Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

TÍTULO II

Objeto y principios

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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 estudia[1]. 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**

[1] Ver comentario de Pastrana al art. 1º LA en esta misma publicación.

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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.

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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. **4**

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", entiéndase, 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. **5**

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. **6**

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

[3] Ibíd., pág. 145.

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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 político[4]. 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 político[6].

[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.

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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 calificado[7]. 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.

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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 ampliados[8]. 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.

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

14 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).

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

15 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 inexequibilidad 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 rebelión[9]. 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 rebelión[10].

[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

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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 parágrafo, 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 amnistiables".

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 antecesores 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.

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

20 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.

21 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.

22 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.

23 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 armado[12].

[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-

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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 armado[14]. 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

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

27 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 parágrafo 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.

---

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.

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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 amnistiables 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.

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

I. Aclaración previa

Tal como se indicó respecto del art. 2º, el tema de la conexidad de las acciones con el conflicto armado es trasversal 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. **1**

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 circunstancias[1]. **2**

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 **3**

[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.

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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. 2º[3].

[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.

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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 ley[4]. 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)

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

> 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

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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 *nexo 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.

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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.

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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

16 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 armado[10].

17 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.

18 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.

19 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

[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.

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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.

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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].

23 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.

24 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 rebelión[14]. Es, como se dice, un caso claro de relación directa con el conflicto armado[15].

25 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 2017[16]. 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

[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.

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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).

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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 comprender[19]. 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.

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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 social[20]. 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.

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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.*

38 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.

39 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.

40 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.

41 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,

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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,

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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".

47 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.

48 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".

49 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.

50 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".

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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.

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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". **1**

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. **2**

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 **3**

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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 SIVJRNR, 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 (SIVJRNR)". Por cuestiones de espacio, no es

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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 Paz[1].

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". **7**

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". **8**

Son ejes trasversales 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". **9**

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. **10**

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

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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 ahora[2].

[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.

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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 Peac*e, 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 FARC[1]. 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

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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 garantía[2].

2 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

3 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.

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

expresión sombrilla que abarca objetivos y preocupaciones globales[3]. 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 estructural[6]. 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 recursos[8].

[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

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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 2017[9]. 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 interno[10]. **5**

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 hostilidades[12]. 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. **6**

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, **7**

---

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.

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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.

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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.

11 En diversos pronunciamientos, la Corte Const. ha precisado el contenido de la paz, entendida desde la triple categorización de derecho[18], deber[19] y finalidad[20] 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 particulares[21]. 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].

12 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.

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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 paz[25] y firmar los acuerdos derivados de los mismos[26].

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 II[29]. 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.

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

para Vivir en Paz[30], la Declaración sobre el Derecho de los Pueblos a la Paz[31] y la Declaración y el Programa de Acción sobre una Cultura de Paz[32].

A su vez, luego de varios esfuerzos de la sociedad civil[33] y discusiones al interior del Consejo de Derechos Humanos[34], el 19 de diciembre de 2016 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración sobre el Derecho a la Paz[35]. 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 componentes[36]. **17**

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 constitucionalidad[37]. Todos estos preceptos, por su parte, al darle **18**

[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.

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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 MJP[38], 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.

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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 transicional[43]. **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 fundamente, 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 inexequibles"[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.

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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 resolutiva 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 SIVJRNR 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 delinquir[48].

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 SIVJRNR, 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 JEP[49].

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.

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

no está exento de riesgos frente al posible margen de discrecionalidad judicial que podría implicar su aplicación en supuestos concretos de implementación de la LA[50]. En este sentido, la argumentación dada para justificar la decisión será un elemento determinante para evaluar el resultado del ejercicio de ponderación realizado[51]. 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.

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

Artículo 6º. *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-

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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 repetición[1]. 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 SIVJRNR. **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 SIVJRNR, 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 SIVJRNR 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.

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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 Sistema[2].

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 Sistema[3]. 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 fragmentado[4]. 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.

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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 Tierras[6]. En este contexto, el MJP se concibió con el propósito específico de establecer una estrategia integral de justicia transicional en el ordenamiento jurídico interno[7]. **6**

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 institucionalidad[8]. 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. **7**

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 **8**

[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).

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

pertinente realizar algunas precisiones sobre cómo está constituido el SIVJRNR, 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 SIVJRNR.

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 prerrequisito 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 verdad[9].

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.

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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 otro[10].

12 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 integralidad 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, renuncias, derechos y garantías del Acuerdo Final están sujetos a la verificación de la JEP[11].

13 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 edad[12]. 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.

14 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 víctimas[13]. 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 SIVJRNR[14]. 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.

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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 Acusación[15]. 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.

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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 repetición[16].

18 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 2018[17].

[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.

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

otras jurisdicciones[1]. Cabe aclarar que el principio de prevalencia se predica tanto del Acuerdo Final[2], como de la JEP[3] (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. **2**

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 conflicto[6], 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 **3**

[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.

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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 delitos[7]. En principio, los delitos cometidos por las FARC-EP con posterioridad a la firma del Acuerdo Final deben juzgarse en la jurisdicción ordinaria[8].

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 armado[9], 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 Ley[10]. 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 inexequible 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.

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

fiscal o "*de cualquier otro tipo*". Y, si bien el Capítulo V del Título III contiene disposiciones sobre los efectos de la amnistía[11] y la renuncia a la persecución penal[12], 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-EP[13] y de la fuerza pública[14]. **7**

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. **8**

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* **9**

[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.

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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 concepto[15]. 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 reparará[16].

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 Jurisdicción[17]. 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 descrita[18].

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 inexequible 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 jurídico[19].

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 Santrich[20] 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 Constitución[21].

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.

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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 servicios[22]. 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 indulto[23].

Se destaca una disposición específica acerca de suspensión de funciones y atribuciones en relación con los integrantes de la fuerza pública. El art. 48 parágrafo 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 delinquir[24].

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.

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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*,

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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
1 politico" 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 armado[1]; esto como una expresión jurídica que articula derecho nacional e internacional[2]. 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 1991[3]. En el plano constitucional se

[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*

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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 transitorias[5], las cuales tienen estas mismas finalidades[6].

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 conexos[7]. 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 cometidos 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.

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

según el lugar y el momento[8]. 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 político[9], 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 conexos[10]. 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 vigente[11]. 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 delito[12], 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". **3**

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 **4**

[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.

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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.

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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 Cancino, "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*, Nº 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.

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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, Judgement, 2 de septiembre de 1998; TPIR, Prosecutor v. Akayesu (ICTR-96-4-A), Appeals Chamber, Judgement, 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

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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

1 El art. 9º, así como las demás normas de la LA que se refieren a agentes del Estado[1], 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 mismo[2]. Incluso, algunos militares en retiro expresaron preocupaciones en este

[1] Ver comentario a los arts. 45 y ss.

[2] Durante el tiempo que duró le 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).

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

sentido[3]. 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 ordinaria[5]. La fórmula "tratamiento penal especial diferenciado, simétrico, equitativo, equilibrado y simultáneo" que se encuentra en el Acuerdo de Paz[6] 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 penal[7]. 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 especiales[8].

[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.

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

2 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 específica 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 imparcial[14], 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 Derecho[15], en la medida en que ningún tipo de actor ni de víctimas debe ser excluída *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", pubicado 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-*

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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 SIVJRNR. El punto 15 reitera que el SIVJRNR 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 cuarto[18]. 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.

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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 pública[20], 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).

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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 públicas[21].

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 municipales[22]. 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 oficiales[24]. 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.

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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 control[25].

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 Nacional[27]. 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 pública[28]. 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 normas[29]. 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.l, 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

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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 calificado[31]. De hecho, la misma Corte Const. ha reconocido que se trata de una "asimilación" que por razones prácticas realiza la legislación penal ordinaria[32]; 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 contra[33]. 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".

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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 pronunciar[35].

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

9 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.

10 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 cometida[37]. 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

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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 guerra[38].

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 específico[39], 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 nacionales[40], 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, Judgement, 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, T*reatise 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.

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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 23[41], 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 Paz[42].

12 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 hostilidades[45]. 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 bélicas[46]. 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. 9º[47]. Como ejemplo se puede mencionar el hecho de que

[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

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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 perpetrador[48].

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 contextual[49], 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.

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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 circunstancia[50], 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 enfrentados[51] (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 guerra[52].

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"*.

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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 guerra[55]– 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.

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

puede fundamentar por sí mismo y *a priori* dicha conclusión[56]. 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. **16**

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 parágrafo del art. 23 LA, no se podrán considerar como conexos 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 **17**

[56] Con relación al criterio de condición de combatiente del perpetrador para determinar que se ha cometido un crímenes 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.

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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 distintas[59]. 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 firma[61] 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?", pubicado 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.

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

"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 llegado[63] 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 2016[64]. 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.

[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 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.

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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 **1**

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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 Paz[1] 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 colombianos[2].

3 Así, la CorteIDH ha interpretado que el deber de investigar, *juzgar* y sancionar[3], a pesar de que no se encuentra comprendido expresamente en la CADH[4], 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-1 (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 reperaciones, 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.

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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.

4 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 responsables[5]. Esta conclusión ha sido extraída por la Corte Const. a partir de la jurisprudencia de la CorteIDH[6]. 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 DIH[7]. 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

[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.

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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 Derecho[8].

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 CADH[9]. 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 significativas[10]. 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.

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

de juzgar y perseguir como sinónimos[11]. 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. **6**

En el DIDH, especialmente en el seno de la CorteIDH[12], 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 pena[13]. Si bien parece que ha surgido una tendencia a aceptar una flexibilización de la obligación en procesos de JT[14], existe consenso respecto **7**

[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 paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2005, pág. IX; De Greiff, "Los esfuerzos de

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

a que dicha adecuación no debe ser arbitraria o ilimitada[15]. 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 víctimas[16] con la búsqueda de la paz.

8 A pesar de que la discusión ha tenido múltiples aristas[17], 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

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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 ocurrió[20]–, 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 Abdülsamet 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.

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

como un control de convencionalidad por parte de órganos internacionales, especialmente del Tribunal Interamericano[21].

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 CorteIDH[22] 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.

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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.

12 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".

13 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 redunda 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 LA[24].

14 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 normativa[27].

[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 limites 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.

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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 especiales[28].

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 guerra[29], 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 consagraría 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 excluidos[30]. 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.iccnow.org/documents/ColJuristasdemanda.pdf. Cfr. Acosta/Espitia, *Pasado, presente y futuro de la JT en el sistema interamericano de derechos humanos*, en prensa, 2017.

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

La discusión sobre la materia, en parte, quedó superada ya que la Corte Const. declaró la inexequibilidad 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 sistemática[31] – 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 político[32].

[31] Tal definición se encontraba contemplada en el MJP.

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

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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 Paz[1]. 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

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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 humana[3]. **3**

Varios tratados e instrumentos internacionales universales y regionales contienen previsiones que proveen un marco *pro homine* de interpretación[4]. Estas previsiones han permitido el desarrollo de aproximaciones interpretativas *pro homine* en los organismos y tribunales de derechos humanos[5]. **4**

La Corte Constitucional colombiana también ha adoptado este criterio de interpretación para establecer el contenido de los derechos fundamentales[6]. **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.

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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 penal[9]. 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 conducta[10]. 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 favorable[11]. 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).

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

nueva ley es más benigna que la anterior, en este caso la nueva ley se aplicará a hechos cometidos con anterioridad a su vigencia[12].

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 hecho[15]. **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.

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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 ultractiva[16]. 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 penal[18].

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).

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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

14

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.

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 Paz[19]. 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).

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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 diferente[21].

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 favorabilidad[23]. La Corte Const. ha precisado que aunque el principio de favorabilidad es garantía fundamental y el SIVJRNR 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 involucrados[24].

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 1 de 2017.

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

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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 indultables[25].

18 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 diversas[26].

19 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 SIVJRNR 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 procesado[27].

[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.

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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 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; 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,

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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; Claus 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 Nº 50/00, 13 de abril de 2000, Caso Figueredo Planchart; Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 13; Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº R.12/52, Sergio Euben López Burgos c. Uruguay, 29 de julio de 1981; Comunicación Nº 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 Nº 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 Nº 526/1993, Michael y Brian Hill c. España, 2 de abril de 1997; Comunicación Nº 615/1995, Byron Young c. Jamaica, 4 de noviembre de 1997; Comunicación Nº 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 Nº 610/1995, Nicholas Henry, 20 de octubre de 1998;

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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 SIVJRNR deben respetar los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa[1]. 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 judicial[3]. 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.

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

los poderes del Estado[4]. 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 proceso[5].

Otra finalidad fundamental del debido proceso es la defensa y preservación de la justicia[6]. La CorteIDH ha precisado esta finalidad en los siguientes términos: **5**

> "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 administrativas[8]. 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]. **6**

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 juez[10]. **7**

[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.

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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 siguientes[11]:

• Derecho a ser oído por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad a la ley[12].

• Derecho a ser juzgado en un plazo razonable, sin dilaciones indebidas[13].

• Presunción de inocencia[14].

[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 Nº 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 Nº 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 Nº 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.

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

• Derecho a ser notificado de las acusaciones o de la existencia del procedimiento en un idioma que comprenda, sin demora[15].

• Derecho a la asistencia gratuita de un traductor o intérprete[16].

• Derecho a contar con el tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa[17].

• Derecho a la asistencia jurídica –por un defensor de su elección o un defensor de oficio– o a defenderse personalmente[18].

• Derecho a presentar evidencia, a obtener la comparecencia de testigos de descargo y a interrogar a los testigos[19].

[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 Nº 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 Nº 526/1993. Michael y Brian Hill c. España, 2 de abril de 1997; Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº R.12/52. Sergio Euben López Burgos c. Uruguay, 29 de julio de 1981; Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº 240/1987. Collins c. Jamaica, 1º 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

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

• Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable[20].

• Principio *ne bis in idem*[21].

• Derecho a la doble instancia[22].

El derecho de defensa precisa algunos comentarios adicionales, en tanto ha sido considerado como el aspecto básico o esencialísimo del debido proceso[23]. 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 oficio[24]. 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 suficientes[25].

Humanos, Comunicación Nº 610/1995, Nicholas Henry, 20 de octubre de 1998; Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº 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 Nº 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 Montejo 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.

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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 aplicación[26].

III. Debido proceso y participación de las víctimas[27]

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 penal[29]. Estos desarrollos jurisprudenciales han permitido afirmar que los derechos de las víctimas a participar en los procedimientos son una manifestación del debido proceso[30]. Cabe aclarar que el alcance del derecho a la participación en el proceso penal ordinario está en disputa tanto internacional como nacionalmente[31]. **9**

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.

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

10 víctimas con el modelo adversarial[32]. 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 penal[33].

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 judiciales[34].

[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, interrogue 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

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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 víctimas[35]. La justicia restaurativa[36] 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 daños[37]. 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 transicional[38].

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.

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

13 De acuerdo con el art. transitorio 5º inc. 9º del AL 01 de 2017, la ley regulará la participación de las víctimas[39]. 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 SIVJRNR. 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.

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

amnistía o su aplicación[41]. 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].

16 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 otros[43].

17 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 1820[44].

[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.

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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-

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

mino_la_guerra.pdf; Secretariado Nacional de Pastoral Social – Cáritas Colombia. La implementación del acuerdo de paz: Oportunidades y desafíos, julio de 2017, disponible en: http://caritascolombiana.org/wp-content/uploads/2017/08/SNPS-Implementacion-acuerdo-paz.pdf.

1 En las negociaciones de paz uno de los problemas principales suele ser cómo mejorar las perspectivas para estabilizar la paz y consolidar la transición[1]. 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 jurídico[2].

2 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 duradera[3]. 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].

3 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.

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

garantizar la no repetición y el tránsito a una comunidad política integrada[5]. Algunos estudios han demostrado que otorgar seguridad jurídica a los excombatientes es prerrequisito para el éxito de su reincorporación a la vida civil y política[6].

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 material[7]. La cosa juzgada es una de las garantías básicas del debido proceso[8]. 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 adicionales[9].

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 TPIY[10]. 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.

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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 judiciales[12]. 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. **6**

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]. **7**

[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 inexequibles 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 inexequibles 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 inexequibilidad 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

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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 legislativa[14] han generado dificultades en su implementación desde los primeros meses de vigencia[15]. 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 prácticos[16]. 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

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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 caso[17]. Algunos actores, como Human Rights Watch[18], han señalado que la ley contiene ambigüedades e imprecisiones en torno a los potenciales beneficiarios y a los delitos no amnistiables o indultables[19]. 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 leyes[20]. 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 completamente[21]. 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. **9**

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: **10**

> "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 amnistiables 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.

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

> 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 paz"[22].

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 aplicación[23].

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 DI[24]. 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).

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

12 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).

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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 and 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

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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 repetición[1], 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

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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 2014[2].

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 fundamenta[3], 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.

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

de reparar a las víctimas. No hacerlo implicará la pérdida de los beneficios, lo cual debe ser controlado por la JEP[5].

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]. **3**

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 Estado[7].

[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

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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 DIH[8], en decisiones judiciales tanto de tribunales internacionales[9] como nacionales[10], 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".

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

internacionales[11], 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 internacional[12].

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 víctimas[13]. 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 and 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

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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 Bangladesh[15], la República de Congo[16] y Sudáfrica[17], 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 Comisisón de la Verdad y Reconciliación, se establece: "the granting of amnesty to persons who make full disclosure of all

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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 víctimas[18].

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).

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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.

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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 víctimas[23]. 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 jurisprudencia[24] 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.

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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 pactado[25].

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 víctimas[26]. 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

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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].

10 Esta vaguedad no solo puede afectar los derechos de las víctimas, sino que, entendiendo 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.

11 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.

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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 reparación[29]. Igualmente, en este documento se estableció que las víctimas tienen derecho a solicitar y obtener información sobre las causas de su victimización[30].

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 expresión[31]. En ese sentido, la CorteIDH[32] 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 internacionales[33].

[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,

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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 proscribe 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".

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

diferentes mecanismos existentes para alcanzar cada una de estas, entendiendo la importancia de las CVR para alcanzar la verdad histórica[34].

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 SIVJRNR, 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 restitu-

[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.

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

ción, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición[36]. 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 SIVJRNR– 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.

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

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 SIVJRNR; 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 apropiados[38].

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 LA[39], 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.

DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home