las instituciones²⁷.

Así, en el marco del posconflicto, El Salvador²⁸ y Liberia²⁹ desarrollaron un plan de formación en DD. HH. y DIH para las fuerzas armadas estatales; en Guatemala se consolidó una nueva doctrina militar con fundamento también

20

21

centes a ojos de actores que a su vez las respaldan y respetan las prescripciones del orden institucional”, ONU, Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff, 9 de agosto de 2012 (A/HRC/21/46).

²⁴ Correspondía a un cuerpo de seguridad del Presidente, creado desde 1823, al cual se le asocia la proyección e implementación de la estrategia contrainsurgente de tierra arrasada y la comisión de múltiples violaciones a los DD. HH. Secretaría de Paz de Guatemala, *El Estado Mayor Presidencial en Guatemala: Una aproximación*, Ed. 1, 2011.

²⁵ En 1995, de 2000 generales, se pasó a 200 y de 10.000 coroneles del ejército, se pasó a 307. Cfr. MADHAV/QUINN/REGAN, “Annualized Implementation Data on Intrastate Comprehensive Peace Accords, 1989-2012”, en *Journal of Peace Research* 52(4), 2015, págs. 551-562.

²⁶ Cfr. MADHAV/QUINN/REGAN, “Annualized Implementation Data on Intrastate Comprehensive Peace Accords, 1989-2012”, en *Journal of Peace Research* 52(4), págs. 551-562.

²⁷ Ver, por ejemplo, CorteIDH, Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, 2012, párr. 368: “Al respecto, la Corte estima pertinente recordar que la eficacia e impacto de la implementación de los programas de educación en derechos humanos en el seno de las fuerzas de seguridad es crucial para generar garantías de no repetición de hechos como los del presente caso”.

²⁸ En El Salvador se implementó un programa de formación de doce semanas para las fuerzas armadas, en las que se abordó el DIDH, el DIH, la democracia, los derechos de los niños y de las mujeres. Cfr. MADHAV/QUINN/REGAN, “Annualized Implementation Data on Intrastate Comprehensive Peace Accords, 1989-2012”, en *Journal of Peace Research* 52(4), 2015, págs. 551-562.

²⁹ *Ibíd.*

en las obligaciones internacionales del Estado y se revisó la política de entrenamiento y actuación de los Kabiles –grupo táctico de contrainteligencia al que se le atribuye la comisión de graves violaciones a los DD. HH.–, y en Sierra Leona se implementó un mecanismo de rendición de cuentas para las fuerzas armadas³⁰.

V. La necesidad de una vocación transformadora en la aplicación de políticas públicas en contextos de JT: parágrafo del art. 50

22 En cuanto a la vocación transformadora de las políticas públicas en contextos de JT, el art. 50 establece el mandato de realizar los cambios en materia de política pública para garantizar la no repetición de las graves violaciones a los DD. HH. e infracciones al DIH, como un instrumento adicional para la protección de las víctimas y de la sociedad en general.

23 La justificación de esta disposición está en que las políticas públicas son acciones complejas de importancia colectiva³¹, donde participan distintos actores institucionales, *esencialmente performativas*³², dirigidas a poner en marcha los fines públicos. Es decir, son los instrumentos mediante los cuales el gobierno dirige la sociedad y busca resolver los problemas de interés general, además de realizar sus objetivos, para obtener resultados sociales deseados³³. En ese orden de ideas, son las herramientas para transformar las condiciones de las víctimas³⁴.

24 Las políticas públicas son acciones de carácter estructural que responden a problemas políticos dinámicos, que evolucionan rápidamente en el tiempo³⁵. En ese mismo sentido, las políticas públicas para las víctimas³⁶ deben responder

³⁰ *Ibíd.*

³¹ CARRILLO, “La democracia como política pública: oportunidades para el fortalecimiento democrático”, en *Revista de Estudios Sociales*, 2013, (47), págs. 25-38.

³² Al respecto consultar: AGUILAR, “Política pública: una mirada al presente y al futuro”, en *Opera*, 12(12), 2012, págs. 31-61.

³³ *Ibíd.*, punto 17.

³⁴ Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas (n.d.) Participaz “La ruta de los Derechos. Capítulo 3. Políticas públicas para las víctimas”, en *Participaz*. Disponible en: http://participaz.com/images/cartillas/Capitulo_3.pdf (fecha de consulta: 21 de junio de 2017)

³⁵ *Ibíd.*, punto 19.

³⁶ En Colombia existe todo un marco de política pública para la atención, asistencia y reparación integral de víctimas del conflicto armado contenidos en la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, Ley 1448 de 2011, los decretos con fuerza de Ley 4633, 4634 y 4635 del mismo año determinan la apuesta del gobierno por el modelo de

a un proceso de transformación largo³⁷, donde se requiere intervención integral, enmarcada en la atención, reparación y estabilización de las víctimas y sus familias³⁸.

Por su parte, la Corte Const. ha reconocido que la JT debe cumplir con una función transformadora³⁹, la cual debe ser implantada con la creación de políticas públicas que afecten la realidad de las víctimas, de tal forma que puedan “[...] ser reparadas de manera adecuada, diferenciada, *transformadora* y efectiva por el daño que han sufrido como población vulnerable [...]”⁴⁰ (cursiva fuera de texto original).

25

Al respecto, la CorteIDH también ha sostenido en su jurisprudencia que las reparaciones deben tener una vocación transformadora de las situaciones violatorias de derechos⁴¹. En ese sentido, las políticas públicas son el instrumento idóneo para construir una cultura de paz, garantizar los derechos de las víctimas y asegurar la no repetición de las graves violaciones a los DD. HH. y al DIH en un contexto de JT.

26

Con fundamento en lo anterior y a la luz del mandato establecido por la LA en el art. 50, el Estado debe implantar la política pública para las víctimas, referida en el parágrafo de este artículo, desde un enfoque transformador⁴².

27

JT. Además, esta política debe responder a un enfoque diferencial con aquellas personas que pertenecen a grupos de especial protección como los grupos étnicos; las mujeres; los niños, niñas y adolescentes, los adultos mayores y las personas con orientación sexual e identidad de género diversa, entre otros. Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas. (n.d.) Orientaciones para la Incorporación. Estrategia de la Política Pública de Víctimas y Restitución de Tierras en los Planes Territoriales de Desarrollo 2016-2019. *En UnidadVictimas*. Disponible en: <http://www.unidadvictimas.gov.co/sites/default/files/documentosbiblioteca/cartillapddl290116.pdf> (fecha de consulta: 21 de junio de 2017)

³⁷ Todo este proceso debe estar enmarcado en las fases de gestión de una política pública: planeación, ejecución, seguimiento y evaluación.

³⁸ *Ibíd.*, punto 19.

³⁹ Corte Const., sent. C-404 de 3 de agosto de 2016. Es decir, no es suficiente con devolver las cosas al estado anterior porque esta era una situación de desprotección, y por ello se debe empoderar a la parte más débil para satisfacer los estándares de justicia.

⁴⁰ Ver Corte Const., sents. C-795 de 30 de octubre de 2014 y C-161 de 7 de abril de 2016.

⁴¹ Cfr. CorteIDH, Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, 2009, párr. 450; CorteIDH, Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, fondo, reparaciones y costas, sent. de 24 de febrero de 2012 (Serie C No. 239), párr. 267.

⁴² Este enfoque está dirigido a “la profundización de la democracia y el fortalecimiento de las capacidades de las personas, comunidades e instituciones para su interre-

Esto es posible a través de un ejercicio participativo activo donde las víctimas realicen seguimiento y evaluación de las decisiones que se toman, para que así puedan cambiar sus condiciones⁴³, y se generen los resultados esperados en materia de reconciliación y construcción de paz.

lación en el marco de la recuperación de la confianza ciudadana en las instituciones”. (art. 5º del Decreto 4800 de 2011)

⁴³ National Democratic Institute [NDI] (2014). Participación de las víctimas del conflicto armado. La participación de las víctimas: un camino para construir e implementar políticas públicas transformadoras. En NDI. Disponible en: https://www.ndi.org/sites/default/files/guia_victimas_colombia_small.pdf. (fecha de consulta: 21 de junio de 2017).

CAPÍTULO III

RÉGIMEN DE LIBERTADES

Artículo 51. *Libertad transitoria condicionada y anticipada.* La libertad transitoria condicionada y anticipada es un beneficio propio del sistema integral expresión del tratamiento penal especial diferenciado, necesario para la construcción de confianza y facilitar la terminación del conflicto armado interno, debiendo ser aplicado de manera preferente en el sistema penal colombiano, como contribución al logro de la paz estable y duradera.

Este beneficio se aplicará a los agentes del Estado, que al momento de entrar en vigencia la presente ley, estén detenidos o condenados que manifiesten o acepten su sometimiento a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la Jurisdicción Especial para la Paz, con el fin de acogerse al mecanismo de renuncia a la persecución penal.

Dicha manifestación o aceptación de sometimiento se hará ante el secretario ejecutivo de la Jurisdicción Especial para la Paz, en caso de que no haya entrado en funcionamiento la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas.

El otorgamiento de la libertad transitoria, condicional y anticipada es un beneficio que no implica la definición de la situación jurídica definitiva en el marco de la Jurisdicción Especial para la Paz.

Parágrafo 1º. Para el caso de los miembros de la fuerza pública en servicio activo, la libertad transitoria condicionada y anticipada implica el levantamiento de la suspensión del ejercicio de funciones y atribuciones, salvo que se trate de homicidio, tráfico de armas, concierto para delinquir o los demás delitos del artículo 46 de la presente ley. En todo caso, el levantamiento de la suspensión del ejercicio de funciones y atribuciones no procede para quienes se en-

cuentran investigados por delitos con una pena mínima privativa de la libertad de 5 o más años. Para todos los efectos de administración de personal en la fuerza pública, la libertad transitoria condicionada y anticipada tendrá las mismas consecuencias que la libertad provisional, salvo que se trate de homicidio, tráfico de armas, concierto para delinquir o los demás delitos del artículo 46 de la presente ley o de los delitos con una pena mínima privativa de la libertad de 5 o más años.

Los miembros de la fuerza pública investigados de que trata el presente parágrafo, una vez levantada la suspensión de funciones y atribuciones y cuando la Jurisdicción Especial para la Paz haya declarado su competencia para conocer del caso, tendrán derecho a que se compute para efecto de la asignación de retiro el tiempo que estuvieron privados efectivamente de la libertad con anterioridad a la entrada en funcionamiento de la JEP. Lo anterior, siempre y cuando hayan seguido efectuando sus respectivos aportes, sin que ello implique un reconocimiento para efecto de la liquidación de las demás prestaciones.

Parágrafo 2º. En ningún caso los condenados y/o sancionados serán reintegrados al servicio activo.

Jurisprudencia internacional: CorteIDH, Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, fondo, reparaciones y costas, sent. de 25 de octubre de 2012 (Serie C No. 252).

Jurisprudencia nacional: Corte Const., sents. C-301 de 1993, C-679 de 1998 y C-318 de 2008.

Otros documentos: Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, versión de 24 de noviembre de 2017, disponible en: <https://www.mesadeconversaciones.com.co/comunicados/acuerdo-final-para-la-terminaci%C3%B3n-del-conflicto-y-la-construcci%C3%B3n-de-una-paz-estable-y-1> (última fecha de consulta: 30 de junio de 2017); Exposición de Motivos, Proyecto de Ley número 01 de 2016 Senado, por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales, disponible en: http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=1790&p_numero=01&p_consec=46902 (última fecha de consulta: 21 de febrero de 2017).

I. Introducción

La libertad transitoria condicionada y anticipada, que consagra el art. 51, es una de las herramientas de aplicación del tratamiento penal diferenciado diseñado en el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera (en adelante Acuerdo Final). Específicamente, mediante este mecanismo se materializa dicho tratamiento en cuanto a asuntos de libertad previa a la concesión de la renuncia a la persecución penal u otro mecanismo de definición permanente de la situación jurídica.

Con el fin de explicarla, así como para introducir las siguientes disposiciones de la LA relativas al régimen de libertades para agentes estatales sujetos a la JEP, en primera medida se expondrá el concepto de tratamiento penal especial incluido en el Acuerdo Final (II) y la forma en que opera el régimen de libertades previo a la concesión del mismo a un agente estatal (III); luego se explicará el contenido de la libertad transitoria condicionada y anticipada (IV) y, finalmente, se realizarán algunas observaciones al respecto (V).

II. Sobre el tratamiento penal especial diferenciado para agentes estatales en el Acuerdo Final

El capítulo sobre víctimas del Acuerdo Final crea el SIVJRNR; este incluye la implementación de un modelo de justicia que se basa en la puesta en funcionamiento de la JEP y la aplicación de tratamientos especiales en materia de investigación, juzgamiento, sanción y reparación por la comisión de delitos al interior del conflicto armado colombiano¹. Esto, en el entendido de que el Estado colombiano decidió otorgar “[...] la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado”².

Así las cosas, la Ley 1820 de 2016 pretende dar continuidad a la figura de la amnistía desde el DIH en el ordenamiento interno, donde ya tiene base normativa constitucional, pero a partir de los lineamientos contenidos en el Acuerdo Final. Para lo cual también se incluyeron los criterios del DIDH³

¹ Acuerdo Final, punto 5.1.2, Jurisdicción Especial para la Paz, pág. 146.

² Acuerdo Final, punto 5.1.2, Jurisdicción Especial para la Paz, pág. 150. Cfr. PA II a los CG, art. 6.5.

³ Cfr. CorteIDH, Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, fondo, reparaciones y costas, sent. de 25 de octubre de 2012 (Serie C No. 252), párr. 285-286. Voto concurrente del juez Diego García-Sayán, párr. 18.

relativos a la imposibilidad de otorgar estas medidas para crímenes internacionales⁴ y del derecho interno sobre su prohibición para delitos comunes⁵.

5 Así, las amnistías incluidas en la Ley 1820 están diseñadas para delitos políticos y conexos a estos. Por esta razón, se pensó en una figura diferente pero simétrica, diferencial, equitativa y equilibrada para los agentes del Estado⁶. En ese entendido, en el art. 45⁷ se consagró una cláusula abierta sobre mecanismos de tratamiento especial diferenciado para agentes estatales, que incluyen la renuncia a la acción penal, pero permiten a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la JEP elegir cualquier otro de los que están consagrados en el ordenamiento jurídico colombiano, siempre que sea definitivo⁸.

6 Ahora bien, la competencia para otorgar estos tratamientos penales especiales diferenciados recae, de acuerdo con el art. 44 de la LA, en la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la JEP. Institución que debe ser creada por instrumentos normativos diferentes a la Ley de Amnistía, de manera que, si no existiera un mecanismo para otorgar libertades condicionales, sujetas a la participación voluntaria futura en el SIVJRN, los agentes estatales tendrían que esperar a la integración de la jurisdicción para obtener los beneficios, lo que implicaría un tiempo de privación de la libertad innecesario e injustificado y se perdería la idea de equilibrio en el tratamiento penal especial. De manera que se creó un régimen de libertades que supliera este vacío y permitiera que algunos agentes del Estado aplicaran a medidas que les permitiera recuperar su libertad mientras la JEP decide de fondo sus casos.

7 En la actualidad la JEP se encuentra creada y la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas está en operación. No obstante, la falta de una ley de procedimiento y la demora de la Corte Constitucional para emitir sentencia sobre el

⁴ “No serán objeto de amnistía ni indulto ni de beneficios equivalentes los delitos de lesa humanidad, el genocidio, los graves crímenes de guerra –esto es, toda infracción del Derecho Internacional Humanitario cometida de forma sistemática –, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores, todo ello conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma” Acuerdo Final, punto 5.1.2, Jurisdicción Especial para la Paz, pág. 151.

⁵ “Tampoco son amnistiables o indultables en el SIVJRN, los delitos comunes que carecen de relación con la rebelión, conforme a lo determinado en la ley de amnistía” Acuerdo Final, punto 5.1.2, Jurisdicción Especial para la Paz, pág. 151.

⁶ Proyecto de ley 01 de 2016, “por medio del cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales”. Senado de la República. Exposición de motivos. Cfr. Acuerdo Final, punto 5.1.2, Jurisdicción Especial para la Paz, pág. 152.

⁷ Ver Comentario de Cote al art. 45 de la Ley 1820 de 2016, en este texto.

⁸ Cfr. Ley 1820 de 2016, art. 45.

Acto Legislativo 01 de 2017 y la Ley Estatutaria de la JEP se traducen en que exista descoordinación entre la implementación de la LA, su régimen de libertades y la concesión de los beneficios definitivos. A continuación, se explicarán las generalidades de dicho régimen de libertades para los agentes estatales.

III. Sobre el régimen de libertades previo a la concesión del tratamiento penal especial definitivo para agentes estatales

La Ley 1820 está diseñada para ser aplicada en dos espacios temporales determinados. Por ello, era necesario incluir en la misma, mecanismos para dar aplicación a lo pactado en el Acuerdo Final sin entrar en contravía con los estándares internacionales en materia de investigación, juzgamiento, sanción y reparación por la comisión de vulneraciones a DD. HH. y violaciones al DIH en el marco del conflicto armado interno. 8

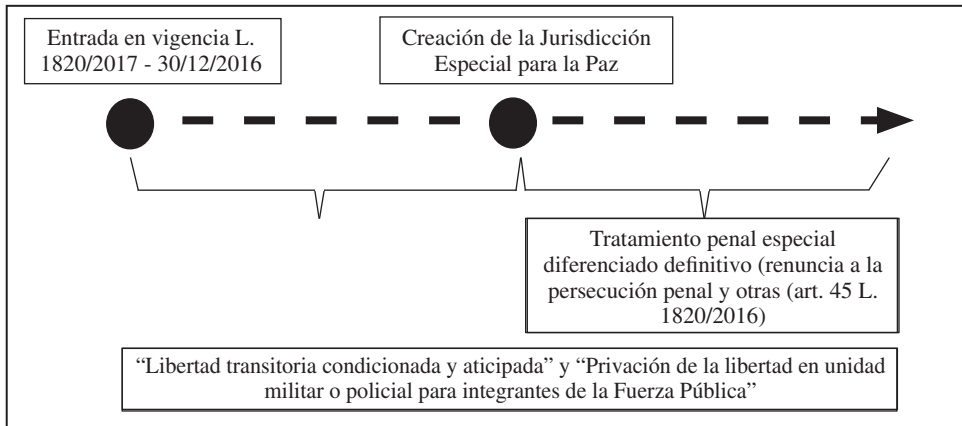
Dichos espacios temporales están separados por el momento en que entra a funcionar plenamente la JEP, como se puede observar en el gráfico 1. Para el caso de los agentes estatales, en el primer momento (pre-JEP), solamente es viable utilizar una medida similar a la libertad condicional del régimen penal ordinario, toda vez que cualquier decisión definitiva sobre su situación jurídica que no haya sido tomada por un órgano jurisdiccional independiente sería tomada como una auto-amnistía; mientras que en el segundo (post-JEP), la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas se encarga de otorgar el tratamiento especial diferenciado definitivo a los agentes estatales, el cual, para el caso de la renuncia a la persecución penal, hace tránsito a cosa juzgada y sólo puede ser revisada por el Tribunal de Paz⁹; sin que pierdan vigencia las medidas de libertad transitoria y cambio de condiciones de reclusión otorgadas en la etapa pre-JEP o se prohíba otorgarlas a personas que aún no han sido cobijadas por ellas. 9

Este régimen de libertades, el cual comienza a operar incluso antes de la creación y puesta en funcionamiento de las diferentes salas de la JEP y que podría extenderse hasta operar en forma paralela a la concesión de tratamientos penales especiales diferenciados definitivos por la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, pretende evitar privaciones de la libertad injustificadas, a la luz de las sanciones propias y alternativas que contempla el Acuerdo Final. 10

La herramienta utilizada para ello es la libertad transitoria condicionada y anticipada para agentes estatales, contenida en el Capítulo III de la Ley 1820 de 2016, entre los arts. 51 y 54. A continuación se explicará su alcance y contenido. 11

⁹ Cfr. Ley 1820 de 2016, art. 48.

Gráfico 1. Ámbitos temporales de aplicación de la Ley 1820 de 2017. Tratamientos penales especiales diferenciados para agentes estatales



IV. Alcance y contenido de la libertad transitoria condicionada y anticipada

12 La libertad transitoria condicionada y anticipada de la Ley 1820 de 2016 tiene similitudes de fondo con las figuras ordinarias de libertad por cumplimiento anticipado de la pena consagrada en el numeral 1 del art. 317 del CPP¹⁰ y libertad condicionada por cumplimiento de las tres quintas partes de la pena para condenados, establecida en el numeral 1 del art. 64 del CP¹¹.

13 La figura ordinaria del art. 317 CPP conlleva el otorgamiento de libertad inmediata para la persona que, mientras está cobijada por medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento de reclusión

¹⁰ “Las medidas de aseguramiento indicadas en los anteriores artículos tendrán vigencia durante toda la actuación, sin perjuicio de lo establecido en el parágrafo 1º del artículo 307 del presente código sobre las medidas de aseguramiento privativas de la libertad. La libertad del imputado o acusado se cumplirá de inmediato y sólo procederá en los siguientes eventos:

”1. Cuando se haya cumplido la pena según la determinación anticipada que para este efecto se haga, o se haya decretado la preclusión, o se haya absuelto al acusado” Ley 906 de 2004, art. 317.1.

¹¹ “El juez, previa valoración de la conducta punible, concederá la libertad condicional a la persona condenada a pena privativa de la libertad cuando haya cumplido con los siguientes requisitos:

”1. Que la persona haya cumplido las tres quintas (3/5) partes de la pena” Ley 599 de 2000, art. 64.1.

o residencia, pasa privada de la libertad el tiempo que correspondería a una futura sentencia por los delitos que le han sido imputados. Esta calificación es realizada, en todo caso, por un funcionario judicial. Mientras tanto, la del art. 64 CP aplica a personas que cumplen tres quintas partes de la pena privativa de la libertad determinada por el juez en la sentencia. En este caso el beneficiario asume obligaciones o condiciones para conservar el beneficio, es decir la libertad: (i) informar los cambios de residencia; (ii) observar buena conducta; (iii) reparar los daños causados, siempre que tenga la posibilidad de hacerlo; (iv) comparecer ante el juez que vigila el cumplimiento de la sentencia cuando sea requerido, y (v) no salir del país sin autorización previa¹².

La libertad transitoria condicionada y anticipada de la LA combina ambas figuras, pues es aplicable tanto a agentes estatales detenidos en virtud de una medida de aseguramiento como condenados, siempre que acepten su sometimiento a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la JEP y cumplan los requisitos contenidos en el art. 52 de la misma normativa. En todo caso, el efecto del otorgamiento del beneficio, que consiste en la libertad inmediata, es idéntico para detenidos y condenados, siempre bajo el compromiso de someterse a la JEP en las condiciones específicas para agentes estatales.

No obstante, la finalidad de cada una podría ser diferente, pues si bien se busca evitar cualquier prolongación indebida de la privación de la libertad, los escenarios de detención preventiva y condena son diferentes, tanto en la forma como en el fondo. Frente a los detenidos en virtud de una medida de aseguramiento, la figura de la libertad estaría fundamentada en la obligación constitucional y convencional de salvaguardar la presunción de inocencia y evitar que una persona cumpla de forma anticipada su pena. Algo que ha explicado la Corte Const. en los siguientes términos:

“La exigencia de justificación de una medida de aseguramiento con base en cualquiera de las finalidades constitucionalmente admisibles, se convierte así mismo en un mecanismo de salvaguarda del principio de presunción de inocencia, del cual se deriva la proscripción de toda prolongación injustificada de una detención preventiva, de tal manera que se convierta en un cumplimiento anticipado de la pena. Así lo señaló la Corte al declarar que: «Los artículos 29 de la Constitución y 9º del pacto internacional de derechos civiles y políticos impiden que, con base en simples indicios, se persista en la prolongación de la detención luego de un cierto lapso que de ninguna manera puede coincidir con el término de la pena ya que siendo ello así desvirtuaría el carácter eminentemente cautelar de la detención preventiva que terminaría

¹² Ley 599 de 2000, art. 65.

por convertirse en un anticipado cumplimiento de la pena y se menoscabaría el principio de presunción de inocencia”¹³.

16 Mientras que, para los condenados, el beneficio corresponde más bien a la concesión de un subrogado penal, entendido, en palabras de la Corte Const., como: “[...] una política criminal orientada a la mitigación y la humanización de la sanción punitiva [...]. El legislador colombiano ha considerado que si un condenado, dada las características del hecho punible y sus rasgos personales, no necesita de la privación física de la libertad para readaptarse a la sociedad, debe brindársele la oportunidad de cumplir con su condena, mediante mecanismos que, sin dejar de ser eficaces, comporten una menor aflicción”¹⁴.

17 A pesar de esto, en el caso de los agentes estatales condenados existe una diferencia clave entre el instituto de la libertad condicional de la Ley 599 de 2000 y la libertad transitoria condicionada y anticipada de la Ley 1820 de 2016. En el caso de la libertad condicional ordinaria, su concesión no depende solo del cumplimiento de los factores objetivos sobre el *quantum* de la pena y su cumplimiento parcial, sino también de un análisis valorativo sobre la conducta del condenado¹⁵. Por su parte, la Ley 1820 de 2016 no exige una valoración de este tipo por la Secretaría Ejecutiva de la JEP; solo es necesario el cumplimiento de los requisitos objetivos y la manifestación voluntaria de sometimiento de la persona a esta jurisdicción.

18 Así, si bien las condiciones para su otorgamiento son diferentes, la consecuencia de la aplicación de la libertad transitoria condicionada y anticipada pretende cumplir, en el fondo, la misma finalidad: evitar la privación injustificada de la libertad del condenado; especialmente si se tiene en cuenta que esto se hace en el marco de un proceso de JT en que el beneficiario de la medida se compromete a participar en un procedimiento penal especial diseñado para satisfacer los derechos de las víctimas y propender la reconciliación nacional. En ese entendido, se puede concluir que el alcance de la libertad transitoria condicionada y anticipada es el mismo, dentro de las similitudes posibles, de la libertad condicional y la libertad por cumplimiento anticipado de la pena. Este es el de excarcelar a las personas cobijadas con una medida de aseguramiento consistente en detención preventiva o condenadas al cumplimiento de una pena privativa de la libertad.

19 Con esto claro, ahora es necesario pasar a revisar algunos aspectos controversiales de la libertad transitoria condicionada y anticipada, en lo correspondiente al contenido del art. 51 de la Ley 1820 de 2017.

¹³ Corte Const., sents. C-318 de 2008 y C-301 de 1993.

¹⁴ Corte Const., sent. C-679 de 1998.

¹⁵ *Ibíd.*

V. Observaciones frente a la libertad transitoria condicionada y anticipada

Con relación al art. 51 LA es pertinente llevar a cabo una observación relativa a la posibilidad de reintegrar a miembros de la fuerza pública que se encuentren suspendidos del ejercicio de sus funciones en razón a una medida de aseguramiento. 20

El párrafo 1º del art. 51 establece que los miembros de la fuerza pública que cumplan con ciertos requisitos, no solo recibirán la libertad transitoria condicionada y anticipada, sino también que a ellos se les levantará la suspensión del ejercicio de funciones y atribuciones y volverán a ejercer como militares o policías de manera inmediata. 21

Ahora, las condiciones para que esto ocurra son las siguientes: 22

- Que no se trate de los delitos mencionados en el art. 46 LA¹⁶ y,
- Que no se trate de delitos con una pena mínima privativa de la libertad de cinco o más años.

Esto elimina la posibilidad de reintegrar al servicio activo a personal de la fuerza pública que haya cometido delitos que, en virtud de la LA, no son objeto de renuncia a la persecución penal o cualquier otro tratamiento penal especial diferenciado definitivo. Y además excluye los delitos cuya sanción de pena privativa de la libertad mínima es de cinco años o más; no obstante, este umbral permite conceder el beneficio a autores de algunos de los crímenes más serios y recurrentes en el contexto colombiano, como se expone en la tabla 1. 23

Esto puede implicar no solo un peligro para los procesos adelantados en el seno de la JEP, específicamente por la posibilidad de pérdida y daño de material probatorio, sino que podría llevar a un incumplimiento de la obligación de garantizar la no repetición de las vulneraciones de DD. HH. que sirve como sustento para la concesión de beneficios penales especiales en el marco del proceso de JT colombiano. 24

Existen dos formas de sortear esta dificultad: (i) implementar un mecanismo de verificación del cumplimiento de los compromisos adquiridos por los beneficiarios de la libertad transitoria condicionada y anticipada con reintegro al servicio activo que garantice efectivamente la conservación del material probatorio y la no repetición de los hechos o, (ii) no aplicar este beneficio en cualquier caso en el que se pudiera verificar la comisión del delito de concierto para delinquir. 25

¹⁶ Ver comentario de COTE al art. 46 de la Ley 1820 de 2016, en este texto.

Tabla 1. Delitos no incluidos en la prohibición del parágrafo 1° del artículo 51 de la Ley 1820 de 2016¹⁷		
Delito	Penas privativa de la libertad	¿El beneficiario puede ser reintegrado al servicio activo?
Lesiones personales consistentes en deformidad ¹⁸	16 a 108 meses ¹⁹	Sí
Lesiones personales consistentes en perturbación funcional ²⁰	32 a 126 meses ²¹	Sí
Lesiones personales consistentes en perturbación psíquica ²²	32 a 126 meses ²³	Sí
Constreñimiento a apoyo bélico	48 a 108 meses ²⁴	Sí, siempre que los hechos relativos a este delito no sean catalogados como “grave crimen de guerra”
Obstaculización de tareas sanitarias y humanitarias	48 a 108 meses ²⁵	Sí, siempre que los hechos relativos a este delito no sean catalogados como “grave crimen de guerra”
Represalias	32 a 90 meses ²⁶	Sí, siempre que los hechos relativos a este delito no sean catalogados como “grave crimen de guerra”
Violación ilícita de comunicaciones	16 a 54 meses ²⁷	Sí
Usurpación de inmuebles	48 a 54 meses ²⁸	Sí

¹⁷ Vale aclarar que las penas asignadas a cada delito corresponden a las normas vigentes para el año 2017. Algunas de ellas han sido objeto de aumento punitivo a través del tiempo y otras no aparecen en la lista pero en algún momento sí cumplieron con el requisito, entre ellas el aborto forzado.

¹⁸ La tasación punitiva por este delito aplica tanto para circunstancias ordinarias como para hechos ocurridos al interior de un conflicto armado no internacional, ver Ley 599 de 2000, art. 136.

¹⁹ Ley 599 de 2000, art. 113.

²⁰ La tasación punitiva por este delito aplica tanto para circunstancias ordinarias como para hechos ocurridos al interior de un conflicto armado no internacional, ver Ley 599 de 2000, art. 136.

²¹ Ley 599 de 2000, art. 114.

²² La tasación punitiva por este delito aplica tanto para circunstancias ordinarias como para hechos ocurridos al interior de un conflicto armado no internacional, ver Ley 599 de 2000, art. 136.

²³ Ley 599 de 2000, art. 115.

²⁴ Ley 599 de 2000, art. 150.

²⁵ Ley 599 de 2000, art. 153.

²⁶ Ley 599 de 2000, art. 158.

²⁷ Ley 599 de 2000, art. 192.

²⁸ Ley 599 de 2000, art. 261.

Frente a la segunda alternativa, la existencia de la posible comisión del delito de concierto para delinquir en concurso con otro delito de los que pueden ser objeto de la renuncia a la persecución penal, es indicativa de la existencia de un aparato criminal organizado que puede poner en peligro tanto a las víctimas como a la administración de justicia. En ese orden de ideas, en aras de compatibilizar las figuras de la libertad transitoria condicionada y anticipada y el reintegro al servicio con las garantías de no repetición que persiguen tanto el Acuerdo Final para la Paz como la Const. Pol. y el DIDH, se haría necesario pretermitir la reincorporación del funcionario al servicio activo hasta tanto no se asegure un verdadero compromiso con el SIVJRNR.

26

Así, lo que se propone no es excluirlos del beneficio de la libertad transitoria condicionada y anticipada, pues esto iría en contra del principio de tratamiento simétrico, diferencial, equitativo y equilibrado; esto por cuanto no existe la misma o similar prohibición para excombatientes de las FARC-EP. No obstante, la reincorporación al servicio activo sale del esquema y no tiene un correlato en el tratamiento que reciben los insurgentes desmovilizados, por lo que la obligación del Estado colombiano de garantizar la no repetición no encuentra un principio con el cual pueda ponderarse para justificar que se asuman los riesgos arriba mencionados.

27

Artículo 52.* *De los beneficiarios de la libertad transitoria condicionada y anticipada.* Se entenderán sujetos beneficiarios de la libertad transitoria condicionada y anticipada aquellos agentes del Estado que cumplan los siguientes requisitos:

1. Que estén condenados o procesados por haber cometido conductas punibles por causa, con ocasión, o en relación directa o indirecta con el conflicto armado interno.

2. Que no se trate de delitos de lesa humanidad, el genocidio, los [graves] crímenes de guerra, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma, salvo que el beneficiario haya estado privado de la libertad un tiempo igual o superior a cinco (5) años, conforme a lo establecido para las sanciones alternativas en la Jurisdicción Especial para la Paz.

3. Que solicite o acepte libre y voluntariamente la intención de acogerse al sistema de la Jurisdicción Especial para la Paz.

4. Que se comprometa, una vez entre a funcionar el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, a contribuir a la verdad, a la no repetición, a la reparación inmaterial de las víctimas, así como atender los requerimientos de los órganos del sistema.

Parágrafo 1º. Para efectos de los numerales anteriores el interesado suscribirá un acta donde conste su compromiso de sometimiento a la Jurisdicción Especial para la Paz, así como la obligación de informar todo cambio de residencia, no salir del país sin previa autorización de la misma y quedar a disposición de la Jurisdicción Especial para la Paz.

En dicha acta deberá dejarse constancia expresa de la autoridad judicial que conoce la causa penal, del estado del proceso, del delito y del radicado de la actuación.

* El aparte entre corchetes fue declarado inexecutable por la Corte Const. en sent. C-007 de 1º de marzo de 2018.

Parágrafo 2º. En caso de que el beneficiado sea requerido por el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición y no haga presentación o incumpla alguna de las obligaciones contraídas en el compromiso, se le revocará la libertad. No habrá lugar a la revocatoria por circunstancias diferentes a las aquí señaladas.

Jurisprudencia nacional: Corte Const., sents. C-781 de 2012, T-364 de 2015, C-069 de 2014 y C-007 de 2018; CSJ, Sala de Casación Penal sent. de 16 de agosto de 2017 (rad. 36487).

Otros documentos: Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, versión de 24 de noviembre de 2017, disponible en: <https://www.mesadeconversaciones.com.co/comunicados/acuerdo-final-para-la-terminaci%C3%B3n-del-conflicto-y-la-construcci%C3%B3n-de-una-paz-estable-y-1> (última fecha de consulta: 30 de junio de 2017); International Law Commission, Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, 2001; Departamento Administrativo de la Función Pública, Empleo, situaciones administrativas, jornada laboral y retiro de empleados del sector público, Bogotá D. C.: DAFP, 2009.

I. Introducción

Como ya fue mencionado en el comentario referente al art. 51 LA, la libertad transitoria condicionada y anticipada es una manifestación del tratamiento penal especial diferenciado diseñado para los agentes estatales que hayan participado en el conflicto armado interno y cometido delitos por causa, con ocasión o en relación directa con el servicio. 1

El art. 52 establece los requisitos para que una persona sea considerada beneficiaria de la libertad transitoria condicionada y anticipada. Estos son: (i) que sea agente estatal; (ii) que estén condenados o procesados por haber cometido conductas punibles por causa, con ocasión, o en relación directa o indirecta con el conflicto armado interno; (iii) que los delitos cometidos no estén en la lista de no amnistiables o que, estándolo, la persona haya pasado más de cinco años privada de la libertad; (iv) que solicite o acepte libre y voluntariamente acogerse al sistema de la JEP y se comprometa, una vez entre a funcionar el SIVJRNR, a contribuir a la verdad, a la no repetición, a la reparación inmaterial de las víctimas, así como a atender los requerimientos de los órganos del sistema. A continuación, se explicará cada uno de ellos y, posteriormente, se presentarán algunas observaciones al respecto. 2

II. Que la persona sea considerada agente estatal

Como ya se explicó en el comentario al art. 9º de la LA, en este texto, el requisito fundamental para ser considerado beneficiario de la libertad transitoria 3

condicionada y anticipada es ostentar la calidad de agente estatal o haberla ostentado al momento del delito. Para determinar las condiciones en que esto ocurre en el Acuerdo Final se consignó una definición propia de este concepto para los asuntos relacionados con la JEP, que corresponde a la transcripción literal del art. 123 de la Const. Pol., en lo pertinente:

“Se entiende por agente del Estado a efectos de la Jurisdicción Especial para la Paz toda persona que al momento de la comisión de la presunta conducta criminal estuviere ejerciendo como miembro de las corporaciones públicas, como empleado o trabajador del Estado o de sus entidades descentralizadas, territorialmente y por servicios, que haya participado en el diseño o ejecución de conductas delictivas cometidas por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado”¹.

4 Así, el Acuerdo Final consagra dos escenarios en los que una persona puede ser considerada agente estatal y, por lo tanto, puede recibir la libertad transitoria condicionada y anticipada si cumple los demás requisitos de la LA:

- Ejercer como miembro de una corporación pública.
- Ejercer como empleado o trabajador del Estado o de sus entidades descentralizadas, territorialmente o por servicios.

5 Con estos dos escenarios se cubren las diferentes posibilidades de vinculación con el Estado por medio del empleo público, entendido como “[...] el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado”².

6 De esta manera, tanto el art. 123 de la Const. Pol. como el Acuerdo Final se refieren al concepto de servidor público, entendido como el género de personas vinculadas al Estado, del cual se desprenden dos categorías: (i) empleado público y (ii) trabajador oficial³. Esto es, las personas cuya relación funcional individuo/Estado está regida por la ley y los reglamentos (i) o por un contrato de trabajo (ii).

7 Por lo que, a efectos de revisar si una persona califica para la concesión de la libertad transitoria condicionada y anticipada es necesario determinar la existencia de una relación legal y reglamentaria o un contrato de trabajo entre esta y el Estado al momento de la comisión de la conducta. Esto lleva a

¹ Acuerdo Final, punto 5.1.2, Jurisdicción Especial para la Paz, pág. 149.

² Decreto 707 de 2005, art. 2º.

³ Departamento Administrativo de la Función Pública, *Empleo, situaciones administrativas, jornada laboral y retiro de empleados del sector público*, Bogotá D. C., DAFP, 2009, pág. 14.

discusiones más amplias acerca de lo que debe ser considerado como agente estatal a efectos de calificar una conducta como atribuible al Estado; tanto desde el punto de vista del DI⁴ como del derecho interno⁵. No obstante, el presente comentario no es escenario para ese análisis, pues versa sobre la aplicación efectiva de la LA en materia de libertades transitorias, condicionadas y anticipadas, no sobre situaciones que se arrastran desde la firma del Acuerdo Final.

III. Que el agente estatal esté condenado o procesado por haber cometido conductas punibles por causa, con ocasión, o en relación directa o indirecta con el conflicto armado interno

Determinada la condición de agente estatal del posible beneficiario de la libertad transitoria condicionada y anticipada, es necesario verificar que las conductas punibles por las que es procesado o ha sido condenado hayan sido cometidas por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado. Para definir si un delito ha sido cometido en esas condiciones el Acuerdo Final contiene una disposición específica:

8

“Son delitos cometidos por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, aquellas conductas punibles donde la existencia del conflicto armado haya sido la causa de su comisión, o haya jugado un papel sustancial en la capacidad del perpetrador para cometer la conducta punible, en su decisión de cometerla, en la manera en que fue cometida o en el objetivo para el cual se cometió”⁶.

Así, en este primer estadio de análisis, el ejercicio de adjudicación del funcionario encargado de decidir sobre una solicitud de libertad transitoria con-

9

⁴ Sería importante revisar los supuestos en que la actuación de personas no vinculadas solemnemente a un Estado puede ser atribuida a estos en el derecho internacional. Cfr. International Law Commission, Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, 2001.

⁵ Dado que los contratistas del Estado no entran en el género “servidores públicos”, debería revisarse hasta qué punto sus actuaciones deben ser consideradas como las de un agente estatal, mientras se refieren al desarrollo de sus obligaciones contractuales. Lo mismo ocurre con los particulares que ejercen funciones públicas, como los notarios. La respuesta actual los señala como terceros que participaron en el conflicto armado. Valdría la pena no perder de vista la intervención del Estado en los casos concretos en aras al descubrimiento de la verdad y la adecuada reparación a las víctimas, especialmente en el marco de la obligación de llevar a cabo reformas institucionales para garantizar la no repetición.

⁶ Acuerdo Final, punto 5.1.2, Jurisdicción Especial para la Paz, pág. 145.

dicionada y anticipada se refiere al contexto y fines en los que está inmerso el delito por el que el agente estatal es investigado o juzgado o ya fue condenado. En ese entendido, ya la Corte Const. ha delineado el calificativo de “con ocasión del conflicto armado”, específicamente al analizar la definición de víctima contenido en la Ley 1448 de 2011. Así, se entiende que un delito ha sido cometido “con ocasión del conflicto armado” cuando tiene “[...] una relación cercana y suficiente con el desarrollo del conflicto armado”⁷; definido el conflicto armado de forma amplia, no restrictiva, así:

“[...] lejos de entenderse bajo una óptica restrictiva que la limite a las confrontaciones estrictamente militares, o a un grupo específico de actores armados con exclusión de otros, ha sido interpretada en un sentido amplio que incluye a toda la complejidad y evolución fáctica e histórica del conflicto armado interno colombiano”⁸.

10 Con esto resulta claro que el ejercicio que debe llevar a cabo el operador encargado de resolver transitoriamente la situación de libertad del agente estatal consiste en conectar los hechos que se le imputó, o por los cuales se acusó o condenó, con el conflicto armado interno colombiano. Es decir, debe determinar que existe una relación “cercana y suficiente” entre ambos. Sin embargo, parece que la definición que trae el Acuerdo Final busca ampliar el concepto, pues agrega los calificativos “por causa” y “o en relación directa o indirecta”. Algo que podría alivianar la carga de argumentación frente a la conexidad de los hechos con el conflicto armado, especialmente por las posibilidades casi infinitas de cometer un delito que tenga una relación indirecta con el contexto bélico colombiano. Esto podría implicar, de acuerdo con la definición consagrada en el Acuerdo Final, conexiones en factores como: (i) los sujetos activos de la conducta; (ii) los sujetos pasivos de la conducta; (iii) las finalidades, y (iv) el *modus operandi*, entre otros.

11 Así, el AL 01 de 2017 establece ciertos criterios para determinar si existe dicha relación; el primero de estos es que no exista ánimo de enriquecimiento personal ilícito subyacente a la conducta o, si este existiera, que no fuera determinante para la misma⁹; y, establece un listado de criterios aplicables a agentes estatales, que incluyen¹⁰, a saber: que el conflicto haya sido la causa directa o indirecta y que la existencia del conflicto haya influido en la comisión

⁷ Corte Const., sents. C-781 de 2012, T-364 de 2015 y C-069 de 2014.

⁸ Corte Const., sent. C-781 de 2012.

⁹ Ver AL 01 de 2017, art. 17.

¹⁰ Ver AL 01 de 2017, art. 23.

del acto en cuanto a: su capacidad para cometerlo, es decir que el conflicto haya aumentado las capacidades del autor para ejecutar el acto; su decisión de cometer el acto; la oportunidad de contar con medios suficientes para cometer el acto, derivada del conflicto; la selección del objetivo que se proponía alcanzar con el delito.

Todo esto, sin importar la calificación jurídica o tipificación, cuestión que se debe analizar al verificar el cumplimiento del tercer requisito. Es decir, cualquier delito puede ser analizado para determinar si fue cometido con ocasión, por causa o en relación directa o indirecta con el conflicto armado. Este es un asunto que también se trata dentro del presente texto, entre otros, en los comentarios a los artículos 2º y 3º de la LA.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha agregado a este requisito que los delitos hayan sido cometidos con anterioridad a la entrada en vigor del Acuerdo Final, es decir, antes del 24 de noviembre de 2016¹¹. Esto presenta una contradicción evidente con el ámbito de aplicación de la JEP. El art. transitorio 5º del AL 01 de 2017 establece que la JEP administrará justicia de manera transitoria sobre hechos cometidos con ocasión, por causa o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, siempre que su comisión haya iniciado con anterioridad al 1º de diciembre de 2016. De esa forma, quedaría una brecha temporal comprendida entre el 24 de noviembre de 2016 y el 30 de noviembre de 2016, momento en el cual una persona no puede recibir los beneficios otorgados en la LA, pero sí puede estar dentro de la competencia de la JEP. Si bien este es un escenario improbable, puede generar consecuencias indeseadas en caso de presentarse.

IV. Que los delitos cometidos por el agente estatal no estén en la lista de no amniables o que, estándolo, este haya pasado más de cinco años privado de la libertad

Luego de verificar si los hechos por los que el agente estatal es investigado o juzgado o ha sido condenado fueron cometidos por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, el operador encargado de aplicar el beneficio debe determinar que, en primer lugar y según la calificación jurídica del delito, este no se encuentra contenido en la lista de delitos no amniables. Estos son: (i) delitos de lesa humanidad; (ii) genocidio; (iii) graves crímenes de guerra; (iv) toma de rehenes u otra privación grave de la libertad; (v) tortura; (vi) ejecuciones extrajudiciales; (vii) la desaparición forzada; (viii) acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual; (ix)

¹¹ Ver CSJ, Sala de Casación Penal, sent. de 16 de agosto de 2017 (rad. 36487).

sustracción de menores; (x) desplazamiento forzado y, (xi) reclutamiento de menores conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma¹².

15 Vale la pena precisar que, en la versión original de la LA, los crímenes de guerra debían ser considerados “graves” para que no fueran amnistiables. En la sent. C-007 de 2018 la Corte Const. declaró inexecutable el calificativo “graves”, como ya fue explicado anteriormente en este libro, por lo que para los efectos de la libertad transitoria condicionada y anticipada debe entenderse que los crímenes de guerra no son amnistiables, sin dicho calificativo¹³.

16 Lo mismo ocurre con el reclutamiento de menores. Se entiende que el delito es no amnistiable si fue cometido hasta el 25 de junio de 2005 sobre un menor de quince años; si fue cometido después de esta fecha, será no amnistiable cuando se trate de menores de dieciocho años. Al respecto también se hizo mención en este libro¹⁴.

17 La calificación jurídica de estos delitos debe leerse en la clave que establece el Acuerdo Final, especialmente por la inexistencia en el Código Penal colombiano de tipos penales como “crímenes de guerra” y “delitos de lesa humanidad”. Así, dentro del texto acordado por el Estado y las FARC-EP se establece que

“[...] para efectos del SIVJRNR, los marcos jurídicos de referencia incluyen principalmente el Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos (DIDH) y el Derecho Internacional Humanitario (DIH). Las secciones del Tribunal para la Paz, las Salas y la Unidad de Investigación y Acusación, al adoptar sus resoluciones o sentencias harán una calificación jurídica propia del Sistema respecto a las conductas objeto del mismo, calificación que se basará en el Código Penal colombiano y/o en las normas de Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos (DIDH), Derecho Internacional Humanitario (DIH) o Derecho Penal Internacional (DPI), siempre con aplicación obligatoria del principio de favorabilidad.

La calificación resultante podrá ser diferente a la efectuada con anterioridad por las autoridades judiciales, disciplinarias o administrativas para la calificación de esas conductas, por entenderse aplicable como marco jurídico de referencia el Derecho Internacional”¹⁵.

¹² Ver Ley 1820 de 2016, arts. 46 y 52.2.

¹³ Ver Corte Const., sent. C-007 de 2018.

¹⁴ Ver Corte Const., sent. C-007 de 2018.

¹⁵ Acuerdo Final, punto 5.1.2, Jurisdicción Especial para la Paz, pág. 147.

Ahora, esto se puede tornar problemático al determinar si un agente estatal puede ser beneficiario de la libertad transitoria condicionada y anticipada, pues, como se explicará más adelante, el funcionario encargado de otorgarla hace parte de la justicia ordinaria o la penal militar, no del SIVJRNR, por lo que, si se interpreta textual y restrictivamente el Acuerdo Final, no tendría la capacidad de calificar jurídicamente un delito dentro de un marco diferente al compuesto por el CP. Esto por cuanto al asignar consecuencias penales a normas que no establecen de forma clara la existencia de un delito y una sanción por su comisión previa, estricta y escrita dentro de una ley de la República, podría estarse en presencia de una alteración del principio de legalidad.

18

Es decir, la determinación sobre si una conducta constituye un delito de lesa humanidad o un grave crimen de guerra constituye una calificación propia del DPI¹⁶, la cual, de acuerdo con lo dispuesto en el Acuerdo Final, está reservada para los órganos, mecanismos y medidas que componen el Sistema Integral, que, de acuerdo con el AL 01 de 2017, son:

19

“[...] la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición; la Unidad para la Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado; la Jurisdicción Especial para la Paz; las medidas de reparación integral para la construcción de paz y las garantías de no repetición”¹⁷.

No obstante, en aras de mantener la integralidad del Sistema¹⁸ y garantizar el derecho de las víctimas a la justicia y el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado colombiano en materia de investigación, juzgamiento y sanción de crímenes internacionales, los operadores judiciales ordinarios deben llevar a cabo la calificación jurídica correspondiente, con aplicación de todos los marcos normativos disponibles.

20

Si se determina que el delito cometido por el agente estatal no está dentro de la lista de aquellos que no son sujetos de renuncia a la persecución penal,

21

¹⁶ Ver comentario a los arts. 16 y 46 de la Ley 1820 de 2016, en este texto.

¹⁷ AL 01 de 2017, art. 1º.

¹⁸ “Las amnistías e indultos, y los tratamientos penales especiales, incluidos los diferenciados para agentes del Estado, son medidas del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición [...] Por ello, los distintos componentes y medidas del Sistema Integral están interconectados a través de mecanismos, garantías, requisitos para acceder y mantener los tratamientos especiales de justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz”. Ley 1820 de 2016, art. 6º.

se debe pasar inmediatamente al siguiente requisito. Ahora, en caso de encontrarse en ella, el operador judicial debe verificar si la persona ha estado privada de la libertad por cinco años o más; en caso de ser afirmativa la respuesta, entonces podrá pasar al siguiente requisito, si no, el solicitante no es elegible para recibir el beneficio de la libertad transitoria condicionada y anticipada y debe permanecer privado de la libertad o ser trasladado a una unidad militar o policial¹⁹, si cumple las condiciones para ello.

22 La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha decidido, en ciertos casos, invertir el orden del análisis que se debe realizar, de manera que, si encuentra que la persona ha estado privada de la libertad por cinco años o más, no se detiene a revisar en detalle la calificación jurídica del delito presunta o efectivamente cometido. Así lo ha expresado:

“[...] aunque el tema sobre la tipicidad de la conducta se encuentra en discusión, en cualquier evento se encuentra acreditado que el proceso ha estado detenido efectivamente por un tiempo igual o superior a 5 años (110 meses y 20 días, al 26 de enero de 2017)”²⁰.

V. Que el agente estatal solicite o acepte libre y voluntariamente su intención de acogerse a la Jurisdicción Especial para la Paz y se comprometa a contribuir a la verdad, a la no repetición, a la reparación inmaterial de las víctimas, así como atender los requerimientos de los órganos del sistema

23 Finalmente, el último requisito que debe cumplir el agente estatal es la aceptación libre y voluntaria del sometimiento de su caso a la JEP y el compromiso de que una vez entre en funcionamiento el SIVJNR contribuirá a la verdad, a la no repetición, reparación inmaterial y a atender a los requerimientos de los órganos del sistema. La materialización de dicho compromiso se da a través del acta a que se refiere el parágrafo 1º del art. 52 de la Ley 1820 de 2017. Esta no solo contiene la aceptación del sometimiento a la JEP, sino también la obligación de informar todo cambio de residencia, solicitar autorización para salir del país y quedar a disposición de esta jurisdicción.

24 El cumplimiento de este requisito no solo determina quién puede acceder a la libertad transitoria condicionada y anticipada, sino que establece escenarios en los cuales esta se puede perder. Así, si el beneficiado es requerido por un órgano del Sistema y no se presenta, o incumple las demás obligaciones asumidas en su compromiso, la libertad debe ser revocada y retornará a cumplir

¹⁹ Ver Ley 1820 de 2016, art. 56.

²⁰ CSJ, Sala de Casación Penal, sent. de 2 de agosto de 2017 (rad. 42589).

la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva con la que estaba cobijado²¹.

El proyecto de ley estatutaria para la JEP presentado por el Gobierno en el Congreso de la República y que cursa control de constitucionalidad actualmente, establece que: **25**

“[e]l incumplimiento intencional de cualquiera de las condiciones del régimen de condicionalidad, o de cualquiera de las sanciones impuestas por la Jurisdicción Especial para la Paz, tendrá como efecto, de conformidad con el Acto Legislativo No. 01 de 2017, la pérdida de todos los tratamientos especiales, beneficios, renunciaciones, derechos y garantías. Dicho cumplimiento será verificado caso por caso y de manera rigurosa, por la Jurisdicción Especial para la Paz”²².

En el entendido que “[l]a libertad transitoria condicionada y anticipada es un beneficio propio del sistema integral expresión del tratamiento penal especial diferenciado”²³, es claro que el incumplimiento de las obligaciones asumidas para obtenerla caen dentro del marco del art. 20 del proyecto de ley estatutaria, por lo que el análisis sobre incumplimiento debe hacerse de acuerdo con el reglamento y las normas de procedimiento de la JEP y conforme a los criterios del proyecto de ley y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, especialmente lo dispuesto en la sentencia C-007 de 2018 sobre condicionalidades. **26**

²¹ Ver Ley 1820 de 2016, art. 52.

²² Ver Proyecto de ley estatutaria para la JEP, art. 20.

²³ Ver Ley 1820 de 2016, art. 51.

Artículo 53. *Procedimiento para la libertad transitoria condicionada y anticipada.* El Ministerio de Defensa Nacional consolidará los listados de los miembros de la fuerza pública que *prima facie* cumplan con los requisitos para la aplicación de la libertad transitoria condicionada y anticipada. Para la elaboración de los listados se solicitará información a las jurisdicciones penal ordinaria y penal militar, las que deberán dar respuesta en un término máximo de 15 días hábiles. Una vez consolidados los listados serán remitidos al secretario ejecutivo de la Jurisdicción Especial para la Paz quien verificará dichos listados o modificará los mismos en caso de creerlo necesario, así como verificará que se haya suscrito el acta de compromiso de que trata el artículo anterior. El secretario ejecutivo de la Jurisdicción Especial para la Paz comunicará al funcionario que esté conociendo la causa penal sobre el cumplimiento de los requisitos por parte del beneficiado, para que proceda a otorgar la libertad transitoria condicionada y anticipada a que se refiere el artículo anterior, funcionario quien de manera inmediata adoptará la acción o decisión tendiente a materializar la misma.

El incumplimiento de lo aquí dispuesto constituye falta disciplinaria.

Jurisprudencia internacional: CorteIDH, Caso Aplitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sent. de 5 de agosto de 2008 (Serie C No. 187); CorteIDH, Caso Bayarri vs. Argentina, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sent. de 30 de octubre de 2008 (Serie C No. 187); CorteIDH, Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sent. de 26 de noviembre de 2010 (Serie C No. 220); CorteIDH, Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay, fondo, reparaciones y costas, sent. de 13 de octubre de 2011 (Serie C No. 234); CorteIDH, Caso Ximenes Lopes vs. Brasil, fondo, reparaciones y costas, sent. de 4 de julio de 2006 (Serie C No. 149); Corte IDH, Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia, fondo, reparaciones y costas, sent. de 11 de mayo de 2007 (Serie C No. 163); CorteIDH, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, fondo, sent. de 19 de noviembre de 1999 (Serie C No. 63); CorteIDH, Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia, fondo, reparaciones y costas, sent. de 27 de noviembre de 2008 (Serie C No.

192); CorteIDH, Caso Radilla Pacheco vs. México, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sent. de 23 de noviembre de 2009 (Serie C No. 209); CorteIDH, Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sent. de 27 de febrero de 2012 (Serie C No. 240).

Jurisprudencia nacional: Corte Const., sents. C-412 de 1993, C-275 de 1994, C-454 de 2006, C-007 de 2018; CSJ, Sala de Casación Penal, sents. de 16 de agosto de 2017 (rad. 36487), de 2 de agosto de 2017 (rad. 42589) y de 28 de junio de 2017 (rad. 46449).

I. Introducción

El art. 53 establece el procedimiento que se debe surtir para otorgar la libertad transitoria condicionada y anticipada; no obstante, en su texto aparece una diferenciación que no existe en los arts. 51 y 52, pues habla expresamente de “miembros de la fuerza pública”.

Así, el presente comentario se dividirá en tres partes. En primer lugar, se explicará el procedimiento aplicable a miembros de la fuerza pública (II); luego se revisará la situación de los agentes estatales no pertenecientes a la fuerza pública (III) y, finalmente, se presentarán algunas observaciones frente a lo explicado (IV).

II. Procedimiento para miembros de la fuerza pública

El procedimiento aplicable a miembros de la fuerza pública que pueden ser beneficiarios de la libertad transitoria condicionada y anticipada, de conformidad con el art. 52, puede dividirse en varios pasos¹:

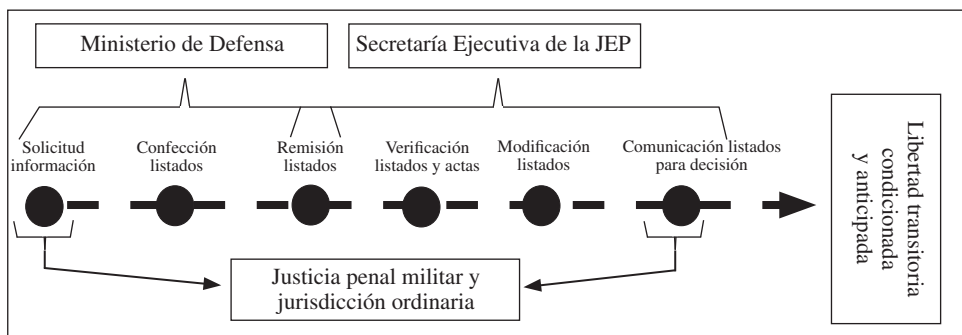
1. Solicitud de información por el Ministerio de Defensa a la justicia penal militar y a la jurisdicción penal ordinaria sobre miembros de la fuerza pública privados de la libertad.
2. Confección por el Ministerio de Defensa de los listados de miembros de la fuerza pública que *prima facie* cumplen los requisitos del art. 52 y, por lo tanto, pueden ser beneficiarios de la libertad transitoria condicionada y anticipada.
3. Remisión por el Ministerio de Defensa de los listados a la Secretaría Ejecutiva de la JEP.
4. Verificación de los listados y las actas de compromiso por la Secretaría Ejecutiva de la JEP.

¹ Cfr. CSJ, Sala de Casación Penal, sent. de 2 de agosto de 2017 (rad. 42589).

5. Modificación de los listados por la Secretaría Ejecutiva de la JEP, en caso de ser necesario.
6. Comunicación por la Secretaría Ejecutiva de la JEP a los despachos judiciales o autoridades competentes para que otorguen la libertad transitoria condicionada y anticipada de manera inmediata.

4 Este procedimiento tiene, en consecuencia, seis etapas, en las que intervienen tres tipos de actores: (i) el Ministerio de Defensa (etapas 1 a 3); (ii) la Secretaría Ejecutiva de la JEP (etapas 3 a 6) y (iii) los funcionarios de la justicia penal militar y la jurisdicción ordinaria (etapas 1 y 6). Esto se explica en el gráfico 2, el cual relaciona a cada uno de los actores con las etapas anteriormente mencionadas.

Gráfico 2. Actores que intervienen en el procedimiento para otorgar la libertad transitoria condicionada y anticipada



5 En ese entendido, el procedimiento cuenta con un sistema de controles que parten de lo administrativo hasta lo judicial, con el fin de evitar el otorgamiento del beneficio a miembros de la fuerza pública que no califican para él.

6 El Ministerio de Defensa, con fundamento en la información entregada por la jurisdicción ordinaria y la justicia penal militar, determina quiénes cumplen, por lo menos *prima facie*, los requisitos para recibir la libertad transitoria condicionada y anticipada. Estos nombres se consignan en un listado, allí se encuentra el primer control, pues la entidad debe verificar el cumplimiento de las condiciones, así sea solo preliminarmente.

7 Luego el listado pasa a la Secretaría Ejecutiva de la JEP, que lo recibe y debe verificarlo para determinar quiénes cumplen efectivamente con los requisitos del art. 52. Tanto así que, de considerarlo, tiene la facultad de modificar la lista de nombres, sea para agregar o para retirar personas. Este es el segundo control. Y, finalmente, la Secretaría Ejecutiva de la JEP remite los listados a

los jueces y funcionarios encargados de la supervisión del cumplimiento de penas o de la vigilancia a personas cobijadas con medidas de aseguramiento, para que otorguen la libertad transitoria condicionada y anticipada.

La aplicación inicial de la LA estuvo marcada por la incertidumbre sobre la forma de determinar la competencia de los jueces que debían recibir las solicitudes de libertad transitoria condicionada y anticipada. Esta problemática fue abordada por la Sala de Casación Penal de la CSJ, la cual afirmó que

8

“[...] la competencia para conocer y decidir acerca de la concesión de la libertad transitoria, condicionada y anticipada –mientras entra en funcionamiento la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la Jurisdicción Especial para la Paz–, con fundamento en el artículo 53 de la Ley 1820 de 2016, radica en el funcionario judicial que esté conociendo de la «causa penal», dependiendo de la «fase procesal en que se encuentre el proceso al momento de recibirse la comunicación del secretario ejecutivo de la Jurisdicción Especial para la Paz, de manera que si está surtiéndose la fase de juzgamiento le corresponderá al juez de primera instancia, si en trámite de apelación al de segundo grado y si en sede de casación a la Corte Suprema de Justicia. Por lo mismo, si la sentencia ha cobrado ejecutoria, su conocimiento será de los jueces de ejecución de penas»”.

Y agregó que:

“en las actuaciones tramitadas bajo la Ley 906 de 2004, la competencia en la etapa de investigación será del juez de control de garantías hasta la presentación del escrito de acusación”².

III. Procedimiento para agentes estatales no pertenecientes a la fuerza pública

Por otro lado, ni en el art. 53 ni en ninguna otra norma se consagra un procedimiento para los agentes estatales que no pertenecen a la fuerza pública. Es decir, cualquier persona que no ostente la calidad de servidor público vinculado al Ejército Nacional, la Armada Nacional, la Fuerza Aérea Colombiana y la Policía Nacional, queda por fuera de las listas de posibles beneficiarios de libertad transitoria condicionada y anticipada.

9

Esto se deriva, en primer lugar, de la lectura textual del artículo, que claramente expresa que “[e]l Ministerio de Defensa Nacional consolidará los listados de los miembros de la fuerza pública que *prima facie* cumplan con

10

² CSJ, Sala de Casación Penal, sents. de 16 de agosto de 2017 (rad. 36487) y de 28 de junio de 2017 (rad. 46449).

los requisitos”³. Pero, además, tampoco es función, ni cae dentro del marco misional de esa entidad⁴, buscar beneficios penales para personas que no se encuentran dentro de su planta, de manera que sería inviable que se interpretara de manera extensiva la norma y el ministerio incluyera en sus listados a agentes estatales civiles.

11 En ese orden de ideas, la LA tiene un vacío procedimental relativo a la forma en que los agentes estatales que no pertenecen a la fuerza pública pueden acceder a la libertad transitoria condicionada y anticipada. De manera que, si bien tienen la posibilidad de firmar el acta de compromiso y sometimiento de su situación a la JEP, no por ello podrán dejar de estar privados de la libertad mientras las Salas entran en funcionamiento y se resuelve su situación jurídica.

12 Dicha idea es confirmada por la posición de la Sala de Casación Penal de la CSJ, que al determinar los requisitos para acceder a la libertad transitoria condicionada y anticipada ha afirmado que es necesario tener la “[...] calidad de agente del Estado (miembro de la fuerza pública) en el potencial beneficiario para la fecha en que ocurrieron los hechos”⁵. La falta de procedimiento para servidores públicos distintos a miembros de la fuerza pública hace que sea imposible, de acuerdo con lo expuesto por la Corte, recibir el beneficio transitorio.

IV. Observaciones frente al procedimiento para el otorgamiento de la libertad transitoria condicionada y anticipada

13 Frente a lo expuesto sobre el procedimiento para otorgar la libertad transitoria condicionada y anticipada son relevantes dos observaciones: la primera relativa a la participación de las víctimas (A) y la segunda a la posibilidad de interponer la acción de *habeas corpus* y prevenir una prolongación injustificada de la privación de la libertad (B).

A) *Participación de las víctimas en el procedimiento relativo a miembros de la fuerza pública*

14 Entendido el procedimiento por el cual se otorga la libertad transitoria condicionada y anticipada a miembros de la fuerza pública, así como los actores que se encuentran involucrados en él, brillan por su ausencia las víctimas, sea en la conformación de los listados por el Ministerio de Defensa o en su verificación y modificación por la Secretaría Ejecutiva de la JEP. Esto toma

³ Ley 1820 de 2016, art. 53.

⁴ Decreto 1512 de 2000.

⁵ CSJ, Sala de Casación Penal, sent. de 16 de agosto de 2017 (rad. 36487).

especial importancia en la verificación del cumplimiento de los requisitos del art. 52 por el supuesto beneficiado. Así, una decisión de no asignar una calificación jurídica perteneciente al universo del DPI o del DIH, como la de delito de lesa humanidad o grave crimen de guerra, no puede ser recurrida por las víctimas directas e indirectas de los hechos.

Es más, las víctimas ni siquiera pueden presentar observaciones previas para manifestar al funcionario encargado de otorgar la libertad transitoria condicionada y anticipada la existencia de un delito de lesa humanidad o un grave crimen de guerra o la no reclusión de una persona por cinco años o más. Al respecto es importante tener en cuenta el derecho a ser oídas ante un tribunal competente que ostentan las víctimas de graves violaciones a derechos humanos, tanto desde el DI de los DD. HH. como en el derecho interno colombiano. La CorteIDH manifestó en el caso *Barbani Duarte y otros contra Uruguay*:

15

“El Tribunal ha desarrollado el derecho a ser oído protegido en el artículo 8.1 de la Convención, en el sentido general de comprender el derecho de toda persona a tener acceso al tribunal u órgano estatal encargado de determinar sus derechos y obligaciones⁶, el cual en cierto tipo de procesos debe ejercerse de manera oral⁷. Asimismo, al pronunciarse sobre la observancia de las garantías del debido proceso en la investigación de violaciones de derechos humanos, la Corte ha indicado que implica el deber estatal de garantizar que las víctimas o sus familiares tengan “amplias posibilidades de ser oídos” “en todas las etapas de los respectivos procesos [de manera que] puedan formular sus pretensiones y presentar elementos probatorios y que estos sean analizados de forma completa y seria por las autoridades antes de que se resuelva sobre hechos, responsabilidades, penas y reparaciones”⁸.

⁶ Ver CorteIDH, *Caso Apitz Barbera y otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sent. de 5 de agosto de 2008 (Serie C No. 187), párr. 72; CorteIDH, *Caso Bayarri vs. Argentina*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sent. de 30 de octubre de 2008 (Serie C No. 187), párr. 101; CorteIDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sent. de 26 de noviembre de 2010 (Serie C No. 220), párr. 140.

⁷ Ver CorteIDH, *Caso Apitz Barbera y otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sent. de 5 de agosto de 2008 (Serie C No. 187), párr. 75.

⁸ CorteIDH, *Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*, fondo, reparaciones y costas, sent. de 13 de octubre de 2011 (Serie C No. 234), párr. 120; CorteIDH, *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, fondo, reparaciones y costas, sent. de 4 de julio de 2006 (Serie C No. 149), párr. 193; CorteIDH, *Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia*, fondo, reparaciones y costas, sent. de 11 de mayo de 2007 (Serie C No. 163), párrs. 193-195.

16 Y en González Medina y familia contra República Dominicana expuso:

“El Tribunal recuerda que, de conformidad con el derecho reconocido en el artículo 8.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, los Estados tienen la obligación de garantizar el derecho de las víctimas o sus familiares de participar en todas las etapas de los respectivos procesos, de manera que puedan hacer planteamientos, recibir informaciones, aportar pruebas, formular alegaciones y, en síntesis, hacer valer sus derechos⁹. Dicha participación deberá tener como finalidad el acceso a la justicia, el conocimiento de la verdad de lo ocurrido y el otorgamiento de una justa reparación¹⁰. En tal sentido, la Corte ha establecido que la ley interna debe organizar el proceso respectivo de conformidad con la Convención Americana”¹¹.

17 Criterio asumido tanto por la Corte Const. como por el Congreso de la República al diseñar y evaluar la constitucionalidad del modelo procesal penal colombiano. En ese entendido, el tribunal constitucional ha manifestado:

“La jurisprudencia constitucional ha señalado que el derecho de acceso a la justicia tiene como uno de sus componentes naturales el derecho a que se haga justicia. Este derecho involucra un verdadero derecho constitucional al proceso penal¹², y el derecho a participar en el proceso penal¹³, por cuanto el derecho al proceso en el Estado democrático debe ser eminentemente participativo”¹⁴.

18 Así las cosas, si el Estado plantea el otorgamiento de beneficios penales a agentes estatales, miembros de la fuerza pública, en el marco de un sistema de JT, la garantía mínima que debe respetarse a las víctimas es la de participar en el procedimiento. Ello con el fin de que puedan presentar observaciones

⁹ Ver CorteIDH, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, fondo, sent. de 19 de noviembre de 1999 (Serie C No. 63), párr. 247.

¹⁰ Ver CorteIDH, Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia, fondo, reparaciones y costas, sent. de 27 de noviembre de 2008 (Serie C No. 192), párr. 233; CorteIDH, Caso Radilla Pacheco vs. México, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sent. de 23 de noviembre de 2009 (Serie C No. 209), párr. 247.

¹¹ CorteIDH, Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sent. de 27 de febrero de 2012 (Serie C No. 240), párr. 251.

¹² Ver Corte Const., sent. C-412 de 1993.

¹³ Ver Corte Const., sent. C-275 de 1994.

¹⁴ Corte Const., sent. C-454 de 2006.

frente a las actuaciones de las entidades encargadas y, en caso de ser necesario, interponer recursos contra las decisiones tomadas.

El procedimiento diseñado en la LA para el otorgamiento de la libertad transitoria condicionada y anticipada no permite esto, lo que genera un déficit de participación de las víctimas en cuanto a la manifestación de su derecho a las garantías judiciales. Es decir, si bien es válida la entrega de beneficios penales en un marco de JT, al estar estos limitados e implicar el lleno de ciertos requisitos, lo lógico es que la víctima pueda discutir su cumplimiento dentro del marco procedimental creado.

19

Este asunto ya fue definido por la Corte Const. en la revisión de constitucionalidad de la LA. Allí la Corte estableció que la participación de las víctimas debe ser “[...] objeto de especial y cuidadosa regulación en el marco de la JEP, y siempre que se preserven los espacios de participación ya existentes en aquellos trámites en que las decisiones de aplicación de la Ley 1820 de 2016 están en cabeza de las autoridades de la jurisdicción penal ordinaria”¹⁵. Esto es aplicable a las disposiciones relacionadas con amnistías, indultos y tratamientos penales especiales.

20

Mientras tanto, respecto del régimen de libertades, a los que la Corte Const. se refiere como “beneficios de menor entidad”, señaló que “[...] caben similares consideraciones a las efectuadas anteriormente [respecto de las amnistías, indultos y tratamientos penales especiales], dado que al tratarse de medidas que no definen la situación jurídica de sus beneficiarios pueden ser objeto de debate en las instancias de la JEP”¹⁶.

21

El déficit de participación que se presentó aquí no fue entendido así por la Corte Const., de manera que los reparos que se pudieran hacer al procedimiento de otorgamiento de libertad transitoria condicionada y anticipada se quedan sin piso jurídico luego de la sentencia C-007 de 2018.

22

B) *Posibilidad de interponer la acción de habeas corpus para el otorgamiento de la libertad transitoria condicionada y anticipada a miembros de la fuerza pública*

La acción de *habeas corpus* tiene su fundamento en el art. 30 de la Constitución, el cual establece que “[q]uien estuviere privado de su libertad, y creyere estarlo ilegalmente, tiene derecho a invocar ante cualquier autoridad judicial, en todo tiempo, por sí o por interpuesta persona, el *habeas corpus*, el cual debe resolverse en el término de treinta y seis horas”¹⁷.

23

¹⁵ Corte Const., sent. C-007 de 2018.

¹⁶ Corte Const., sent. C-007 de 2018.

¹⁷ Const. Pol., art. 30.

24 A su vez, la Ley 1095 de 2006, que reglamenta el citado art. 30, dispone que “[e]l *habeas corpus* es un derecho fundamental y, a la vez, una acción constitucional que tutela la libertad personal cuando alguien es privado de la libertad con violación de las garantías constitucionales o legales, o esta se prolongue ilegalmente”¹⁸. Entonces, cualquier prolongación ilegal de la privación de la libertad debe ser corregida, bien por la vía ordinaria o a través del *habeas corpus*.

25 Como ya se explicó, cuando un funcionario recibe una solicitud por parte de la Secretaría Ejecutiva de la JEP de otorgar la libertad transitoria condicionada y anticipada, este debe resolver sobre ella de forma inmediata. Así, cualquier demora injustificada en decidir sobre el asunto podría desencadenar la interposición de un *habeas corpus* en favor del miembro de la fuerza pública.

26 Esto fue confirmado por el art. 13 del Decreto 706 de 2017, el cual establece que “[l]os beneficios previstos en la Ley 1820 de 2016, se aplicarán sin perjuicio de la interposición de la acción de tutela y *habeas corpus*”¹⁹.

¹⁸ Ley 1096 de 2006, art. 1º.

¹⁹ Decreto 706 de 2017, art. 13.

Artículo 54. Supervisión. Los directores de los establecimientos penitenciarios y carcelarios de donde saldrá el personal beneficiado de la libertad transitoria condicionada y anticipada, ejercerán supervisión sobre este hasta que la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas determine lo de su competencia, utilizando tanto los mecanismos ordinarios como los dispuestos en la Jurisdicción Especial para la Paz.

Jurisprudencia nacional: Corte Const., sent. C-007 de 2018.

Otros documentos: Instituto Nacional Penitenciario – INPEC, R. 5979/2011; Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Intervención ciudadana en el proceso de constitucionalidad RPZ0000001, que revisa la constitucionalidad de la Ley 1820 de 2016, disponible en: <https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/03/fi_name_re-cursos.68.pdf>.

En el art. 54 se asigna a los directores de los establecimientos penitenciarios y carcelarios la función de supervisión del cumplimiento de las obligaciones asumidas por los beneficiarios de la libertad transitoria condicionada y anticipada. Para lo cual se ponen a su disposición las herramientas del régimen ordinario y el que pueda surgir de la reglamentación de la JEP, hasta que la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas tome una decisión.

Frente a esto es importante estudiar la carga de trabajo y capacidades de los directores de establecimientos penitenciarios y carcelarios para vigilar adecuadamente el cumplimiento de las obligaciones propias de la libertad transitoria condicionada y anticipada. Así, actualmente los directores son los jefes de gobierno interno de los establecimientos penitenciarios y carcelarios, por lo que responden por su funcionamiento y el control al interior de los mismos¹. Y, en desarrollo de esto, tienen asignadas 15 funciones concretas, entre ellas: (i) liderar su establecimiento de reclusión y velar por la integridad, seguridad, respeto a derechos y cumplimiento de las medidas impuestas por autoridad judicial; (ii) garantizar la ejecución de la pena de prisión, y (iii) implantar las medidas necesarias para conservar el orden penitenciario y carcelario dentro de su establecimiento².

¹ Ley 65 de 1993, art. 36.

² Instituto Nacional Penitenciario – INPEC, Resolución 5979 de 2011, pág. 50.

3 El art. 54 LA suma a todas estas responsabilidades, relativas al gobierno interno de los establecimientos, las de vigilancia de los compromisos adquiridos por los beneficiarios de la libertad transitoria condicionada y anticipada, los cuales son³:

- Contribuir a la verdad.
- Contribuir a la no repetición.
- Contribuir a la reparación inmaterial de las víctimas.
- Atender los requerimientos de los órganos del sistema.
- Informar todo cambio de residencia.
- No salir del país sin previa autorización de la JEP.
- Quedar a disposición de la JEP.

4 Dichas obligaciones tienen vigencia para los agentes estatales mientras opere la JEP, por lo que la supervisión también debería durar todo este tiempo. Esta es una diferencia marcada con el tratamiento previsto para los antiguos miembros de la insurgencia, quienes solo están vinculados por cinco años a estas obligaciones y cuyas condiciones para la pérdida de los beneficios son diferentes, pues se requiere que se rehúsen de manera reiterada e injustificada a los requerimientos del Tribunal de Paz para participar en la JEP, mientras que con relación a los agentes del Estado es suficiente con el incumplimiento, sin ninguna calificación del mismo.

5 Esto presenta tensiones tanto desde el punto de vista del tratamiento simultáneo, equilibrado y equitativo pactado en el Acuerdo Final como desde la garantía de los derechos de las víctimas, especialmente aquellas que sufrieron violaciones por parte de la insurgencia. Por ese motivo, Dejusticia solicitó a la Corte Const. que unificara las condiciones de cumplimiento y participación en el SIVJRNR contenidas en la Ley 1820 de 2016, de manera que quedara en los siguientes términos:

“(i) el cumplimiento de los deberes en el sistema se exigirán a los beneficiarios de amnistía, indulto o tratamiento penal especial, durante la vigencia de la JEP; (ii) habrá incumplimiento si el beneficiario se rehusare, de manera reiterada e injustificada, a los requerimiento del Tribunal para la Paz de participar en el SIVJRNR, (iii) en el caso «de existir una obligación de acudir o comparecer» ante este”⁴.

³ Ley 1820 de 2016, art. 52.4.

⁴ Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Intervención ciudadana en el proceso de constitucionalidad RPZ0000001, que revisa la constitucionalidad de la Ley 1820 de 2016, disponible en: <https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/03/fi_name_recursos.68.pdf>.

La Corte Const. se refirió a esta discrepancia al adelantar el control de constitucionalidad de la LA. Así, en la sentencia C-007 de 2018 decidió armonizar las diferencias en el régimen de condicionalidad entre agentes del Estado y excombatientes de grupos armados organizados al margen de la ley, de la siguiente manera:

“(i) El cumplimiento de los deberes de contribución a la satisfacción de los derechos de las víctimas se exigirá a los beneficiarios de las amnistías, los indultos y los tratamientos penales especiales durante la vigencia de la JEP (el máximo estándar posible), pues esta previsión potencializa el compromiso, en procura del éxito de un proceso transicional en cuyo centro se encuentra la garantía de los derechos de las víctimas. [...]”

(ii) Las disposiciones en estudio también presentan inconsistencia al considerar, los artículos 14 y 33, que los incumplimientos a las condiciones del Sistema Integral se presentan cuando quiera que son reiterados e injustificados, mientras que los artículos 35 y 50 solo hablan de incumplimiento, sin calificativo.

Al respecto considera la Sala que el incumplimiento se configuraría, ante los requerimientos del Tribunal para la Paz para participar en el programa de reparación a las víctimas o el llamado para acudir ante la Comisión de Esclarecimiento de la Verdad, de la Convivencia y No Repetición o ante la Unidad de Búsqueda de Personas Dadas por Desaparecidas, cuando no se presente justificación [...]”⁵.

En ese entendido, el control de constitucionalidad de la LA arrojó una nivelación de las obligaciones de los agentes del Estado y los excombatientes de grupos armados organizados al margen de la ley en lo que tiene que ver con la condicionalidad de los beneficios de libertad recibidos.

La vigilancia de estos compromisos no solo parece superar el marco misional de las direcciones de establecimientos carcelarios y penitenciarios, sino que se corre el riesgo de no poder cumplirse a cabalidad por restricciones de talento humano y capacidad presupuestal. A esto se suma que buena parte de los posibles beneficiarios de la libertad transitoria condicionada y anticipada se encuentran privados de la libertad en centros de reclusión militar o policial, por lo que serían integrantes de su propia institución los que los vigilarían.

Para corregir esta situación el INPEC debería contar con una división específica para la verificación del cumplimiento de las obligaciones adquiridas por las personas que reciben beneficios transitorios en el marco de la LA. De esa manera no se sobrecarga funcionalmente a los directores de establecimientos carcelarios y penitenciarios y se da una garantía concreta a la sociedad de

⁵ Corte Const., sent. C-007 de 2018.

vigilancia seria y estricta a quienes se benefician de una política transicional a cambio de su aporte a la paz y la reconciliación.

- 10 En conclusión, como se encuentra la LA en este momento, la obligación de supervisión del cumplimiento de las obligaciones adquiridas por los beneficiarios de la libertad transitoria condicionada y anticipada se mantendrá en cabeza de los directores de los establecimientos penitenciarios y carcelarios hasta tanto la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas tome las decisiones correspondientes.

Artículo 55. Libertad definitiva e incondicional. La autoridad judicial ordinaria que esté conociendo de la causa penal cumplirá la orden de libertad inmediata, incondicional y definitiva del beneficiado con la renuncia a la persecución penal proferida por Sala de Definición de Situaciones Jurídicas.

I. Introducción

El art. 55 hace referencia al régimen de libertades para agentes estatales, pero en el momento post-JEP, es decir, desde el momento en que la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas entra en funcionamiento y comienza a otorgar tratamientos penales definitivos¹. Así, lo que dispone este artículo es la forma en que se debe materializar uno de los tratamientos penales definitivos que la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas le puede otorgar a un agente estatal: la renuncia a la persecución penal. 1

En ese entendido, en el presente comentario se llevará a cabo una caracterización breve de la renuncia a la persecución penal (II) y, posteriormente, se explicarán las consecuencias del otorgamiento de la libertad definitiva e incondicional de que trata el artículo analizado (III). 2

II. Sobre la renuncia a la persecución penal como tratamiento penal especial definitivo para agentes estatales en el marco del SIVJNR

Dado que el art. 55 solo se refiere a la libertad definitiva e incondicional derivada de la renuncia a la persecución penal, aquí únicamente se analizará esta figura. No obstante, es importante recordar que la misma Ley trae una cláusula abierta para que sea la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas la que defina cuál mecanismo de resolución de situación jurídica definitiva utilizará². 3

En cuanto a los efectos de la renuncia a la persecución penal como tratamiento penal especial diferenciado propio del SIVJNR, la misma Ley 4

¹ Ver *supra* gráfico 1, en el comentario al art. 51 LA en esta misma obra.

² Ver Ley 1820 de 2016, art. 45.

establece que con el otorgamiento del beneficio “[...] se extingue la acción penal, la responsabilidad penal y la sanción penal”³ y, además: (i) se prohíbe el inicio de nuevos procesos por las conductas que originaron el tratamiento; (ii) la decisión hace tránsito a cosa juzgada y solo puede ser revisada por el Tribunal para la Paz; (iii) se elimina todo antecedente penal de las bases de datos; (iv) se anula o extingue toda responsabilidad o sanción disciplinaria, fiscal o administrativa, y (v) se prohíbe el ejercicio de la acción de repetición y el llamamiento en garantía contra el beneficiario⁴.

- 5 Ahora, para acceder a la renuncia a la persecución penal es necesario que el posible beneficiario no haya incurrido en ninguno de los delitos enlistados en el art. 46 LA, que coinciden, en general, con los no amnistiables; aunque se suman aquellos cometidos contra el servicio, la disciplina, los intereses de la fuerza pública y, el honor y la seguridad de la fuerza pública⁵, lo que hace que la cláusula abierta para tratamientos penales especiales definitivos tenga sentido.

III. Sobre las consecuencias derivadas del otorgamiento de la libertad definitiva e incondicional

- 6 Con los requisitos y efectos de la renuncia a la persecución penal claros, es necesario ahora analizar lo dispuesto en el art. 55, relativo al régimen de libertades para los agentes estatales beneficiarios de este tratamiento penal especial definitivo. Lo que pretende la norma es materializar de forma efectiva y definitiva el efecto sobre la libertad del beneficiario que implica la renuncia a la persecución penal. Así, si se extinguieron la acción, la responsabilidad y la sanción penal, es procedente interrumpir inmediatamente la privación de la libertad del agente estatal o, en caso de haber recibido la libertad transitoria condicionada y anticipada, darle a esta un carácter permanente.

- 7 Si se revisa el artículo, resulta que la libertad otorgada en razón a la renuncia a la persecución penal es calificada como “definitiva e incondicional”. No obstante, si se hace una interpretación armónica y sistemática de la LA, queda claro que esta sí tiene una condición, consagrada en el art. 50 de la siguiente manera:

³ Ley 1820 de 2016, art. 46.

⁴ Ver Ley 1820 de 2016, art. 48, y comentario al respecto de COTE en este texto.

⁵ Ver Ley 1820 de 2016, art. 46, y comentario al respecto de COTE en este texto.

“Si durante la vigencia de la Jurisdicción Especial para la Paz, los beneficiarios de mecanismos de tratamiento especial diferenciado para agentes del Estado de que trata el Título IV de la presente ley, se rehusaran a cumplir los requerimientos del Tribunal para la Paz para participar en los programas de contribución a la reparación de las víctimas, o a acudir ante la Comisión de Esclarecimiento de la Verdad, de la Convivencia y No Repetición, o ante la Unidad de Búsqueda de Personas Dadas por Desaparecidas, perderán el derecho a que se les apliquen los beneficios previstos en cualquier tratamiento de los definidos como especial, simultáneo, equilibrado y equitativo”⁶.

De ello se concluye entonces que el agente estatal cobijado con la libertad definitiva e incondicional derivada de la renuncia a la persecución penal sigue vinculado por la obligación de responder a los llamados de los órganos del SIVJRNR y, en caso de incumplirla, podrá perder el beneficio en las condiciones que, como ya se explicó, establezcan los reglamentos y normas procedimentales de la JEP⁷.

8

⁶ Ver Ley 1820 de 2016, art. 50, y comentario al respecto de ACOSTA y ARÉVALO en este texto.

⁷ Ver Proyecto de ley estatutaria de la JEP, art. 20.

CAPÍTULO IV

PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD EN UNIDAD MILITAR O POLICIAL PARA INTEGRANTES DE LAS FUERZAS MILITARES Y POLICIALES EN EL MARCO DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ

Artículo 56. *Privación de la libertad en unidad militar o policial para integrantes de las fuerzas militares y policiales.* La privación de la libertad en unidad militar o policial para integrantes de las fuerzas militares y policiales en el marco de la Jurisdicción Especial para la Paz es un beneficio expresión del tratamiento penal especial diferenciado propio del sistema integral, necesario para la construcción de confianza y facilitar la terminación del conflicto armado interno, debiendo ser aplicado de manera preferente en el sistema penal colombiano, como contribución al logro de la paz estable y duradera.

Este beneficio se aplicará a los integrantes de las fuerzas militares y policiales detenidos o condenados que manifiesten o acepten su sometimiento a la Jurisdicción Especial para la Paz. Todo respetando lo establecido en el Código Penitenciario y Carcelario respecto a otros servidores públicos.

Dicha manifestación o aceptación de sometimiento se hará ante el secretario ejecutivo de la Jurisdicción Especial para la Paz, en caso de que no hayan entrado en funcionamiento los órganos de la Jurisdicción.

La decisión sobre la privación de la libertad en unidad militar o policial no implica la definición de la situación jurídica definitiva en el marco de la Jurisdicción Especial para la Paz.

Jurisprudencia nacional: Corte Const., sents. C-565 de 1993 y C-425 de 2008.

Otros documentos: Ministerio de Justicia y del Derecho, Viceministerio de Política Criminal y Justicia Restaurativa, Subrogados penales, mecanismos sustitutivos de la pena y vigilancia electrónica en el sistema penal colombiano, Bogotá D.C., Minjusticia, 2014.

La privación de la libertad en unidad militar o policial para integrantes de las fuerzas militares y policiales constituye el segundo beneficio transitorio que consagra la LA para materializar el tratamiento penal especial diferenciado que caracteriza al sistema de justicia contenido en el Punto 5 del Acuerdo Final.

A diferencia de la libertad transitoria condicionada o anticipada, este beneficio difícilmente podría ser asimilado a un subrogado penal en estricto sentido, pues estos están diseñados para sustituir una pena restrictiva por otra más favorable¹, con el fin de humanizar el derecho penal y garantizar la resocialización del delincuente². Por su parte, el objetivo de la privación de la libertad en unidad militar o policial es, como establece el art. 56, la construcción de confianza y el afianzamiento del proceso de terminación del conflicto armado interno colombiano³. Con esta aclaración en mente, el presente comentario se referirá al contenido de la medida y, posteriormente, se llevarán a cabo algunas observaciones al respecto.

La lectura del art. 56 sugiere que la privación de la libertad en unidad militar o policial consiste en un simple traslado de sitio de reclusión en los términos del Código Penitenciario y Carcelario, que ocurre con el cambio entre un establecimiento ordinario o un centro de reclusión militar o policial hacia una unidad militar o policial que, en principio, no tiene la virtualidad de servir como penitenciarias, es decir, como “[...] establecimientos destinados a la reclusión de condenados y en los cuales se ejecuta la pena de prisión”⁴.

Los miembros de la fuerza pública condenados por algún delito, en principio deben cumplir su pena privativa de la libertad, cuando fuere impuesta, en penitenciarias ordinarias, sean de máxima, media o mínima seguridad o en centros de reclusión militares o policiales⁵. En cualquiera de los dos casos, se está en presencia de centros de reclusión, de acuerdo con la clasificación que hace el Código Penitenciario y Carcelario⁶, los cuales se diferencian de las cárceles o pabellones, pues estos últimos albergan personas cobijadas con medidas de aseguramiento consistentes en detención preventiva⁷, no condenadas. En estos últimos también se pueden encontrar miembros de la fuerza

¹ Ver Ministerio de Justicia y del Derecho, Viceministerio de Política Criminal y Justicia Restaurativa, Subrogados penales, mecanismos sustitutivos de la pena y vigilancia electrónica en el sistema penal colombiano, Bogotá D.C., Mijusticia, 2014, pág. 5.

² Ver Corte Const., sents. C-565 de 1993 y C-425 de 2008.

³ Ver Ley 1820 de 2016, art 56.

⁴ Ley 65 de 1993, art. 22.

⁵ Ver Ley 65 de 1993, art. 20.

⁶ Ver, Ley 65 de 1993, art. 20.

⁷ Ver Ley 65 de 1993, art. 21.

pública, específicamente aquellos inmersos en investigaciones o juicios penales y que también podrían recibir este beneficio.

5 Entonces, el beneficio de privación de la libertad en unidad militar o policial simplemente implica el cambio de sitio de reclusión de un agente estatal perteneciente a la fuerza pública a instalaciones regulares de la fuerza a la que pertenece, pero, en teoría, mantiene las condiciones de cumplimiento de la pena privativa de la libertad.

6 En el espíritu de equilibrio entre el tratamiento otorgado a los miembros de grupos armados que lleven a cabo acuerdos para la terminación del conflicto con el Estado colombiano y el recibido por los agentes estatales que cometieron delitos por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el servicio, la privación de la libertad en unidad militar o policial podría asimilarse al traslado de personas desmovilizadas a ZVTN para continuar con el cumplimiento de su pena⁸.

7 El traslado a las ZVTN se aplica a aquellas personas privadas de la libertad que no pueden recibir la libertad condicional consagrada en el art. 35 LA, por no poder acreditar un tiempo de reclusión de cinco años o más y consiste, al igual que la figura que aquí se analiza, en un simple cambio del lugar en donde se cumple la medida de privación de la libertad, que deja de ser una institución penitenciaria o carcelaria para ser la ZVTN.

8 La única diferencia sustancial está en que al momento de entrada en funcionamiento pleno de la JEP, los beneficiados con el traslado a ZVTN recibirán automáticamente la libertad condicional, siempre que cumplan los demás requisitos, ente ellos la firma del acta de compromiso⁹. Para la privación en unidad militar o policial no existe esta figura, lo que no obsta para que un agente estatal perteneciente a la fuerza pública solicite la libertad transitoria condicionada y anticipada, si luego de su traslado llega a cumplir los requisitos para el beneficio.

9 Así, la privación de la libertad en unidad militar o policial sirve como mecanismo alternativo a la libertad transitoria condicionada y anticipada, utilizado para materializar el tratamiento penal especial diferenciado, esta vez para aquellos integrantes de la fuerza pública que no hayan pasado cinco años privados de la libertad y hayan cometido delitos no amnistiabiles.

⁸ Ver Ley 1820 de 2016, art. 35.

⁹ Ver Ley 1820 de 2016, art. 35.

Artículo 57*. *De los beneficiarios de la privación de la libertad en unidad militar o policial para integrantes de las fuerzas militares y policiales.* Los integrantes de las fuerzas militares y policiales que al momento de entrar en vigencia la presente ley lleven privados de la libertad menos de cinco (5) años, conforme a lo establecido para las sanciones alternativas en la Jurisdicción Especial para la Paz continuarán privados de la libertad en unidad militar o policial, siempre que cumplan los siguientes requisitos concurrentes:

1. Que estén condenados o procesados por haber cometido conductas punibles por causa, con ocasión, o en relación directa o indirecta con el conflicto armado interno.

2. Que se trate de delitos de lesa humanidad, el genocidio, los [graves] crímenes de guerra, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma.

3. Que solicite y acepte libre y voluntariamente la intención de acogerse al sistema de la Jurisdicción Especial para la Paz.

4. Que se comprometa, una vez entre a funcionar el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, a contribuir a la verdad, a la no repetición, a la reparación inmaterial de las víctimas, así como atender los requerimientos de los órganos del sistema.

I. Introducción

Como ya fue explicado en el comentario referente al art. 56, la privación de la libertad en unidad militar o policial es una manifestación del tratamiento penal especial diferenciado diseñado para los agentes estatales que hayan participado en el conflicto armado interno y cometido delitos por causa, con ocasión o en relación directa con el servicio.

1

- 2 El art. 57 que aquí se comenta, presenta los requisitos para que una persona sea considerada beneficiaria de la privación de la libertad en unidad militar o policial. Estos son: que sea agente estatal, perteneciente a las fuerzas militares o policiales; que estén condenados o procesados por haber cometido conductas punibles por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado interno; que los delitos cometidos estén en la lista de no amniables y que la persona haya pasado menos de cinco años privada de la libertad; (iv) que solicite o acepte libre y voluntariamente la intención de acogerse al sistema de la Jurisdicción Especial para la Paz y se comprometa, una vez entre a funcionar el SIVJRNR, a contribuir a la verdad, a la no repetición, a la reparación inmaterial de las víctimas, así como atender los requerimientos de los órganos del sistema. A continuación, se explicará cada uno de ellos y, posteriormente, se presentarán algunas observaciones al respecto.

II. Que sea agente estatal, perteneciente a las fuerzas militares o policiales

- 3 En cuanto a la calidad de agente estatal perteneciente a las fuerzas militares o policiales, no queda más que referirse al comentario realizado a los art. 9º y 52 de la LA. Aunque es necesario precisar que el requisito para recibir el beneficio de privación de la libertad en unidad militar o policial es mucho más restringido, pues este solo aplica, incluso desde lo sustancial, para aquellas personas que se encuentren vinculadas al Ejército Nacional, a la Armada Nacional, a la Fuerza Aérea Colombiana o a la Policía Nacional. Así las cosas, el único punto problemático frente a este requisito está en la posible inclusión de personal civil vinculado a las fuerzas militares o a la Policía Nacional.

- 4 El concepto de “integrante” incluido en el art. 57 parecería evitar intencionalmente utilizar el término combatiente, lo que abriría la puerta para que personal civil, vinculado a las fuerzas militares o a la Policía Nacional, soliciten ser cobijados por el beneficio. Este es asunto que debe ser resuelto por los actores encargados de la concesión del beneficio, a saber, el Ministerio de Defensa, la Secretaría Ejecutiva de la JEP y los funcionarios judiciales.

III. Que estén condenados o procesados por haber cometido conductas punibles por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado interno

- 5 Los comentarios frente al vínculo necesario entre los delitos por los que el integrante de la fuerza pública es investigado o ha sido condenado ya fueron

* El aparte entre corchetes fue declarado inexecutable por la Corte Const. en sent. C-007 de 1º de marzo de 2018.

abordados en el comentario al art. 52 LA¹. Dado que el requisito es idéntico, lo pertinente es remitirse a ellos.

IV. Que los delitos cometidos estén en la lista de no amnistiables y que la persona haya pasado menos de cinco años privada de la libertad

Contrario a lo que ocurre con la libertad transitoria condicionada y anticipada, la privación de la libertad en unidad militar o policial exige que los delitos por los que el miembro de la fuerza pública es investigado o fue sancionado, sea de los que están incluidos en la lista de no amnistiables, siempre que hayan sido cometidos, de acuerdo con el requisito anterior, por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado interno. 6

Estos son, según el art. 57 inc. 2º LA: (i) delitos de lesa humanidad, (ii) genocidio, (iii) crímenes de guerra, (iv) toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, (v) tortura, (vi) ejecuciones extrajudiciales, (vii) desaparición forzada, (viii) acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, (ix) sustracción de menores, (x) desplazamiento forzado, y (xi) reclutamiento de menores conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma². 7

Frente a la calificación jurídica de hechos cuya tipificación correspondería al universo del DI cabe hacer los mismos comentarios que se hicieron en el art. 52 LA. 8

El punto importante frente a este requisito está en su naturaleza, es decir, en que con la privación de la libertad en unidad militar o policial no se pretende otorgar un beneficio penal asimilable a una amnistía o indulto, pues está diseñada para ser aplicada frente a delitos que, de acuerdo con los estándares internacionales en materia de investigación, juzgamiento y sanción del derecho internacional de los DD. HH. y del DPI, especialmente el ER, no pueden ser objeto de estas medidas. 9

Así, como se explicó anteriormente, no se está en presencia de un subrogado penal, de una sustitución de la pena privativa o cualquier otra medida que implique una evasión de la sanción penal por la comisión de crímenes internacionales o especialmente importantes para la comunidad internacional. Simplemente se lleva a cabo un cambio en cuanto al establecimiento o las instalaciones en que se cumple la pena o se mantiene la detención preventiva 10

¹ Ver comentarios a los arts. 2º, 3º y 9º de la Ley 1820 de 2016 en este texto.

² Ver comentario a los arts. 16 y 46 de la Ley 1820 de 2016, en este texto. Es importante recordar también lo dispuesto por la Corte Const. en la sent. C-007 de 2018 respecto del reclutamiento de menores.

con el fin de generar confianza en los actores que estarán sujetos a la JEP, en este caso, los miembros de la fuerza pública.

- 11 Esto es importante por cuanto los únicos beneficiarios serán aquellos que, en atención a estos delitos, hayan pasado privados de la libertad menos de cinco años. Es decir, el beneficio en este caso se ha diseñado para que la persona no evada la sanción mínima que establece el punto 5 del Acuerdo Final para aquellos que cumplan de manera temprana con todas las obligaciones que impone el SIVJRNR. Es por ello por lo que el operador encargado de otorgar la privación de la libertad en unidad militar o policial no solo debe revisar si está en presencia de los delitos consagrados en el nm 2 del art. 57 LA, sino que también debe verificar que el posible beneficiario no haya pasado cinco años o más privado de la libertad, pues esta sola circunstancia ya lo haría candidato a recibir la libertad transitoria condicionada y anticipada.

V. Que solicite o acepte libre y voluntariamente la intención de acogerse al sistema de la JEP y se comprometa a contribuir a la verdad, a la no repetición, a la reparación inmaterial de las víctimas, así como atender los requerimientos de los órganos del sistema

- 12 Finalmente, es necesaria la aceptación libre y voluntaria del sometimiento de su caso a la JEP y el compromiso de contribuir a la verdad, a la no repetición, a la reparación inmaterial, así como de atender los requerimientos de los órganos del sistema, una vez entre en funcionamiento el SIVJRNR.

- 13 Este es un requisito común a la libertad transitoria condicionada y anticipada, por lo que los comentarios pertinentes se pueden revisar en el art. 52 LA.

Artículo 58. *Procedimiento para la privación de la libertad en unidad militar o policial para integrantes de las fuerzas militares y policiales.* El Ministerio de Defensa Nacional consolidará los listados de los miembros de la fuerza pública que *prima facie* cumplan con los requisitos para la aplicación de la sustitución de la privación de la libertad intramural por la privación de la libertad en unidad militar o policial a que se refiere el artículo anterior. Para la elaboración de los listados se solicitará información al Inpec, institución que deberá dar respuesta en un término máximo de 15 días hábiles. Una vez consolidados los listados serán remitidos al secretario ejecutivo de la Jurisdicción Especial para la Paz quien verificará o modificará los mismos en caso de creerlo necesario, y comunicará al funcionario que esté conociendo la causa penal sobre el cumplimiento de los requisitos por parte del beneficiado, para que proceda a otorgar la sustitución de la privación de la libertad intramural por la privación de la libertad en unidad militar o policial a que se refiere el artículo anterior, funcionario quien, de manera inmediata, adoptará la acción o decisión tendiente a materializar la misma.

Parágrafo. En caso de que el beneficiado incumpla alguna de las obligaciones contraídas en el compromiso o desatienda su condición de privado de la libertad, se le revocará el beneficio de la privación de la libertad en unidad militar. No habrá lugar a la revocatoria por circunstancias diferentes a las aquí señaladas.

I. Introducción

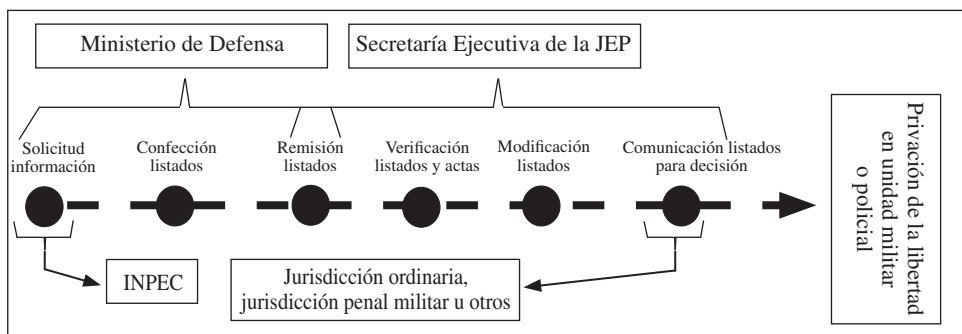
El procedimiento para el otorgamiento del beneficio de privación de la libertad en unidad militar o policial para integrantes de la fuerza pública es similar al establecido para la libertad transitoria condicionada y anticipada. Este comentario se centrará en analizar la forma como se debe surtir el trámite (II) y, posteriormente, se harán algunas observaciones al mismo (III).

1

II. Trámite para el otorgamiento del beneficio de privación de la libertad en unidad militar o policial

- 2 El art. 58 señala que se deben surtir seis pasos para otorgar a alguien el beneficio de privación de la libertad en unidad militar o policial, a saber:
1. Solicitud de información por parte del Ministerio de Defensa al INPEC sobre miembros de la fuerza pública privados de la libertad.
 2. Confección por el Ministerio de Defensa de los listados de miembros de la fuerza pública que *prima facie* cumplen los requisitos del art. 52 y, por lo tanto, pueden ser beneficiarios de la libertad transitoria condicionada y anticipada.
 3. Remisión por el Ministerio de Defensa de los listados a la Secretaría Ejecutiva de la JEP.
 4. Verificación de los listados y las actas de compromiso por la Secretaría Ejecutiva de la JEP.
 5. Modificación de los listados por la Secretaría Ejecutiva de la JEP, en caso de ser necesario.
 6. Comunicación por la Secretaría Ejecutiva de la JEP a los despachos judiciales o autoridades competentes para que dispongan la sustitución de la medida de aseguramiento o la pena intramural por la libertad transitoria condicionada y anticipada de manera inmediata.

Gráfico 3. Actores que intervienen en el procedimiento para otorgar la privación de la libertad en unidad militar o policial



- 3 De esta manera, como en el trámite correspondiente a la libertad transitoria condicionada y anticipada, el procedimiento está diseñado para contar con un sistema de controles que asegure que los miembros de la fuerza pública postulados para recibir el beneficio sí sean efectivamente quienes cumplen los requisitos para el efecto.

Así, como se observa en el gráfico 3, hay cuatro tipos de agentes que intervienen en el procedimiento. En primer lugar, el Ministerio de Defensa, que es el encargado de confeccionar la lista con las personas que *prima facie* cumplen los requisitos para recibir el beneficio, para lo cual debe solicitar información al INPEC y, así el artículo no lo diga explícitamente, utilizará los datos entregados por la jurisdicción ordinaria y la penal militar para la libertad transitoria condicionada y anticipada. El papel del INPEC será, al parecer, el de certificar el tiempo de reclusión de la persona. Posteriormente dicho listado se entrega a la Secretaría Ejecutiva de la JEP, que lo debe revisar y modificar si es del caso; aquí aparece el segundo control: los funcionarios de esta entidad vuelven a verificar el cumplimiento de todos los requisitos y, luego de esta labor, remiten el listado a los funcionarios encargados de otorgar el beneficio, que pueden ser los jueces de conocimiento, los de control de garantías o los de ejecución de penas, tanto en la jurisdicción ordinaria como en la penal militar.

4

III. Observaciones frente al procedimiento para otorgamiento de la privación de la libertad en unidad militar o policial

En relación con las observaciones que se hicieron sobre la imposibilidad que existe de participación de las víctimas en el procedimiento y la posibilidad de interponer la acción de *habeas corpus*, los comentarios son los mismos que ya se hicieron¹.

5

Solo resta precisar que, en cuanto a la acción de *habeas corpus*, no es claro si esta procedería para solicitar la sustitución de la privación de la libertad en unidad militar o policial por la libertad transitoria condicionada y anticipada cuando, dado el caso, un agente estatal cumpla cinco años de privación de la libertad efectiva. Pareciera que sí es posible, más si se entiende que el subrogado especial de la libertad transitoria condicionada y anticipada sí está diseñado para evitar privaciones excesivas de la libertad y para mantener la idea de equilibrio en el tratamiento a los miembros de grupos al margen de la ley y los agentes estatales.

6

¹ Ver comentario al art. 53 de la Ley 1820 de 2016, en este texto.

Artículo 59. Supervisión. El director del centro de reclusión militar o policial, o en su defecto el comandante de la unidad militar o policial donde vayan a continuar privados de la libertad los integrantes de las fuerzas militares y policiales, ejercerá control, vigilancia y verificación del personal beneficiado de la privación de la libertad en unidad militar o policial, utilizando tanto los mecanismos ordinarios como los dispuestos en la Jurisdicción Especial para la Paz.

Documentos citados: Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional, Dirección de Centros de Reclusión Militar del Ejército Nacional, Resolución 00237 de 2017; INPEC, Resolución 003477 de 2013.

I. Introducción

1 La privación de la libertad en unidad militar o policial presenta desafíos distintos a los de la libertad transitoria condicionada y anticipada en materia de supervisión. Algo que se evidencia de manera más clara al tener en cuenta que tanto las fuerzas militares como la Policía Nacional cuentan con establecimientos de reclusión especiales para aquellos miembros que resulten privados de la libertad por la comisión de delitos.

2 En Colombia actualmente existen nueve establecimientos de reclusión para miembros de las fuerzas militares, que cuentan con su propio régimen interno, aprobado por el INPEC mediante resolución 003477 de 2013; mientras que, para el caso de la Policía Nacional, aunque no ha sido posible conseguir información completa, existen centros de reclusión en Facatativá (Cundinamarca) y Medellín (Antioquia).

3 La existencia de centros especiales conlleva la necesidad de implementar medidas particulares para el cumplimiento de las funciones asignadas por la LA en relación con la privación de la libertad en unidad militar o policial. En el presente apartado se hará referencia a la forma como el Ejército Nacional ha abordado el asunto, para lo cual se revisarán tanto las condiciones de reclusión como las responsabilidades de supervisión asignadas.

4 Vale aclarar que el ejercicio no se realiza de forma paralela para la Armada Nacional, la Fuerza Aérea Colombiana y la Policía Nacional, por cuanto estas se negaron a entregar la información pertinente.

II. Condiciones de reclusión en unidades militares

Como área destinada para que los beneficiarios de la privación de la libertad en unidad militar, la resolución 00237 de 2017, emitida por el Ministerio de Defensa Nacional, establece que los destinatarios del beneficio se deben alojar en un centro de reclusión militar, donde deben dormir y desde el cual se pueden desplazar en el día para llevar a cabo las actividades propias de su condición, entre ellas el trabajo, estudio, enseñanza, visitas, entre otras.

De forma expresa, la misma resolución prohíbe la utilización de instalaciones diferentes a los centros de reclusión militares para este efecto. Esto es especialmente importante por el uso extensivo de casas fiscales y alojamientos regulares para el cumplimiento de penas impuestas a miembros de la fuerza pública.

Ahora bien, respecto del uso de medios de comunicación, la resolución 00237 de 2017 permite que sean solicitados al director del Centro de Reclusión Militar, para lo cual se debe firmar un acta de compromiso de buen uso del equipo e informar el número asignado. Y, en cuanto a las visitas de familiares y amigos, están disponibles de forma regular, durante los días ordinarios de visita en el centro de reclusión militar.

III. Utilización de medios tecnológicos para la supervisión

De manera adicional a la vigilancia con que cuentan los centros de reclusión militar, dado que los reclusos pueden salir de las instalaciones a cumplir sus actividades de trabajo, estudio y demás, la resolución 00237 de 2017 establece la necesidad de utilizar un mecanismo de control, vigilancia y verificación electrónico que debe portar cada persona y será verificado todos los días.

Ahora, si no se cuenta con estos dispositivos, el director del Centro de Reclusión Militar debe garantizar seguridad humana y vigilancia permanente para los reclusos beneficiarios de la privación de la libertad en unidad militar, para lo cual debe solicitar, si es del caso, la ampliación del personal de custodia y vigilancia asignado¹.

En conclusión, las condiciones de reclusión mencionadas no parecen diferir de forma sustancial de aquellas que impone el cumplimiento de sanciones privativas de la libertad impuestas por la justicia ordinaria o la penal militar a miembros del Ejército Nacional. Incluso, la prohibición de utilización de áreas de reclusión distintas a los centros de reclusión militar podría constituir un endurecimiento del estándar.

¹ Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional, Dirección de Centros de Reclusión Militar del Ejército Nacional, resolución 00237 de 2017, art. 17.

- 11 En ese sentido, por lo menos frente a los protocolos conocidos de aplicación de la privación de la libertad en unidad militar, aplicados por el Ejército Nacional, parece que la labor de supervisión no desborda de forma desmedida las capacidades institucionales, técnicas y humanas de quienes resultaron encargados, a saber, los directores de los centros de reclusión militar.

TÍTULO V

DISPOSICIONES FINALES.
SISTEMA DE DEFENSA

Artículo 60. *Sistema de defensa jurídica gratuita.* El Estado ofrecerá un sistema de asesoría y defensa gratuita para los beneficiarios de esta ley que aleguen carecer de recursos suficientes para una defensa idónea, respecto a los trámites y actuaciones previstas en ella, sistema que será integrado por abogados defensores debidamente cualificados. A decisión del interesado se podrá acudir a los sistemas de defensa judicial ya existentes en Colombia, a abogados miembros de la fuerza pública, empleados civiles del Ministerio de Defensa, a los servicios jurídicos de las organizaciones de derechos humanos que brindan asistencia a personas acusadas o condenadas por hechos o conductas relacionadas con el conflicto o a los servicios jurídicos de las organizaciones de derechos humanos que hayan brindado la asistencia jurídica al beneficiario durante su proceso penal o su condena. El Estado establecerá los necesarios convenios de financiación con las organizaciones de derechos humanos designadas por los beneficiarios con el fin de que todos los destinatarios de esta ley disfruten de un sistema de defensa con la misma idoneidad.

Parágrafo. Los miembros de la fuerza pública, podrán acudir, además, al Fondo I de Defensa Técnica Fondotec o a abogados miembros de la fuerza pública.

Literatura: CARLOS BERNAL PULIDO, *El derecho de los derechos*. Escrito sobre la aplicación de los derechos fundamentales, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005; Defensoría del Pueblo, Justicia Especial para la Paz, Preguntas y Respuestas. Obra Colectiva, 2016; Defensoría del Pueblo, Asesoría para representación judicial y extrajudicial Convención Americana de Derechos Humanos, Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Jurisprudencia nacional: Corte Const., sents. C-029 de 1995, C-131 de 2002, C- 617 de 1996, C-1178 de 2001, T-624 de 2002, C-383 de 2000, C- 025 de 2009, C-025 de 1998, C-592 de 1993, T-420 de 2009, C-095 de 2001, T-1212 de 2003, C-994 de 2006, SU-044 de 1995, C-536 de 2008, C-1178 de 2001, C-819 de 2011, C-609 de 2012, C-044 de 2015, C-658 de 1996, C-745 de 2015, C-715 de 2015; CSJ, Sala de Casación Penal, radicados núms. 10771, 45790 y 32022.

I. Antecedentes normativos y la garantía del derecho de defensa

1 La cláusula del acceso a una defensa gratuita cualificada e idónea resulta novedosa frente a los antecedentes normativos colombianos relacionados con el tratamiento de los exmiembros de grupos armados organizados al margen de la ley (especialmente aquellos que atentaban contra el régimen constitucional), orientados a asegurar la tranquilidad, el restablecimiento del orden público y la reconciliación nacional por medio del sometimiento a la justicia y la concesión de beneficios penales, o instrumentos de negociación, acuerdo, desmovilización y reintegración a la vida civil.

2 Desde que en el año 1984 el Gobierno nacional declaró el estado de sitio, las normas relacionadas con los delitos contra la existencia y seguridad del Estado (rebelión, sedición y asonada) y conexos¹, estaban vinculadas a la jurisdicción de orden público conforme a lo dispuesto en los decretos legislativos 180² y 474 de 1988³, y con ello al consecuente desarrollo penal y procesal penal que establecía el indulto y la amnistía como formas de extinción de la pena⁴. Algunas regulaciones para la amnistía⁵ consagraron la disposición del derecho de defensa y la imperativa asesoría jurídica articulada a la dinámica procesal penal vigente, es decir, limitada a descripción del procesado y su defensor como sujetos procesales⁶ o como elemento esencial del debido proceso⁷.

¹ Véase, por ejemplo, los decrs. 2490 de 1988 y 1857 de 1988.

² Decr. 180 de 27 de enero de 1988, “por el cual se complementa algunas normas del Código Penal y se dictan otras disposiciones conducentes al restablecimiento del orden público”.

³ Decr. 474 de 16 de marzo de 1988, “por el cual se organiza la jurisdicción de orden público, se establecen nuevas competencias y se dictan otras disposiciones”.

⁴ Art. 78 Decr. 100 de 23 de enero de 1980 “por el cual se expide el nuevo Código Penal”.

⁵ Ley 37 de 23 de marzo 1981, “por la cual se declara una amnistía condicional”; también la Ley 35 de 19 de noviembre de 1982 “por la cual se decreta una amnistía y se dictan normas tendientes al restablecimiento y preservación de la paz”.

⁶ Capítulos II y III, Título III Decreto 050 de 13 de enero de 1987, “Código de Procedimiento Penal”.

⁷ Título III, Capítulos II y III, arts. 100 y ss. Ley 94 de 13 de junio de 1938, “Código de Procedimiento Penal” y art. 1º Decreto 2700 del 30 de noviembre del 1997 “por el cual se expiden las normas de procedimiento penal”: “Art. 1º. *Debido proceso*. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

”Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido

Otras previsiones legales⁸, por su parte, apuntaron a la asesoría del profesional del derecho como optativa, sin mención alguna acerca de defensas públicas, oficiosas o gratuitas.

Esta tendencia persistió en las legislaciones posteriores, incluso en la normativa para facilitar la desmovilización y el sometimiento a la justicia de ex insurgentes durante la conformación de la Asamblea Nacional Constituyente y el advenimiento de la Const. Pol. de 1991. Solo en el Decreto 213 de 1991 se contempló la asistencia de abogados de oficio o públicos de manera suplementaria⁹, en una referencia que fue suprimida en las sucesivas normas expedidas en el marco de la Const. Pol., que solo aludían a la asistencia discrecional del apoderado para la presentación de solicitudes de amnistía e indulto¹⁰.

Los decretos relacionados con la extensión condicional de los beneficios de sometimiento a la justicia de quienes voluntariamente abandonaran los grupos subversivos, se entregaran ante las autoridades y colaboraran con la administración de la justicia, siguieron lo establecido para la asistencia profesional en procesos penales¹¹. Inclusive, las disposiciones que facilitaron los diálogos con grupos guerrilleros y de autodefensas y su desmovilización¹²,

proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho”.

⁸ Ley 49 de 4 de junio de 1985, “por la cual se concede una autorización al presidente de la República, se regula el ejercicio de la facultad de conceder indultos y se dictan otras disposiciones”, art. 2º y Ley 77 de 22 de diciembre de 1989, “por la cual se faculta al presidente de la República para conceder indultos y se regulan casos de cesación de procedimiento penal y de expedición de autos inhibitorios en desarrollo de la política de reconciliación.”, art. 7º.

⁹ Decreto 213 de 23 de enero de 1991, “por el cual se dictan medidas tendientes al restablecimiento del orden público”: “Art. 16. Para solicitar los beneficios, interponer los recursos, y adelantar las demás diligencias y actos procesales a que se refiere este decreto el interesado podrá actuar directamente o por intermedio de apoderado...”. Además, “Art. 17. Para el trámite de la extinción de la pena el Ministerio de Justicia podrá designar, previa solicitud del interesado, un defensor público de oficio. Para el trámite de los demás beneficios y de la apelación de las providencias el interesado podrá solicitar a la autoridad que esté conociendo del proceso el nombramiento de un defensor de oficio...”.

¹⁰ Decreto 1943 del 13 de agosto 1991. “por el cual se dictan medidas sobre indulto y amnistía”.

¹¹ Véase los dectrs. 264 de 1993, 445 de 1993, 1495 de 1993.

¹² Ley 104 de 1993 arts. 48 y ss., 55; Ley 241 del 26 de diciembre de 1995, art. 23 Ley 418 del 26 de diciembre de 1997, “por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones”.

desarrollaron los instrumentos de asistencia legal dentro de los beneficios señalados en la legislación procesal penal vigente para el momento¹³ y estipularon para los efectos de la extinción de la acción y la pena de los delitos políticos y conexos, la presentación de solicitudes por el interesado o su apoderado, sin mencionar la defensa proporcionada por el Estado.

5 Tal tendencia pudo estar fundada en la prevalencia de la renuncia de la persecución del Estado como principal modelo de solución de situación jurídica de los sometidos, y la inexistencia de estándares mínimos de verdad, justicia, reparación y no repetición, exigibles en contextos de transición. Por supuesto, un contexto transicional, de construcción conjunta con cargas procesales para el sometido, hace indispensable la asesoría permanente de un abogado defensor y la idoneidad en la asesoría legal para asegurar el conocimiento antes de renunciar voluntariamente a sus garantías fundamentales y aceptar los compromisos más exigentes que la simple presentación de peticiones ante las instituciones.

6 El derecho a la defensa y más concretamente la asistencia de un abogado que represente los intereses de los procesados ante las pretensiones del Estado, se erige como garantía fundamental en el Estado social de derecho¹⁴ y como elemento esencial del debido proceso¹⁵, acorde con la dignidad humana¹⁶, cuya finalidad es “la interdicción a la indefensión”¹⁷ en que se encuentra el inculpa-

art. 57; Ley 782 de 23 de diciembre del 2002, “por medio de la cual se prorroga la vigencia de la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y se modifican algunas de sus disposiciones”, art. 23; Ley 1421 de 2010, art. 14, “por medio de la cual se prorroga la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por las Leyes 548 de 1999, 782 de 2002 y 1106 de 2006”.

¹³ Ley 104 de 30 de diciembre de 1993, “Art. 9º. Tratándose de personas vinculadas a grupos subversivos, de justicia privada o denominados “milicias populares rurales o urbanas”, será necesario el abandono voluntario de la organización y la entrega a las autoridades y podrán tener derecho a los beneficios señalados en los artículos 369-A y 369-B del Código de Procedimiento Penal, siempre y cuando se cumpla con los requisitos y criterios allí previstos”

¹⁴ Corte Const., sents. C-029 de 1995 y C-131 de 2002.

¹⁵ Corte Const., sent. C-617 de 1996: “Una de las principales garantías del debido proceso, es precisamente el derecho a la defensa, entendido como la oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, «de ser oíd[a], de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga»”.

¹⁶ Corte Const., sents. C-1178 de 2001 y T-624 de 2002.

¹⁷ Corte Const., sent. C-383 de 2000 “...La Corte ha señalado que la finalidad tanto del derecho al debido proceso, como a la defensa sea «la interdicción a la indefensión»,

En ese sentido, el art. 29 de la Const. Pol., en concordancia con tratados y convenios internacionales¹⁸, al determinar los derechos y garantías que le asisten a todas las personas procesadas o juzgadas por las autoridades judiciales competentes, resalta la defensa técnica como un derecho fundamental por medio del cual se afirma la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Const. Pol. (art. 2º) y un presupuesto de validez de la decisión judicial, so pena de nulidad de la misma¹⁹.

Es así como, de acuerdo con las disposiciones constitucionales (arts. 26, 29, 95-7 y 229), la asistencia jurídica apropiada, permanente y especializada de un profesional del derecho resulta imperativa, intangible y celosamente amparada cuando, como en el caso del proceso penal, se involucra la efectividad de derechos fundamentales que requiere la participación de un interlocutor calificado en la disertación jurisdiccional y el ejercicio de las facultades de contradicción que, incluso, en ocasiones equilibra la desidia, omisión o frustración de la defensa material²⁰. Es, por tanto, obligación del Estado garantizarla, al punto que, si es del caso, el funcionario encargado del proceso debe proveerla cuando el procesado no quiere o no está en condiciones de designar, y asegurarse que se cumpla con diligencia debida y ética profesional²¹.

pues la desprotección de las personas frente al reclamo de sus propios derechos, desconociendo la vigencia efectiva de los principios superiores que rigen los procesos, desconoce el derecho a la igualdad. La indefensión surge, en términos de esta Corte «cuando se priva al ciudadano de la posibilidad de impetrar la protección judicial, de sus derechos, o la de realizar dentro de dicho proceso, las adecuadas pruebas, o cuando se le crea un obstáculo que dificulte la actividad probatoria, o cuando se le niega una justa legal facultad de que su negocio sea conocido en segunda instancia. [...]». Efectivamente, se produce una indefensión de las personas cuando se les coarta la posibilidad de acceder al aparato judicial o cuando se les dificulta realizar las actividades encaminadas a propiciar su defensa dentro de un proceso”.

¹⁸ Art. 29 Const. Pol.; art. 2º Ley 270 de 1996; art. 8º Ley 906 de 2004; art. 11.1 DUDH; art. 14.3 PIDCP; art. 8º CADH, entre otras.

¹⁹ Corte Const., sent. C-025 de 1998 “...significa que ‘dichas funciones de defensa del sindicado en las etapas de investigación y juzgamiento no pueden ser adelantadas por una persona que no se encuentre científica y técnicamente habilitada como profesional del derecho, so pena de la configuración de una situación de anulabilidad de lo actuado en el estrado judicial por razones constitucionales, o de inconstitucionalidad de la regulación legal o reglamentaria que lo permita”.

²⁰ BERNAL, *El derecho de los derechos*. Escrito sobre la aplicación de los derechos fundamentales, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, págs. 333-377.

²¹ CSJ, Sala de Casación Penal, sent. de 22 de septiembre de 1998 (rad. 10771).

- 9 Este derecho debe ser custodiado también en los contextos de transición, aun ante la flexibilización de los estándares jurídicos e instrumentos judiciales que impone la consecución de la paz y los procesos de reconciliación, pues un sistema transicional se legitima tanto por la finalidad social que lo guía como por el procedimiento para conseguirlo. Por ese motivo, la administración de justicia como componente del Estado de Derecho, debe velar por su reconocimiento y vigencia, simultáneamente con la garantía de los derechos de las víctimas.

II. La defensa gratuita en la Ley de Amnistía

- 10 Esta disposición reconoce la observancia del derecho de defensa, asesoría, defensa gratuita y asistencia de un profesional del derecho en el componente judicial del SIVJRN. En este contexto, la defensa gratuita se caracteriza por: (i) estar limitada a la condición de vulnerabilidad económica de los solicitantes –carencia de recursos suficientes–, (ii) la idoneidad y cualificación de los profesionales que la asuman, y (iii) los modelos u opciones de asistencia jurídica previstos en esta norma, vale decir, la defensa privada o de confianza, los sistemas de defensa judicial existentes (Defensoría Nacional Pública), el servicio legal a favor de los miembros de las fuerzas armadas (miembros de la fuerza pública, civiles del Ministerio de Defensa o el Fondo de Defensa Técnica - FONDETEC) y la asistencia de las organizaciones de DD. HH.

A) *Condiciones de accesibilidad*

- 11 La circunstancia de debilidad manifiesta por la condición económica corresponde, como en cualquier escenario judicial, al propósito de materializar el principio de igualdad,²² el cual busca remover las barreras de cargas presupuestales en la accesibilidad a la administración de justicia²³; no obstante, el condicionamiento de la incapacidad económica como única causal para la provisión de un letrado en estos casos, sería criterio insuficiente, pues otras situaciones desfavorables podrían justificar la asistencia legal gratuita. Téngase en cuenta que, en consonancia con la obligación estatal de asegurar a los

²² DUDH: “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia... «Art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: ‘Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia’»; art. 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos «Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad...»”.

²³ Corte Const., sent. T-420 de 2009.

ciudadanos la defensa efectiva de los derechos²⁴ y en especial la asignación obligatoria de representación judicial²⁵, el mecanismo de Defensoría Pública diseñado en Colombia admite, por excepción, la intervención de un abogado del Estado en asuntos diversos a la insolvencia económica²⁶, y, atendiendo a la protección del derecho de defensa, instrumentos como la CADH²⁷, permiten la asistencia de abogados del Estado a partir, únicamente, de la verificación de la ausencia de representación judicial del implicado. Al tiempo que, en algunos casos relacionados con el amparo de los derechos fundamentales de los procesados en causas penales, la Corte Const. ha reconocido la posibilidad de designar la defensa pública incluso cuando existe profesional, pero que “realiza sus labores de manera irresponsable y negligente”²⁸.

En todo caso, un mecanismo de provisión de servicio legal gratuito –sea a partir de la condición económica del solicitante o en consideración a circunstancias de protección más amplias—, requiere de regulación y del diseño de instrumentos que desestimen usos indebidos del mecanismo que afecte su funcionamiento y saturen la labor defensiva.

12

B) *Aptitud de los profesionales que asumen la defensa*

La cualificación de los profesionales que asuman la defensa gratuita de los solicitantes debe tener en cuenta que la idoneidad del ejercicio de la defensa

13

²⁴ Corte Const., sent. C-095 de 2001.

²⁵ CSJ, Sala de Casación Penal, sent. de 19 de octubre de 2006 (rad. núm 22432): “4. La Corte tiene definido de antaño que el derecho a la defensa técnica, como garantía constitucional, posee tres características esenciales, debe ser intangible, real o material y permanente, en todo el proceso. La intangibilidad está relacionada con la condición de irrenunciable, por lo tanto, en el evento de que el imputado no designe su propio defensor, el Estado debe procurárselo de oficio...”.

²⁶ Verbigracia, en situaciones de fuerza mayor, factores de connotación social, la trascendencia de los hechos para la sociedad, las necesidades procesales o la renuencia de abogados particulares para asumir la representación del implicado. Ley 941 del 14 de enero de 2005, “por la cual se organiza el Sistema Nacional de Defensoría Pública”, art. 43. Diario Oficial 45790 de enero 14 de 2005, según esta norma, estos casos serán reglamentados por el Defensor del Pueblo y se podrá ordenar el cobro de la asistencia profesional según las tarifas que rigen el ejercicio de la profesión de abogado.

²⁷ CADH: “Art. 8 Garantías judiciales. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:[...] e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley”.

²⁸ Corte Const., sent. T-1212 de 2003.

técnica se fundamenta, de un lado, en que el profesional se encuentra autorizado legalmente para hacerlo²⁹, y, por otro, que esté preparado académicamente para asumir la gestión encomendada a través del adecuado, eficaz y oportuno manejo de las herramientas jurídicas y los diversos recursos establecidos dentro de la dinámica procesal³⁰. En estos términos, la aptitud de la defensa está sustentada en la formación y los conocimientos pertinentes del profesional para afrontar con suficiencia los acontecimientos del proceso en pro de la protección de los derechos fundamentales de su defendido, en el entendido de que la labor del defensor debe ser no solo diligente, sino también eficaz, lo cual depende de un manejo adecuado y con propiedad de los recursos, medios e instrumentos jurídicos³¹.

14 Respecto al dominio jurídico, cualificación e idoneidad, casos como el de la JT, con procedimientos y características concretas y distintivas, requieren de una mayor exigencia en la valoración de tales condiciones. Por esta razón, la evaluación de la experticia del profesional que asume la defensa supera los estándares de conocimiento básico del Derecho. Así sucede, por ejemplo, en el caso de las calidades demandadas para los abogados defensores del Sistema de Defensa Técnica y Especializada de miembros de la fuerza pública, en los que se impone expresamente conocimientos en áreas determinadas³², o de la defensa en procesos con tendencia acusatoria, en los que el principio de “igualdad de armas”³³, así como la marcada característica adversarial, consolida el rol defensivo con un mayor protagonismo, el cual compromete destrezas en actividad científica, interrogación, diligencia probatoria, técnicas

²⁹ Véase la Ley 1123 de 22 de enero del 2007 “por la cual se establece el Código Disciplinario del Abogado” y el Decreto 196 de 12 de febrero de 1971, “por el cual se dicta el estatuto del ejercicio de la abogacía”.

³⁰ Corte Const., sent. C-994 de 2006.

³¹ Corte Const., sent. SU-044 de 1995.

³² Ley 1698 de 27 de diciembre del 2013, “por la cual se crea y organiza el sistema de defensa técnica y especializada de los miembros de la fuerza pública, y se dictan otras disposiciones”: “Art. 3º. Principios que rigen el Sistema de Defensa Técnica y Especializada de los miembros de la fuerza pública. En la aplicación de esta ley se tendrán en cuenta los siguientes principios: ... Especialidad: Los defensores vinculados al Sistema de Defensoría Técnica deberán tener estudios en grado de especialización o maestría en derecho disciplinario, penal o procesal penal y experiencia en litigio penal o en disciplinario, así como conocimientos en derecho operacional o derechos humanos y derecho internacional humanitario. Los defensores seleccionados deberán registrarse en el Registro de Abogados del Sistema de Defensoría Técnica y Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública que para tal efecto cree y administre Fondetec.”.

³³ Que implica que las partes enfrentadas, acusación y defensa, cuenten con las mismas herramientas de ataque y protección. Corte Const., sent. C-536 de 2008.

de negociación, crítica oposición a la acusación, entre otras, so pena de nulidad del proceso. Vale decir, en estos casos la idoneidad está dada, además de la calidad de abogado, por las habilidades y conocimientos de litigación propios del sistema que, de no estar presentes, dejan en indefensión al acusado³⁴.

La idoneidad de la defensa en la LA y en general en el SIVJRN R implica, como lo ha sostenido la Corte Const., la adecuación de la defensa técnica a las particularidades de la JEP y en especial un conocimiento especializado³⁵. Además, dada la naturaleza y la finalidad de construcción de paz que conlleva este escenario, cobran relevancia los criterios que apareja el ejercicio de la abogacía en un Estado social de derecho y, en especial, la función social que cumple, la cual se concreta en deberes como la defensa de los derechos de la sociedad, y los particulares, la observancia de la Constitución y la ley, la promoción de los DD. HH., su colaboración en la conservación del orden justo, entre otras³⁶. Por lo tanto, esta actividad profesional en escenarios de transición debe propender firmemente la dignidad humana, el respeto de los derechos fundamentales, la protección del orden justo y el logro de la convivencia pacífica³⁷.

15

C) Modelos de asistencia legal

Las opciones de asistencia jurídica previstas en el art. 60 incluyen varios contingentes prestadores de dicho servicio legal o, como los señala la Corte

16

³⁴ CSJ, Sala de Casación Penal, sent. de 27 de enero 2016 (rad. 45790): “En las circunstancias anotadas queda evidenciada una vulneración flagrante al derecho a la defensa técnica del acusado, la cual ocurrió no por la ausencia absoluta de un profesional del derecho ni por la inexistencia de actos positivos de gestión, sino porque su ejercicio durante la fase trascendental de preparación del juicio oral, en la cual se definían las bases probatorias que permitirían confrontar las tesis de la acusación y de la defensa, estuvo a cargo de un abogado que carecía de las mínimas habilidades y conocimientos para litigar en el sistema acusatorio adoptado por la Ley 906 de 2004. Es decir, a pesar de la presencia formal de un profesional del derecho y de la realización de algunas actuaciones, estas fueron tan torpes, tan estultas y tan manifiestamente equivocadas que dejaron en una indefensión material al acusado que extendió sus efectos al posterior desarrollo del juicio y, eventualmente, a la definición del proceso”.

³⁵ Corte Const., sent. C-007 de 2018: “974. Esta disposición prevé un abanico de posibilidades, respetando la voluntad del interesado y estableciendo alternativas adicionales que por una parte, pretenden adecuar el sistema de defensa técnica a las particularidades de la jurisdicción especial y al conocimiento especializado que demanda en materia de derecho internacional, y de otra parte, propenden por una cobertura que garantice el derecho universal a una defensa técnica idónea, consagrado en los convenios internacionales sobre garantías judiciales y en el artículo 29 de la Constitución, conforme ha sido desarrollado por la jurisprudencia de esta Corte”.

³⁶ Corte Const., sent. C-819 de 2011.

³⁷ Corte Const., sent. C-609 de 2012.

Const., un “abanico de posibilidades”³⁸: (i) defensa privada o de confianza, (ii) defensa pública y gratuita, y (iii) defensa gratuita.

17 En primer lugar, aunque no hay una alusión expresa en el mencionado artículo sobre la defensa privada o de confianza, esta modalidad de asistencia profesional debe suponerse, dada la consagración explícita en la misma LA de una cláusula en donde se menciona el derecho de defensa que le asiste a todos los solicitantes (art. 12), y en consideración, además, al derecho de postulación (art. 229 Const. Pol.) del que gozan todos los ciudadanos para acceder a la administración de justicia, a través de la libre elección de un apoderado judicial, en quien depositan su confianza y que consideran representa mejor sus intereses en tanto proyecta la posición que el involucrado quiere presentar en el proceso³⁹.

18 En segundo punto, está la opción de la defensa pública. Al respecto se advierte que un sistema de defensa gratuita no necesariamente implica una defensa proporcionada por el Estado, pero toda defensa pública sí estará a cargo de este, según lo estipulado en la Const. Pol. (arts. 150-1 y 282-4) y en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia⁴⁰, que dispone esta forma de asistencia legal como uno de los instrumentos para materializar el deber estatal de hacer efectivo el pleno e igual acceso a la administración de justicia (art. 229 Const. Pol.). Así, entre las funciones que la Carta Política estableció para el defensor del pueblo se encuentra la de “organizar y dirigir la defensoría pública en los términos que señala la ley” (art. 283-4). En tal virtud, la Ley 24 de 1992 desarrolló el concepto de “defensoría pública”⁴¹, el cual se complementó posteriormente mediante la Ley 941 de 2005 con la organización del Sistema Nacional de Defensoría Pública⁴². Este modelo de asesoría legal tiene como objetivo el promover la defensa de los derechos en el proceso penal, sin

³⁸ Corte Const., sent. C-007 de 2018.

³⁹ Corte Const., sent. C-1178 de 2001.

⁴⁰ Ley 270 de 7 de marzo 1996, “Estatutaria de la Administración de Justicia”: “Art. 2º. *Acceso a la justicia*. El Estado garantiza el acceso de todos los asociados a la administración de justicia. Será de su cargo el amparo de pobreza y el servicio de defensoría pública. En cada municipio habrá como mínimo un defensor público”.

⁴¹ Ley 24 de 15 de diciembre de 1992, “por la cual se establecen la organización y funcionamiento de la Defensoría del Pueblo y se dictan otras disposiciones en desarrollo del artículo 283 de la Constitución Política de Colombia”: “Art. 21. La defensoría pública se prestará en favor de las personas respecto de quienes se acredite que se encuentran en imposibilidad económica o social de proveer por sí mismas a la defensa de sus derechos, para asumir su representación judicial o extrajudicial y con el fin de garantizar el pleno e igual acceso a la justicia o a las decisiones de cualquier autoridad...”.

⁴² Ley 941 de 2005: “Art. 13 *Organización*. El Sistema Nacional de Defensoría Pública es un servicio público que organiza, dirige y controla el defensor del pueblo, en

exclusión de cobertura, a aquellos que por condiciones económicas, sociales o por necesidades del proceso se encuentran en circunstancias de desigualdad manifiesta para proveerse de una defensa técnica de confianza.

Además del Sistema Nacional de Defensoría Pública se encuentra el Sistema de Defensa Técnica y Especializada de los miembros de la fuerza pública, creado y organizado por la Ley 1698 de 2013⁴³, cuyo objetivo es la financiación de servicios legales, representación judicial y defensa técnica, especializada y gratuita a miembros activos y retirados de la fuerza pública, en las instancias disciplinaria, penal ordinaria y especial en el orden nacional, internacional o de terceros Estados. Dicha organización se caracteriza por ser un sistema de asistencia legal especializado, voluntario, restrictivo, accesorio y exclusivo a ciertos usuarios⁴⁴, financiado por el Fondo de Defensa Técnica y Especializada de los miembros de la fuerza pública – FONDETEC, como instrumento que garantiza su viabilidad.

El artículo incorpora, además, el modelo de servicios legales de abogados de planta estatal, al habilitar la representación judicial gratuita por medio de los miembros de la fuerza pública y de los abogados civiles del Ministerio de Defensa. Aunque por regla general, conforme al régimen de inhabilidades, prohibiciones e incompatibilidades, existe incompatibilidad con el ejercicio profesional de la abogacía y la función pública⁴⁵, la jurisprudencia⁴⁶ reconoce

favor de las personas que lo requieren para asumir su asistencia y representación judicial y garantizar el pleno e igual acceso a la administración de justicia en materia penal”.

⁴³ Ley 1698 de 2013, “por la cual se crea y organiza el Sistema de Defensa Técnica y Especializada de los miembros de la fuerza pública y se dictan otras disposiciones”: “Art. 10. *Creación del Sistema de Defensa Técnica y Especializada de los miembros de la fuerza pública.* Créase el Sistema de Defensa Técnica y Especializada de los miembros de la fuerza pública como un conjunto de políticas, estrategias, programas, medidas preventivas y herramientas jurídicas, técnicas, financieras y administrativas orientadas a garantizar a favor de los miembros de la fuerza pública que así lo soliciten, el derecho a la defensa y una adecuada representación en instancia disciplinaria e instancia penal ordinaria y especial en el orden nacional, internacional y de terceros Estados por excepción, y con ello el acceso efectivo a la administración de justicia”.

⁴⁴ Corte Const., sents. C-044 de 2015 y C-715 de 2015.

⁴⁵ Ley 1123 de 22 de enero de 2007, “por la cual se establece el Código Disciplinario del Abogado”: “Art. 29. *Incompatibilidades.* No pueden ejercer la abogacía, aunque se hallen inscritos: 1. Los servidores públicos, aun en uso de licencia...”; sin embargo, esta misma normativa ha determinado los casos que exceptúa la regla general de la incompatibilidad, vale decir, cuando “deban hacerlo en función de su cargo o cuando el respectivo contrato se los permita. Pero en ningún caso los abogados contratados o vinculados podrán litigar contra la Nación, el departamento, el distrito o el municipio, según la esfera administrativa a que pertenezca la entidad o establecimiento al cual presten sus servicios, excepto en causa propia y los abogados de pobres en las actuaciones que deban adelantar en ejercicio de sus funciones”.

⁴⁶ Corte Const., sent. C-658 de 1996.

que existen excepciones a esta incompatibilidad cuando el funcionario debe litigar en función de su cargo, como lo reseña la Corte Const. en la sent. C-1004 de 2007, la cual indica que es factible que los servidores públicos que son a la vez abogados inscritos puedan litigar, pues la normativa del régimen de inhabilidades exceptúa la prohibición del ejercicio de la abogacía para ellos y a los vinculados por medio de contrato, cuando las funciones así se los permite, a más de sí litigan en causa propia o como abogados de pobres.

21 Finalmente, las modalidades de servicios legales gratuitos que se consagran en el art. 60 y que se refiere a aquellos prestados, con financiación particular o estatal, por las “organizaciones de derechos humanos que brindan asistencia a personas acusadas o condenadas por hechos o conductas relacionadas con el conflicto o a los servicios jurídicos de las organizaciones de derechos humanos que hayan brindado la asistencia jurídica al beneficiario durante su proceso penal o su condena”. Al respecto se debe considerar que de ordinario la defensa técnica reconocida en la normativa colombiana para los escenarios judiciales, en especial en el penal, se refiere a las fórmulas de (i) la defensa privada o de confianza, (ii) la defensa pública o (iii) de oficio. Éstas se refieren, respectivamente, a las que devienen de la libre selección del poderdante; a la suministrada por el Estado previa vinculación del profesional del derecho al Sistema de Defensoría Pública, y a la representación judicial por designación directa, obligatoria y sin remuneración que hacen los funcionarios judiciales⁴⁷ –jueces y fiscales—, de abogados titulados para casos concretos, hoy en desuso en el sistema acusatorio⁴⁸.

22 En la práctica, la representación brindada por organizaciones no gubernamentales, colectivos de abogados o fundaciones sin ánimo de lucro, es acreditada ante los estrados judiciales mediante el otorgamiento de un poder por el procesado o peticionario, por lo que, aún sin que medie remuneración, dicha defensa debe entenderse dentro de la connotación de defensa de confianza, en tanto existe una manifestación de voluntad y de selección por parte del usuario. Por otra parte, aunque la opción de financiación estatal del servicio legal “externo” no corresponde en estricto sentido al modelo de defensa pública existente, nada obsta para la creación de una asistencia jurídica alterna con

⁴⁷ Ley 600 de 24 de julio de 2000, “por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”: “Art. 131. *Defensoría de oficio*. Si en el lugar donde se adelanta la actuación procesal no existiere o fuere imposible nombrar un defensor público, se escogerá un defensor de oficio. Los estudiantes de derecho adscritos a los consultorios jurídicos pueden ejercer la función de defensores en los procesos de competencia de los jueces penales o promiscuos municipales”.

⁴⁸ Defensoría del Pueblo, Asesoría para representación judicial y extrajudicial, disponible en: <http://www.defensoria.gov.co/es/public/atencionciudadanoa/1472/Asesor%C3%ADa-para-representaci%C3%B3n-judicial-y-extrajudicial.htm>

enfoque específico en los temas relacionados con el SIVJRNR, considerando que la jurisprudencia constitucional⁴⁹ ha concluido que la libertad de configuración del legislador prevista en el art. 150-1 de la Const. Pol., faculta la creación de varios sistemas de defensa pública, diversos a los organizados y dirigidos por la Defensoría del Pueblo.

Así pues, resulta plausible un precepto sobre la asistencia legal en el marco del SIVJRNR, pues abordar la cuestión del derecho a la defensa y los retos del ejercicio de la defensa técnica en este especial contexto judicial, corresponde a uno de los pilares esenciales para la sostenibilidad de la justicia “post-acuerdo” y de esta como elemento primordial en la consolidación del Estado de Derecho y de los valores democráticos en una sociedad post-conflicto, bien sea que se aborde el tema de la justicia desde su carácter retributivo o en su enfoque restaurativo, prospectivo y transformador⁵⁰.

El análisis de la defensa técnica en contextos de transición, como el que compete a la Ley 1820 de 2106, amerita discernir acerca de los retos y dificultades que conlleva la asistencia jurídica de los desmovilizados o participantes en el conflicto, con una especial reflexión sobre las experiencias judiciales ligadas a la práctica defensorial que tuvo lugar en la implantación de la LJP, asumida especialmente por la defensa pública⁵¹. En efecto, el Sistema Nacional de Defensoría Pública que se organizó con el advenimiento del modelo penal acusatorio⁵², dadas las exigencias de la LJP, creó una dependencia encargada de la protección de los derechos y la representación judicial o extrajudicial de los miembros de grupos armados organizados al margen de la ley que se hubieran desmovilizado colectiva o individualmente y que solicitara su inclusión en el trámite previsto en dicha ley, siempre y cuando el postulado, imputado o acusado no contara con un defensor de confianza; en la circular respectiva, el defensor del pueblo indicó que esta área asumiría gestiones defensoriales de

⁴⁹ Corte Const., sent. C-745 de 2015.

⁵⁰ Defensoría del Pueblo, Justicia Especial para la Paz, Preguntas y Respuestas, Obra colectiva. HEYDI PATRICIA BALDOSEA PEREA, Segunda parte, “Capítulo II. Justicia transicional y prospectiva: ¿Es suficiente una justicia transicional con un exclusivo enfoque pro-víctimas para la consolidación de la paz estable y duradera sin consideración a una visión incluyente de ciudadanos y otros grupos sociales?” págs. 293 y ss., junio 2016

⁵¹ Defensoría del Pueblo, Justicia Especial para la Paz, Preguntas y respuestas, Obra colectiva Unidad de Defensores Públicos Unidad de Justicia y Paz – Representación de postulados.

⁵² Ley 941 de 2005, art. 2º. Cuya finalidad es la de proveer el acceso de las personas a la Administración de Justicia en materia penal en condiciones de igualdad y en términos de debido proceso con respeto de los derechos y garantías sustanciales y procesales.

defensa pública en pro de la protección judicial de privados de la libertad y desmovilizados, con miras a hacer efectivo el debido proceso, el derecho de defensa y el acceso a la administración de justicia⁵³.

- 25 En ejercicio de esta función, la defensa pública en el contexto de LJP debía velar por el reconocimiento de las garantías, libertades y principios básicos a favor del postulado como sujeto pasivo de un proceso judicial y garantizar la defensa técnica, calificada y competente. Sin embargo, la cuestión del victimario y su defensa procesal –que antes que buscar la exculpación de los cargos o la declaratoria de inocencia, paradójicamente pretende una condena– en el escenario del procedimiento transicional de las leyes 975 de 2005 y 1592 de 2012 ha excedido altamente en desafíos la labor que de ordinario tiene un defensor; esto, pues la gravedad de los crímenes cometidos, la complejidad de la investigación de crímenes de sistema, los niveles de victimización, los perfiles de los procesados, el contexto judicial como laboratorio de construcción de memoria histórica, entre otros, así como los objetivos mismos de los procesos de transición –reconciliación nacional, convivencia pacífica, resocialización y reinserción a la vida civil–, impone obligaciones adicionales a los procesados tendientes a respaldar los principios de verdad, justicia, reparación y no repetición, y con ello, redefine las habilidades necesarias en el abogado⁵⁴.
- 26 En consecuencia, los retos de la defensa pasan por evidenciar estas problemáticas jurídicas como vigilante de la vigencia de las garantías de los procesados y, ante todo, de la construcción y consolidación del Estado de Derecho con miras a una sociedad en postconflicto.

⁵³ Defensoría del Pueblo, Circular del señor Defensor del Pueblo, de agosto de 2005, donde se propone la Unidad Nacional de Justicia y Paz, Unidad Nacional de Justicia y Paz – Defensoría del Pueblo. Bogotá, 1º de agosto de 2005, disponible en: <http://www.defensoria.gov.co/public/pdf/04/juspa1.pdf>

⁵⁴ Se requiere experiencia en cultura para la paz, asesoría en la reinserción a la vida civil, procesos de reconciliación entre víctimas y reinsertados, compromisos de resocialización y garantía de no repetición de desmovilizados y experiencia en la construcción de contextos de memoria histórica y el esclarecimiento de la verdad.

VIGENCIA

Artículo 61. *Vigencia.* La presente ley entrará en vigencia el día siguiente a su publicación y deroga todas aquellas disposiciones que le sean contrarias. Las amnistías, indultos y otros tratamientos penales especiales concedidos con posterioridad a la firma del Acuerdo Final de Paz conservarán plenamente sus efectos jurídicos una vez haya entrado en vigencia esta ley, sin perjuicio de lo previsto en la misma.

Literatura: CARLOS GALLEGOS MARIN, “El concepto de seguridad jurídica en el Estado social”, en *Revista Jurídicas* 9(2): 70-90, Universidad de Caldas, julio-diciembre 2012; IVÁN DARIÓ GÓMEZ LEE, “La seguridad jurídica. Una teoría multidisciplinaria aplicada a las instituciones”, vol. II, Universidad Externado de Colombia, 2017.

Jurisprudencia nacional: Corte Const., sents. C-95 de 1º de diciembre de 1999; C-025 de 24 de enero de 2012; C-654 de 14 de octubre de 2015 y Comunicado de prensa de la sent. C-007 de 1º de marzo de 2018.

Otros documentos: Fondo de Capital Humano del Institute for Integrated Transitions -IFIT-, Prioridades para la construcción de la paz durante el 2017, en: <http://www.ifit-transitions.org/files/documents/prioridades-para-la-construccion-de-la-paz-durante-el-2017-march-2017.pdf> (última consulta diciembre de 2017); Instituto Kroc de Estudios Internacionales de Paz, Informe sobre el estado efectivo de implementación del Acuerdo de Paz en Colombia, Universidad de Notre Dame, 2017.

I. Introducción

El Congreso de la República tiene amplia libertad de configuración normativa para determinar la vigencia de las leyes, siempre y cuando la misma rija después de su promulgación¹. Lo anterior, con el objetivo de preservar el principio de publicidad de las normas y otorgar seguridad jurídica y oponibilidad frente a su implementación². En uso de la mencionada potestad, el legislador determinó en el art. 61 de LA, que sus disposiciones entrarían en vigencia el día siguiente a su publicación; esto es, el 31 de diciembre de 2016,

¹ Cfr. Corte Const., sents. C-025 de 24 de enero de 2012 y C-654 de 14 de octubre de 2015.

² Cfr. Corte Const., sent. C-95 de 1º de diciembre de 1999.

teniendo en consideración que la LA fue publicada en el *Diario Oficial* núm. 50.102 de 30 de diciembre de 2016.

2 A su vez, el artículo dispone que, aun cuando la norma deroga las disposiciones que le son contrarias, las amnistías, indultos y otros tratamientos penales especiales concedidos con posterioridad a la firma del Acuerdo Final de Paz, conservarán plenamente sus efectos jurídicos una vez hubiere entrado en vigencia dicha ley, sin perjuicio de lo previsto en ella.

3 En este orden de ideas, el presente comentario estudia el alcance de la vigencia de la LA tomando en consideración dos elementos de análisis: (i) la relación entre la vigencia de la LA y los principios de seguridad jurídica e integralidad del Sistema Integral, así como (ii) la concordancia entre la vigencia general de la LA establecida en el art. 61 con otras disposiciones.

II. La vigencia de la LA y los principios de seguridad jurídica e integralidad del SIVJNR

4 La seguridad jurídica es un principio central del ordenamiento jurídico, en virtud del cual es posible prever con certeza las consecuencias legales de una determinada actuación³. Para el caso particular de la LA, la seguridad jurídica es un principio aplicable a todas sus provisiones, regulado de manera especial en el art. 13 de la LA y en el art. 22 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz, en revisión de la Corte Const. al redactar este comentario⁴. De acuerdo con las normas citadas, todas las actuaciones y procedimientos seguidos ante el SIVJNR, deben garantizar la seguridad jurídica para promover una paz estable y duradera.

5 Esto implica que, como señala el inciso 2º del art. 22 de la Ley Estatutaria, todas las sentencias del Tribunal para la Paz, así como las resoluciones de las Salas de la JEP que definan situaciones jurídicas o concedan amnistías, indultos, extinciones de la acción penal o renuncia a la persecución penal, harán tránsito a cosa juzgada cuando estén en firme y se garantizará su inmutabilidad. De igual forma, dichas sentencias y resoluciones sólo podrán ser invalidadas por el

³ Para un estudio sobre las diferentes acepciones de la seguridad jurídica, ver: GÓMEZ, *La seguridad jurídica*. Una teoría multidisciplinaria aplicada a las instituciones, vol. II, Universidad Externado de Colombia, 2017; y GALLEGOS, “El concepto de seguridad jurídica en el estado social”, en *Revista Jurídica* 9 (2): 70 - 90, Universidad de Caldas, julio-diciembre 2012.

⁴ Valga señalar que el principio de seguridad jurídica consagrado en la Ley Estatutaria es aplicable a la LA en virtud de los arts. 4º y 6º de la misma, que consagran, respectivamente, su alcance e integralidad.

mismo Tribunal, por las causales restrictivas expresamente determinadas en la ley. Por su parte, el art. 13 de la LA precisa que las decisiones y resoluciones adoptadas en aplicación de dicha ley, tienen efecto de cosa juzgada material como presupuesto de la seguridad jurídica y sólo podrán ser revisadas por el Tribunal para la Paz. De igual forma, en virtud del principio de integralidad, como señala la Corte Const. en la sent. C-007 de 2018, el cumplimiento de los deberes de contribución a la satisfacción de los derechos de las víctimas en virtud del régimen de condicionalidades del SIVJRN, deberá ser exigido a los beneficiarios de la LA por el término de vigencia de la JEP, sin perjuicio de la condición especial de acceso a las sanciones propias del sistema prevista en el inciso 2º de los arts. 14 y 33 de la LA⁵.

La entrada en vigencia de la LA tiene especiales consecuencias en materia de seguridad jurídica, considerando que uno de los principales fines de los tratamientos penales especiales consagrados en la ley que se comenta, es precisamente otorgar certeza frente a las consecuencias jurídicas de sus actuaciones cometidas con ocasión del conflicto armado⁶.

Es por ello por lo que, como señala el Instituto Kroc, los tratamientos penales especiales consagrados en la LA requieren tener una alta efectividad en el corto plazo, al ser un requisito fundamental para dar seguridad jurídica a los ex combatientes e iniciar otros procesos e instrumentos de JT establecidos en el Acuerdo⁷. Sin embargo, si bien la vigencia de la LA inició al día siguiente de su publicación, los retrasos en su implementación han generado retos en el proceso de concesión de los beneficios previstos en el Acuerdo y demoras en el proceso de reincorporación política y socioeconómica de excombatientes de las FARC-EP⁸.

Otro elemento relacionado con la vigencia de la LA que es pertinente resaltar es el efecto que los inconvenientes en la puesta en marcha de los demás mecanismos de justicia transicional puede conllevar para la satisfacción de los derechos a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición, teniendo en cuenta que la LA forma parte de un Sistema Integral que debe funcionar de manera armónica y colaborativa, en aras de no defraudar las expectativas de las

⁵ Corte Const., Comunicado de prensa de la sent. C-007 de 1º de marzo de 2018.

⁶ Art. 13 de la LA.

⁷ Instituto Kroc de Estudios Internacionales de Paz, Informe sobre el estado efectivo de implementación del Acuerdo de Paz en Colombia, Universidad de Notre Dame, 2017, pág. 28.

⁸ Instituto Kroc de Estudios Internacionales de Paz, Informe sobre el estado efectivo de implementación del Acuerdo de Paz en Colombia, Universidad de Notre Dame, 2017, pág. 30.

víctimas⁹. Al respecto, el Instituto Kroc afirma que “otorgar beneficios a los excombatientes y a los miembros de la fuerza pública sin la entrada en funcionamiento de las instituciones del SIVJNR plantea cuestionamientos frente a la falta de claridad sobre las obligaciones adquiridas por los beneficiarios”¹⁰.

III. Concordancia entre la vigencia general de la LA con otras disposiciones

9 Un segundo elemento de análisis respecto del art. 61 de la LA, es su concordancia con otras disposiciones sobre vigencia, establecidas en la ley que se comenta. En particular, se resalta a continuación su concordancia con los arts. 17, 19, 22 y 48 de la ley que se comenta¹¹.

10 En primer lugar, en cuanto al ámbito de aplicación personal de la amnistía *de iure*, se pone de presente que el art. 17 establece que la amnistía que se concede en virtud de esta ley se aplicará a partir del día de entrada en vigor de la misma, siempre y cuando los delitos hubieran sido cometidos antes de la entrada en vigor del Acuerdo Final de Paz.

11 De igual forma, el art. 19 de la LA, que precisa el procedimiento para la implementación de la amnistía *de iure*, indica que ella debe ser aplicada en un término no mayor a los diez días contados a partir de la entrada en vigencia la LA, siempre que el destinatario hubiere concluido el proceso de dejación de las armas y hubiere suscrito la correspondiente acta de compromiso.

12 Por otro lado, en cuanto al ámbito de aplicación personal de las amnistías o indultos otorgados por la Sala de Amnistía o Indulto, el art. 22 de la LA establece que el tratamiento penal especial se aplicará a partir del día de entrada en vigor de la ley que se comenta, siempre y cuando los delitos hubieran sido cometidos antes de la entrada en vigor del Acuerdo Final de Paz, así como respecto a las conductas amnistiables estrechamente vinculadas al proceso de dejación de armas.

⁹ Fondo de Capital Humano del Institute for Integrated Transitions -IFIT-, Prioridades para la construcción de la paz durante el 2017, en: <http://www.ifit-transitions.org/files/documents/prioridades-para-la-construccion-de-la-paz-durante-el-2017-march-2017.pdf> (última consulta diciembre de 2017).

¹⁰ Instituto Kroc de Estudios Internacionales de Paz, Informe sobre el estado efectivo de implementación del Acuerdo de Paz en Colombia, Universidad de Notre Dame, 2017, pág. 30.

¹¹ Para más detalles sobre estas normas ver los comentarios de TARAPUÉS (art. 17 y 22), SUELT (art. 19) y COTE (art. 48) en esta publicación.

Para finalizar, es disposición relevante en materia de vigencia de la LA el párrafo 1º del art. 48. De manera particular, en materia de los efectos de la renuncia a la persecución penal para agentes del Estado, dicha disposición determina que, para los condenados o sancionados, las situaciones administrativas personales consolidadas con fundamento en las decisiones penales, disciplinarias, fiscales y administrativas adoptadas con anterioridad a la vigencia de la LA, mantendrán su firmeza y ejecutoria, reafirmando así el principio de seguridad jurídica que inspira la implementación de las disposiciones de la ley que se comenta.

13

ÍNDICE DE MATERIAS*

— A —

Abandono del comando: art. 46, 34.

Aborto forzado

en persona protegida: art. 46, 31.

Acceso carnal violento: art. 23, 4; art. 30; art. 46;
no es objeto de amnistía o de indulto: art. 10, 16.

Acción

de extinción de dominio: art. 41, 19-34;
de indemnización de perjuicios: art. 42, 3;
de repetición: art. 42, 4;

(extinción de la): art. 41, 9;

de revisión: art. 25, 13; art. 48, 3;

de tutela: art. 25, 15;

penal

extinción aplicada a miembros de las FARC: art.
7º, 6;

(extinción de la): art. 46, 1;

(renuncia a la): art. 51, 5;

(sujetos de la): art. 3º, 3;

y sanción penal

(extinción de la): art. 41, 5.

Accountability: art. 14, 5.

Acta de compromiso: art. 18, 3;

como requisito

de las reglas de sometimiento judicial: art. 36, 2;

en el acceso a la libertad: art. 52, 24;

competencia transitoria: art. 36, 7;

condiciones para la pérdida de la libertad: art. 52,
24;

contenido

para los no integrantes de las FARC: art. 36, 5;

para quienes acceden a la libertad condicional:
art. 36, 6;

diferencias en cuanto al contenido: art. 36, 4;

objetivo: art. 36, 1;

validez: art. 36, 7.

Acta formal de compromiso: art. 36, 1-2;

certificación: art. 36, 7;

contenido: art. 36, 4-5;

indebido aprovechamiento: art. 36, 8;

y beneficio de libertad condicional: art. 36, 6.

Activos

(lavado de): art. 22, 1; art. 41, 24.

Acto (s)

administrativo presidencial: art. 18, 1; art. 19, 13;
art. 19, 14;

de ferocidad, barbarie

(exclusión de): art. 23, 8;

legislativo

que confiere facultades: art. 1º, 20;

y *fast track* como mecanismo excepcional: art.
1º, 27;

y funciones del Congreso: art. 1º, 30;

legislativo 01 de 2016

bases para la JEP: art. 1º, 48;

criterios aplicables a los agentes estatales: art.
52, 11;

criterios para determinar la relación: art. 52, 11;

exequibilidad: art. 1º, 7;

razones del concepto favorable: art. 1º, 8;

y mecanismos de participación democrática: art.
1º, 23;

y sentencia de la Corte Const.: art. 51, 7.

Actuaciones procesales

tramitadas bajo la ley 9063 de 2004; art. 37, 9.

Acuerdo de Jurisdicción Especial para la Paz:

art. 25.

Acuerdo de Paz

(blindaje del): art. 1º, 48;

como Acuerdo Especial avalado por CG: art. 1º, 43;

como “parámetro de interpretación”: art. 1º, 49;

criterio de interpretación de las normas: art. 9º, 19;

función de la rama ejecutiva: art. 5º, 13;

función de la rama judicial: art. 5º, 14;

función de la rama legislativa: art. 5º, 14;

garantía de cumplimiento: art. 1º, 44;

ingreso al ordenamiento jurídico colombiano: art.
9º, 19;

obligaciones recíprocas: art. 1º, 44;

presión inflacionaria que podría generar: art. 1º, 47;

(refrendación del): art. 1º, 32;

y disposiciones inspiradas en el DIH: art. 1º, 50;

y legitimidad democrática: art. 9º, 19;

y política exterior: art. 1º, 1.

Acuerdo (s) especial (es)

aceptación por vía consuetudinaria: art. 1º, 50;

avalado por el CICR y por CG: art. 1º, 37;

como blindaje jurídico: art. 1º, 41;

como costumbre internacional: art. 1º, 42;

* El número que aparece después del artículo, corresponde al número marginal que identifica el párrafo en que se hace mención al concepto.

Acuerdo (s) especial (es) (cont.)

orientado a la terminación del conflicto: art. 1º, 50;
según Dejusticia: art. 1º, 40;
validez jurídica: art. 1º, 42.

Acuerdo Final de Paz: art. 14, 3; art. 17; art. 21, 1;

art. 22; art. 23, 5; art. 24, 10; art. 25, 3; art. 26, 1;
art. 29; art. 33, 2; art. 41, 13; art. 41, 24; art. 47, 2;

aprobación del Congreso: art. 9º, 19;

calificación jurídica de delitos: art. 52, 17;

conexidad de los hechos: art. 52, 10;

disposiciones sobre la amnistía: art. 4º, 11;

(efectos jurídicos post-firma del): art. 61, 2;

fecha de entrada en vigor: art. 9º, 18;

implementación de principios: art. 2º, 6;

marco jurídico de referencia: art. 52, 17;

mecanismos para aplicación de lo pactado: art. 51,
8;

retos en el proceso de concesión de beneficios: art.
61, 7;

y AL 01 de 2016: art. 1º, 39;

y el derecho a la defensa: art. 12, 1;

y miembros de las AUC: art. 38, 3;

y relación directa o indirecta con el conflicto: art.
52, 10.

Administración

de justicia

(accesibilidad a la): art. 60, 11;

como componente del Estado de derecho: art.
60, 9;

pública

(delitos contra la): art. 16, 10.

Aeronaves

(apoderamiento de): art. 16.

Agentes del Estado: art. 44, 1; art. 45, 1; art. 46, 1;

art. 47; art. 49, 12;

aceptación libre y voluntaria de sometimiento a la
JEP: art. 52, 23;

ante Sala de Definición de Situaciones Jurídicas:
art. 51, 9;

aplicación del principio de condicionalidad: art. 50,
2;

beneficiado con libertad definitiva e incondicional:
art. 55, 8;

capacidad de resarcir el daño: art. 50, 11;

como sujetos del delito de rebelión: art. 4º, 5;

concepto según la JEP: art. 52, 3;

condenados

leyes 599 de 2000 y 1820 de 2016: art. 51, 17;

sometimiento a la JEP: art. 51, 17;

condiciones de aplicabilidad al beneficio de libertad:
art. 52, 21;

conexidad de hechos por causa o en relación directa
o indirecta; art. 52, 10;

criterios

de conducta: art. 9º, 4;

para evaluar su participación en CVR: art. 50, 9;

(definición de): art. 9º, 6;

definición

según la JEP: art. 9º, 16;

según varias leyes: art. 9º, 5;

detenido (s)

sometimiento a la JEP: art. 51, 17;

y condenados: art. 51, 14;

libertad transitoria condicionada: art. 51, 11;

materialización del compromiso: art. 52, 23;

mecanismos especiales de priorización: art. 2º, 3;

(miembros de la fuerza pública): art. 28, 10; art. 31,
5;

no pertenecientes a la fuerza pública

función del Ministerio de Defensa: art. 53, 10;

procedimiento para aplicar libertad transitoria:
art. 53, 9;

vacío procedimental en LA: art. 53, 11;

participación en reparación de víctimas: art. 50, 11;

quiénes son: art. 9º, 8; art. 52, 4;

relación con el servidor público: art. 9º, 6;

requisitos para ser beneficiario de libertad transitoria
condicionada: art. 52, 3;

sanción penal: art. 7º, 6;

sanciones disciplinarias y administrativas: art. 7º,
13;

supuestos de aplicabilidad: art. 2º, 23;

tratamiento especial según el AL 01 de 2017: art.
2º, 7;

tratamiento penal especial diferenciado: art. 9º, 9;

y amnistía e indulto: art. 9º, 1;

y su vinculación con el Estado: art. 52, 5;

y su compromiso con el SIVJRN: art. 52, 23.

Agresión

(crimen de): art. 46, 4.

Alcaldes

beneficios según la ley 1820: art. 7º, 5.

Alemania

(apoyo de): art. 1º, 2.

Alias: art. 28, 27.**Ámbito**

de aplicación

civiles que participan indirectamente en hostili-
dades: art. 3º, 12;

ejercicio arbitrario de razones para ingresar al
sistema: art. 3º, 21-22;

de aplicación material de la amnistía: art. 21, 5.

Amnistía (s)

absolutas: art. 14, 3;

incondicionadas: art. 14, 4;

caso a caso: art. 16, 1; art. 21, 7; art. 23, 2;

(concesión de): art. 14;

condicionadas: art. 14, 3; art. 20, 6; art. 20, 8; art.
33, 5;

a la luz del derecho internacional: art. 14, 4;

consecuencias jurídicas: art. 7º, 6;

- (definición de): art. 24, 4;
de iure: art. 2º, 8; art. 15; art. 16, 1; art. 21, 5; art. 24, 8; art. 33, 11; art. 34, 9; art. 35;
 (aplicación de la): art. 17, 1; art. 19, 9;
 aplicada a delitos cometidos antes del Acuerdo Final: art. 61, 10;
 autoridades que la conceden: art. 19, 11;
 compromiso de los beneficiarios: art. 36, 4;
 disposiciones sobre aplicación: art. 36, 3;
 libertad condicionada. Requisitos: art. 36, 3;
 libertad inmediata. Requisitos: art. 36, 3;
 (postulantes a la): art. 36, 3;
 (procedimiento para implementarla): art. 19, 1; art. 61, 11;
 (requisitos para acceder a la): art. 38, 2;
 sujetos que no alcanzan el beneficio: art. 37, 6;
 derecho a la defensa y a la asesoría jurídica: art. 60, 2;
 (efectos de la): art. 41;
 (eficacia de la): art. 20;
 en blanco: art. 41, 11;
 en la historia judicial colombiana: art. 34, 2;
 e indulto (s)
 (aplicación de): art. 2º, 3;
 como forma de extinción de la pena: art. 60, 2;
 en Colombia: art. 2º, 4;
 (fines de la): art. 6º, 3;
 generales: art. 41, 11;
 impropia: art. 19, 12;
 no procede para delitos comunes: art. 51, 4;
 procesado y defensor como sujetos procesales: art. 60, 2;
 propia: art. 19, 12;
 y Acuerdo Final para la Paz: art. 51, 4;
 y crímenes internacionales: art. 51, 4;
 y DIH: art. 51, 4
 y su otorgamiento por el Estado colombiano: art. 51, 3.
- Antecedentes penales**
 (eliminación de): art. 48, 5.
- Apartheid**: art. 46, 9.
- Apelación**
 (recurso de): art. 19, 15; art. 25, 10; art. 49, 7.
- Aplicación**
 de la amnistía de *iure*: art. 17, 1; art. 19, 9;
 de la LA en Colombia
 retos: art. 14, 9;
 personal
 (ámbito de): art. 17, 1.
- Apoderado judicial**: art. 60, 17.
- Apoderamiento de aeronaves**: art. 16.
- Aprehensión de combatientes**
 en operaciones militares: art. 23.
- Arma (s) de fuego**
 (disparo de): art. 24;
 (dejación de): art. 18;
 (empleo de las): art. 15, 3.
- Armada Nacional**
 responsabilidades de supervisión: art. 59, 4.
- Asistencia**
 de abogados
 prevista en decr. 213 de 1991: art. 60, 3.
 legal
 alterna como sistema de defensa pública: art. 60, 22;
 como garantía fundamental en el Estado social de derecho: art. 60, 6;
 como instrumento del deber estatal: art. 60, 18;
 como instrumento en la administración de justicia: art. 60, 4;
 como obligación del Estado: art. 60, 8;
 en el marco del SIVJRN: art. 60, 23;
 (modelos de): art. 60, 16.
- Asonada**: art. 15, 4.
- Ataque**
 generalizado contra la población civil: art. 28, 17;
 sistemático: art. 46, 26.
- Audiencia de resolución**
 de situación jurídica: art. 32, 1.
- Autoamnistías**: art. 41, 11.
- Autores**
 directos: art. 17, 3;
 mediatos: art. 17, 3.
- Autoridades que conceden amnistía de iure**: art. 19, 11.
- B —
- “Bajas en combate”**: art. 46, 28.
- Bandas emergentes**
 y Ley de Amnistía: art. 3º, 51.
- Beneficiarios**: art. 35, 11.
- Beneficio (s)**
 probatorio para el núcleo familiar del amnistiado:
 art. 41, 27;
 penales condicionales y LA: art. 14, 7;
 penales especiales: art. 51, 25.
- Bien (es)**
 ajeno
 (daño en): art. 16, 6;
 inmuebles: art. 41;
 jurídico (s): art. 25, 9;
 supraindividual: art. 15, 1;
 muebles: art. 41.
- Bloque de constitucionalidad**: art. 1º, 39.
- Buena fe**: art. 41, 29.

— C —

Calumnia: art. 16, 5.

Cámara de apelaciones del TESL: art. 46, 10.

Campaña militar

(objetivo final de la): art. 28, 21; art. 28, 24.

Carga dinámica de la prueba: art. 41, 21.

Caso (s)

Azapo and Others: art. 14, 6;

Brima et al.: art. 46, 10;

Carobombas: art. 19, 6.

de participación determinante en crímenes internacionales: art. 30, 4;

del Palacio de Justicia.

Conexión con conflicto armado: art. 3º, 19;

Garrido y Baigorria vs. Argentina: art. 14, 14;

Jesús Santrich: art. 7º, 12;

Kunarac *et al.:* art. 44, 5; art. 46, 32; art. 9º, 12;

La Graduación: art. 3º, 24.

Celae

y verificación de los acuerdos: art. 1º, 2.

Certamen democrático

(perturbación de): art. 16, 9.

Cesación de procedimiento: art. 31, 12;

(efectos de la): art. 43.

Cese al fuego

como acuerdo especial: art. 1º, 38.

Centro (s) de reclusión

clasificación según Código Penitenciario: art. 56, 4;

para miembros de fuerzas militares y de la Policía: art. 59, 2;

militar

control de supervisión del director: art. 59, 11;

mecanismos de control, vigilancia y verificación

electrónicos: art. 59, 8;

medidas en caso de no contar con dispositivos

electrónicos: art. 59, 9;

para los beneficiarios de privación de libertad en unidad militar: art. 59, 5;

prohibiciones: art. 59, 6;

uso de medios de comunicación: art. 59, 7.

CIDH: art. 28, 13.

Cierre de negociación

respaldo constitucional: art. 1º, 45;

responsable: art. 1º, 45.

Civiles

ampliación de la protección: art. 3º, 14;

en territorio de conflicto: art. 3º, 10;

no combatientes: art. 28, 28;

según Comité Internacional de la Cruz Roja: art. 3º, 11.

Cláusula (s)

abierta: art. 23, 18;

sobre mecanismos de tratamiento especial diferenciado: art. 51, 5;

de exclusión de beneficios: art. 30, 3;

pétreas: art. 1º, 19.

Coautores: art. 17, 3.

Cobardía: art. 46, 34.

Código Penal

(indulto en el): art. 24, 2;

militar

(delitos previstos en el): art. 46, 34.

(tipos penales en el): art. 46, 4.

Comando

(abandono del): art. 46, 34.

Combate

(delitos perpetrados en): art. 23, 16;

(noción de): art. 23, 16;

(muertos en): art. 23.

Combatiente: art. 28, 18;

(condición de): art. 9º, 12;

quiénes tienen ese estatus: art. 3º, 5.

Comercio con el enemigo: art. 46, 34.

Comisión

de Esclarecimiento de la Verdad de la Convivencia

y No Repetición: art. 6º, 9; art. 14, 12; art. 19, 23; art. 33, 9; art. 35.

de Seguimiento, Impulso y Verificación: art. 26, 3.

Comité

de listados: art. 29, 3;

Internacional de la Cruz Roja: art. 21, 6;

Nacional de Víctimas de la Guerrilla: art. 40, 2;

técnico: art. 26, 4.

Competencia

(análisis de): art. 32, 6-9;

de la SAI para otorgar indulto: art. 24, 9;

de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas:

art. 28, 4; art. 43, 1; art. 44, 3; art. 44, 13;

entre jurisdicciones

caso Jesús Santrich: art. 7º, 12;

personal

(ámbito de): art. 29, 1;

del operador judicial para decretar libertad: art. 35, 21;

ratione materiae: art. 28, 9; art. 30, 7;

ratione personae: art. 28, 8; art. 30, 7; art. 35, 5.

Cómplices: art. 17, 3.

Compromiso

(acta formal de): art. 36.

Concesión

de amnistías o indultos: art. 14;

- de amnistías por la SAI
 - como función subsidiaria: art. 21, 9;
 - de beneficios por jurisdicción ordinaria: art. 7º, 2.
- Concierto para delinquir:** art. 16, 8.
- Conclusiones**
 - (resolución de): art. 44, 4.
- Condicionalidad**
 - de beneficios de libertad aplicados a agentes del Estado y excombatientes de grupos al margen de la ley: art. 54, 7;
 - (principio de): art. 33, 1;
 - (régimen de): art. 24, 5; art. 25, 9; art. 31, 6;
 - (test de): art. 28, 2.
- Condiciones**
 - de reclusión en la justicia ordinaria: art. 59, 10;
 - de reclusión en la justicia penal militar: art. 59, 10;
 - de vulnerabilidad de las víctimas: art. 44, 11.
- Conductas**
 - amnistiables: art. 2º, 20;
 - punibles por causa, con ocasión, o en relación directa o indirecta: art. 57, 5.
- Conexidad**
 - (criterios de): art. 2º, 14; art. 23;
 - de actos: art. 2º, 26;
 - de las conductas e implementación del Acuerdo: art. 2º, 22;
 - de los delitos políticos: art. 29, 9;
 - en delito de rebelión: art. 2º, 15;
 - procesal: art. 35, 18;
 - sustancial: art. 35, 18;
- Conducta y conflicto armado:** art. 28, 17-24.
- Confianza legítima**
 - (principio de): art. 26, 3.
- Conflicto**
 - armado; art. 21, 6;
 - ámbitos temporal y espacial: art. 3º, 16;
 - como causa directa o indirecta de la comisión de conducta punible: art. 9º, 10;
 - de carácter internacional: art. 46, 13;
 - (definición amplia de): art. 52, 9;
 - no internacional: art. 46, 13;
 - (participación indirecta en el): art. 3, 13;
 - (por causa y con ocasión del): art. 3º, 1;
 - (relación de conductas con el): art. 28, 17; art. 44, 5;
 - y conductas delictivas: art. 2º, 2;
 - armado interno
 - ampliación del ámbito de causalidad: art. 3º, 18;
 - (relación de conductas con el): art. 2º, 18.
- Congreso de la República:** art. 24, 2; art. 44, 7; art. 48, 3;
 - vulneración de su función sustantiva: art. 1º, 29;
 - y libertad de configuración normativa: art. 61,1.
- Consolidación de la paz**
 - regla básica: art. 3º, 29.
- Conspiración:** art. 15, 1.
- Constreñimiento para delinquir:** art. 16.
- Contexto**
 - de violencia organizada: art. 28, 17;
 - y gravedad del hecho punible: art. 28, 13.
- Control constitucional**
 - criterio ampliado: art. 6º, 18;
- Convenio de Ginebra**
 - protocolo adicional II: art. 21, 6.
- Core crimes:** art. 43, 3; art. 46, 3-4.
- Corrupción:** art. 41, 19;
 - de funcionarios conexión con el conflicto armado: art. 3º, 19.
- Corte Constitucional colombiana:** art. 14, 7.
- Corte IDH:** art. 14, 8; art. 14, 12; art. 24, 7; art. 28, 13; art. 33, 6; art. 46, 17.
- Cosa juzgada:** art. 25, 11;
 - aparente o fraudulenta: art. 13, 5;
 - como garantía del debido proceso: art. 13, 4;
 - como presupuesto de la seguridad jurídica: art. 61,5;
 - (efecto de): art. 48, 2;
 - en resoluciones de las salas de la JEP: art. 61, 5;
 - en sentencias del Tribunal para la Paz: art. 61, 5;
 - facultad de legislador: art. 13, 6;
 - funciones en el debido proceso: art. 13, 4;
 - (principio de): art. 20, 1; art. 41, 31;
 - y renuncia a la persecución penal: art. 51, 9.
- Crimen (es)**
 - de agresión: art. 46, 4;
 - de ejecución permanente: art. 46, 15;
 - de guerra: art. 14, 4; art. 28, 17; art. 46, 23;
 - calificados como graves: art. 52, 15;
 - caso Kunarac *et al.*: art. 9º, 10;
 - criterios para decidir si la conducta se cometió con ocasión o por causa del conflicto: art. 9º, 15;
 - elemento contextual: art. 9º, 12;
 - (elementos sistemáticos en los): art. 46, 24;
 - inexistencia de calificación en el Código Penal: art. 52, 17;
 - inexequibilidad de la expresión “grave” y “sistematicidad”: art. 10, 19;
 - no amnistiables: art. 52, 15;
 - relación directa o indirecta de la conducta: art. 9º, 13;
 - relación funcional entre conducta y conflicto: art. 9º, 13;
 - sistematicidad: art. 10, 18;
 - y efectos en la libertad transitoria condicionada y anticipada: art. 52, 15;
 - de lesa humanidad: art. 14, 4; art. 30;
 - como concepto abierto: art. 46, 9;

Crimen (es) (cont.)

- internacionales: art. 20, 5; art. 21, 5; art. 41, 15; (casos de participación determinante en): art. 30, 4;
- delitos no tipificados en la normativa penal Colombiana: art. 11, 17;
- en el contexto de la ley de JYP: art. 3º, 31;
- escenario de las conductas: art. 3º, 30; (exclusión de): art. 23,3;
- no previstos en la normativa colombiana: art. 11, 17;
- no son susceptible de amnistía: art. 10, 8;
- nucleares: art. 46, 3; art. 46, 4;
- y los criterios de DIDH: art. 51, 4.

Criterio (s)

- de conexidad: art. 23;
- de integralidad del SIVJRNR: art.14, 2;
- de interpretación frente a la conexidad: art. 25, 7;
- de priorización
 - profesionalismo y objetividad: art. 28, 13;
- de razonabilidad y proporcionalidad: art. 24, 13;
- de selección y priorización (definición de): art. 44, 6;
- de valorización de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas: art. 30;
- objetivo (priorización según el): art. 28, 16;
- normativos
 - de exclusión: art. 23, 3;
 - orientadores: art. 23, 15.

Cualificación e idoneidad del abogado: art. 60, 14.

Cumbre Agraria, Ética y Popular: art. 28, 38.

Cumplimiento

- de las obligaciones de reparación: art. 14, 7;
- de los condicionamientos (verificación de): art. 14, 17.

CVR: art. 14, 12.

— D —

Daño en bien ajeno: art. 16, 6;

Deber

- de contribuir al esclarecimiento de la verdad: art. 14, 7;
- de esclarecer y perseguir según Corte IDH: art. 10, 5;
- de garantía en la CADH: art. 10, 3;
- de investigar y esclarecer según Corte Const.: art. 10, 4.

Debido proceso

- como idea de justicia: art. 12, 3;
- (definición de): art. 12, 4;
- derecho y garantías: art. 12,1; art. 12, 7;
- en el Acuerdo Final: art. 12, 1;
- finalidad según la Corte IDH.: art. 12, 5;

- garantías en las actuaciones administrativas: art. 12, 6;
- garantía en las actuaciones judiciales: art. 12, 6;
- normativa que lo regula: art. 12, 2.

Decisión judicial

- (presupuesto de validez de la): art. 60, 7.

Declaración sobre el Derecho a la Paz

- del Consejo de Derechos Humanos: art. 5º,17.

Decreto 277 de 2017: art. 1º, 12; art.1º, 14.

Defensa

- gratuita no proporcionada por el Estado: art. 60, 18;
- pública
 - designación por la Corte Const.:art. 60, 11;
 - en la LJP: art. 60, 24;
 - oficiosa o gratuita: art. 60, 2;
 - retos del defensor en el contexto de la LJP: art. 60, 25;
- técnica
 - adecuación de la JEP: art. 60, 15;
 - como derecho fundamental: art. 60, 7;
 - cualificación del abogado: art. 60, 13;
 - en la ley 1820 de 2016: art. 60, 24;
 - premisas en el ordenamiento colombiano: art. 60, 21.

Defensor del Pueblo

- (funciones del): art. 60, 18;
- gestión eficaz y oportuna: art. 60, 13.

Defensoría pública

- (concepto de): art. 60, 18;
- en Colombia: art 60, 11.

Definición

- de amnistía: art. 24, 4;
- de criterios de selección y priorización: art. 44, 6;
- de delito político conexo: art. 16, 2; art. 19, 5;
- de situación jurídica de agentes del Estado: art. 44, 4.

Dejación

- de las armas: art. 18;
- (proceso de): art. 22, 2.

Delincuente político

- mecanismos de la LJP y del MJP: art. 3º, 7.

Delito (s)

- amnistiable supuestos dogmáticos: art. 2º, 10;
- atrocies
 - como crímenes internacionales: art. 2º, 17;
 - conexidad en el conflicto armado. art. 2º, 27;
- cometidos
 - con ocasión, por causa o en relación directa o indirecta con el conflicto: art. 52, 12;
 - en el contexto del conflicto: art. 2º, 25;
 - en el marco de disturbios públicos: art. 24, 14;
 - comunes: art. 19, 2; art. 23; art. 24, 13; art. 28, 6; art. 30; art. 35, 8;
 - sin relación con el conflicto armado: art. 30, 7;

- conexos
 con el (los) delito (s) político (s): art. 2º; art. 8º, 4; art. 16;
 en Colombia: art. 2º, 9;
 reconocimiento: art. 8º, 3;
 con sanción mínima de 5 años o más: art. 51, 23;
 contemplado en el CPM: art. 46, 34;
 contra
 el honor y la seguridad de fuerza pública: art. 46, 34;
 la administración pública: art. 16, 10;
 la existencia y seguridad del Estado: art. 60, 2;
 la fe pública: art. 16, 7;
 la seguridad pública: art. 16, 8;
 los intereses de la fuerza pública: art. 46, 34;
 cuyo sujeto pasivo es el Estado: art. 23, 17;
 de asonada: art. 2º, 8; art. 3º, 48;
 tratamiento penal diferenciado: art. 3º, 40;
 de concierto para delinquir: art. 51, 25;
 en concurso con otro delito: art. 51, 26;
 de conspiración: art. 2º, 8;
 de espionaje: art. 16, 12;
 de lesa humanidad: art. 23; art. 46;
 inexistencia de calificación en el Código Penal: art. 52, 17;
 no son objeto de amnistía o de indulto: art. 10, 16;
 de peligro: art. 15, 5;
 de rebelión: art. 2º, 8;
 conexidad: art. 2º, 11-15;
 de sedición: art. 2º, 8;
 de seducción: art. 2º, 8;
 dirigidos a facilitar la rebelión: art. 23, 18;
 electorales: art. 16, 9;
 más graves y representativos: art. 28, 31;
 no amnistiables
 (calificación jurídica de los): art. 52, 14;
 (tipos de): art. 57, 7;
 y privación de la libertad en unidad militar o policial: art. 57, 6;
 objeto de amnistía o indulto: art. 9º, 17;
 (participación en el): art. 16, 4; art. 17, 3;
 perpetrados en el combate: art. 23, 16;
 político (s): art. 19, 2; art. 29, 8; art. 35, 8;
 (conexidad de los): art. 29, 9;
 conexos: art. 15, 1; art. 16, 2; art. 19, 2; art. 19, 5;
 (elementos del): art. 8º, 3;
 en la Constitución: art. 8º, 1;
 límites de conductas: art. 8º, 2;
 puros: art. 15, 1;
 puros. Alcance: art. 8º, 3; art. 15, 1;
 reconocimiento como principio: art. 8º, 1;
 relativos: art. 16, 2;
 sociales: art. 19, 2;
 valoración de la motivación: art. 8º, 4;
 y amnistía e indulto: art. 8º, 1; art. 51, 5;
 y conductas conexas: art. 9º, 17;
- que no son objeto de renuncia a la persecución penal: art. 51, 23;
 que tutelan la libertad individual: art. 16, 4;
 relacionados con el narcotráfico: art. 23, 21;
 sin relación con el conflicto armado: art. 43, 32;
 vinculados a la pertenencia a las FARC-EP: art. 29, 8.
- Departamento Administrativo de la Presidencia de la República:** art. 26, 4.
- Deportación de población:** art. 46, 11.
- Depuración institucional:** art. 50, 17.
- Derecho (s)**
 a la defensa
 como garantía fundamental en el Estado social de derecho: art. 60, 6;
 instrumentos que proveen la CADH.: art. 60, 11;
 a la paz
 como base en diseño e implementación del Acuerdo Final: art. 5º, 1;
 como fundamento constitucional: art. 5º, 1;
 como principio esencial e inescindible: art. 5º, 1;
 como sentido teleológico: art. 5º, 2;
 en el ordenamiento jurídico nacional e internacional: art. 5º, 9;
 intervención en la Asamblea: art. 5º, 10;
 multiplicidad de ejercicio: art. 5º, 11;
 y justicia Transicional: art. 5º, 20;
 a la reparación
 y acción del Estado: art. 50, 10;
 e integralidad: art. 50, 10;
 y victimarios: art. 50, 10;
 a la verdad
 (contenido del): art. 14, 11;
 de las víctimas: art. 33, 8;
 (dimensión individual del): art. 14, 12;
 qué comprende: art. 50, 8;
 comparado: art. 14, 6;
 de gracia: art. 24, 4;
 de *habeas data*: art. 48, 7;
 de las víctimas
 contribución a su satisfacción: art. 14, 1-2; art. 19, 8; art. 33; art. 41, 13;
 en el debido proceso: art. 12, 9;
 limitaciones en la LA: art. 5º, 24;
 (respeto y garantía): art. 24, 6; art. 50, 3;
 y políticas públicas: art. 50, 26;
 de postulación: art. 60, 17;
 (Estado de): art. 41, 11; art. 43, 10;
 fundamental
 a la paz: art. 5º, 23; art. 34, 4;
 a la vivienda digna: art. 41, 27;
 internacional: art. 14, 4; art. 24, 7; art. 34, 6; art. 41, 11;
 calificación jurídica de hechos: art. 57, 8;
 de los derechos humanos: art. 46, 6;
 (fuentes del): art. 46, 10;

Derecho (s) (cont.)

garantías del debido proceso: art. 12, 8;
 humanitario: art. 23; art. 24,6; art. 46, 6; art. 46,
 19;

humanos: art. 24, 2;

(derecho internacional de los): art. 46, 6;

penal colombiano: art. 46, 5;

penal internacional

(calificación de delitos en el): art. 52, 19.

Desaparición forzada: art. 23; art. 30; art. 46, 9; art.
 46, 11; art. 46, 12;

no es objeto de amnistía o de indulto: art. 10, 16.

Descriminalización

de fenómenos sociales, políticos y económicos: art.
 4º, 3;

de la protesta social: art. 3º, 32.

Desmovilización colectiva: art. 28, 26.

Desmovilizados: art. 21, 8; art. 28, 27;

de grupos de autodefensas: art. 44, 6.

Desnudez forzada

en persona protegida: art. 46, 31.

Desobediencia: art. 46, 34.

Desplazamiento forzado: art. 23; art. 30; art. 46, 11;

interno: art. 46, 11;

no es objeto de amnistía o de indulto: art. 10, 16.

Determinadores: art. 17, 3.

Día D: art. 9º, 18.

Diferencia (s)

procesal entre amnistía *de iure* y la amnistía conde-
 cida por la SAI: art. 21, 8;

sustancial entre la amnistía *de iure* y la amnistía
 concedida por la SAI: art. 21, 3;

DIH

como punto de partida: art. 3º, 2;

y derecho penal. Interacción: art. 3º, 4;

y la jurisprudencia constitucional y penal colom-
 biana: art. 3º, 2.

Dimensión

colectiva del derecho a la verdad: art. 14, 12;

individual del derecho a la verdad: art. 14, 12.

Dirección Nacional de Inteligencia: art. 26, 4.

Directiva V08 de 2015

estrategia de priorización: art. 3º, 46.

Directrices de Riad: art. 28, 42.

Disparo de armas de fuego: art. 24.

Disposición del individuo: art. 28, 21; art. 30, 7.

Dispositivos amplificadores de tipos penales: art.
 16, 4.

Disturbios públicos: art. 15, 4; art. 28, 39-40;

(delitos cometidos en): art. 24, 12; art. 24, 14.

Doble instancia: art. 25, 10.

Dolores o sufrimientos graves: art. 46, 12.

Drogas ilícitas: art. 23, 21;

— E —

Edad de menores

víctimas de reclutamiento: art. 46, 15; art. 46, 16.

Efecto (s)

de cosa juzgada: art. 48, 2;

de la amnistía: art. 41;

y derechos de las víctimas: art. 41, 11;

de la cesación de procedimiento: art. 43;

de la renuncia a la persecución penal: art. 42, 1;

de la suspensión condicional de la ejecución de la
 pena: art. 43, 7;

Eficacia de la amnistía: art. 20.

Ejecución

de la pena

(suspensión de la): art. 31;

de líderes comunitarios: art. 46, 28;

de miembros de la guerrilla *hors de combat*: art. 46,
 28;

permanente

(crimen de): art. 46, 15;

extrajudiciales: art. 23, 5; art. 30; art. 46, 28;

no son objeto de amnistía o de indulto: art. 10, 16;

Ejercicio profesional de la abogacía

(excepciones a la incompatibilidad del): art. 60,
 20;

(incompatibilidad en el): art. 60, 20.

Ejusdem generis clause: art. 46, 30.

Eliminación de antecedentes penales: art. 48, 5.

Embarazo forzado: art. 46, 9.

Empleo de las armas: art. 15, 3.

Enemigo

(comercio con el): art. 46, 34.

Enriquecimiento

ilícito: art. 41, 19.

como determinante de la conducta delictiva: art.
 9º, 17;

personal

y tratamiento penal especial diferenciado: art.
 9º, 16;

personal ilícito: art. 9º, 16.

Error de técnica legislativa: art. 49, 2.

“Errores militares”: art. 46, 28.

Esclarecimiento de la verdad: art. 50, 4.

Espionaje

(delito de): art. 16, 12.

Estabilidad de la paz: art. 19, 8.

Establecimientos carcelarios y penitenciario

vigilancia de compromisos: art. 54, 7.

Estado

(agentes del): art. 44, 1; art. 45, 1; art. 46; art. 47;
art. 49, 12;

de derecho: art. 41, 11; art. 43, 10.

Estados Unidos

(apoyo de): art. 1º, 2.

Estándares internacionales

de investigación y juzgamiento: art. 51, 8.

Estatuto

de Roma: art. 23.

de seguridad: art. 3º, 35;

Estrategia

de priorización

(impacto externo e interno de la): art. 28, 13;

para implementación efectiva de la extinción de
dominio: art. 41, 24.

Excarcelación

(sujetos que pueden solicitar el beneficio de): art.
37, 2.

Exclusión

(criterios normativos de): art. 23, 3;

de actos de ferocidad, barbarie: art. 23, 8;

de beneficios

(cláusulas de): art. 30, 3;

de crímenes internacionales: art. 23,3;

de delitos

comunes por fuera del conflicto: art. 23, 10;

motivados por beneficio propio: art. 23, 13.

Excombatientes

(seguridad jurídica de los): art. 19, 8.

Extinción

de acciones y sanciones disciplinarias y fiscales: art.
41, 10;

de diversas formas de responsabilidad individual:
art. 41, 1-2;

de dominio

(acción de): art. 41;

como garantía en la reparación a las víctimas:
art. 7º, 9;

(sentencia de): art. 41, 20;

de la acción civil de indemnización de perjuicios:
art. 41, 6;

de la acción penal: art. 46, 1;

de la acción y la sanción penal: art. 41, 5;

de la responsabilidad derivada de la acción de
repetición: art. 41, 9;

de la sanción penal: art. 7º, 6; art. 24, 2;

de responsabilidad por cumplimiento de sanción:
art. 31;

Extorsiones: art. 23, 20;**Extradición**

de integrantes de las FARC

proyecto de ley: art. 1º, 36;

imposibilidad según la LA: art. 38, 4;

prohibición según el AL 01 de 2017: art. 38, 5;

y delito político: art. 8º, 1.

— F —

Fabricación, tráfico o tenencia de armas: art. 3º, 25.

Facultad (es)

de conceder beneficios “de oficio”: art. 25, 5;

para la concesión de indultos: art. 24, 2;

extraordinarias: art. 1º, 12.

Fallos de tutela: art. 49, 4.

Falsedad personal: art. 16, 7.

“Falsos positivos”: art. 46, 29;

indigentes del Valle: art. 3º, 26.

FARC: art. 14, 8; art. 25, 3; art. 33, 6; art. 34, 1; art.
44, 1.

FARC-EP

(pertenencia a las): art. 17; art. 22; art. 35, 13.

Fase

de sustanciación: art. 32, 1; art. 32, 6;

preliminar: art. 32, 1-4.

Fast track: art. 1º, 7;

actitud del CD: art. 1º, 15;

aprobación: art. 1º, 12;

como mecanismo especial y excepcional: art. 1º,
24;

y transitorio: art. 1º, 17;

contradicción jurisprudencial: art. 1º, 33;

críticas y limitaciones del Acuerdo: art. 1º, 35;

debates para aprobación de leyes y reformas cons-
titucionales: art. 1º, 16;

decisión de la Corte Const.: art. 1º, 9;

entrada en vigencia del mecanismo: art. 1º, 22;

exequibilidad: art. 1º, 17;

inexequibilidad de algunas disposiciones: art. 1º,
28;

no sustituye la Constitución: art. 1º, 9;

riesgos constitucionales: art. 1º, 25;

y Procedimiento legislativo Especial para la Paz:
art. 1º, 24;

Favorabilidad

(principio de): art. 19, 12; art. 21, 10; art. 45, 3; art.
46, 6; art. 46, 18;.

Fe pública

(delitos contra la): art. 16, 7.

Fiscal General de la Nación: art. 44, 8.

Fiscalía

de la CPI: art. 46, 28;

General de la Nación: art. 19, 17; art. 26, 2; art. 26,
4; art. 16, 7.

Formación de listados de integrantes de las FARC

(primera fase de): art. 26, 2;

segunda fase de): art. 26, 3.

Fraude al sufragante: art. 16, 9.

Fuentes del DI: art. 46, 10.

Fuerza (s)

armadas

formación en DD. HH y DIH: art. 50, 20-21;

(personal de las): art. 15, 5;

militares

(miembros de las): art. 44,1;

pública

(delitos contra los intereses de la): art. 46, 34;

(miembros de la): art. 51, 20-21.

Fuga de presos: art. 16, 11;

Función subsidiaria

de la SAI: art. 21, 9.

Funcionamiento de la Sala de Definición de

Situaciones Jurídicas: art. 28; art. 44, 13; art. 45, 2.

— G —

GAOML: art. 28, 26-27.

Garantía (s)

cambios institucionales necesarios: art. 50, 17;

de los derechos de las víctimas

como componente del Estado de derecho: art. 60, 9;

de los procesados

retos de la defensa: art. 60, 26;

de no extradición Improcedencia: art. 38, 6;

de no repetición: art. 6º, 9; art. 25, 7; art. 25, 9;

de protección y seguridad: art. 25, 7;

de satisfacción de los derechos de las víctimas: art. 6º, 14;

de seguridad jurídica: art. 25, 11;

(llamamiento en): art. 48, 10;

referencias institucionales: art. 50, 1;

Genocidio: art. 14, 4; art.23; art. 30; art. 46, 12.

Gobierno nacional: art. 14, 8; art. 24, 2; art. 24, 10;

art. 26, 3; art. 33, 6; art. 34, 1;

declaración de Estado de sitio en 1984: art. 60, 2.

Gracias

(derecho de): art. 24, 4.

Gradualidad

(principio de): art. 19, 8.

Grave breaches: art. 46, 21.

Gravedad de los hechos: art. 44, 11.

Graves crímenes de guerra: art. 23, 6; art. 30, 6;

art. 46, 18;

no son objeto de amnistía o de indulto: art. 10, 16.

Graves violaciones a los DD.HH

no son susceptibles de amnistía: art. 10, 8.

Grupo (s)

armados irregulares en Colombia: art. 3, 7;

armado organizado al margen de la ley: art. 3º, 5;
de autodefensas

(desmovilizados de los): art. 44, 6;

de posibles beneficiarios de la amnistía *de iure*: art. 17, 5;

Guerra

(crímenes de): art. 14, 4; art. 28, 17; art. 46, 23;

(instigación a la): art. 23, 17.

Guerrilla de las FARC

(integrantes de la): art. 26, 1.

Guerrilleros presos: art. 29, 4.

— H —

Habeas corpus: art. 19, 26; art. 40, 9; art. 46, 2;

Habeas data

(derecho de): art. 48, 7;

Habitación ajena

(violación de): art. 16.

Hecho

global: art. 28, 17;

punible

(contexto y gravedad del): art. 28, 13;

(gravedad de los): art. 44, 11.

Historia judicial colombiana

(amnistía en la): art. 34, 2.

Homicidio

agravado: art. 46, 29;

contra persona indefensa: art. 3º, 27.

Hostilidad militar: art. 23, 17.

— I —

Igualdad de armas en procesos acusatorios: art. 60, 14.

Implementación de acuerdos

incertidumbre política y jurídica: art. 1º, 26.

Improcedencia de recursos: art. 40, 7.

Impugnación: art. 25, 10.

Impunidad: art. 34, 6.

(vacíos de): art. 21, 12.

Incidente de incumplimiento: art. 24, 5.

Incumplimiento

de obligaciones: art. 41, 17;

(incidente de): art. 24, 5.

Indemnización de perjuicios

(acción de): art. 42.

Individuo

(disposición del): art. 28, 21; art. 30, 7.

Indulto: art. 14; art. 19, 2; art. 34, 5;

en el CP: art. 24, 2;

- en la LA: art. 24, 10;
 en la ley 418 de 1997: art. 24, 10;
 (fines del): art. 6º, 3;
 y amnistía: art. 24, 2.
- Información**
 (ampliación de): art. 27.
- Informe (s)**: art. 39, 4;
 del Relator Especial Lovis Joinet: art. 41, 8.
- Infracciones graves**
 (régimen de): art. 46, 21.
- Injuria**: art. 16, 5.
- Inocencia**
 (presunción de): art. 41, 21.
- Instigación a la guerra**: art. 23, 17.
- Instituciones estatales**
 (reforma de estructura de las): art. 50, 17.
- Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario**: art. 54, 9.
- Instrumentos de DD. HH**: art. 14, 4;
- Integralidad**
 (principio de): art. 33, 4.
- Integrantes**
 de la guerrilla de las FARC: art. 26, 1;
 rasos de un GAOML: art. 28, 34.
- Integridad nacional**
 (menoscabo de la): art. 23, 17.
- Interdicción a la indefensión**
 como finalidad del debido proceso: art. 60, 6.
- Interviniente**: art. 17, 3.
- Inutilización voluntaria**: art. 46, 34.
- Investigación (es)**
 en curso
 (existencia de): art. 28, 29; art. 42, 5;
 penal
 criterios de priorización y selección: art. 7º, 4;
 (preclusión de la): art. 31, 8;
 disciplinarias: art. 42, 5.
- Ius puniendi**: art. 42, 2.
- J —
- Jefe máximo**
 (de la organización): art. 28, 34;
- Juez**
 de control de garantías: art. 35, 21; art. 40, 5;
 de ejecución de penas: art. 19, 7-22; art. 40, 5.
- Jurisdicción Especial para la Paz**: art. 6º, 9; art. 14;
 art. 24, 5; art. 26; art. 33; art. 35; art. 36; art. 40;
 ámbito de aplicación: art. 9º, 14;
 aplicación temporal para agentes del Estado: art. 51, 9;
- beneficios de la absorción en el proceso: art. 7º, 7;
 como mecanismo excepcional en el proceso: art. 1º, 27;
 competencia de los órganos: art. 9º, 11;
 competencia material
 hecho punible y conflicto armado: art. 7º, 3;
 competencia *ratione materiae*: art. 9º, 10;
 contradicción en el ámbito de aplicación: art. 52, 13;
 criterios de evaluación de los magistrados: art. 13, 10;
 criterios de la competencia objetiva: art. 9º, 10;
 (decretos sobre): art. 1º, 48;
 estrategias de predictibilidad: art. 13, 12;
 facultades de los magistrados: art. 12, 8;
 inclusión de las víctimas en la JT: art. 12, 15;
 jurisprudencia sobre ámbito de aplicación: art. 3º, 23;
 límites de la competencia material: art. 9º, 14;
 (normas procesales para la): art. 12, 17;
 principios: art. 4º, 1;
 aplicación oportuna: art. 4º, 2;
 relación de causalidad: art. 3º, 17;
 Sala de Definición de Situaciones Jurídicas: art. 51, 5;
 (seguridad jurídica en la): art. 13, 12;
 y administración de justicia transitoria: art. 52, 13.
 y brecha temporal en la administración de justicia:
 art. 52, 13;
 y SIVJRN: art. 51, 3.
- Jurisdicción**
 ordinaria
 concesión de beneficios: art. 7º, 2;
 universal
 colaboración del Estado colombiano: art. 38, 8.
- Justicia**
 prospectiva: art. 4º, 7;
 punitiva
 tensión entre fuerzas militares y ONG: art. 1º, 47;
 restaurativa: art. 4º, 8; art. 41, 11;
- Justicia transicional**: art. 14, 3; art. 24, 5;
 criterios del debido proceso: art. 12, 8;
 elementos y límites: art. 5º, 22;
 estrategia integral
 como medida de reparación: art. 6º, 6;
 implementación: art. 6º, 7;
 flexibilización de la obligación: art. 10, 7;
 (función transformadora de la): art. 50, 25;
 (modelos de): art. 14, 6;
 normas especiales
 implementación constitucional: art. 5º, 19;
 paz negativa: art. 5º, 6;
 paz positiva: art. 5º, 6;
 ponderación de principios y valores: art. 5º, 21;
 y derecho a la paz: art. 5º, 23.

— L —

Lavado de activos: art. 22, 1; art. 41, 24;

Legalidad

(principio de): art. 43, 10; art. 46, 6-10;

Legitimidad del proceso: art. 28, 13;

Lesas humanidad

(delitos de): art. 23; art. 46;

(crímenes de): art. 14, 4; art. 30.

Ley de amnistía: art. 24, 5;

alcance de la vigencia: art. 61, 3;

ámbito de aplicación: art. 2º, 20;

en Colombia: art. 3º, 13;

ámbitos temporales y espaciales: art. 3º, 15;

(aplicabilidad de la): art. 7º, 5;

aplicable a desmovilizados de las FARC: art. 11, 14;

aplicación en los delitos atroces: art. 2º, 16;

aplicada en dos espacios temporales: art. 51, 8;

aprobación: art. 1º, 12;

autonomía judicial: art. 13, 9;

como justicia transicional: art. 5º, 6;

concordancia entre la vigencia general y otras

disposiciones: art. 61, 9;

contribución de beneficiarios: art. 14, 9;

deber de esclarecer y perseguir: art. 10, 3;

deber de investigar, juzgar y sancionar: art. 10, 13;

defensa gratuita

(características de la): art. 60, 10;

(defensa gratuita en la): art. 60, 10;

defensa privada o de confianza: art. 60, 17;

defensor

(criterios del): art. 60, 15;

derecho de las víctimas: art. 6º, 4;

efectos: art. 12, 14;

dificultades de orden administrativo y legal: art. 5º, 8;

(dificultades en la aplicación de): art. 13, 8;

en las jurisdicciones extranjeras: art. 38, 7;

estructura general: art. 3º, 41;

funciones esenciales: art. 10, 14;

juicio de los operadores: art. 4º, 10;

libertad transitoria condicionada y anticipada: art. 57, 13;

lista de delitos: art. 11, 18;

mecanismos de satisfacción de los derechos de las víctimas: art. 6º, 4;

no se aplica a miembros de bandas emergentes: art. 3º, 51;

objeto: art. 2º, 1;

pérdida de efectos jurídicos: art. 10, 11;

período donde no se puede otorgar el beneficio: art. 52, 13;

principios que la rigen: art. 25, 7;

régimen de condicionalidad: art. 1º, 35;

retos en su aplicación: art. 14, 9;

retrasos en su implementación: art. 61, 7;

sujetos que forman parte de “grupo armado en rebelión”: art. 3º, 50;

tratamiento de conductas no consagradas: art. 10, 17;

y control de constitucionalidad: art. 10, 10;

y déficit de participación de las víctimas: art. 53, 19;

y demás mecanismos de JT: art. 61, 8;

y extinción de dominio: art. 41, 19;

y extradición de Santrich: art. 1º, 36;

y graves violaciones a los DD. HH.: art. 10, 9;

y política criminal renovada: art. 4º, 12;

y operatividad de condicionamiento: art. 50, 5;

y satisfacción de derechos de víctimas: art. 50, 5;

y seguridad jurídica: art. 61, 1.

Ley de Justicia y Paz: art. 34, 5;

(desafíos de la): art. 6º, 6;

(medidas de la): art. 6º, 5.

Ley Estatutaria de la Administración de Justicia

implementación en la JEP: art. 6º, 16;

(principios de la): art. 25, 7.

Ley estatutaria para la JEP

efectos de incumplimiento: art. 52, 25.

Ley sobre ritualidades y formalismos

(aplicación de la): art. 11, 12;

Ley(es)

418 de 1997

(indulto de la): art. 24, 10;

de punto final: art. 41, 11;

(principio de claridad de las): art. 43, 9;

(principio de predictibilidad de las): art. 43, 9;

procesales con efectos sustanciales: art. 11, 12;

sobre ritualidad de los procedimientos: art. 11, 12.

Libertad

condicionada: art. 19, 23; art. 35, 2; art. 45, 2;

aplicable a desmovilizados de las FARC: art. 11, 15;

competencia del fiscal en fase de indagación: art. 37, 15;

competencia del fiscal en fase de instrucción penal: art. 37, 17;

competencia del juez en sede de juzgamiento: art. 37, 17;

competencia según el decreto 277 de 2017: art. 37, 8;

complemento normativo de procedimiento: art. 37, 3;

cumplimiento de $\frac{3}{5}$ partes de la pena: art. 51, 13;

de agentes del Estado: art. 51, 9;

decisión del fiscal: art. 37, 16;

especificidades para sujetos privados de la libertad: art. 37, 15;

imposibilidad de conexidad: art. 37, 12;

para beneficiados con el traslado a ZVTN: art. 56, 8;

- procedimiento en audiencia: art. 37, 13;
 procedimiento para obtenerla: art. 37, 1;
 recursos que proceden: art. 37, 13-16;
 (requisitos para acceder a la): art. 38, 2;
 trámite cuando todas las actuaciones se encuentren
 en investigación: art. 37, 10-14;
 y participación voluntaria en SIVJRN: art. 51,
 6;
- de expresión y reunión
 como derecho fundamental de la protesta social:
 art. 3º, 47;
- definitiva: art. 19,23; art. 35, 1;
 definitiva e incondicional: art. 55, 2;
 aplicada a agentes del Estado: art. 55, 8;
 efecto sobre la libertad: art. 55, 6;
 inmediata: art. 34, 8; art. 35, 17;
 necesidad de interpretación sistemática de la com-
 petencia: art. 33, 7;
 procedimiento para obtener: art. 37, 1;
 y detención preventiva: art. 51, 13;
- por aplicación de la amnistía: art. 34;
 por cumplimiento anticipado de pena: art. 51, 13-18;
 por cumplimiento de $\frac{3}{5}$ de la pena: art. 51, 13;
 previa a conceder la renuncia a la persecución penal:
 art. 51, 1;
- (privación grave de la): art. 46, 11;
 provisional: art. 25, 12;
 (régimen de): art. 34;
- transitoria: art. 34, 8; art. 35, 17; art. 45, 2;
 transitoria condicionada
 aplicación efectiva de la LA: art. 52, 7;
 condiciones del delito: art. 52, 8;
 consecuencia de la aplicación: art. 51, 18;
 funcionario encargado: art. 52, 9;
 para agentes condenados: art. 51, 14;
 para agentes detenidos: art. 51, 14;
 y reincorporación al servicio activo: art. 51, 27;
 y anticipada: art. 51, 1;
- acción de *habeas corpus* en la Ley 1095 de 2006:
 art. 53, 24;
- actores que intervienen: art. 53, 4;
 aplicada a agentes del Estado detenidos y conde-
 nados: art. 51, 14;
 aplicada a agentes estatales no pertenecientes a
 la fuerza pública: art. 53, 2;
 aplicada a los miembros de la fuerza pública: art.
 51, 21; art. 53, 23;
 (beneficiarios de la): art. 52, 2;
 capacidad para otorgarla: art. 52, 18;
 como herramienta del Acuerdo Final: art. 51, 11;
 (competencia en la concesión de la): art. 53, 8;
 compromisos de los beneficiarios: art. 54, 3;
 condiciones del decreto 706 de 2017: art. 53, 26;
 de agentes del Estado detenidos: art. 51, 15;
 de agentes del Estado condenados: art. 51, 16;
 (demora en el otorgamiento de la): art. 53, 25;
 derecho de víctimas a ser oídas ante el tribunal:
 art. 53, 15;
- en el art. 51 de la ley 1820 de 2017: art. 51,1 9;
 función de jueces y funcionarios: art. 53,7;
 función de supervisión: art. 54, 1;
 funciones de directores de centros penitenciarios
 y carcelarios: art. 54, 2;
 intervención del Ministerio de Defensa: art. 53,
 6;
 marco legal aplicable cuando hay incumplimiento:
 art. 52, 26;
 (observaciones en el procedimiento de la): art.
 53, 13;
 participación de víctimas en el modelo procesal
 penal: art. 53, 17;
 participación de víctimas en el otorgamiento:
 art. 53, 14;
 participación de víctimas según la Convención
 Americana: art. 53, 16;
 prepermitir la reincorporación del funcionario:
 art. 51, 26;
 procedimiento aplicado a agentes del Estado no
 pertenecientes a la fuerza pública: art. 53, 9;
 procedimiento aplicado a miembros de la fuerza
 pública: art. 53, 2; art. 53, 3;
 (procedimiento para otorgar la): art. 53,1;
 requisitos para acceder según la Sala de Casación
 Penal: art. 53, 12;
 sentencia C-007 de 2018: art. 53, 22;
 similitud con otras figuras: art. 51, 12;
 similitudes con el art. 64 num. 1 CP: art. 51, 12;
 similitudes con el art. 317 num. 1 CP: art. 51, 12.
 sistema de controles: art. 53, 5;
 supervisión del cumplimiento de las obligaciones:
 art. 54, 10;
 verificación de compromisos: art. 51, 25;
 y libertad condicional: art. 51,17;
 y participación de las víctimas: art. 53, 20;
 y tratamiento penal diferenciado: art. 51, 1; art.
 52, 1.
- Lista de crímenes**
 y renuncia a la persecución penal: art. 47, 5.
- Listado (s)**
 de integrantes de las FARC-EP: art. 26, 2;
 final de acreditación: art. 26, 6;
 reservado: art. 26, 6;
 (presentación de): art. 26; art. 28, 26.
- Llamamiento en garantía:** art. 48, 10.
- M —
- Margen amplio de valoración de hechos**
 posibles consecuencias: art. 13, 11.
- Material probatorio**
 posibilidad de pérdida: art. 51, 24.
- Matrimonio**
 forzado: art. 46, 10;
 igualitario y Acuerdo de Paz: art. 1º, 47.

Máximo responsable: art. 28, 34;

Mecanismo (s)

- de refrendación
 - como yerro político: art. 1º, 14;
- de selección y priorización: art. 28, 11;
- de tratamiento especial diferenciado
 - para agentes del Estado: art. 45; art. 45, 2;
- de verdad, justicia, reparación y no repetición (interrelación de): art. 50, 13;
- (conexidad de los): art. 6º, 10.

Medida

- de aseguramiento para agentes de Estado detenidos: art. 51, 15;
- de reparación integral: art. 6º, 9.

Memoria

- histórica
 - (construcción de): art. 50, 12;
- pública: art. 14, 12.

Menores

- (reclutamiento de): art. 23; art. 30; art. 46, 13;
- (sustracción de): art. 23; art. 30; art. 46, 17.

Menoscabo de la integridad nacional: art. 23, 17.

Mérito para acusar

- (carencia de): art. 31, 8.

Miembro (s)

- de grupo armado al margen de la ley: art. 3º, 5;
- de grupo armado en jurisprudencia constitucional: art. 3º, 8;
- de grupo irregular según la CSJ: art. 3º, 9;
- de la fuerza pública
 - activos: art. 48, 12;
 - condiciones para que reciban la libertad transitoria: art. 51, 22;
 - imposibilidad de reintegro al servicio: art. 51, 23;
 - posibilidad de reintegro: art. 51, 20;
 - privación de la libertad: art. 9º, 1;
 - restitución de ejercicio de sus funciones: art. 51, 21;
 - suspendidos del ejercicio de funciones: art. 51, 20;
 - suspensión de funciones y atribuciones: art. 7º, 14;
- de las FARC-EP
 - privados de la libertad: art. 18, 3;
- de las fuerzas militares: art. 44, 1.

Milicianos: art. 29, 4;

Ministerio de Defensa Nacional: art. 26, 4; art. 46, 28.

Modelo

- de justicia basado en el funcionamiento de la JEP: art. 51, 3;
- de justicia transicional: art. 14, 6;
- maximalista: art. 28, 12;
- sudafricano: art. 14, 6.

Moral social: art. 41, 19.

Motivación personal: art. 28, 21; art. 30, 7.

Muertes en combate: art. 23.

— N —

Nacionales condenados

- mediante sentencia ejecutoriada: art. 24, 11.

“Narcotraficantes puros”: art. 23, 22;

Narcotráfico

- (delitos relacionados con el): art. 23, 21; art. 24, 13;
- art. 41, 19; art. 41, 24.

Naturaleza de la acción penal

- tipos: art. 7º, 6.

Negociaciones de Paz

- mecanismos de certidumbre política y jurídica: art. 13, 1.

Negocio macrocriminal

- desactivación: art. 4º, 4;

Niños

- menores de 15 años: art. 23, 6;
- soldados: art. 28, 42.

Noción

- de combate: art. 23, 16;
- fáctica con consecuencias normativas: art. 3º, 1.

Noticia criminal: art. 20.

Núcleo familiar del amnistiado

- (beneficios probatorios para el): art. 41, 27.

— O —

OACP: art. 26, 2; art. 26, 5.

Objeto buscado

- con la comisión del hecho: art. 28, 21; art. 30, 7.

Objetivo final

- de la campaña militar: art. 28, 21; art. 28, 24.

Obligación (es)

- de garantizar la no repetición (incumplimiento de): art. 51, 24;
- de vigilancia de insurgentes y de agentes del Estado: art. 54, 4;
- (incumplimiento de): art. 41, 17.

Oficina del Alto Comisionado para la Paz: art. 29, 3.

ONU

- y verificación de los acuerdos: art. 1º, 2.

Operador (es)

- encargado
 - conexión de los hechos que se imputan al agente estatal: art. 52, 9-11;
 - determina relación cercana y suficiente: art. 52, 9-10;

judicial
 (funciones del): art. 11, 19;
 judiciales ordinarios. Calificación jurídica: art. 52,
 20.

Oportunidad

(principio de): art. 34, 11.

Organización (es)

criminal (es)
 desactivación: art. 4º, 4;
 (pertenencia a una): art. 28, 25;
 (jefe máximo de la): art. 28, 34;
 rebelde: art. 28, 25.

Órganos estatales

(potestades de los): art. 5º, 15.

Otorgamiento de poder

como mecanismo de defensa: art. 60, 22.

Otros

actos inhumanos: art. 46, 10.
 efectos de la renuncia a la persecución penal: art.
 48.

— P —

Participación

ciudadana
 (apertura de espacios de): art. 2º, 1;
 de las víctimas
 (críticas a la): art. 12, 11;
 en la jurisdicción Especial para la Paz: art. 12,
 14;
 inclusión de garantías y mecanismos: art. 12, 16;
 interpretación de la normativa: art. 12, 13;
 modelo de justicia colombiano: art. 12, 12;
 y el derecho al debido proceso: art. 12, 1;
 determinante: art. 28, 33;
 de los responsables de los crímenes: art. 44, 11;
 en el delito: art. 16, 4; art. 17, 3.

Particulares: art. 17, 3.

Patrones de macrocriminalidad: art. 50, 15.

Pautas de Belfast: art. 50, 4;

sobre amnistía y responsabilidad: art. 14, 5; art. 14,
 18; art. 33, 5.

Paz

categorización según la Const. Pol.: art. 5º, 11;
 como derecho, deber y valor fundante: art. 5º, 12;
 como derecho individual y colectivo: art. 5º, 10;
 como finalidad del Estado: art. 5º, 10;
 consagrada como instrumento internacional: art. 5º,
 16;
 definición según la sent. C-225 de 1995: art. 5º, 3;
 (derecho fundamental a la): art. 34, 4;
 doble carácter: art. 5º, 1;
 en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y
 Culturales: art. 5º, 16.

en el Pacto Internacional de derechos Civiles y
 Políticos: art. 5º, 16;
 en la Carta de la OEA: art. 5º, 16;
 en la Carta de la NN. UU.: art. 5º, 16;
 en la Convención de Ginebra: art. 5º, 16;
 en la Declaración Universal de Derechos Humanos:
 art. 5º, 16;
 (estabilidad de la): art. 19, 8;
 Índice mundial en Colombia: art. 5º, 5;
 positiva y su perspectiva sociológica: art. 5º, 4;
 según la Corte Const.: art. 5º, 3.

Peligro

(delito de): art. 15, 5.

Pena privativa de libertad

por tiempo igual a mayor a 5 años: art. 52, 22.

Persecución penal

(renuncia a la): art. 14, 1; art. 31; art. 31, 4; art. 34,
 11; art. 45; art. 46.

Persona (s)

protegida
 (aborto forzado en): art. 46, 31;
 (prostitución forzada en): art. 46, 31;
 condenadas: art. 25, 4;
 investigadas: art. 25, 4;
 objeto de definición de situación jurídica: art. 28, 6.

Personal de las fuerzas armadas: art. 15, 5.

Pertenencia

a las FARC-EP: art. 17; art. 22; art. 35, 13;
 a una organización criminal: art. 28, 25.

Plazos de aplicación

de la amnistía *de iure*: art. 19, 25.

Plebiscito

firma del nuevo acuerdo: art. 1º, 3;
 se respetan resultados: art. 1º, 11;
 triunfo del No: art. 1º, 3.

Población

(traslado forzoso de): art. 46, 11.

Poder ejecutivo: art. 24, 2.

Policía Nacional: art. 48, 6;

responsabilidad de supervisión: art. 59, 4.

Política

exterior: art. 1º, 1;
 públicas
 (carácter de las): art. 50, 23;
 y cultura de paz: art. 50, 26;
 públicas en contextos de JT
 (vocación transformadora de): art. 50, 1.

Perturbación de certamen democrático: art. 16, 9.

Por causa y con ocasión del conflicto armado: art.
 3º, 1.

Preclusión de la investigación: art. 31, 8-9.

Prescripción

del plazo de presentación de acusaciones: art. 39, 1.

Presentación de listados: art. 26.

Presidente de la República: art. 19; art. 19, 7-11; art. 21, 8; art. 24, 2.

Presos

(fuga de): art. 16, 11.

Presunción

de inocencia: art. 41, 21;
de agentes del Estado: art. 51, 15;
y libertad humanitaria condicionada: art. 51, 15;
probatoria sobre grupos delictivos organizados: art. 41, 22.

Prevalencia

del procedimiento dialógico sobre el adversarial:
art. 24, 6.

Principio (s)

de centralidad de las víctimas: art. 24, 6;
de claridad de las leyes: art. 43, 9;
de complementariedad: art. 50, 12;
en el SIVJRN: art. 50, 1;
de condicionalidad: art. 33, 1; art. 50, 1;
aplicación a agentes del Estado: art. 50, 2;
(preguntas sobre el): art. 33, 13;
y reparación de víctimas: art. 50, 5;
de confianza legítima: art. 26, 3;
de cosa juzgada: art. 20, 1;
de favorabilidad: art. 11, 1; art. 19, 12; art. 21; art. 21, 10; art. 45; art. 45, 3; art. 46, 6-18;
aplicación a leyes procesales: art. 11, 12;
aplicación retroactiva: art. 11, 8;
aplicación ultractiva: art. 11, 8;
en el marco constitucional colombiano: art. 11, 16;
fundamento penal: art. 11, 10;
(garantía del): art. 11, 11;
(manifestaciones del): art. 11, 2;
penal: art. 11, 8-9;
y leyes procesales: art. 11, 13;
y su aplicación en diversas normativas: art. 11, 16;
de gradualidad: art. 6º, 14; art. 19, 8;
de igualdad como condición para acceder a la administración de justicia: art. 60, 11;
de integralidad: art. 6º, 3; art. 33, 4; art. 50, 12;
como conjunto holístico y complejo: art. 6º, 1;
como criterio de interpretación: art. 6º, 15;
elementos: art. 6º, 2;
en el SIVJRN: art. 50, 1;
en la Ley de amnistía: art. 6º, 8;
materialización de la paz negativa: art. 5º, 7;
de la Ley Estatutaria de la JEP: art. 25, 7;
del Acuerdo Final
como criterio de interpretación de la LA: art. 6º 17;
de legalidad: art. 43, 10; art. 46, 6-10;

prohibición de la retroactividad penal: art. 11, 7;
y libertad del agente estatal: art. 52, 18;
de no retroactividad de las leyes: art. 43, 9;
de oportunidad: art. 34, 11;
de participación de las víctimas: art. 24, 6; art. 25, 7;
de predictibilidad de las leyes: art. 43, 9;
de prevalencia
ámbito de competencia personal: art. 38, 1;
como garantía en la seguridad jurídica: art. 7º, 8;
en la LA: art. 7º, 1;
(límites del): art. 7º, 11;
de proporcionalidad: art. 6º, 14; art. 19, 8;
de proporcionalidad y gradualidad
aplicación: art. 5º, 24;
como punto de equilibrio: art. 5º, 27;
en el régimen de condicionalidades: art. 5º, 24;
de publicidad en la LA: art. 61, 1;
de reconciliación: art. 25, 7; art. 33, 8;
de tipicidad: art. 21, 12;
de tratamiento penal especial: art. 25, 8;
de tratamiento simétrico, diferencial, equitativo y equilibrado: art. 51, 27;
del debido proceso: art. 43, 10;
non bis in idem: art. 28, 8; art. 48, 5;
pro homine: art. 24, 6;
aproximaciones interpretativas: art. 11, 4;
como criterio hermenéutico: art. 11, 3;
consecuencias: art. 11, 6;
en el Estado colombiano: art. 11, 5;
pro víctima: art. 24, 6;
que rige la LA: art. 25, 7.

Priorización

según el criterio objetivo: art. 28, 15.

Privación

de la libertad en unidad militar o policial
agentes que intervienen en el procedimiento: art. 58, 4;
(beneficiados en la): art. 57, 3;
centros de reclusión especial: art. 59, 1;
como beneficio para el cambio de sitio de reclusión: art. 56, 5;
como beneficio penal asimilable a amnistía o indulto: art. 57, 9;
como evasión de la sanción penal: art. 57, 10;
como mecanismo alternativo a la libertad transitoria: art. 56, 9;
como tratamiento penal especial diferenciado aplicado: art. 57, 1;
compromisos de los beneficiarios: art. 57, 12;
concepto de integrante: art. 57, 4;
condición de reclusión para la Policía Nacional:
art. 59, 4;
condición de los beneficiarios: art. 57, 11;
condición de reclusión para la Armada Nacional:
art. 59, 4;
condición de reclusión para el Ejército Nacional:
art. 59, 3;

- condición de reclusión para la Fuerza Aérea Colombiana: art. 59, 4;
condición de reclusión para la Policía Nacional: art. 59, 4;
(definición de): art. 56, 3;
diferencia con otro beneficio: art. 56, 2;
(objetivo de la): art. 56, 2;
observaciones en el procedimiento: art. 58, 5;
papel del INPEC: art. 58, 4;
para integrantes de las fuerzas militares y policiales: art. 56, 1;
(pasos para otorgarla): art. 58, 2;
(procedimiento para la): art. 58, 1;
requisitos para el beneficio: art. 57, 2;
responsabilidades de supervisión: art. 59, 3;
sistema de controles efectivos: art. 58, 3;
y la acción de *habeas corpus*: art. 58, 6;
y similitud con los desmovilizados a ZVTN: art. 56, 6;
grave de la libertad: art. 46, 11;
intramural: art. 34, 7;
- Procedimiento (s)**
ante la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas: art. 32, 4-10;
(cesación de): art. 31; art. 31, 12;
de la renuncia a la persecución penal para agentes del Estado: art. 47;
disciplinarios: art. 39, 4;
legislativo especial para la paz: art. 1º, 7;
principios y criterios fundamentales: art. 1º, 31;
para acreditar la calidad de víctima: art. 32, 5;
para la implementación de la amnistía *de iure*: art. 19.
- Proceso**
de dejación de armas: art. 22, 2;
de paz y Premio Nobel de Paz: art. 1º, 5;
jurídico político anterior
a la expedición de LA: art. 2º, 1;
legislativo especial
participación ciudadana: art. 1º, 13;
(legitimidad del): art. 28, 13;
penal
derecho de participación. Alcance: art. 12, 9.
- Programas**
de capacitación en DD. HH.: art. 50, 20;
de reparación a víctimas
(participación en): art. 50, 5;
participación activa de agentes del Estado: art. 50, 14.
- Proporcionalidad**
(principio de): art. 19, 8.
- Prostitución forzada**
en persona protegida: art. 46, 31.
- Protección**
de civiles ajenos al conflicto: art. 3º, 3;
de mecanismos de participación democrática: art. 16, 9;
de víctimas y vocación transformadora de políticas públicas: art. 50, 22;
y seguridad
(garantía de): art. 25, 7.
- Protesta social**: art. 2º, 2; art. 24, 14; art. 28, 39;
amnistía *de iure*: art. 3º, 39;
como delito de asonada: art. 3º, 37;
criminalización: art. 3º, 33-35;
de actores civiles: art. 3º, 34;
descriminalización como política restaurativa: art. 3º, 43;
(descriminalización de la): art. 3º, 36;
lineamientos generales de la directiva 008 de 2015: art. 3º, 45;
máximos responsables de la descriminalización: art. 3º, 36;
sujetos: art. 3º, 38.
- Providencia (s) judicial (es)**: art. 49, 3;
como relación de causalidad: art. 2º, 24.
- Proyecto de Reglas de Procedimiento de la JEP**: art. 24, 6.
- Prueba (s)**
(carga dinámica de la): art. 41, 21;
de oficio: art. 27, 3.
- Punto final**
(leyes de): art. 41, 11.
- PTN**: art. 26, 1.
- R —
- Razonabilidad**
(umbral de): art. 31, 11.
- Rebelión**: art. 15; art. 15, 2;
conducta de sujeto activo plural: art. 2º, 12.
- Reclutamiento**
de menores: art. 23; art. 46; art. 46, 13;
como delito no amnistiable: art. 52, 16;
condiciones de aplicabilidad de la LA: art. 52, 16;
forzado
no es objeto de amnistía o de indulto: art. 10, 16;
ilícito: art. 46, 13-14.
- Reconciliación**
(construcción de escenarios para): art. 4º, 5;
de la sociedad: art. 41, 28;
(principio de): arts. 25, 7; art. 33, 8.
- Reconocimiento**
de beligerancia: art. 1º, 38;
de las víctimas: art. 25, 7;
como principio orientador: art. 4º, 5;
de responsabilidad: art. 50, 4.
- Reconstrucción de la verdad**
componentes: art. 50, 15.

Recurso (s)

contra las resoluciones de la SDSJ: art. 49;
de apelación: art. 19, 15; art. 25, 10; art. 49, 1;
de reposición: art. 19, 15; art. 25, 10; art. 49, 1, art.
49, 7;
extraordinario de casación: art. 35, 21;
(improcedencia de): art. 40, 7.

Reestructuración de entidades estatales

experiencias internacionales: art. 50, 19.

Reforma (s)

a la justicia penal en América Latina
sistemas adversariales: art. 12, 10;
constitucional
vicio de competencia: art. 1º, 20;
rural
conflicto con propietarios: art. 1º, 47.

Refrendación

del Acuerdo de Paz
impacto político: art. 1º, 34;
del Congreso: art. 1º, 7;
popular
definición: art. 1º, 23;
del Acuerdo: art. 1º, 10;
directa y confrontación política: art. 1º, 46.

Régimen

constitucional y legal: art. 15, 1;
de condicionalidad (es): art. 19, 8; art. 24, 5; 25, 9;
art. 31, 6;
como consecuencia del principio de integralidad:
art. 5º, 25;
como medida de protección de víctimas: art. 5º,
27;
composición según LEAJ: art. 6º, 13;
consagrado en la Ley Estatutaria de la Adminis-
tración de Justicia en la JEP: art. 5º, 25;
decisión de la Corte Const: art. 54, 6;
de la LA: art. 1º, 35;
del SIVJNR: art. 6º, 14;
incumplimiento intencional de condiciones: art.
52, 25;
y principio de gradualidad: art. 6º, 14;
y principio de proporcionalidad: art. 6º, 14;
de infracciones graves: art. 46, 21;
de libertades: art. 34;
aplicados a los agentes del Estado: art. 55, 1-6;
como medida para recuperar la libertad: art. 51,
6;
previo: art. 51, 2;
privaciones de libertad injustificadas: art. 51, 10;
y concesión de beneficios definitivos: art. 51, 7;
y medidas que no definen una situación jurídica:
art. 53, 21.

Registraduría Nacional: art. 26, 4.

Registro de antecedentes penales: art. 48, 6.

Regla (s)

de Beijing: art. 28, 42;

de causalidad: art. 2º, 21;
general de libertades
condiciones de aplicabilidad: art. 37, 4.

Reglamento general de la JEP: art. 24, 6.

Rehenes

(toma de): art. 23; art. 30; art. 46.

Relación

de causalidad con el conflicto: art. 3º, 28;
de conductas con el conflicto armado: art. 28, 17;
art. 44, 5.

Renegociación del Acuerdo

presión de la sociedad: art. 1º, 4, 6.

Renuncia

a la persecución penal: art. 9º, 1; art. 14, 1; art. 31;
art. 31, 4; art. 34, 11; art. 45; art. 46; art. 51, 9;
como cosa juzgada: art. 51, 9;
como consecuencia de la libertad definitiva e
incondicional: art. 55, 3;
consecuencia jurídica: art. 7º, 6;
(efectos de la): art. 42, 1; art. 55, 4;
(otros aspectos de la): art. 48;
y el principio de seguridad jurídica: art. 61, 13;
y los delitos no amnistiables: art. 55, 5;
y Tribunal de Paz: art. 51, 9;
condicionada: art. 33, 16;
de la persecución del Estado
(prevalencia de la): art. 60, 5.

Reparación

de las víctimas: art. 14; art. 33, 10;
integral: art. 14, 14; art. 24, 6; art. 41, 7; art. 42;
de víctimas: art. 50, 4;

Repetición

(acción de): art. 42, 4.

Reposición

(recurso de): art. 49, 7.

Representación judicial

asignación obligatoria por del Estado: art. 60, 11.

Requisición arbitraria: art. 46, 34.

Requisito (s)

de acceso al beneficio penal: art. 14, 15;
del indulto del art. 24 LA
y la protesta social: art. 24, 14.

Resolución (es): art. 27, 2;

de conclusiones: art. 44, 4;
inhibitoria: art. 48, 3;
proferidas por la SDSJ: art. 31; art. 46, 1; art. 49.

Responsabilidad

administrativa: art. 48, 9;
del Estado
reconocido por el legislador colombiano: art. 10,
13;
disciplinaria
(efectos sobre la): art. 48, 9;

- equivalente en DIH: art. 3º, 6;
individual
(extinción de diversas formas de): art. 41, 1-2;
internacional del Estado: art. 10, 12;
declaración de la CorteIDH: art. 10, 11.
- Retiro de funciones estatales:** art. 50, 18.
- Revelación de secretos:** art. 46, 34.
- Revisión:** art. 48, 2;
(acción de): art. 25, 13; art. 48, 3;
(sentencia de): art. 41.
- Rule of law**
(discrecionalidad de): art. 13, 9;
idea de justicia: art. 12, 3.
- S —
- Sala**
de Amnistía e Indulto
ampliación de información: art. 27;
aplicación personal de amnistía: art. 22, 1-4;
(composición de la): art. 21, 1;
de la JEP: art. 16; art. 19; art. 19, 15; art. 21; art.
24, 1; art. 25, 2; art. 27; art. 40, 1;
de Definición de Situaciones Jurídicas: art. 24; art.
25; art. 25, 14; art. 28, 29; art. 30, 1; art. 47;
cláusula abierta a resolución: art. 55, 3;
(competencia y funcionamiento de la): art. 28, 1;
art. 28, 23; art. 29; art. 42; art. 43, 1; art. 44;
art. 44, 3; art. 44, 13; art. 45, 1, art. 45, 2;
(compromiso de someterse a): art. 51, 14;
(criterios de valoración de la): art. 30; art. 32, 1;
(estudio preliminar en): art. 32, 2;
(funcionamiento de la): art. 28; art. 44, 13; art.
45, 2;
(procedimiento ante la): art. 32, 4; art. 32, 10;
art. 42, 7;
(resoluciones proferidas por la): art. 31; art. 33, 1;
art. 46, 1; art. 49;
y agentes del Estado: art. 51, 14;
y otorgamiento de tratamientos penales especia-
les: art. 51, 6;
de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad y
Determinación de Hechos y Conductas: art. 25,
1; art. 25, 14; art. 28, 29; art. 32; art. 44, 4; art.
47, 3;
Guía para priorizar casos: art. 44, 11;
incidental
competencia: art. 7º, 10;
composición: art. 7º, 10;
creación: art. 7º, 10;
Penal de la CSJ: art. 23, 22;
actuación en solicitudes de amnistía: art. 3º, 20.
- Sanción (es)**
efectivas: art. 34, 6;
penal
(extinción de la): art. 24,2;
(sustitución de la): art. 31, 17.
- Satisfacción de derechos de las víctimas**
(contribución a la): art. 14, 1-2; art. 33.
- Sección de Revisión del Tribunal de Paz:** art. 45,
2; art. 49, 4.
- Secretaría Ejecutiva de la JEP:** art. 34, 13; art. 36;
art. 36, 7;
segundo control en otorgamiento de libertad transi-
toria: art. 53, 7;
y celeridad en el otorgamiento de la libertad transi-
toria condicionada y anticipada: art. 53, 25.
- Secretos**
(revelación de): art. 46, 34.
- Secuestro extorsivo:** art. 23, 20.
- Sedición:** art. 15; art. 15, 3; art. 19, 2;
- Seducción**
usurpación y retención ilegal de mando: art. 15; art.
15, 5.
- Seguridad**
jurídica: art. 5º, 8;
arreglos institucionales y normativos: art. 13, 2;
como garantía en los derechos fundamentales:
art. 13, 7;
como principio central del ordenamiento jurídico:
art. 61, 4;
de los excombatientes: art. 19, 8;
en el SIVJRN: art. 13, 2; art. 61, 4;
en la LA: art. 61, 4;
garantía según LA: art. 13, 4; art. 25, 11;
y la reincorporación civil y política: art. 13, 3;
pública
(delitos contra la): art. 16, 8.
- Sentencia (s)**
C-007 de 2018 y principio de integralidad: art. 6º,
14;
de extinción de dominio: art. 41, 20;
de la Corte Constitucional
efectos: art. 1º, 21;
de revisión: art. 41;
previas
(tratamiento de): art. 28, 6.
- Separación de poderes**
premisa mayor: art. 1º, 29.
- Servicio legal gratuito**
como mecanismo de regulación y diseño de instru-
mentos: art. 60, 12;
modalidad con financiamiento particular o estatal:
art. 60, 21.
- Servidor público:** art. 9º, 8; art. 17, 3; art. 44, 1;
(categorías del): art. 52, 6;
concepto según la Const. Pol. y el Acuerdo Final:
art. 52, 6;
(definición de): art. 9º, 5;
según la Constitución: art. 9º, 7.

Sistema

Autónomo de Asesoría y Defensa: art. 24, 6;
de defensa jurídica gratuita aplicado a los G. A. O.:
art. 60, 1;
de defensa técnica especializada
de miembros de la fuerza pública: art. 60, 14;
(características del): art. 60, 19;
objetivo: art. 60, 19;
de descriminalización de la protesta social
directiva de la FGN: art. 3º, 44;
de justicia transicional
participación de las víctimas: art. 53, 18;
de vigilancia electrónica: art. 36, #;
integral
mecanismos y medidas según el AL 01 de 2017:
art. 52, 19;
funciones no duplicadas: art. 6º, 11;
(instrumentos del): art. 6º, 9;
sujeto de verificación de la JEP: art. 6º, 12;
interamericano de derechos humanos: art. 14, 12;
SIVJRNR: art. 14, 2; art. 21, 1; art. 24, 5; art. 25, 2;
art. 27, 2; art. 31, 2; art. 33; art. 41; art. 41, 17;
art. 42;
aplicación simultánea: art. 9º, 3;
aspectos fundamentales: art. 9º, 2;
bases del componente de justicia: art. 9º, 3;
como legitimidad de las partes: art. 9º, 2;
(criterio de integralidad del): art. 14, 2;
(implementación del): art. 9º, 2;
objetivos del componente de justicia: art. 4º, 9;
principios básicos del componente de justicia:
art. 4º, 6;
solicitud a la Corte Const.: art. 54, 5;
Nacional de Defensoría Pública: art. 60, 18;
protección de derechos: art. 60, 24.

Sistematicidad: art. 46, 26.

Situación jurídica

(niveles de definición de): art. 28, 25-44.

Sociedad

(reconciliación de la): art. 41, 28.

Solicitud de conexidad y libertad: art. 37, 10;

acumulación de causas: art. 37, 11.

Sostenibilidad de la justicia post-acuerdo

y consolidación del Estado de derecho: art. 60, 23.

Subrogado penal

aplicado a los agentes de Estado condenados: art.
51, 16.

Sufragante

(fraude al): art. 16, 9.

Sujetos

del conflicto armado interno: art. 3º, 4;
extranjeros: art. 35, 5;
nacionales: art. 35, 6;
pasibles de la libertad condicional: art. 37, 5.

Suspensión

condicional de la ejecución de la pena
(efectos de la): art. 43; art. 43, 7;
de la ejecución de la pena: art. 31;
del ejercicio de funciones
condiciones para levantarla: art. 51, 22;
de miembros de la fuerza pública: art. 51, 21.

Sustanciación

(fase de): art. 32, 1; art. 32, 6.

Sustitución

de la sanción penal: art. 31, 17;
de principios constitucionales
e inexistencia de acto legislativo: art. 1º, 18.

Sustracción

de menores: art. 23; art. 30; art. 46, art. 46, 17;
no es objeto de amnistía o de indulto: art. 10, 16.

— T —

Técnica legislativa

(error de): art. 49, 2.

Tentativa: art. 16, 4; art. 17, 3.

Terceros civiles: art. 44, 2.

Terminación anticipada

en el marco de la JEP: art. 31, 3.

Terrorismo

como ámbito general de imputación de conductas:
art. 3º, 49;
como delito de rebelión: art. 2º, 15;
tratamiento punitivo: art. 2º, 13.

Tesoro público: art. 41, 19.

Test de condicionalidad: art. 28, 2.

Tipicidad

(principio de): art. 21, 12.

Tipos penales

(dispositivos amplificadores de los): art. 16, 4;
en Código Penal colombiano: art. 46, 4;
indeterminados: art. 3º, 42.

Toma de rehenes: art. 23; art. 30; art. 46;

no es objeto de amnistía o de indulto: art. 10, 16.

Tortura: art. 23; art. 30; art. 46; art. 46, 11-12.

Trámite legislativo

vía *fast track*: art. 16, 3.

Traslado forzoso de población: art. 46, 11.

Tratamiento (s)

de sentencias previas: art. 28, 6;
especial (es)
de investigación y juzgamiento: art. 51, 3;
diferenciado para agentes estatales: art. 2º, 19;
diferenciado y agentes del Estado: art. 51, 5;
simultáneo, equilibrado y equitativo: art. 55, 7;

penal diferenciado
y libertad transitoria condicionada: art. 51, 1;
penal (es) especial (es)
aplicado a delitos cometidos antes del Acuerdo
Final de Paz: art. 61, 12;
como requisito de seguridad jurídica: art. 61, 7;
(concepto de): art. 51, 2;
competencia: art. 51, 6;
condiciones: art. 50,4; art. 50,5;
conductas que no aplican: art. 10, 15;
(cumplimiento de condiciones para acceder a):
art. 50, 6;
definitivo. Renuncia a la persecución penal: art.
55, 2;
diferenciado: art. 2º, 3; art. 8º, 2; art. 9º, 1; art.
9º, 16;
(fines del): art. 6º, 3;
participación activa en CVR: art. 50, 14;
(principio del): art. 25, 8;
y régimen de libertades: art. 51, 10.

Trato simétrico

distinción entre partes del conflicto: art. 2º 4.

Tribunal (es)

ad hoc: art. 28, 17;
de Paz
y renuncia a la persecución penal: art. 51, 9;
para la Paz: art. 14; art. 25; art. 25, 15; art. 33, 3;
art. 48, 3;
penales internacionales
jurisprudencia: art. 9º, 12.

— U —

Umbral de razonabilidad: art. 31, 11.

Unidad

de Búsqueda de Personas Dadas por Desaparecidas:
art. 6º, 9; art. 14; art. 14, 13; art. 33; art. 33, 9;
art. 33, 15;
participación activa de agentes del Estado: art.
50, 14;
de Investigación y Acusación de la JEP: art. 24, 6;
art. 44,9.

Unión Europea

(apoyo de): art. 1º, 2.

Utilización ilegal

de uniformes e insignias: art. 16, 8.

— V —

Vacíos de impunidad: art. 21, 12.

Venezuela y Cuba

(colaboración de): art. 1º, 1.

Verdad

plena
(aportación de la): art. 25, 9;

procesal: art. 14, 12; art. 23, 13;
real: art. 14, 2; art. 25, 13.

Verificación

del cumplimiento de los condicionamientos: art.
14, 17;
de los acuerdos: art. 1º, 2.

Victimarios: art. 33, 5.

Víctima (s)

(condiciones de vulnerabilidad de las): art. 44, 11;
definición según la ley 448 de 2011: art. 52, 9;
derecho a la verdad: art. 50, 8, art. 33, 8;
en razón del género: art. 24, 6;
étnicas: art. 24, 6;
no combatiente: art. 9º, 12;
(políticas públicas para las): art. 50, 24;
(principio de centralidad de las): art. 24, 6;
(principio de participación de las): art. 24,6;
(reconocimiento de las): art. 25, 7;
(reparación de las): art. 14; art. 33, 10;
reparación simbólica y material: art. 50, 15;
(reparación integral de): art. 50, 4;
seguimiento de políticas públicas: art. 50, 27.

Vigilancia electrónica

(sistemas de): art. 36.

Violación (es)

a los DD. HH. y al DIH
deber de investigar, esclarecer, perseguir y san-
cionar: art. 10, 1;
deber de juzgar: art. 10, 3;
en el Sistema Interamericano: art. 10,2;
juzgar y perseguir son conceptos sinónimos: art.
10, 5.
de habitación ajena: art. 16.

Violencia

generalizada difusa: art. 3º, 4;
organizada
(contexto de): art. 28, 17;
sexual
(otras formas de): art. 46, 28;
sistemática: art. 46, 24.

Visa de residente especial de paz: art. 35, 6.

Vivienda

digna
(derecho fundamental a la): art. 41, 27;
familiar: art. 41, 27.

Voto fraudulento: art. 16, 9.

Vulneraciones de DD. HH.

obligación de garantizar la no repetición: art. 51, 24.

— Z —

ZVTN: art. 18; art. 19, 11- 23, art. 26, 1; art. 35P.

Notas

Notas

Notas

Notas

Notas

Notas

Notas

Notas

Notas

Notas

Notas

Notas

ESTE LIBRO SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LOS
TALLERES DE EDITORIAL NOMOS, EL TRES DE
MARZO DE DOS MIL DIECINUEVE, ANIVERSARIO
DEL NACIMIENTO DE HEINRICH DERNBURG
(n. 3, III, 1829 y m. 25, XI, 1907).

LABORE ET CONSTANTIA