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 IV

Tratamientos penales especiales diferenciados para agentes del Estado

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

Competencia y funcionamiento de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas

Artículo 44. *Sala de Definición de Situaciones Jurídicas*. La Sala de Definición de Situaciones Jurídicas también tendrá la función de conceder a los agentes del Estado la renuncia a persecución penal, como uno de los mecanismos de tratamiento penal especial diferenciado, de acuerdo con lo establecido en la presente ley.

Las competencias de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas previstas en el Título III de esta ley también se aplicarán en lo pertinente a los agentes del Estado para hacer efectivo lo establecido en el presente Título.

Literatura: Gustavo Cote/ Diego Tarapués, "El marco jurídico para la paz y el análisis estricto de sustitución de la Constitución realizado en la sentencia C-579 de 2013", en K. Ambos (coord.), *Justicia de transición y Constitución*, Bogotá, Edit. Temis, 2014, págs. 197-271; Diego López, "Recomendaciones para la elaboración de estrategias de priorización de casos en el marco de la Ley de Justicia y Paz", en *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Nº 17, julio-diciembre de 2010, págs. 63-86; John Zuluaga, "Alcance del artículo 1º inciso 4º del Acto Legislativo 01 de 2012. De la consolidación de la paz y la selección y priorización en la investigación penal", en K. Ambos (coord.), *Justicia de transición y Constitución*, Bogotá, Edit. Temis, 2014, págs. 155-196.

Jurisprudencia internacional: TPIY, Prosecutor v. Kunarac *et al.* (IT-96-23 & IT-96-23/1-A), Appeals Chamber, Judgement, 12 de junio de 2002.

Jurisprudencia nacional: Corte Const., sents. C-579 de 28 de agosto de 2013, C-936 de 23 de noviembre de 2010, C-291 de 25 de abril de 2007 y C-694 de 11 de noviembre de 2015; CSJ, Sala de Casación Penal, sents. de 30 de marzo de 2016 (rad. 39842), de 30 de abril de 2014 (rad. 43248) y de 28 de agosto de 2013 (rad. 36460).

Otros documentos: Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, versión de 24 de noviembre de 2017, disponible en: https://www.mesadeconversaciones.com.co/comunicados/acuerdo-final-para-la-

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

terminaci%C3%B3n-del-conflicto-y-la-construcci%C3%B3n-de-una-paz-estable-y-1 (última fecha de consulta: 13 de febrero de 2017); Informe de ponencia para segundo debate en Senado al proyecto de acto legislativo núm. 14 de 2011 Senado, 094 de 2011 Cámara, en *Gaceta del Congreso*, Senado de la República, año xx, núm. 948, 7 de diciembre de 2011, Bogotá; Acta núm. 30 de 2012, Comisión Primera Constitucional Permanente, en *Gaceta del Congreso*, Cámara de Representantes, año xxi, núm. 269, 24 mayo 2012, Bogotá; ONU, Asamblea General, Report of the Special Rapporteur on the promotion of truth, justice, reparation and guarantees of non-recurrence, Pablo de Greiff (Doc. A/HRC/27/56), 27 de agosto de 2014; CPI, Office of the Prosecutor, Prosecutorial Strategy 2009-2012, 1º de febrero de 2010; Anteproyecto, Guía de priorización de casos y situaciones en la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, JEP, mayo de 2018, disponible en https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Documents/ANTEPROYECTO%20GU%c3%8dA%20DE%20PRIORIZACI%c3%93N%20SRVR.pdf, fecha de consulta: 5 de julio de 2018; Informe de conciliación al proyecto de ley estatutaria 08 de 2017 Senado y 016 de 2017 Cámara, *Gaceta del Congreso*, Senado y Cámara, Año XXVI, No. 1109, 28 de noviembre de 2017.

I. Introducción

1 El art. 44 LA atribuye a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas competencia para conceder a los agentes del Estado la renuncia a la persecución penal, la cual constituye tal vez uno de los beneficios más importantes que se han previsto en el marco de los mecanismos de JT establecidos como resultado del Acuerdo de Paz para casos en los que están involucrados, por ejemplo, miembros de las fuerzas militares. Dicho beneficio así como el procedimiento para otorgarlo se encuentran definidos en los arts. 46 y ss. de esta misma ley[1]. En el primer inciso del art. 44 se advierte expresamente que la renuncia a la persecución penal se concede a los agentes del Estado "como uno de los mecanismos de tratamiento penal especial diferenciado". Esta expresión remite implícitamente al art. 9º LA, en donde se establece que el tratamiento que se debe dar a los miembros de las FARC y a los agentes del Estado será distinto, aunque en todo caso siempre debe ser "simétrico, simultáneo, equilibrado y equitativo". Dado que el art. 9º constituye uno de los principios de la LA, la aplicación del art. 44 así como de las disposiciones subsiguientes y, en general, de todo el Título IV de la LA debe tener como base lo dispuesto en él y en las normas que lo complementan[2].

[1] Ver comentarios a estas disposiciones en esta obra.

[2] En este sentido, aquí también es relevante el art. transitorio 17 AL 01 de 2017, que define qué se entiende por agentes del Estado. Ver comentario al art. 9º LA en esta misma obra, en donde se contrasta la definición de "agentes del Estado" contenida en esta norma con la definición de "servidor público" hecha en el art. 20 de la Const. Pol.

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 inc. 2º del art. 44 establece que la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas podrá ejercer las competencias establecidas en el Título III de la LA "en lo pertinente a los agentes del Estado", con el fin de hacer efectivo lo establecido en el Título IV. El Título III (arts. 15-43 LA) regula las amnistías, indultos y otros tratamientos penales especiales con relación a los miembros de las FARC[3], a terceros civiles que no hayan tenido participación determinante en los hechos más graves y representativos[4], así como a personas sancionadas por conductas cometidas en el marco de disturbios públicos o en el ejercicio de la protesta social[5]. Sin embargo, en las normas que componen este Título también se hacen varias referencias a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas que deben tenerse en cuenta en la aplicación de los arts. 45 y ss. respecto a los agentes del Estado. En este sentido, se deben mencionar en especial los arts. 28 y 31 LA[6]. **2**

El art. 28 LA contiene un catálogo de funciones de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, de las cuales al menos seis son relevantes en la aplicación del Título IV[7]. Con el fin de plantear algunas consideraciones breves al respecto, estas seis funciones se pueden agrupar en tres clases: (i) definición de la situación jurídica en diferentes tipos de supuestos, en los que no solamente se pueden encontrar miembros de las FARC o civiles sino también agentes del Estado[8], (ii) establecimiento de la relación entre el conflicto armado y las conductas sobre las cuales dicha Sala se debe pronunciar[9], y (iii) definición de criterios de selección y priorización con el fin de organizar su trabajo[10]. **3**

---

y se concluye que, aunque la expresión "agentes del Estado" en el contexto de la LA no solo incluye a miembros de la fuerza púbica, no cobija a particulares que hayan tenido la condición de servidores públicos al haber desempeñado funciones estatales.

[3] Ver por ejemplo arts. 17, 18 y 19 LA así como los comentarios a dichas disposiciones incluidos en esta obra.

[4] Ver art. 28 (6) y (7) LA así como el comentario incluido en esta obra.

[5] Ver arts. 24 y 28 (9) LA así como el comentario incluido en esta obra.

[6] Para un análisis con más detalle de estas disposiciones ver el comentario respectivo en esta publicación.

[7] Estas funciones fueron enunciadas en un principio en el punto 50 del acápite sobre justicia del Acuerdo de Paz. Ver Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, versión de 24 de noviembre de 2017, apartado 5.1.2., punto 50, disponible en: https://www.mesadeconversaciones.com.co/comunicados/acuerdo-final-para-la-terminaci%C3%B3n-del-conflicto-y-la-construcci%C3%B3n-de-una-paz-estable-y-1 (última fecha de consulta: 18 de julio de 2017).

[8] Ver art. 28 (1), (2), y (6) LA y comentario en esta publicación.

[9] Ver art. 28 (4) LA y comentario en esta publicación.

[10] Ver art. 28 (3) y (7) y comentario en esta publicación.

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. Supuestos en los que la Sala debe definir la situación jurídica de agentes del Estado

4 La Sala de Definición de Situaciones Jurídicas será competente para definir la situación de agentes del Estado al menos en tres supuestos distintos. En primer lugar, según lo dispone el num. 1 del art. 28 LA, esta Sala debe definir la situación jurídica de aquellas personas que no serán objeto de amnistía ni indulto y que tampoco serán incluidas en la resolución de conclusiones (esto mismo parece repetirse en el num. 5 del art. 28). La resolución de conclusiones es un documento que debe ser presentado por la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad y Determinación de los Hechos y Conductas al Tribunal para la Paz[11], en el cual se debe informar sobre las conductas que fueron reconocidas ante ella así como las sanciones correspondientes. En consecuencia, la Sala de Reconocimiento de Verdad debe entregar a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas dos listas de personas: una en donde se indique quiénes no se beneficiarán de la amnistía ni del indulto "de hecho, estos beneficios no son procedentes para agentes del Estado" y tampoco se incluirán en la resolución de conclusiones, y otra en donde señalará quiénes no serán llamados a responder ante el Tribunal de Paz, "por la razón que fuere"[12]. La Sala de Definición de Situaciones Jurídicas deberá pronunciarse entonces sobre la situación de los agentes del Estado que sean mencionados en estas listas. En segundo lugar, la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas debe establecer el tratamiento que se dará a las sentencias dictadas previamente por los jueces penales con fundamento en conductas de competencia de la JEP. Dado que el num. (2) del art. 28, en el cual se establece esta función, no hace ninguna distinción al respecto, dicha Sala también es competente entonces para definir el tratamiento de las sentencias condenatorias que, por ejemplo, la justicia penal ordinaria haya proferido en contra de agentes del Estado. En tercer lugar, de acuerdo con el num. 6 del art. 28, esta Sala también debe pronunciarse sobre la situación de aquellas personas que estén siendo investigadas por conductas de competencia de la JEP y acudan ante ella, ante lo cual debe decidir si procede el beneficio de la renuncia a la persecucuión penal o disciplinaria o si debe remitir el caso a alguna otra Sala de la JEP[13]. La única condición que contempla el num. 6 es que la persona no pertenezca a una organización rebelde, razón por la cual los agentes del Estado también están incluidos en esta disposición.

[11] Ver Acuerdo Final (nota al pie 7), apartado 5.1.2., punto 48 (m).

[12] Ibíd., punto 48 (p).

[13] Como a la Sala de Reconocimiento o a la Sala de Amnistía e Indulto.

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. Calificación de la relación de la conducta con el conflicto armado

5 Adicionalmente, como ya se mencionó, la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas es competente para establecer la relación que las conductas sobre las cuales se debe pronunciar tienen con el conflicto armado y, además, para definir criterios de selección y priorización con el fin de organizar y hacer más eficiente su trabajo. Con relación a la primera de estas dos funciones, establecida en el num. 4 del art. 28 LA, es preciso decir que la Sala debe tomar como punto de partida lo establecido en el art. transitorio 23 previsto en el AL 01 de 4 de abril de 2017, en el cual se enuncian varios criterios para establecer cuando una conducta ha sido cometida "por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado"[14]. Como se explicó en el comentario del art. 9º LA incluido en esta obra, dichos criterios fueron establecidos por la Sala de Apelaciones del TPIY en el caso *Kunarac et al*[15]. y en general han sido desarrollados por la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales, la cual constituye un punto de referencia obligado en esta materia[16].

[14] De acuerdo con el art. transitorio 23 AL 01 de 2017: "Para el efecto se tendrán en cuenta los siguientes criterios: a. Que el conflicto armado haya sido la causa directa o indirecta de la comisión de la conducta punible o, b. Que la existencia del conflicto armado haya influido en el autor, partícipe o encubridor de la conducta punible cometida por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto, en cuanto a: Su capacidad para cometerla, es decir, a que por razón del conflicto armado el perpetrador haya adquirido habilidades mayores que le sirvieron para ejecutar la conducta. Su decisión para cometerla, es decir, a la resolución o disposición del individuo para cometerla. La manera en que fue cometida, es decir, a que, producto del conflicto armado, el perpetrador de la conducta haya tenido la oportunidad de contar con medios que le sirvieron para consumarla. La selección del objetivo que se proponía alcanzar con la comisión del delito".

[15] Ver TPIY, Prosecutor v. Kunarac *et al.* (IT-96-23 & IT-96-23/1-A), Appeals Chamber, Judgement, 12 de junio de 2002, párr. 58. Al respecto ver también comentarios de Aponte a los arts. 2º y 3º LA.

[16] Ver comentario al art. 9º incluido en esta publicación y especialmente las notas al pie 35-37, 41-46 y 49 en donde se indica la jurisprudencia relevante. Ver, además, el art. 5º AL 01 de 2017, en el cual se establece que la calificación jurídica de las conductas en la JEP se hará con base en el CP "y/o en las normas de Derecho Internacional en materia de [...] Derecho Penal Internacional". Aunque se debe señalar que la expresión "y/o" resulta bastante confusa, especialmente con relación a la pregunta sobre cuál debe ser el Derecho (material) aplicable y la relación entre el Derecho interno y el internacional. Con mayor razón si se tiene en cuenta que la misma norma establece que siempre se debe dar aplicación al principio de favorabilidad. Esto debe ser establecido por las instituciones que integran la JEP una vez comiencen a operar.

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

Estos criterios han sido acogidos por la Corte Const. para interpretar los tipos penales previstos en el Código Penal mediante los cuales se criminalizaron en el país las conductas que atentan contra personas y bienes protegidas por el DIH[17]. De hecho, en Colombia ya existe un desarrollo jurisprudencial importante al respecto, por ejemplo, por la CSJ[18], el cual también debe ser tenido en cuenta por la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas tanto para casos que involucran mienbros de las FARC como agentes del Estado.

IV. Definición de criterios de selección y priorización

6 Según el num. 3 del art. 28 LA, la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas debe determinar "los posibles mecanismos procesales de selección y priorización para quienes no reconozcan verdad y responsabilidad", con el fin de administrar pronta y cumplida justicia. Algo similar se contempla en el num. 7 de esta misma norma, según la cual "para asegurar el funcionamiento eficiente, eficaz y célere de la JEP la Sala podrá fijar prioridades y adoptar criterios de selección y descongestión"[19]. Este tipo de criterios pueden afectar o ser aplicados tanto a miembros de las FARC como a civiles o a agentes del Estado. Al respecto es posible plantear varios interrogantes, relacionados especialmente con el alcance de dicha función.

[17] Ver Corte Const., sent. C-291 de 25 de abril de 2007, lit. D. num. 1.2.3.

[18] Al respecto ver el comentario a los arts. 2º y 3º LA en esta misma publicación. Igualmente, ver las siguientes decisiones de la CSJ: Sala de Casación Penal, sents. de 30 de marzo de 2016 (rad. 39842), párr. 4; de 30 de abril de 2014 (rad. 43248), consideración 3.5.1., págs. 51 y ss.; de 28 de agosto de 2013 (rad. 36460), consideración 3. (La violación del Derecho Internacional Humanitario), pág. 20.

[19] Según el num. 7 del art. 28 LA la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas "podrá tener en cuenta las observaciones de las víctimas". Esta disposición es problemática ya que según el Acuerdo de Paz las víctimas "*deberán* ser oídas en los supuestos de priorización y selección de casos" (cursivas por fuera del texto original), ver Acuerdo Final (nota al pie 7), apartado 5.1.2., punto 20. De manera que se debe esperar a que se expida el régimen procesal concreto de la JEP para establecer cuál será el papel real de las víctimas cuando se tomen estas decisiones. Además, ya una vez la Corte Const. se pronunció sobre la necesidad de que en casos en los que se renuncie al ejercicio de la acción penal se otorguen suficientes garantías de participación a las víctimas, sobre todo cuando se trata de desmovilizados de grupos armados frente a los cuales existe la sospecha de que han cometido crímenes graves. Al respecto ver Corte Const., sent. C-936 de 23 de noviembre de 2010, párrs. 52 y ss., mediante la cual se declaró inexequible el num. 17 del art. 2º de la Ley 1312 de 2009, con la cual se pretendió autorizar la aplicación del principio de oportunidad a desmovilizados de los grupos de autodefensas en el marco de la LJP.

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 En primer lugar, se debe preguntar si en este contexto "selección" y "priorización" son conceptos distintos. Para responder a este interrogante es posible tener en cuenta las discusiones que se dieron durante el proceso de aprobación del AL 01 de 31 de julio de 2012 o MJP. Este AL incluyó el art. transitorio 66 en la Const. Pol., mediante el cual se reconoció que "tanto los criterios de priorización como los de selección son inherentes" a los instrumentos de JT[20]. En los debates que tuvieron lugar en el Congreso de la República se precisó que los criterios de "selección" hacen referencia a criterios que permiten decidir cuáles casos se van a investigar y a juzgar y cuáles no, es decir que la selección supone renunciar al ejercicio del poder sancionador del Estado, mientras que los criterios de priorización únicamente permiten establecer en qué orden se adelantarán los procesos penales, dependiendo de cuáles conductas interesa juzgar primero y cuáles pueden esperar[21]. En el contexto de la JEP nada indica que esta distinción deba abandonarse. De hecho, el mismo art. 28 LA se esfuerza por mencionar estos dos conceptos separadamente e incluso el

[20] Este reconocimiento constituyó un paso importante, ya que a partir de la experiencia que se tuvo con la aplicación de LJP el Estado colombiano se vio en la necesidad de aceptar que la pretensión de investigar y juzgar todos los hechos que constituyen violaciones de DD. HH. e infracciones graves al DIH se enfrenta con obstáculos muy difíciles de superar, como la escasez de tiempo, la limitación de recursos humanos y financieros, etc. Con esta norma se quería subrayar no solamente la importancia de diferenciar entre casos graves o atroces y no graves, sino también la necesidad de seleccionar dentro del universo de casos graves aquellas violaciones que más interesa aclarar y sancionar (a pesar de que la Corte Const. en la sent. C-579 de 2013 afirmó equivocadamente que el MJP no suponía la posibilidad de dejar de investigar todas las violaciones de DD. HH., ver en especial apartado 8.3.2. (iv) (i): "la obligación de la Fiscalía General de la Nación es encausar *todas* las graves violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario, establecer si constituyen delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra y en ese caso imputarlos al menos a un responsable"). Al respecto ver Cote/Tarapués, "El Marco Jurídico para la Paz y el análisis estricto de sustitución de la Constitución realizado en la sentencia C-579 de 2013", en K. Ambos (coord.), *Justicia de transición y Constitución*, Bogotá, Edit. Temis, 2014, págs. 206 y ss., 213-215, 253, 268-261; sobre la llamada "tesis maximalista" en la investigación penal ver Zuluaga, "Alcance del artículo 1º inciso 4º del Acto Legislativo 01 de 2012. De la consolidación de la paz y la selección y priorización en la investigación penal", en K. Ambos (coord.), *Justicia de transición y Constitución*, Bogotá, Edit. Temis, 2014, págs. 179 y ss.; López, "Recomendaciones para la elaboración de estrategias de priorización de casos en el marco de la Ley de Justicia y Paz", en *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Nº 17, julio-diciembre de 2010, págs. 63 y ss.

[21] Ver Informe de ponencia para segundo debate en Senado al proyecto de AL núm. 14 de 2011 Senado, 094 de 2011 Cámara, en *Gaceta del Congreso*, Senado de la República, año xx, núm. 948, 7 de diciembre de 2011, Bogotá, pág. 13; Acta núm. 30 de 2012, Comisión Primera Constitucional Permanente, en *Gaceta del Congreso*, Cámara de Representantes, año xxi, núm. 269, 24 mayo 2012, Bogotá, págs. 5 y ss.

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

num. 7 conecta la selección de casos con la idea de descongestión, lo cual sugiere que la selección aquí también supone renunciar a la investigación y juzgamiento de ciertos casos.

8 Dado que la selección y priorización tienen efectos distintos frente a los posibles responsables de una conducta delictiva y, por lo tanto, su impacto, por ejemplo, frente a los derechos de las víctimas también es diferente, en el MJP se estableció que los criterios de priorización serían definidos por el Fiscal General de la Nación, mientras que los criterios de selección podrían ser establecidos por el Congreso de la República mediante una ley estatutaria. Sin embargo, el art. 28 LA atribuye a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas la competencia para establecer los dos tipos de criterios. Cabría preguntarse entonces sobre la conveniencia de este cambio de posición, ya que la decisión sobre los supuestos en los que es procedente la renuncia a la persecución penal, es decir la renuncia al ejercicio de una de las funciones fundamentales del Estado, pareciera ser asunto que ameritaría un mínimo de discusión democrática. En todo caso, se debe señalar que el art. transitorio 66 aún se encuentra vigente y esto podría generar problemas en el momento en que la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas quisiera ejercer esta función. Precisamente por esta razón, el art. 3º del AL 01 de 2017 modificó el inc. 4º del art. transitorio 66, diciendo que el Fiscal General de la Nación puede establecer criterios de priorización "salvo en los asuntos que sean de competencia" de la JEP y que el Congreso podría definir criterios de selección "siempre sin alterar lo establecido en el Acuerdo de creación de la JEP y en sus normas de desarrollo". Como resultado, lo dispuesto en el art. transitorio 66 con relación a la definición de criterios de selección y priorización no sería relevante en el contexto de la JEP y en general, su pertinencia se reduciría a posibles mecanismos de JT que se instauren en el futuro por fuera de esta nueva jurisdicción.

9 Adicionalmente, al parecer, en el marco de la JEP no solo la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas tendrá la posibilidad de definir criterios de selección y priorización. De acuerdo con lo dispuesto en el Acuerdo de Paz, tanto a la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad[22] como a la Unidad de Investigación y Acusación[23] también se les debe atribuir esta misma función –a pesar de que en la LA esto no se menciona–. Así las cosas, cabe preguntarse qué tan coherente será la implementación de este tipo de estrategias, si cada uno de estos órganos puede definir sus criterios de manera independiente. Por esta razón, sería conveniente que en la definición de

[22] Ver Acuerdo Final (nota al pie 7), apartado 5.1.2., punto 48 (s).

[23] Ibíd., punto 51 (d).

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

criterios de selección y priorización se tomen decisiones conjuntamente, o al menos de manera coordinada, entre los órganos competentes para ello. En el Acuerdo se intenta dar una pauta en esta dirección cuando se afirma que la Sala de Reconocimiento de Verdad debe tener en cuenta la necesidad de evitar que las conductas graves y representativas queden impunes[24], al tiempo que con relación a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas el Acuerdo dice que esta debe valorar las decisiones tomadas por aquella "respecto de la concentración de sus funciones en los casos más representativos"[25]. La idea de "conductas graves y representativas" también se menciona con relación a la Unidad de Investigación y Acusación[26]. Sin embargo, la pregunta sigue siendo cómo definir de manera articulada cuáles casos cumplen con estas características, es decir qué se entiende por "grave" y "representativo".

Al menos con relación a los criterios de priorización es posible acudir como punto de partida a los esfuerzos realizados por la FGN una vez fue expedido el MJP. En la Directiva 001 de 4 de octubre de 2012 la FGN definió una estrategia de investigación basada en criterios de priorización, en la cual se combinaron criterios subjetivos, atendiendo a la calidad tanto de la víctima como del victimario, con criterios objetivos relativos a la gravedad de la conducta y criterios complementarios de índole procesal[27]. Así, por ejemplo, criterios como la pertenencia de la víctima a un determinado grupo étnico que se ha visto especialmente afectado por el conflicto[28], el hecho de que el autor haya tenido una posición jerárquica alta y con posibilidades de influencia en el accionar de un grupo armado[29] y la disponibilidad de elementos probatorios[30],

[24] Ibíd., punto 48 (s).

[25] Ibíd., punto 50 (c) y (g).

[26] Ibíd., punto 51 (d).

[27] Ver FGN, Directiva 001 de 4 de octubre de 2012, por medio de la cual se adoptan unos criterios de priorización de situaciones y casos, y se crea un nuevo sistema de investigación penal y de gestión de aquellos en la Fiscalía General de la Nación, apartado 2.2., disponible en: http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Directiva-N%C2%B0-0001-del-4-de-octubre-de-2012.pdf (última fecha de consulta: 18 de julio de 2017). Con relación a la aplicación de criterios de priorización de casos ver Corte Const., sent. C-694 de 11 de noviembre de 2015, apartado 8.1.2.6.; en esta decisión la Corte Const. se pronunció sobre la constitucionalidad de la Ley 1592 de 2012 mediante la cual se reformó la LJP, especialmente sobre su art. 13, en donde también se otorgó a la FGN la facultad de determinar criterios de priorización en el ejercicio de la acción penal.

[28] Ibíd., apartado V. sobre contenido y alcance de los criterios de priorización en el contexto colombiano, pág. 28-29

[29] Ibíd.

[30] Ibíd., pág. 31.

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

constituyen elementos que en Colombia han sido tenidos en cuenta para priorizar la investigación de violaciones masivas de DD. HH. e infracciones graves al DIH. Incluso en esta misma Directiva se define cuándo una conducta puede ser considerada grave o representativa[31]. Adicionalmente, es posible acudir a la experiencia comparada, en especial a las estrategias de investigación implementadas internacionalmente, con el fin de encontrar puntos de referencia que puedan servir de guía[32].

11 Es importante mencionar, en este sentido, el documento "Guía de priorización de casos y situaciones en la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas"[33], el cual fue publicado en el página web de la JEP en junio de 2018 y discutido en audiencia pública el 13 del mismo mes. Según se afirma en este documento: "[a] través de la implementación de medidas de priorización, la Sala busca caracterizar periódicamente su carga de trabajo para definir y organizar la atención de los casos y situaciones de su competencia, así como tomar decisiones de gestión de recursos que permitan satisfacer, progresivamente, los derechos de las víctimas y los intereses de la sociedad"[34]. La priorización en este contexto supone entonces determinar un "orden de gestión de los casos", así como establecer "la asignación diferenciada de recursos"[35]. Para esto se definen criterios subjetivos que atienden tanto a las características de las víctimas como de los victimarios[36]; criterios objetivos, entre los cuales se encuentran la gravedad y representatividad de los hechos, así como la magnitud de la victimización[37]; y criterios complementarios, en donde se hace

[31] Como elementos para establecer la gravedad de una conducta en esta Directiva se mencionan el grado de afectación de los derechos de las víctimas o el tipo de bienes jurídicos concretos vulnerados, así como la modalidad de ejecución (ibíd., pág. 30). Según esta misma Directiva, la representatividad supone la relevancia de los hechos para representar o ilustrar patrones criminales (ibíd., apartado 2.2.2., pág. 15).

[32] Ver por ejemplo, ONU, Asamblea General, Report of the Special Rapporteur on the promotion of truth, justice, reparation and guarantees of non-recurrence, Pablo de Greiff (Doc. A/HRC/27/56), 27 de agosto de 2014, párr. 44 ss.; CPI, Office of the Prosecutor, Prosecutorial Strategy 2009-2012, 1º de febrero de 2010, párrs. 18-21.

[33] Ver Anteproyecto, Guía de priorización de casos y situaciones en la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, JEP, mayo de 2018, disponible en https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Documents/ANTEPROYECTO%20GU%c3%8dA%20DE%20PRIORIZACI%c3%93N%20SRVR.pdf (fecha de consulta: 5 de julio de 2018).

[34] Ibíd., pág. 4.

[35] Ibíd., pág. 5.

[36] Ibíd., págs. 8-9.

[37] Ibíd., pág. 9.

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

referencia a la simetría en el tratamiento de los distintos actores del conflicto y a la disponibilidad de información[38]. Sin embargo, este documento permite plantear de nuevo la pregunta sobre la diferencia entre priorización y selección, ya que en el art. 19 del proyecto de ley estatutaria de la JEP aprobado en conciliación en el Congreso de la República –y que no ha entrado en vigencia en el momento de preparación de este comentario– se establecen algunos criterios de selección, dando la posibilidad de que se renuncie al ejercicio de la acción penal frente a casos no seleccionados[39]. Pues bien, criterios como la gravedad de los hechos, las condiciones de vulnerabilidad de las víctimas y la participación determinante de los responsables de los crímenes aparecen tanto en el documento socializado por la JEP como en esta disposición, lo que permite suponer que la misma circunstancia podría ser tenida en cuenta tanto para priorizar como para seleccionar.

12 De cualquier manera, se debe advertir que el solo hecho de pertenecer a un determinado tipo de grupo no constituiría por sí mismo un criterio legítimo, desde la perspectiva del Acuerdo de Paz, para seleccionar o no un caso específico o para priorizar su trámite. Esta sería una de las consecuencias del art. 9º LA, que establece que a los agentes del Estado se les dará un tratamiento penal especial diferenciado, pero siempre "simétrico, equitativo, equilibrado y simultáneo"[40]. El trámite prioritario de los casos de agentes del Estado por encima de los casos de exguerrilleros, tanto para conceder algún tipo de beneficio como para imponer una sanción, implicaría un incumplimiento del principio contemplado en dicho art. 9º.

V. Otras facultades de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas previstas en el Título III, relevantes para la aplicación de las normas contempladas en el Título IV

13 De acuerdo con el inc. 1º del art. 44 LA, la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas tiene la función de conceder a los agentes del Estado la renuncia a persecución penal. Empero, según el art. 31 de esta misma Ley, dicha Sala puede adoptar un espectro amplio de decisiones relacionadas tanto con los procesos que cursan en contra de las personas que deben comparecer ante la JEP en general, como, concretamente, con la privación de la libertad o no de la

[38] Ibíd., pág. 10.

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

[40] En este mismo sentido ver art. transitorio 21 AL 01 de 2017.

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 en cuestión, incluso cuando se trata de agentes del Estado[41]. Como se explicará más adelante con relación a los arts. 45, 46 y 47 LA, esta Sala puede ordenar que los procesos penales que se adelantan en contra de los agentes del Estado sean clausurados, independientemente del estado o etapa en que se encuentren. Además, también podrá tomar las decisiones pertinentes con relación a la privación de la libertad de los agentes del Estado, al declarar por ejemplo que ya han cumplido la pena impuesta o al conceder la "libertad transitoria anticipada y condicionada".[42] Para esto, el art. 31 LA además de mencionar la renuncia a la persecución penal, también hace referencia a la cesación de procedimiento, a la suspensión de la ejecución de la pena y a la extinción de responsabilidad por cumplimiento de la sanción, así como a "las demás resoluciones necesarias para definir la situación jurídica" de quienes comparezcan ante ella.

[41] Ver comentario del art. 31 en esta publicación.

[42] Ver comentario de los arts. 51 y ss. en esta publicación.

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

Mecanismos de tratamiento especial diferenciado para agentes del Estado

Artículo 45. *Mecanismos de tratamiento especial diferenciado para agentes del Estado*. La Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la Jurisdicción Especial para la Paz, en aplicación del principio de favorabilidad regulado en esta ley, aplicará cualquiera de los mecanismos de resolución definitiva de la situación jurídica a los agentes del Estado, entre ellos la renuncia a la persecución penal, a quienes hayan sido condenados, procesados o señalados de cometer conductas punibles por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, de conformidad con los criterios establecidos en el siguiente artículo.

Documento: Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, versión de 24 de noviembre de 2017, disponible en: https://www.mesadeconversaciones.com.co/comunicados/acuerdo-final-para-la-terminaci%C3%B3n-del-conflicto-y-la-construcci%C3%B3n-de-una-paz-estable-y-1 (última fecha de consulta: 24 de julio de 2017).

I. Introducción

El art. 45 LA contiene una disposición bastante similar a lo dispuesto en el art. 44 de esta misma Ley, de manera que su pertinencia puede ser cuestionada. Para entender varios de sus elementos basta remitirse a otras normas de la Ley 1820 así como al comentario respectivo. El art. 45 reitera que la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas es competente para conceder a los agentes del Estado[1] el beneficio de la renuncia a la persecución penal, beneficio que, tal y como el mismo art. 45 lo indica, se encuentra regulado con mayor detalle en las disposiciones subsiguientes (arts. 46 a 50 LA). Asimismo, el art. **1**

[1] Sobre el concepto de "agentes del Estado" ver comentario al art. 9º incluido en esta 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

45 establece nuevamente que dicho beneficio solo procede frente a conductas punibles que hayan sido cometidas "por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado"[2]. Se deben resaltar, sin embargo, dos puntos en especial. En primer lugar, la frase "cualquiera de los mecanismos de resolución definitiva de la situación jurídica" y, en segundo lugar, la referencia al principio de favorabilidad. A pesar de que el art. 45 menciona primero el principio de favorabilidad, en lo que sigue se hará referencia a ellos en el orden anunciado, con el fin de facilitar su comprensión.

II. Mecanismos de resolución definitiva de la situación jurídica, entre ellos la renuncia a la persecución penal

2 Del art. 45 se desprende que la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas puede resolver la situación jurídica de agentes del Estado de diferentes maneras; la renuncia a la persecución penal constituye solo una de ellas. Como formas de resolver la situación jurídica se pueden mencionar todas las decisiones orientadas a evitar el comienzo de una investigación penal o a terminar un proceso penal en curso, en concordancia con lo dispuesto en el art. 31 LA[3], así como las decisiones relacionadas con la puesta en libertad de una persona, por ejemplo, como consecuencia del beneficio denominado "libertad transitoria condicionada y anticipada", regulado en los art. 51 y ss.[4]. Aspectos como el estado procesal en el que se encuentra una causa específica o el hecho de que el agente del Estado en cuestión ya haya sido condenado, no son impedimentos para que la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas pueda pronunciarse al respecto. Frente a este último supuesto se debe tener en cuenta que también es función de esta Sala "[d]efinir el tratamiento que se dará a las sentencias impuestas previamente por la justicia" ordinaria[5]. Por esta razón, el art. 45 dice: "[...] a quienes hayan sido *condenados*, *procesados*

[2] Al respecto ver el comentario a los arts. 2º, 3º, 7º, 8º, 9º, 23 (a) y 28 (4) incluidos en esta misma obra.

[3] Por ejemplo la cesación de procedimiento o la suspensión de la ejecución de la pena. Ver comentario al art. 31 incluido en esta misma publicación.

[4] Este concepto se encuentra definido precisamente en el art. 51; ver comentario en esta misma obra.

[5] Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, versión de 24 de noviembre de 2017, apartado 5.1.2., punto 50 (b). Disponible en: https://www.mesadeconversaciones.com.co/comunicados/acuerdo-final-para-la-terminaci%C3%B3n-del-conflicto-y-la-construcci%C3%B3n-de-una-paz-estable-y-1 (última fecha de consulta: 24 de julio de 2017).

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

o *señalados* de cometer [...]" (cursivas por fuera del texto original). Incluso, una de las decisiones que puede tomar esta Sala con relación a los agentes del Estado y que no se menciona expresamente en la LA, pero que va de la mano con lo dispuesto en el art. 28 (2) LA[6], es la solicitud que puede hacer a la Sección de Revisión del Tribunal para la Paz, para que esta sustituya la sanción penal proferida por la justicia ordinaria por las sanciones propias de la JEP, en aquellos casos en que no es procedente la renuncia a la persecución penal[7], pero el condenado ha cumplido las condiciones impuestas respecto a la satisfacción de los derechos de las víctimas[8].

III. En aplicación del principio de favorabilidad regulado en esta ley

Para definir cuál es la decisión procedente en cada caso, siempre se debe tener en cuenta el principio de favorabilidad, el cual también está consagrado en el art. 11 LA como uno de los principios que deben orientar la interpretación y aplicación de esta Ley[9]. Se debe advertir, como se hizo a propósito del art. 21 LA, que la Ley 1820 en realidad no regula dicho principio, ya que en ninguna de sus disposiciones se precisa su contenido o alcance[10], así que se debe acudir a la normativa y a la jurisprudencia "ordinarias" al respecto. De cualquier manera, tal y como sucede con relación a la Sala de Amnistía e Indultos, el principio de favorabilidad en este contexto también tiene doble connotación[11]. Por un lado, hace las veces de criterio de interpretación, según el cual ante disposiciones confusas que den lugar a varias interpretaciones, se debe optar **3**

[6] De acuerdo con el art. 28 (2) LA la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas debe definir el tratamiento que se dará a las sentencias impuestas previamente por la justicia ordinaria. Ver comentario al respecto en esta misma obra.

[7] Los requisitos para conceder la renuncia a la persecución penal están definidos en los arts. 46 y 47 LA.

[8] Este supuesto se encuentra contemplado en el art. transitorio 11 (sobre "Sustitución de la sanción penal") del AL 01 expedido el 4 de abril de 2017. Aunque esta disposición hace referencia a la "*Sala* de Revisión", en realidad se alude a la "*Sección* de Revisión" del Tribunal de Paz, pues las salas que componen la JEP no hacen parte del Tribunal para la Paz, el cual está compuesto justamente por secciones. La referencia a la "Sala de Revisión" es entonces un error, de manera que el art. transitorio 11 debe interpretarse conforme al lenguaje utilizado desde el Acuerdo de Paz. Al respecto ver Acuerdo Final (nota al pie 5), apartado 5.1.2., punto 52. Sobre los derechos de las víctimas en el marco de la LA ver el comentario a los art. 14, 33 y 50.

[9] Ver comentario al art. 11 LA incluido en esta misma publicación.

[10] Ver comentario al art. 21 LA incluido en esta misma publicación.

[11] En este sentido ibíd.

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 aquella que resulte más beneficiosa para la persona, en este caso agentes del Estado, que han solicitado se les resuelva su situación jurídica, por ejemplo, mediante la concesión de la renuncia a la persecución penal. Por otro lado, como criterio orientador ante cambios normativos o sucesión de normas en el tiempo. Se debe resaltar que así como la amnistía o el indulto deben ser otorgados de la forma más amplia posible, lo cual explica también la referencia al principio de favorabilidad en el art. 21 LA, los beneficios dirigidos a los agentes del Estado y que deben ser concedidos por la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas (como la renuncia a la persecución penal), deben aplicarse siguiendo el mismo criterio. Esto explica la referencia al principio de favorabilidad que se hace en la disposición que aquí se comenta, la cual es similar a la contenida precisamente en el art. 21. Esto sería, además, otra consecuencia del principio previsto en el art. 9º LA, en el sentido de que el tratamiento penal especial que reciban los agentes del Estado en la JEP debe ser "simétrico, equitativo [y] equilibrado" con relación al que reciben los miembros de las FARC.

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 46.* *De la renuncia a la persecución penal*. La renuncia a la persecución penal es un mecanismo de tratamiento penal especial diferenciado para agentes del Estado propio del sistema integral mediante el cual se extingue la acción penal, la responsabilidad penal y la sanción penal, necesario para la construcción de confianza y facilitar la terminación del conflicto armado interno, debiendo ser aplicado de manera preferente en el sistema penal colombiano, como contribución al logro de la paz estable y duradera.

Este mecanismo no procede cuando se trate de:

1. Delitos de lesa humanidad, el genocidio, los [graves] crímenes de guerra, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma.

2. Delitos que no fueron cometidos por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado.

3. Delitos contra el servicio, la disciplina, los intereses de la Fuerza Pública, el honor y la seguridad de la fuerza pública, contemplados en el Código Penal Militar.

Literatura: Kai Ambos, "La Ley de Amnistía (Ley 1820 de 2016) y el marco jurídico internacional", en K. Ambos *et al.* (ed.), *Justicia transicional y derecho penal internacional*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, págs. 119-166; Kai Ambos, *Treatise on International Criminal Law*, Vol. II: The Crimes and Sentencing, Oxford, Oxford University Press, 2014; Antonio Cassese, *Cassese's International Criminal Law*, 3ª edition, Oxford, Oxford University Press, 2013; Gustavo Cote, "El carácter abierto del concepto de crímenes de lesa humanidad y la Jurisdicción Especial para la Paz: retos para la legalidad en la persecución de crímenes internacionales a nivel nacional", en D. Tarapués/A. Murillo (coord.), *Contribuciones al derecho contemporáneo*, tomo I: Derechos Humanos y justicia transicional, Bogotá-Cali, Editorial Dike, 2018, págs. 73-113; Gustavo Cote, *Rückwirkung und die Entwicklung der internationalen Verbrechen: Elemente einer allgemeinen*

* El aparte entre corchetes fue declarado inexequible por la Corte Const. en 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

Konzeption des nullum-crimen-sine-lege-Prinzips im Völkerstrafrecht, Berlin, Duncker und Humblot, 2018; Michael Cottier, "Article 8", en O. Triffterer/K. Ambos (ed.), *The Rome Statute of the International Criminal Law. A Commentary*, 3ª ed., München, C. H. Beck y otras, 2016, págs. 295-321; Robert Cryer/ Håkan Friman/ Darryl Robinson/ Elizabeth Wilmshurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 3ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2014; Margaret de Guzman, "Article 21", en O. Triffterer/K. Ambos (ed.), *The Rome Statute of the International Criminal Law. A Commentary*, 3ª ed., München, C.H. Beck y otras, 2016, págs. 932-948; Ward Ferdinandusse, *Direct Application of International Criminal Law in National Courts*, The Hage, TMC Asser Press, 2006; Erkin Gadirov/Roger Clark, "Article 9", en O. Triffterer/K. Ambos (ed.), *The Rome Statute of the International Criminal Law. A Commentary*, 3ª ed., München, C. H. Beck y otras, 2016, págs. 619-643; Paola Gaeta, "Grave Breaches of the Geneva Conventions", en A. Clapham *et al.* (ed.), *The 1949 Geneva Conventions. A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2015, págs. 615-646; Kenneth Gallant, *The Principle of Legality in International and Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010; Bryan Garner (ed. in chief), *Black's Law Dictionary*, 10ª ed., St. Paul (Minn.), Thomson Reuters, 2014; Christopher Hall/Kai Ambos, "Article 7", en O. Triffterer/K. Ambos (ed.), *The Rome Statute of the International Criminal Law. A Commentary*, 3ª ed., München, C. H. Beck y otras, 2016, págs. 153-177; Christopher Hall/Joseph Powderly/ Niamh Hayes, "Article 7", en O. Triffterer/K. Ambos (ed.), *The Rome Statute of the International Criminal Law. A Commentary*, 3ª ed., München, C. H. Beck y otras, 2016, págs. 206-225; Alain Pellet, "Article 38", en A. Zimmermann *et al.* (ed.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press, págs. 731-870; Rod Rastan/Mohamed Badar, "Article 11", en O. Triffterer/K. Ambos (ed.), *The Rome Statute of the International Criminal Law. A Commentary*, 3ª ed., München, C. H. Beck y otras, 2016, págs. 657-671; Darryl Robinson, "Crimes against Humanity. A Better Policy on 'Policy'", en C. Stahn (ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford, Oxford University Press, 2015, págs. 705-731; Claus Roxin, *Derecho penal*. Parte general, Madrid, Editorial Civitas, 1997; William Schabas, *The International Crminal Court. A Commentary*, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2016; Fernando Velásquez, *Manual de derecho penal*. Parte general, 5ª ed., Bogotá, Ediciones Andrés Morales, 2013; Gerhard Werl/Florian Jessberger, *Völkerstrafrecht*, 4ª ed., Tübingen, Mohr Siebeck, 2016.

Jurisprudencia internacional: TESL, Prosecutor v. Alex Tamba Brima *et al.* (SCSL-2004-16-A), Appeals Chamber, Judgment, 22 de febrero de 2008; TESL, Prosecutor v. Sam Hinga Norman (SCSL-2004-14-AR72(E)), Appeals Chamber, Decision on Preliminary Motion based on Lack of Jurisdiction (Child Recruitment), 21 de mayo de 2004; TPIY, Prosecutor v. Kupreškić *et al.* (IT-95-16-T), Trial Chamber, Judgement, 14 de enero de 2000; TPIY, Prosecutor v. Kunarac *et al.* (IT-96-23-T & IT-96-23/1-T), Trial Chamber, Judgement, 22 de febrero de 2001; 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. Miroslav Kvoćka *et al.* (IT-98-30/1-T), Trial Chamber, Judgement, 02 de noviembre de 2001; ICTY, Prosecutor v. Blaškić (IT-95-14-T), Trial Chamber, Judgement, 3 de marzo de 2000; TPIR, Prosecutor v. Eliézer Niyitegeka (ICTR-96-14-T), Trial

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

Chamber I, Judgement and Sentence, 16 de mayo de 2003; TPIR, Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu ICTR-96-4-T, Trial Chamber I, Judgement, 02 de septiembre de 1998; TPIR, Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana (ICTR-95-1-T), Trial Chamber II, Judgement, 21 de enero de 1999; CPI, Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui (ICC-01/04-01/07), Pre-Trial Chamber I, Decision on the confirmation of charges, 30 de septiembre de 2009; TPIR, Prosecutor v. Clement Kayishema and Obed Ruzindana (ICTR-95-1-T), Trial Chamber II, Judgement, 21 de mayo de 1999; CPI, Prosecutor v. Lubanga Dylio (ICC-01/04-01/06), Pre-Trial Chamber I, Decision on the confirmation of charges, 29 de enero de 2007; CPI, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo (ICC-01/04-01/06), Trial Chamber I, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, 14 de marzo de 2012; CPI, Prosecutor v. Germain Katanga (ICC-01/04-01/07), Trial Chamber II, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, 7 de marzo de 2014; CPI, Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo (ICC-01/05-01/08), Pre-Trial Chamber III, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, 15 de junio de 2009.

Jurisprudencia nacional: Corte Const., sents. C-007 de 1º de marzo de 2018, C-578 de 30 de julio de 2002, C-620 de 18 de agosto de 2011, C-578 de 30 de julio de 2002, C-148 de 22 de febrero de 2005, C-317 de 2 de mayo de 2002, C-177 de 14 de febrero de 2001y C-579 de 28 de agosto de 2013; CE, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sents. de 13 de abril de 2016 (rad. 05001-23-31-000-2006-03424-01(47924)); CE, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sent. de 23 de marzo de 2017 (rad. 05001-23-31-000-2006-03647-01(50941)); CE, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sent. de 7 de septiembre de 2015 (rad. 11001-03-15-000-2015-01676-00(AC)); CSJ, Sala de Casación Penal, sents. de 23 de noviembre de 2016 (rad. 44312); CSJ, Sala de Casación Penal, sent. de 6 de junio de 2012 (rad. 35637); CSJ, Sala de Casación Penal, sent. de 23 de mayo de 2012 (Proceso nº 34180); CSJ, Sala de Casación Penal, sent. de 28 de agosto de 2013 (rad. 36460); CSJ, Sala de Casación Penal, sent. de 30 de abril de 2014 (rad. 43248); CSJ, Sala de Casación Penal, sent. de 5 de octubre de 2016 (rad. 42039).

Otros documentos: Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, versión del 24 de noviembre de 2017, disponible en: https://www.mesadeconversaciones.com.co/comunicados/acuerdo-final-para-la-terminaci%C3%B3n-del-conflicto-y-la-construcci%C3%B3n-de-una-paz-estable-y-1 (última fecha de consulta: 13 de febrero de 2017); Exposición de Motivos, Proyecto de Ley número 01 de 2016 Senado, por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales, en: http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=1790&p_numero=01&p_consec=46902 (última fecha de consulta: 21 de febrero de 2017); Informe de ponencia para primer debate en comisiones conjuntas al proyecto de ley número 01 de 2016 Senado, 001 de 2016 Cámara por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales, en: http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=22&p_numero=001&p_consec=46930 (última fecha de consulta: 29 de julio de 2017); Informe de ponencia segundo debate proyecto de ley 001 de 2016 Cámara, 01

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 2016 Senado, por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto, tratamientos penales especiales y otras disposiciones, en: http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=27&p_numero=001&p_consec=47053 (última fecha de consulta: 29 de julio de 2017); Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, en *Yearbook of the International Law Commission, 1996*, vol. II, Part Two; ONU, Consejo de DDHH, Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Philip Alston (doc. A/HRC/14/24/Add.2), 31 de marzo de 2010; Informe anual de la Comisión Interamericana de DDHH 2009, Capítulo IV, Colombia, disponible en: https://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/cap.4Colo.09.sp.htm (última fecha de consulta: 31 de julio de 2017); Informe anual de la Comisión Interamericana de DDHH 2010, Capítulo IV, Colombia, disponible en: https://www.cidh.oas.org/annualrep/2010sp/indice2010.htm (última fecha de consulta: 31 de julio de 2017); Office of the Prosecutor, Informe sobre las actividades de examen preliminar (2016), Situación en Colombia, 14 de noviembre de 2016, disponible en: https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/161114-otp-rep-PE-Colombia.pdf (última fecha de consulta: 31 de julio de 2017); Office of the Prosecutor, Informe sobre las Actividades de Examen Preliminar (2015), Situaciones en Colombia y Honduras, 12 de noviembre de 2015, disponible en: https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/OTP-PE-rep-2015-Spa.pdf (última fecha de consulta: 31 de julio de 2017); Comisión Interamericana de DDHH, Informe de País - Colombia: Verdad, Justicia y Reparación (doc. Doc. 49/13), 31 de diciembre de 2013, en: http://www.oas.org/es/cidh/docs/pdfs/Justicia-Verdad-Reparacion-es.pdf (última fecha de consulta: 31 de julio de 2017); Informe de conciliación al proyecto de ley estatutaria 08 de 2017 Senado y 016 de 2017 Cámara, Gaceta del Congreso, Senado y Cámara, Año XXVI, No. 1109, 28 de noviembre de 2017; Anteproyecto, Guía de priorización de casos y situaciones en la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, JEP, mayo de 2018, disponible en https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Documents/ANTEPROYECTO%20GU%c3%8dA%20DE%20PRIORIZACI%c3%93N%20SRVR.pdf (última fecha de consulta: 5 de julio de 2018); Informe de conciliación al proyecto del ley 225/18 Senado- 239/18 Cámara "por medio del cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la jurisdicción especial para la paz".

I. Introducción

1 Una de las formas mediante las cuales la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas puede resolver la situación de los agentes del Estado es concediendo la renuncia a la persecución penal. Dicho beneficio puede tener uno de tres efectos, dependiendo del momento en el que se encuentren los procesos penales adelantados por la justicia penal ordinaria con relación a los cuales este se concede. Como se indica en el art. 46 LA, la renuncia a la persecución penal puede extinguir la acción penal, la responsabilidad penal o la sanción penal. Si se extingue la acción penal, esta ya no se puede ejercer, lo cual implica que ya no es posible acusar al interesado si el proceso penal en cuestión se encuentra en una etapa previa al juzgamiento o juicio, mientras que si ya tuvo lugar la

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

acusación, el proceso debe terminar pues la decisión de la Sala extingue también la responsabilidad penal, de manera que un pronunciamiento en términos sustanciales al respecto ya no es necesario; igualmente, si la persona ya ha sido condenada y existe una sanción penal vigente, esta queda sin efectos. Sin embargo, se debe aclarar que el pronunciamiento de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas no es suficiente para que se concreten estos efectos, no obstante el tenor literal del art. 46 LA. Para entender la manera en que debe operar este beneficio, se deben diferenciar dos momentos. En primer lugar, se debe proferir la decisión de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas en el sentido de conceder la renuncia a la persecución penal, para lo cual dicha Sala debe verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos sobre todo en el art. 46 LA, así como dar cumplimiento al procedimiento dispuesto en el art. 47 LA[1]. En segundo lugar, para materializar la decisión mediante la cual se otrogó el beneficio, la autoridad judicial del proceso penal concreto "por ejemplo el fiscal delegado que adelante la instrucción en el marco de la Ley 600 de 2000 o el juez de conocimiento en el marco de la Ley 906 de 2004" debe tomar la decisión correspondiente para darlo por terminado. Es decir, el pronunciamiento de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas por sí mismo no termina el o los procesos penales existentes en contra de los agentes del Estado. Se requiere, como lo dispone el art. 47, que la autoridad judicial competente en cada caso "materialice" el beneficio concedido en la JEP.

De acuerdo con el primer inciso del art. 46 LA la renuncia a la persecución penal se debe aplicar "de manera preferente en el sistema penal colombiano". No es claro a qué se refiere la LA con el término "preferente". Ni en la exposición de motivos ni en las ponencias presentadas para los debates que tuvieron lugar en la Cámara de Representantes y en el Senado de la República se encuentra una explicación al respecto[2]. Una posible interpretación podría **2**

[1] Ver comentario al art. 47 en esta misma publicación.

[2] Ver Exposición de Motivos, Proyecto de Ley 01 de 2016 Senado, por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales, disponible en: http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=1790&p_numero=01&p_consec=46902 (fecha de consulta: 21 de febrero de 2017); Informe de ponencia para primer debate en comisiones conjuntas al proyecto de ley número 01 de 2016 Senado, 001 de 2016 Cámara por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales,en: http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=22&p_numero=001&p_consec=46930 (última fecha de consulta: 29 de julio de 2017); Informe de ponencia segundo debate proyecto de ley 001 de 2016 Cámara, 01 de 2016 Senado, por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto, tratamientos penales especiales y otras disposiciones, disponible en: http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=27&p_numero=001&p_consec=47053 (última fecha de consulta: 29 de julio de 2017).

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

ser, sin embargo, que los jueces y fiscales deben dar cumplimiento de manera expedita a las decisiones que tome la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas en el sentido de otorgar la renuncia, de tal forma que la terminación de los procesos penales que cursen en contra de los agentes del Estado a quienes se otorgue este beneficio no quede suspendida en el tiempo, sujeta a que primero sean resueltos otro tipo de asuntos. Esta interpretación se explica en la necesidad de evitar privaciones de la libertad que ya no tienen fundamento legal, lo cual se ve confirmado con lo dispuesto en el Decreto 706 del 3 de mayo de 2017, mediante el cual se tomaron medidas con relación a la suspensión de órdenes de captura y sustitución de medidas de aseguramiento de agentes del Estado y se previó la procedencia del recurso de *habeas corpus* en el marco de la Ley 1820 de 2016[3].

3 El art. 46 enumera, además, los casos en los que no procede la renuncia a la persecución penal. A continuación se plantearán algunas reflexiones sobre cada uno de los tres grupos de casos enunciados en esta norma, con especial énfasis en el num. 1 en el que se alude a varios tipos penales así como a los crímenes internacionales nucleares o *core crimes* y al ER.

II. Crímenes internacionales y tipos penales consagrados en el Código Penal colombiano (num. 1)

4 El art. 46 (1) LA enuncia como casos en los que no procede la renuncia a la persecución penal varios tipos de crímenes. Esta disposición hace referencia, en primer lugar, a los *core crimes* (crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra)[4] y seguidamente menciona varios tipos penales, aparentemente con base en el CP. Se debe advertir que esta lista de conductas fue definida desde el Acuerdo de Paz[5] mismo y se encuentra en varias normas de la LA, por ejemplo en el lit. (a) del parágrafo del art. 16[6], por lo tanto también excluye la aplicación de los demás beneficios aquí previstos. Por esta razón,

[3] La procedencia del *habeas corpus* respecto a los miembros de las FARC se previó igualmente en el art. 1º del Decreto 700 de 2 de mayo del mismo año.

[4] El crimen de agresión, definido en el art. 8*bis* ER, no es relevante en el conflicto armado colombiano.

[5] Ver Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, versión de 24 de noviembre de 2017, apartado 5.1.2., punto 40. Disponible en: https://www.mesadeconversaciones.com.co/comunicados/acuerdo-final-para-la-terminaci%C3%B3n-del-conflicto-y-la-construcci%C3%B3n-de-una-paz-estable-y-1 (última fecha de consulta: 13 de febrero de 2017).

[6] Ver comentario al art. 16 incluido en esta publicación. Esta lista de crímenes también se encuentra en los arts. 30 (1), 47, 52 (2) y 57 (2) LA.

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

sin perjuicio de los comentarios hechos a cada una de estas disposiciones en esta obra, las consideraciones que aquí se presentan no son pertinentes solamente para la renuncia a la persecución penal y pueden tenerse en cuenta en general para la aplicación de la LA.

Esta enunciación de conductas genera varios interrogantes, debido a que, para la aplicación de la Ley 1820 de 2016, exige una interpretación que puede ser denominada *paralela* tanto del Derecho penal colombiano como del DI, sin que sea del todo claro cómo se deben articular estos dos ordenamientos. De hecho, el punto de partida para analizar esta disposición se encuentra en el AL 01 de 2017, especialmente en los arts. transitorios 5º y 22 incorporados en la Const. Pol., los cuales hacen referencia a la calificación jurídica de las conductas en el marco de la JEP. **5**

Según el art. transitorio 22, en la JEP la calificación jurídica de las conductas se debe basar, "con estricta sujeción al artículo 29 de la Constitución Política"[7], en el CP vigente en el momento en que tuvieron lugar los hechos relevantes. Seguidamente, esta misma disposición hace referencia a "las normas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y de Derecho Internacional Humanitario (DIH)", sin especificar en qué sentido se deben tomar en cuenta estos tres ordenamientos jurídicos para realizar la adecuación típica de las conductas. Es decir, la norma no aclara cómo deben interactuar estos tres ordenamientos jurídicos y en últimas abre un gran interrogante sobre cuál debe ser el Derecho material aplicable. Esta situación resulta aún más confusa si se tiene en cuenta que tanto en el Acuerdo de Paz como en el inc. 7º del art. transitorio 5º AL 01 de 2017 se menciona además el DPI, con el agravante de que entre la mención al CP y al DIDH se incluyó la expresión "y/o"[8], lo cual sugiere que el DI aquí está llamado a ser más que un simple criterio de interpretación del Derecho interno. Varias preguntas quedan, por consiguiente, abiertas: ¿qué quiere decir exactamente "y/o" en este contexto?; ¿en la JEP es posible aplicar directamente normas internacionales para realizar la calificación jurídica de las conductas?; ¿qué sucede si hay criterios divergentes entre el Derecho Penal nacional y el internacional o si el DI mismo no es uniforme respecto a un asunto determinado?; ¿cuál ordenamiento jurídico debe **6**

[7] El art. 29 de la Const. Pol. contempla varias garantías judiciales, entre ellas el principio de legalidad en el inc. 2º de la siguiente manera: "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio".

[8] El inc. 7º del art. transitorio 5º dice en este sentido: "[...] calificación que se basará en el Código Penal colombiano *y/o* en las normas de Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos (DIDH), Derecho Internacional Humanitario (DIH) o Derecho Penal Internacional (DPI)" (cursivas por fuera del texto original).

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

prevalecer?; ¿además de la definición de los crímenes ¿también son relevantes en la JEP las formas de imputación desarrolladas en el DPI? El único criterio interpretativo que se menciona no solamente en el art. 46 LA sino también en las demás disposiciones aquí citadas es el principio de favorabilidad. De esta manera, por ejemplo, si en un caso son aplicables dos definiciones de un mismo crimen, se debería optar por la definición que resulte más favorable para la persona en cuestión[9]. Como consecuencia, en algunos casos podría ser prevalente el Derecho Penal colombiano, mientras que en otros lo sería el DI, con lo cual se daría lugar a una especie de *relación dinámica* entre estos dos niveles normativos.

7 Con relación a la calificación jurídica de las conductas, la Corte Const. afirmó, en todo caso, que debería llevarse a cabo de forma armónica con el DI. Según la Corte, no se debe perder de vista que la calificación jurídica de las conductas tiene en la JEP diversas finalidades, es decir, con ella no se busca solamente imponer sanciones, sino también conceder beneficios[10]. En consecuencia, y acudiendo al principio de favorabilidad, al realizar la adecuación típica no se debe perder de vista que la finalidad del Acuerdo de Paz –y de la LA– es conceder la amnistía más amplia posible[11]. En consecuencia, teniendo en cuenta la diversidad de fuentes del Derecho previstas en este contexto, los órganos que integran la JEP deberán evaluar "si existe un estándar que, en una interpretación armónica de los órdenes normativos citados, prohíba la concesión de la amnistía"[12].

8 De todas maneras, es fundamental que esto sea definido caso a caso por las salas y secciones de la JEP. A pesar de que este no es el lugar para realizar un análisis detallado de cada crimen, en lo que sigue se presentarán algunas consideraciones generales sobre las conductas enunciadas en el art. 46 (1) LA.

III. "Crímenes de lesa humanidad" como concepto abierto

9 La primera conducta, o mejor, el primer tipo de conductas que se enuncian en el art. 46 (1) LA son los *crímenes de lesa humanidad*. Al respecto se debe señalar, en primer lugar, que el ordenamiento jurídico colombiano no define este concepto de manera autónoma; ni siquiera se encuentra mencionado en el CP. La única definición disponible desde el punto de vista normativo (no

[9] Al respecto ver comentario de Cote al art. 9 LA y de Sánchez al art. 11 LA.

[10] Ver Corte Const., sent. C-007 de 1º de marzo de 2018, párr. 416.

[11] Ibíd., párr. 398.

[12] Ibíd., párr. 416.

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

jurisprudencial)[13], se encuentra en el art. 15 de Ley 1719 de 2014, mediante la cual se tomaron diferentes medidas en favor de quienes han sido víctimas de violencia sexual en el marco del conflicto armado. Esta disposición no menciona ninguna conducta en particular y solo reproduce el elemento contextual de los crímenes de lesa humanidad tal como está formulado en el art. 7 ER (*"como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil"*)[14], además de remitirse expresamente a esta norma y al documento denominado "Elementos de los crímenes"[15]. Sin embargo, a diferencia de la remisión que hace la Ley 1719, como ya se mencionó, tanto el Acuerdo de Paz como el AL 01 de 2017 mencionan al DPI como punto de referencia para realizar la adecuación típica de las conductas en el marco de la JEP, sin hacer ninguna diferenciación, por ejemplo, entre los distintos tribunales o instrumentos en los que se han definido los crímenes internacionales. En consecuencia, se debe tener en cuenta que el concepto de "crímenes de lesa humanidad" abarca una variedad de conductas, las cuales han sido

[13] El concepto de crímenes de lesa humanidad ha sido tratado por la jurisprudencia colombiana en varias ocasiones, y esta debe ser tenida en cuenta por los órganos que integran la JEP. Ver por ejemplo: Corte Const., sents. C-578 de 30 de julio de 2002, apartado 2.2.; C-620 de 18 de agosto de 2011, párrs. 82 y ss.; CSJ, Sala de Casación Penal, sents. de 23 de noviembre de 2016 (rad. 44312), apartados 2.1. y 2.2., y de 6 de junio de 2012 (rad. 35637), apartado 5.9.

[14] Al respecto ver Ambos, *Treatise on International Criminal Law*, Vol. II: The Crimes and Sentencing, Oxford, Oxford University Press, 2014, págs. 59 y ss.; Cryer *et al.*, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 3ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2014, págs. 33 y ss.; Robinson, "Crimes against Humanity. A Better Policy on 'Policy'", en C. Stahn (ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford, Oxford University Press, 2015, págs. 707 y ss.; Schabas, *The International Crminal Court. A Commentary*, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2016, págs. 171 y ss.; Hall/Ambos, "Article 7", en O. Triffterer/K. Ambos (ed.), *The Rome Statute of the International Criminal Law. A Commentary*, 3ª ed., München, C. H. Beck y otras, 2016, págs. 167 y ss.

[15] Este documento fue aprobado por la Asamblea de Estados Parte del ER en su primera sesión (3-10 de septiembre de 2002). De acuerdo con el art. 9 ER, los "Elementos de los Crímenes" deben ayudar a la CPI en la interpretación y aplicación de los arts. 6, 7 y 8 ER. Sin embargo, y a pesar de que también están nombrados en el art. 21 (1) (a) ER como una de las fuentes aplicables, dicho documento no tiene fuerza vinculante para la CPI, o al menos no en el mismo sentido que el ER. Los "Elementos de los crímenes" se encuentra disponibles, en diferentes idiomas, en: http://legal.un.org/icc/asp/1stsession/report/first_report_contents.htm (última fecha de consulta: 29 de julio de 2017). Al respecto ver Gadirov/Clark, "Article 9", en O. Triffterer/K. Ambos (ed.), *The Rome Statute of the International Criminal Law. A Commentary*, 3rd edition, München, C. H. Beck y otras, 2016, pág. 643.

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

enunciadas de manera progresiva en los estatutos de los tribunales penales internacionales[16], pero sin que exista una enumeración cerrada o exhaustiva, lo cual puede expandir de manera considerable el ámbito de aplicación del art. 46 (1) LA. Lo anterior genera, además, varias preguntas a la luz del principio de legalidad[17], a lo cual se suma que la Corte Const., al declarar la exequibilidad, en términos generales, de la LA, estableció como "estándar" de la legalidad en el contexto de la JEP la forma como han decidido los tribunales penales internacionales[18], lo cual, valga decirlo, está lejos de ser asunto pacífico, por ejemplo, en la literatura especializada[19].

10 Los estatutos de los tribunales penales internacionales siempre han incluido en la enumeración de conductas que constituyen crímenes de lesa humanidad la cláusula "otros actos inhumanos"[20]. Este constituye un concepto amplio que ha permitido "actualizar" el conjunto de conductas concretas que dan lugar a

[16] La lista de crímenes de lesa humanidad se ha ido ampliando paulatinamente. El art. 6 (c) del Estatuto del TPM de Núremberg preveía como crímenes de lesa humanidad las siguientes conductas: "*murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts [...] or persecutions*". En cambio, el ER menciona en el art. 7 más de once conductas, las cuales no todas se encuentran en los estatutos de los tribunales *ad hoc*, por ejemplo, la desaparición forzada, el embarazo forzado o el *apartheid*.

[17] Ver Cote, "El carácter abierto del concepto de crímenes de lesa humanidad y la Jurisdicción Especial para la Paz: retos para la legalidad en la persecución de crímenes internacionales a nivel nacional", en D. Tarapués/A. Murillo (coord.), *Contribuciones al derecho contemporáneo*, tomo I: Derechos Humanos y Justicia Transicional, Bogotá-Cali, Editorial Dike, 2018, págs. 73 y ss.

[18] Ver Corte Const., sent. C-007 de 1º de marzo de 2018, párrs. 401 y ss., en especial párr. 412: "Al igual que los tribunales mencionados, la Jurisdicción Especial para la Paz debe asumir una tarea de interpretación y aplicación del derecho que exige la armonía entre el orden interno e internacional (derecho internacional humanitario, derecho internacional de los derechos humanos, derecho penal internacional, derecho constitucional y derecho penal nacional)".

[19] Sobre el principio de legalidad en el DPI ver Cassese, *Cassese's International Criminal Law*, 3ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2013, págs. 22 y ss.; en detalle ver Gallant, *The Principle of Legality in International and Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, págs. 352 y ss.; también Cote, *Rückwirkung und die Entwicklung der internationalen Verbrechen: Elemente einer allgemeinen Konzeption des nullum-crimen-sine-lege-Prinzips im Völkerstrafrecht*, Berlin, Duncker und Humblot, 2018, págs. 450 y ss.

[20] Ver art. 6 (c) Estatuto del TPM de Núremberg, art. 5 (i) del Estatuto del TPIY, art. 3 (i) Estatuto del TPMR, art. 7 (1) (k) ER. Igualmente ver art. II de la Ley 10 del Consejo de Control de países aliados de 20 de diciembre de 1945 y Principio VI (c) de los "Principios de Núremberg" adoptados por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU en 1950.

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

este tipo de crímenes de acuerdo con las circunstancias propias de cada conflicto[21]. La decisión de la Cámara de Apelaciones del TESL en el caso *Brima et al.*, en la cual se afirmó con base en esta cláusula que el matrimonio forzado constituye un crimen de lesa humanidad (a pesar de que el art. 2 del Estatuto del TESL no menciona expresamente esta conducta)[22], constituye un ejemplo bastante ilustrativo. Pues bien, el art. 46 (1) LA prohíbe entonces conceder la renuncia a la persecución penal a cualquier conducta que constituya un crimen de lesa humanidad, así sea con fundamento en dicha cláusula. Esto abre la posibilidad de negar este beneficio en casos de conductas que no están previstas expresamente en el mismo art. 46 y probablemente ni siquiera en el CP, claro está, siempre que se cumpla con el elemento contextual de los crímenes de lesa humanidad. En estos eventos se estaría ante la aplicación directa de normas internacionales, lo cual permite plantear al menos dos problemas. Por un lado, el DPI no siempre es uniforme, es decir, aún en este contexto se encuentran normas diferentes sobre el mismo tema; precisamente la cláusula "otros actos inhumanos" constituye un buen ejemplo: en el ER se previó esta cláusula pero se le adicionaron algunos elementos que no se encuentran en los estatutos de los otros tribunales penales internacionales y tampoco coinciden completamente con los criterios jurisprudenciales desarrollados por estos para interpretarla[23], de manera que no es claro cuál debería ser el estándar aplicable

[21] Por esta misma razón, se ha considerado que dicha cláusula, en sí misma, constituye DI consuetudinario. Ver en este sentido TESL, Prosecutor v. Alex Tamba Brima *et al.* (SCSL-2004-16-A), Appeals Chamber, Judgment, 22 de febrero de 2008, párr. 183. Los tribunales *ad hoc* han hecho referencia a varias conductas como "otros actos inhumanos", ver por ejemplo: TPIY, Prosecutor v. Kupreškić *et al.* (IT-95-16-T), Trial Chamber, Judgement, 14 de enero de 2000, párr. 35, 566; TPIY, *Prosecutor v. Miroslav Kvoćka et al.* (IT-98-30/1-T), Trial Chamber, Judgement, 02 de noviembre de 2001, párr. 208; TPIR, Prosecutor v. Eliézer Niyitegeka (ICTR-96-14-T), Trial Chamber I, Judgement and Sentence, 16 de mayo de 2003, párr. 463 ss.; TPIR, Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu ICTR-96-4-T, Trial Chamber I, Judgement, 02 de septiembre de 1998, párr. 688 ss. Con relación a dicha cláusula ver Werle/Jessberger, *Völkerstrafrecht*, 4ª ed., Tübingen, Mohr Siebeck, 2016, págs. 495-498.

[22] Ver TESL, Prosecutor v. Alex Tamba Brima *et al.* (nota al pie 21), párrs. 190 y ss.

[23] El art. 7 (1) (k) ER hace referencia a "[o]tros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física". Estos elementos no se encuentra en los estatutos, por ejemplo, de los tribunales *ad hoc*, en donde solo se dice *"other inhumane acts"*. Además, El TPIY se ha referido a los estándares internacionales de DD. HH. para identificar qué conductas constituyen otros actos inhumanos (*Prose-cutor v. Kupreškić et al.* (nota al pie 21), párr. 566. Por otro lado, también se ha dicho que son actos inhumanos aquellos que causen graves sufrimientos físicos o psíquicos o que constituyan un ataque serio contra la dignidad humana (TPIR, Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana (ICTR-95-1-T), Trial Chamber II, Judgement, 21 de enero de 1999, párr. 151).

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 Colombia. Por otro lado, la aplicación directa de normas internacionales supone verificar que estas existían en el momento en que la conducta relevante fue cometida –con el fin de respetar el principio de legalidad– y que efectivamente eran aplicables en Colombia[24], tarea nada fácil teniendo en cuenta las fuentes del DI[25], pero además supone preguntarse si conforme al ordenamiento jurídico colombiano es esto posible, dada la forma como está formulado dicho principio no solamente en el CP sino también en el art. 29 de la Const. Pol.[26], más aún si se tiene en cuenta que el principio de favorabilidad ocupa un lugar central tanto en el Acuerdo de Paz como en la LA y en el AL 01 de 2017[27].

11 Por otro lado, varias de las conductas enunciadas en el art. 46 (1) LA coinciden en términos generales con las conductas enumeradas en el art. 7 (1) ER como crímenes de lesa humanidad. Así, por ejemplo, la privación grave de la libertad se encuentra también en el art. 7 (1) (e) ER[28], la tortura en el art. 7 (1) (f) ER, la desaparición forzada en el art. 7 (1) (d) ER y el desplazamiento

[24] Sobre la aplicación del DPI por los tribunales nacionales y el principio de legalidad ver Ferdinandusse, *Direct Application of International Criminal Law in National Courts*, The Hage, TMC Asser Press, 2006, págs. 221 y ss.

[25] Sobre fuentes del DI y el art. 38 del Estatuto de la CIJ ver Pellet, "Article 38", en A. Zimmermann *et al.* (ed.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press, págs. 731 y ss.; sobre el art. 21 ER y el "Derecho aplicable" en el contexto de la CPI ver De Guzman, "Article 21", en O. Triffterer y K. Ambos (ed.), *The Rome Statute of the International Criminal Law. A Commentary*, 3ª ed., München, C. H. Beck y otras, 2016, págs. 932 y ss.

[26] Este interrogante requiere de un estudio particular; sin embargo, es importante tener en cuenta, por un lado, el AL 02 de 27 de diciembre de 2001, mediante el cual se autorizó al Estado colombiano a reconocer la jurisdicción de la CPI y se estableció que el tratamiento diferente en materias sustanciales por el ER con respecto a las garantías contenidas en la Const. Pol. tendría efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en aquel; al respecto ver Corte Const., sent. C-578 de 30 de julio de 2002, apartado 4.2. Empero, por otro lado, al parecer la CSJ ha aceptado que el DI puede servir de punto de referencia para respetar el principio de legalidad cuando se trata de crímenes de lesa humanidad, ver CSJ, Sala de Casación Penal, sents. de 23 de noviembre de 2016 (rad. 44312), apartado 2.4.; de 23 de mayo de 2012 (Proceso nº 34180), págs. 30 y ss. En este mismo sentido ver Corte Const., sent. C-007 de 1º de marzo de 2018, párr. 416.

[27] Ver comentario de Cote al art. 9º LA y de Sánchez al art. 11 LA.

[28] El ER menciona expresamente el encarcelamiento y hace alusión a la privación grave de la libertad física en "en violación de normas fundamentales de derecho internacional".

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

forzado en el art. 7 (1) (d)[29]. Sin embargo, en estos casos, para efectos de la LA, no se requiere la comprobación del elemento contextual de los crímenes de lesa humanidad. Es decir que, según el art. 46 (1) LA, la renuncia a la persecución penal no sería procedente, por ejemplo, en un caso de tortura, así dicha conducta en concreto no haya sido cometida como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil y por lo tanto no dé lugar en estricto sentido a un crimen de lesa humanidad. De ahí que sea posible afirmar que la LA, en este punto específico, va más allá de lo mínimo que se exige en el DI con relación a la concesión de beneficios penales ante violaciones de DD. HH. e infracciones graves al DIH[30].

IV. Divergencias entre la definición nacional e internacional de los crímenes: tortura, desaparición forzada y reclutamiento de menores

En todo caso, se debe advertir que las definiciones de algunos de estos crímenes, previstas en la legislación penal colombiana, no siempre coinciden con la forma como han sido definidos en los instrumentos internacionales. Son ejemplos de ello la tortura y la desaparición forzada. Con relación a la *tortura* se puede afirmar, por un lado, que la definición contenida en el art. 178 CP es más amplia que la definición que trae la Convención de la ONU contra la Tortura e incluso en el ER, debido a que la norma colombiana no exige que los dolores o sufrimientos que se infligen a la víctima deban ser graves[31]. Pero, por otro lado, tanto la definición del CP como la que se acogió en la Convención contra la Tortura son más restringidas que la definición del ER, en la medida en que esta última no contiene el elemento subjetivo que sí se encuentra **12**

[29] El ER habla de "deportación o traslado forzoso de población". Sin embargo, aquí está comprendido también el desplazamiento interno. Ver también art. 7 (2) (d) ER. En este sentido Ambos (nota al pie 14), pág. 86; Werle/Jeβberger (nota al pie 21), págs. 458 y ss.

[30] En este sentido también Ambos, "La Ley de Amnistía (Ley 1820 de 2016) y el marco jurídico internacional", en Ambos K. *et al.* (ed.), *Justicia transicional y Derecho Penal Internacional*, Bogotá. Siglo del Hombre Editores, págs. 138 y ss.

[31] En el texto original del art. 178 CP se hacía referencia a "dolores o sufrimientos graves", pero el adjetivo "grave" fue declarado inexequible por la Corte Const. en la sent. C-148 de 22 de febrero de 2005. A su turno, el art. 1 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes afirma que "se entenderá por el término 'tortura' todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves". Así mismo, en el art. 7 (2) (e) ER se encuentra la frase "[p]or 'tortura' se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves".

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 aquellas[32]. Algo similar ocurre con la *desaparición forzada de personas*, ya que según el art. 165 CP y teniendo en cuenta lo dicho por la Corte Const. en la sent. C-317 de 2002, la definición nacional es más amplia que la definición internacional, dado que internamente la desaparición forzada puede ser cometida por particulares y, además, como parte de los verbos rectores que dan lugar al tipo penal, no se requiere la negativa por parte del sujeto activo de dar información sobre el paradero de la víctima, tal y como sí se exige internacionalmente[33]. De hecho, lo mismo ocurre con el *genocidio*, debido a que la definición que hace el CP incluye como grupo protegido a los grupos políticos, lo cual no ocurre en las definiciones de este crimen existentes en los instrumentos internacionales[34]. Así pues, eventualmente las normas internacionales pueden resultar más favorables, al menos en algunos aspectos, que las normas nacionales, lo cual conduciría nuevamente a la pregunta sobre la posible aplicación directa del DPI.

13 En este mismo sentido es posible mencionar el *reclutamiento de menores*. Esta conducta se encuentra definida bajo el título "reclutamiento ilícito" en el art. 162 CP y, al mismo tiempo, ha sido incluida en el ER como crimen de

[32] El art. 178 CP, de manera casi exacta al art. 1 de la Convención contra la Tortura, incluye el siguiente elemento subjetivo: "con el fin de obtener de ella o de un tercero información o confesión, de castigarla por un acto por ella cometido o que se sospeche que ha cometido o de intimidarla o coaccionarla por cualquier razón". Este elemento no se encuentra en la definición que se hace en el art. 7 (2) (e) ER ni en los "Elementos de los crímenes".

[33] Al respecto ver Corte Const., sent. C-317 de 2 de mayo de 2002, apartado 6., en donde se aclaró que tanto los particulares (sin importar si pertenecen a un grupo armado) como los servidores públicos (inc. 2º del art. 165 CP) pueden ser sujetos activos de este tipo penal. En esta decisión la Corte Const. declaró exequible el resto del art. 165 "bajo el entendido que no es necesario el requerimiento para dar información o de la negativa a reconocer la privación de la libertad, sino que *basta la falta de información sobre el paradero de la persona*" (cursivas por fuera del texto original). A diferencia de lo dicho por la Corte Const., en el ER se define la desaparición forzada como "la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un *Estado o una organización política* [...] *seguido de la negativa* a admitir tal privación de libertad *o dar información* sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado (cursivas por fuera del texto original. Debido a que la desaparición forzada en el ER requiere tanto de la privación de la libertad como de la negativa de dar información, se ha afirmado que este crimen contiene un "*bifurcated actus reus*". Ver Rastan/Badar, "Article 11", en O. Triffterer/K. Ambos (ed.), *The Rome Statute of the International Criminal Law. A Commentary*, 3ª ed., München, C. H. Beck y otras, 2016, pág. 668. Ver, igualmente art. 2 Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

[34] Ver Corte Const., sent. C-177 de 14 de febrero de 2001, apartado 5.

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

guerra en el art. 8 (2) (b) (xxvi) con relación a conflictos armados de carácter internacional y (2) (e) (vii) respecto a conflictos armados no internacionales. De hecho, también aparece en el art. 4 (c) del Estatuto del TESL. La mención que se hace en el art. 46 (1) LA al reclutamiento de menores es interesante, debido a que esta misma norma, al mencionar esta conducta, agrega la frase "conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma". Si bien es posible preguntarse si esta frase se refiere únicamente al reclutamiento o a todas las conductas enunciadas en el art. 46 (1), en este último caso, de todas maneras, no se resolverían todos los problemas de interpretación que aquí se han señalado, aunque esto al menos aclararía que de existir internacionalmente distintas definiciones debería prevalecer, al menos en principio, la consignada en el ER[35].

14 Sea como fuere, el tipo penal "reclutamiento ilícito" contemplado en el art. 162 CP tiene un ámbito de aplicación diferente que el "reclutamiento de menores" previsto en el art. 8 ER, debido a que allí la conducta típica se configura frente a menores de 18 años, mientras que en el ER el límite de edad para que se dé el reclutamiento como crimen de guerra es de 15 años[36]. Adicionalmente, también existe una diferencia importante desde el punto de vista subjetivo, de la cual se desprendería que el ámbito de aplicación del art. 162 CP puede ser, en cierto sentido, más estrecho. Es claro que el reclutamiento de menores en el ordenamiento penal colombiano es un tipo penal doloso, por lo cual el sujeto activo debe haber obrado con conocimiento de todos los elementos de la descripción típica, incluido, claro está, la edad del menor[37].

[35] Esta frase también se encuentra en el punto 40 del Acuerdo de Paz y en el art. 42 del proyecto de ley estatutaria de la JEP (aprobado en conciliación en el Congreso de la República), pero antecedida de una coma y de la expresión "todo ello". Con esta redacción resultaría plausible afirmar que las conductas criminales frente a las cuales no proceden los beneficios de la LA debe interpretarse (todas) conforme a este instrumento. En todo caso, se debe resaltar que el problema de la interacción entre el Derecho nacional y el internacional, así como la dificultad que surge al existir definiciones divergentes en estos dos ámbitos, se mantiene, sobre todo si se tienen en cuenta los principios de legalidad y favorabilidad.

[36] La edad de 15 años como límite del reclutamiento también se encuentra en el art. 38 (3) de la Convención sobre los Derechos del Niño. Sin embargo, la edad de 18 año aparece como límite en el art. 1 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, el cual fue aprobado por el Congreso Nacional de Colombia el 10 de julio de 2003 mediante la Ley 833.

[37] De acuerdo con el art. 22 CP "[l]a conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización". Al respecto ver Velásquez, *Manual de derecho penal*. Parte general, 5ª ed., Bogotá, Ediciones Andrés Morales, 2013, págs. 388-389.

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 cambio, en el contexto del ER, según lo dispone el documento "Elemento de los crímenes", es suficiente cuando el autor sabía o hubiera debido saber la edad del menor[38]. Así, el autor puede haber incurrido en este crimen de guerra sin haber tenido conocimiento de esta circunstancia, cuando dicho desconocimiento se debe a su propia negligencia. De esta manera, al menos con relación a la edad de la víctima, el crimen de reclutamiento de menores internacionalmente parece contener un elemento culposo[39], que no está presente en la legislación colombiana.

15 Si con fundamento en el art. 46 (1) LA se tuviera que privilegiar la definición que hace el ER del reclutamiento de menores, no quedarían excluidos de los beneficios contemplados en la LA los casos en los que la víctima tenía entre 15 y 18 años. Pero, al mismo tiempo, sí se podrían excluir casos en los que el sujeto en cuestión no conocía la edad de las personas reclutadas, siempre que el desconocimiento fuera producto de su negligencia, a pesar de que dicha modalidad sería atípica a la luz del ordenamiento penal colombiano. Además, de acudirse al DI, surgiría la pregunta sobre el momento a partir del cual es posible considerar que esta conducta en Colombia no solamente es antijurídica sino también punible, pues, por un lado, el ER entró en vigor para este país el 1º de noviembre del año 2002 y Colombia realizó la reserva de siete años prevista en el art. 124 ER con relación a los crímenes de guerra, aunque, por otro lado, según el TESL el reclutamiento de menores se encontraba criminalizado en el DI consuetudinario al menos desde el año 1996[40]. A pesar de que el reclutamiento de menores ha sido considerado un crimen de ejecución permanente[41], debe existir certeza sobre el momento a partir del cual es posible afirmar que dicha conducta se encuentra prohibida por alguna norma aplicable en Colombia, bien sea nacional o internacional; este consti-

[38] El tercer elemento de esta crimen, según dicho documento, es "[q]ue el autor haya sabido o debiera haber sabido que se trataba de menores de 15 años" (en la versión original en inglés: "*The perpetrator knew or should have known*").

[39] Ver en este sentido CPI, Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui (ICC-01/04-01/07), Pre-Trial Chamber I, Decision on the confirmation of charges, 30 de septiembre de 2009, párr. 251-251; CPI, Prosecutor v. Lubanga Dylio (ICC-01/04-01/06), Pre-Trial Chamber I, Decision on the confirmation of charges, 29 de enero de 2007, párrs. 356 y ss.

[40] TESL, Prosecutor v. Sam Hinga Norman (SCSL-2004-14-AR72(E)), Appeals Chamber, Decision on Preliminary Motion based on Lack of Jurisdiction (Child Recruitment), 21 de mayo de 2004, párr. 53. Ver, sin embargo, la opinión disidente del juez Robertson.

[41] En este sentido ver CPI, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo (nota al pie 39), párr. 248; CPI, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo (ICC-01/04-01/06), Trial Chamber I, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, 14 de marzo de 2012, párr. 618.

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

tuye, por consiguiente, otro aspecto que debe ser definido en la JEP con el fin de llevar a cabo la adecuación típica de las conductas conforme al principio de legalidad y de favorabilidad.

16 La Corte Const. se pronunció con relación a la edad que deben tener los menores víctimas de reclutamiento e intentó armonizar lo dispuesto en el ordenamiento jurídico interno, en donde se habla de 18 años, con la remisión que hace la LA al ER, en donde la edad límite es de 15 años. De acuerdo con la Corte, la expresión "reclutamiento de menores conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma", incluida, por ejemplo, en el art. 46 LA, se debe entender de la siguiente manera: "el reclutamiento de menores de 15 años en el caso de conductas ocurridas hasta el 25 de junio de 2005, y el reclutamiento de menores de 18 años en el caso de conductas ocurridas con posterioridad a esa fecha"[42]. Es decir, que los responsables del reclutamiento de menores de entre 15 y 18 años que haya tenido lugar antes de la fecha mencionada por la Corte Const. sí pueden beneficiarse, por ejemplo, con la amnistía o la renuncia a la persecución penal, mientras que si dichas conductas ocurrieron después, no pueden operar estos beneficios. La razón que tuvo la Corte Const. para determinar esta fecha, fue que ésta marca el momento en el que entró en vigor para Colombia el "Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados", en el cual se aumenta la edad de 15 a 18 años como límite de la prohibición de este tipo de conductas[43].

V. Sustracción de menores

17 En el art. 46 (1) también se hace referencia a la sustracción como una conducta referida específicamente a los menores y que excluye la procedencia de la renuncia a la persecución penal. La "sustracción de menores" no constituye, sin embargo, ni un tipo penal previsto en el ordenamiento jurídico colombiano ni un crimen en el DPI, lo cual fue reconocido por la Corte Const. al examinar la LA[44]. La Corte afirmó que dicha expresión ha sido utilizada por la CorteIDH, "para referirse al extrañamiento de niños, niñas y adolescentes de sus familias, para ser incorporados a las fuerzas militares argentinas"[45]. En consecuencia, para la Corte, esta expresión no viola la Const. Pol., en la medida en que lo relevante en el contexto de la JEP y de la LA no sería "la denominación o *nomen iuris*, sino la obligación estatal de investigar, juzgar y sancionar *todo tipo de*

[42] Ver Corte Const., sent. C-007 de 1º de marzo de 2018, párr. 449.

[43] Ibíd., párrs. 476 y 484.

[44] Ibíd., párr. 447.

[45] Ibíd.

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

reclutamiento de niños, niñas y adolescentes"[46] (cursivas por fuera del texto original). Así, al parecer la Corte sugiere que la "sustracción de menores" puede ser entendida, en todo caso, como parte del reclutamiento. De todas maneras, no se debe perder de vista que las privaciones graves de la libertad cometidas en contra de menores quedan excluidas del ámbito de aplicación de la renuncia a la persecución penal por disposición del mismo art. 46 (1) LA, así dichas conductas no puedan ser calificadas como casos de reclutamiento.

VI. ¿"Graves" crímenes de guerra?

18 Debido a la referencia que se hace en el Acuerdo de Paz y en el AL 01 de 2017 al DI ("y/o"), con relación a los *crímenes de guerra* también surge la pregunta sobre cuál debe ser el Derecho material aplicable en el contexto de la JEP, ¿los crímenes de guerra como han sido definidos, por ejemplo, en el art. 8 ER o los tipos penales contra personas y bienes protegidos por el DIH definidos en el art. 135 y ss. CP? Si se toma como punto de partida el principio de favorabilidad, para resolver esta pregunta sería necesario realizar un análisis (comparativo) detallado sobre cada crimen de guerra, así como sobre el ámbito de aplicación temporal de cada una de estas normas, lo que supera el objeto del presente comentario. Aunque, claro está, esta también constituye una de las tareas, bastante complejas, que deberán emprender los órganos de la JEP.

19 Por otro lado, se debe llamar la atención sobre el término "*graves* crímenes de guerra" (cursivas por fuera del texto original). El art. 46 (1) LA excluía la posibilidad de conceder la renuncia a la persecución penal cuando se era responsable por crímenes de guerra, siempre y cuando dichos crímenes se pudieran calificar como "graves". El último inciso del parágrafo del art. 23 LA establecía que se entendería "como grave crimen de guerra toda infracción del Derecho Internacional Humanitario cometida de manera sistemática". Es decir, en un principio, los crímenes de guerra solo debían ser juzgados en la JEP cuando cumplieran esta condición. En los demás casos procedían los beneficios previstos en la LA, entre ellos, la renuncia a la persecución penal para agentes del Estado.

20 La palabra "grave" fue, sin embargo, declarada inexequible por la Corte Const., así como la definición que al respecto hacía el último inciso del parágrafo del art. 23 LA. Para la Corte, tanto la expresión "grave" como su definición se apartaban de los conceptos "ya decantados en el derecho internacional humanitario y el derecho penal internacional"[47], lo cual, en palabras de la misma

[46] Ibíd.

[47] Ibíd., párr. 513.

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 Const., generaba "una indeseable incertidumbre"[48], que podría conducir "a la vulneración del deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar las graves infracciones al derecho internacional humanitario"[49]. Según la Corte Const., dado que los crímenes de guerra son –todos– infracciones graves al DIH, el texto original de la LA permitiría que se renunciara a la persecución penal de este tipo de infracciones, lo cual se encuentra prohibido, precisamente, por el DIH[50]. Para entender mejor la posición de la Corte Const. es importante hacer algunas precisiones.

21 En primer lugar, no se debe confundir la referencia que se hacía en los arts. 23 (parágrafo) y 46 (1) LA a "graves crímenes de guerra" con el régimen de infracciones graves o *grave breaches* en los cuatro convenios de Ginebra. Los arts. 49 y ss. CG I, 50 y ss. CG II, 129 y ss. CG III y 146 y ss. CG IV regulan el régimen de infracciones graves, en el cual se establecen las conductas que los Estados parte deben perseguir penalmente como una de las obligaciones adquiridas por medio de los convenios[51]. Así, por ejemplo, en estas disposiciones se mencionan el asesinato voluntario, la tortura, los tratos inhumanos y los experimentos biológicos, como conductas que son consideradas graves en sí mismas para los efectos de los CG, sin que la sistematicidad cumpla ningún papel en este contexto. De hecho, estas normas han servido de base para la formulación de los crímenes de guerra, por ejemplo, tanto en el Estatuto del TPIY[52] como en el ER[53], en donde la sistematicidad tampoco aparece como elemento para definir su gravedad. Esta diferencia, vale decirlo, fue reconocida por la Corte Const. en su pronunciamiento sobre la LA[54].

22 En segundo lugar, no se debe confundir la cualificación que se hacía en la LA a los crímenes de guerra con el elemento contextual jurisdiccional que se previó en el ER para esta misma clase de crímenes (a pesar de que este hubiera podido servir de guía para la interpretación de aquel). Según el art. 8 (1) ER, la CPI es competente frente a crímenes de guerra "en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala". Este elemento no constituye un límite infranqueable para establecer la

[48] Ibíd.

[49] Ibíd.

[50] Ibíd., párr. 513.1.

[51] Ver Gaeta, "Grave Breaches of the Geneva Conventions", en Clapham A. *et al.* (ed.), *The 1949 Geneva Conventions. A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2015, págs. 620 y ss.

[52] En este sentido, el art. 2 del Estatuto del TPIY se titula: *"Grave breaches of the Geneva Conventions of 1949"*.

[53] El art. 8 (2) (a) ER enuncia las "[i]nfracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949".

[54] Corte Const., sent. C-007 de 1º de marzo de 2018, párrs. 513 y 513.1.

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

competencia de la CPI, lo cual se desprende de la expresión "en particular"[55], a diferencia de lo que ocurría en la JEP, en donde la gravedad, como aquí había sido definida, sí excluía de plano la posibilidad de conceder beneficios como la renuncia a la persecución penal y hacía que la conducta necesariamente cayera dentro de la competencia material de esta jurisdicción y debiera ser sancionada.

23 La Corte Const. también se refirió al punto al analizar la constitucionalidad de la expresión "graves" y afirmó correctamente que en el ER el hecho de que la conducta se cometa como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala no constituye un elemento esencial o que haga parte de la definición de los crímenes de guerra[56]. Sin embargo, la Corte Const. afirmó también que "ese parámetro procesal" no podía trasladarse al ámbito nacional, "ni siquiera en contexto de justicia transicional", puesto que así se "reduciría el estándar sustantivo relativo al deber de investigar, juzgar y sancionar las graves infracciones al derecho internacional humanitario"[57]. La pregunta que deja abierta la Corte Const. es la siguiente: ¿por qué es admisible adoptar dicho estándar en el ámbito internacional y, en cambio, no lo es en el ámbito interno, si la regulación internacional tiene la vocación de constituir el mínimo que deben cumplir los Estados en la persecución penal de crímenes internacionales?; es decir, por qué no hubiera sido fáctible interpretar la expresión "grave" y la definición que de ella daba la LA conforme al ER y eventualmente la jurisprudencia de la CPI. Al respecto la Corte Const. no da ninguna explicación.

24 En tercer lugar, ni la expresión "graves" contenida originalmente en el art. 46 (1) LA ni la definición que se había incluido en el parágrafo del art. 23 (toda infracción del DIH cometida de manera sistemática) deben ser confundidas con el elemento contextual propio que por definición pertenece a los crímenes de guerra, es decir la conexión que debe tener la conducta con un conflicto armado. Esta confusión puede surgir, por ejemplo, de la sent. C-579 de 2013, en donde la Corte Const. consideró que el art. transitorio 66, incluido en la Const. Pol. por el AL 01 de 31 de julio de 2012 o MJP, al decir "crímenes

[55] En este sentido ver CPI, Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo (ICC-01/05-01/08), Pre-Trial Chamber III, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, 15 de junio de 2009, párr. 211; CPI, Prosecutor v. Germain Katanga (ICC-01/04-01/07), Trial Chamber II, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, 7 de marzo de 2014, párr. 896. Al respecto Ambos (nota al pie 14), pág. 119; Cryer y otros (nota al pie 14), pág. 284; Cottier, "Article 8", en O. Triffterer/K. Ambos (ed.), *The Rome Statute of the International Criminal Law. A Commentary*, 3ª ed., München, C. H. Beck y otras, 2016, pág. 321; Schabas (nota al pie 14), págs. 225-228.

[56] Corte Const. sent. C-007 de 1º de marzo de 2018, párr. 513.2.

[57] Ibíd., párr. 513.3.

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 guerra cometidos de manera sistemática", se estaba refiriendo (lo cual es equivocado) al nexo entre la conducta y el conflicto armado (la Corte Const. concluyó que el art. transitorio 66 no modificaba el concepto de crímenes de guerra desarrollado internacionalmente, lo cual sí es correcto, pero la razón no es la indicada por la Corte)[58]. En la sentencia sobre la LA no obstante la misma Corte Const. afirma aquí que la sistematicidad no es un elemento de la definición de los crímenes de guerra, la Corte reitera lo dicho en la sent. C-579 de 2013 e incurre en el mismo error al decir:

> "La jurisprudencia de la Corte ha interpretado el elemento sistemático referido a los crímenes de guerra, como la necesidad de enfatizar en que estos tengan un nexo con el conflicto armado, excluyendo así hechos aislados, desconectados del fenómeno de violencia organizada que comporta la confrontación bélica"[59].

La Corte Const. se contradice entonces en la sentencia sobre la LA y, al querer validar un pronunciamiento anterior, termina por defender una interpretación errónea. Así las cosas, es importante aclarar nuevamente que si bien para hablar de crímenes de guerra necesariamente la conducta debe estar relacionada con un conflicto armado, no debe haber sido cometida de manera sistemática para configurar un crimen de esta clase; la gravedad o sistematicidad es una característica adicional que en Colombia se agregó, en un principio, para efectos jurisdiccionales, similar, como ya se indicó, al elemento contextual jurisdiccional incluido en el art. 8 (1) ER y al cual ya se hizo referencia.

La discusión sobre la gravedad de los crímenes de guerra y su sanción en la JEP no queda, de todas maneras, resuelta con el pronunciamiento de la Corte Const. sobre la constitucionalidad de la LA. Tanto en el proyecto de ley estatutaria aprobado por el Congreso de la República en conciliación como en el borrador de criterios de priorización socializado por la Sala de Reconocimiento de la JEP se hace referencia a la gravedad de la conducta, en el primer caso

[58] Ver Corte Const., sent. C-579 de 28 de agosto de 2013, apartado 8.2.5. ("los crímenes de guerra tienen un elemento de violencia sistemática, el cual no se identifica con que los crímenes sean masivos, sino con que tengan un nexo con el conflicto armado") y 8.3.2. ("esta frase implica que no puedan considerarse como crímenes de guerra delitos aislados sino que deben tener un nexo o patrón y este nexo directo debe ser con el conflicto armado, lo cual está de acuerdo con el Estatuto de Roma que señala que todos los crímenes de guerra deben tener un nexo con el conflicto armado"). Precisamente, en los apartes que aquí se citan la Corte Const. confunde la masividad de la conducta (como elemento que puede condicionar la competencia de un tribunal) con el nexo entre la conducta y el conflicto armado (como elemento contextual que hace parte de la definición de los crímenes de guerra).

[59] Corte Const., sent. C-007 de 1º de marzo de 2018, párr. 518.

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 criterio de selección y en el segundo como criterio de priorización; en ambos casos se define la gravedad en función de la sistematicidad –entre otros elementos–[60]. Así las cosas, la pregunta sobre cuándo puede considerarse que un crimen de guerra ha sido cometido de manera sistemática sigue siendo relevante. Parece claro entonces que en este contexto la "sistematicidad" no puede interpretarse como el nexo entre conducta y conflicto armado, tal y como lo ha hecho la Corte Const. equivocadamente en dos ocasiones, pues de esta manera la sistematicidad no contribuiría a definir cuáles casos se deben seleccionar o priorizar. Dado que la "sistematicidad" aparece también como parte del elemento contextual de los crímenes de lesa humanidad, de acuerdo con la definición aceptada actualmente[61], la jurisprudencia internacional sobre este tipo de crímenes podría servir de guía para resolver este interrogante.

26 A pesar de que los tribunales internacionales han planteado diferentes fórmulas para definir qué se entiende por "ataque sistemático" en cuanto elemento contextual de los crímenes de lesa humanidad[62], es posible afirmar que en

[60] Ver art. 19 (principios de selección) del Informe de conciliación al proyecto de ley estatutaria 08 de 2017 Senado y 016 de 2017 Cámara, Gaceta del Congreso, Senado y Cámara, Año XXVI, No. 1109, 28 de noviembre de 2017: "Constituyen criterios de selección, entre otros: [...] modalidad de comisión de los hechos en términos de violencia y sistematicidad"; también Anteproyecto, Guía de priorización de casos y situaciones en la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, JEP, mayo de 2018, disponible en https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Documents/ANTEPROYECTO%20GU%c3%8dA%20DE%20PRIORIZACI%c3%93N%20SRVR.pdf (fecha de consulta: 5 de julio de 2018): "2. Criterio objetivo del impacto. La priorización de casos y situaciones por el componente objetivo del impacto tendrá en cuenta: La gravedad de los hechos que por su modalidad o sus efectos afectan más gravemente los derechos fundamentales individuales y colectivos en términos de intensidad de la violencia, sistematicidad [...]". Incluso en el proyecto de normas procesales aprobadas en conciliación por el Congreso de la República se establece como uno de los objetivos de la investigación en el marco de la JEP "[e]stablecer los crímenes más graves y representativos", ver art. 11 Informe de conciliación al proyecto del ley 225/18 Senado- 239/18 Cámara "por medio del cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la jurisdicción especial para la paz".

[61] Ver por ejemplo art. 18 *Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind*, en *Yearbook of the International Law Commission, 1996*, vol. II, Part Two; art. 3 Estatuto del TPIR, art. 7 (1) ER, art. 13 Estatuto del Tribunal Especial para Kosovo, art. 2 TESL. Con relación al Estatuto del TPIY ver Prosecutor v. Kunarac *et al.* (IT-96-23 & IT-96-23/1-A), Appeals Chamber, Judgement, 12 de junio de 2002, párrs. 82 y ss.

[62] Por ejemplo, el TPIR ha afirmado al respecto: "The concept of widespread' may be defined as massive, frequent, large scale action, carried out collectively with considerable seriousness and directed against a multiplicity of victims. The concept of systematic' may be defined as thoroughly organised and following a regular pattern

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

todas ellas se llama la atención sobre el hecho de que el ataque debe haber sido cometido conforme a un plan preconcebido o política[63]. La sistematicidad denota entonces la naturaleza organizada en que se han cometido los crímenes e indica que los actos concretos no deben haber sido cometidos aleatoriamente[64]. La existencia de una pluralidad de actos que se repiten en el tiempo y constituyen un determinado patrón de comportamiento puede ser el resultado de la existencia de dicho plan o política y por lo tanto puede servir de indicio para probar su existencia[65]. Si se sigue esta definición de sistematicidad, es posible afirmar que "la gravedad de la conducta", como criterio de selección o priorización, se aproxima al art. 8 ER, en donde, como ya se mencionó, se encuentra previsto que la CPI es competente (en particular) cuando los crímenes de guerra "se cometan como parte de un plan o política". En todo caso, se debe señalar, que en el contexto de la JEP no sería necesario que la conducta se haya cometido "a gran escala", en el sentido de exigir un gran número de víctimas.

La limitante contenida inicialmente en el art. 46 LA respecto de los crímenes de guerra, se mantendría en todo caso, por ejemplo, una vez entre en vigencia la ley estatutaria de la JEP, en donde se prevé expresamente que frente a los casos no seleccionados es posible renunciar al ejercicio de la acción penal, siempre que se contribuya eficazmente a la verdad y a la reparación, y se hayan cumplido las demás condiciones impuestas por la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas[66]. **27**

---

on the basis of a common policy involving substantial public or private resources", Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu (nota al pie 21), párr. 580. También TPIR, Prosecutor v. Clement Kayishema and Obed Ruzindana (ICTR-95-1-T), Trial Chamber II, Judgement, 21 de mayo de 1999, párr. 123; ICTY, Prosecutor v. Blaškić (IT-95-14-T), Trial Chamber, Judgement, 3 de marzo de 2000, párr. 203.

[63] En este sentido ver Ambos (nota al pie 14), págs. 59-61; también comentario de la Comisión de Derecho Internacional al *Draft Code* de 1996, en *Yearbook of the International Law Commission, 1996*, vol. II, Part Two, pág. 47.

[64] Ver TPIY, Prosecutor v. Kunarac *et al*. (IT-96-23-T & IT-96-23/1-T), Trial Chamber, Judgement, 22 de febrero de 2001, párr. 429.

[65] De hecho, el elemento "generalizado" como característica del ataque contra la población civil en el cual tienen lugar los crímenes de lesa humanidad corresponde a esta dimensión cuantitativa de los crímenes. Ver Ambos (nota al pie 14), pág. 61; también comentario de la Comisión de Derecho Internacional al *Draft Code* de 1996 (nota al pie 63), pág. 47.

[66] Ver art. 19 (parg. 1º) del Informe de conciliación al proyecto de ley estatutaria 08 de 2017 Senado y 016 de 2017 Cámara, Gaceta del Congreso, Senado y Cámara, Año XXVI, No. 1109, 28 de noviembre de 2017.

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

VII. Ejecuciones extrajudiciales y otras formas de violencia sexual

28 También es importante hacer referencia a las "ejecuciones extrajudiciales" y a las "otras formas de violencia sexual". El primero de estos dos términos no corresponde a un tipo penal específico ni denota un crimen internacional en particular. De hecho, la expresión "ejecuciones extrajudiciales" no constituye un concepto técnico desde el punto de vista jurídico-penal. Además, en Colombia, sobre todo en los últimos años, se ha asociado este término con el fenómeno denominado "falsos positivos", haciendo referencia a casos en los que miembros de la fuerza pública causan la muerte de civiles, los cuales posteriormente son señalados de haber pertenecido a algún grupo armado ilegal y presentados como "bajas en combate"[67]. Esta aparente equiparación entre "ejecuciones extrajudiciales" y "falsos positivos" se puede observar también, por ejemplo, en algunas sentencias del CE, en las que se ha condenado al Ministerio de Defensa con base en esta clase de conductas por falla del servicio[68], en algunos informes de la Comisión Interamericana de DD. HH.[69] e incluso en los reportes de la Oficina de la Ficalía de la CPI (*"Office of the Prosecutor"*)[70]. Sin embargo, el concepto de ejecuciones extrajudiciales abarca una variedad de casos más amplia. Justamente en este sentido, la CIDH ha señalado con

[67] Ver ONU, Consejo de DD. HH., Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Philip Alston (doc. A/HRC/14/24/Add.2), 31 de marzo de 2010, párrs. 10 y 11.

[68] Ver CE, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sents. de 13 de abril de 2016 (rad. 05001-23-31-000-2006-03424-01(47924)), apartado 4.2. (iv); de 23 de marzo de 2017 (rad. 05001-23-31-000-2006-03647-01(50941)), apartado 2.3. (v); Sección Quinta, sent. de 7 de septiembre de 2015 (rad. 11001-03-15-000-2015-01676-00(AC)), apartado 2.2.4.3.

[69] Ver, por ejemplo, Informe anual de la Comisión Interamericana de DD. HH. 2009, Capítulo IV, Colombia, disponible en: https://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/cap.4Colo.09.sp.htm (última fecha de consulta: 31 de julio de 2017); Informe anual de la Comisión Interamericana de DD. HH. 2010, Capítulo IV, Colombia, disponible en: https://www.cidh.oas.org/annualrep/2010sp/indice2010.htm (última fecha de consulta: 31 de julio de 2017).

[70] Ver Office of the Prosecutor, Informe sobre las actividades de examen preliminar (2016), Situación en Colombia, 14 de noviembre de 2016, párr. 241 ss., disponible en: https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/161114-otp-rep-PE-Colombia.pdf (última fecha de consulta: 31 de julio de 2017); Office of the Prosecutor, Informe sobre las Actividades de Examen Preliminar (2015), Situaciones en Colombia y Honduras, 12 de noviembre de 2015, párr. 44, disponible en: https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/OTP-PE-rep-2015-Spa.pdf (última fecha de consulta: 31 de julio de 2017).

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

relación al caso colombiano, como supuestos de ejecuciones extrajudiciales, los siguientes eventos:

> "i) [E]jecución de miembros de la guerrilla *hors de combat;* ii) ejecución de líderes comunitarios acusados de ser colaboradores [de grupos armados ilegales]; iii) transferencia de cuerpos de grupos paramilitares a unidades del Ejército; iv) ejecución de informantes y miembros desmovilizados para encubrir crímenes anteriores, negar vinculaciones y destruir evidencia; v) ejecución de personas que mantienen lazos con organizaciones criminales como resultado de alianzas y corrupciones; vi) ejecución de personas que fueron intencionalmente reclutadas o detenidas [...]; y vii) 'errores militares' encubiertos por la simulación de un combate"[71].

En consecuencia, el término "ejecuciones extrajudiciales" puede abarcar una pluralidad de conductas típicas, no necesariamente mencionadas de manera explícita en el art. 46 (1) LA. En este contexto, el homicidio en persona protegida (art. 135 CP), que se suele imputar en casos de "falsos positivos"[72], no representa siempre el único tipo penal relevante. Pueden darse casos de concurso de conductas punibles entre este tipo penal y, por ejemplo, la desaparición forzada o incluso delitos contra la administración pública o de justicia. De hecho, también es posible tomar como base para una posible imputación el homicidio agravado, especialmente si se tienen en cuenta las circunstancias de agravación nums. 2, 7, 9 y 10 previstas en el art. 104 CP[73]. Esto debe ser definido por los operadores judiciales caso a caso. Se debe señalar, además, que varios de los tipos penales a los que puede dar lugar una ejecución extrajudicial

[71] Comisión Interamericana de DD. HH., Informe de País - Colombia: Verdad, Justicia y Reparación (doc. Doc. 49/13), 31 de diciembre de 2013, párr. 126, disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/docs/pdfs/Justicia-Verdad-Reparacion-es.pdf (última fecha de consulta: 31 de julio de 2017).

[72] CSJ, Sala de Casación Penal, sents. de 28 de agosto de 2013 (rad. 36460), apartado 4.; de 30 de abril de 2014 (rad. 43248), apartado 3.5.2.; de 5 de octubre de 2016 (rad. 42039), Consideraciones – primer cargo (7.).

[73] Según el art. 104 CP, el homicidio es agravado cuando la conducta se haya cometido (2.) "para preparar, facilitar o consumar otra conducta punible; para ocultarla, asegurar su producto o la impunidad, para sí o para los copartícipes"; (7.) "colocando a la víctima en situación de indefensión o inferioridad o aprovechándose de esta situación"; (9.) "en persona internacionalmente protegida diferente a las contempladas en el Título II de este Libro y agentes diplomáticos, de conformidad con los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia"; o (10.) "si se comete en persona que sea o haya sido servidor público, periodista, juez de paz, defensor de Derechos Humanos, miembro de una organización sindical [...], político o religioso en razón de ello".

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

pueden ser equivalentes a algunos crímenes de lesa humanidad o a crímenes de guerra; empero, dada la referencia específica que se hace en el art 46 (1) LA a las ejecuciones extrajudiciales, en estos casos no es necesario probar, por ejemplo, la sistematicidad de la conducta (pensando, por ejemplo, en calificarla como crimen de lesa humanidad). Por todo lo anterior, es posible afirmar que la alusión a "ejecuciones extrajudiciales" tiene el potencial para ampliar los casos en los cuales no son procedentes los beneficios previstos en la Ley 1820 de 2016, en especial, para efectos del art. 46, la renuncia a la persecución penal.

30 Finalmente, al observar la expresión "otras formas de violencia sexual", es posible preguntarse sobre el respeto al principio de legalidad, especialmente al mandato de determinación o precisión de las normas penales[74]. Sin embargo, la referencia a "otras formas de violencia sexual" incluida en el art. 46 (1) LA no debe interpretarse necesariamente como una cláusula abierta, dirigida a cubrir casos no definidos legalmente con anterioridad y que son de gravedad similar a los que sí se mencionan expresamente en una disposición legal (*ejusdem generis clause*)[75], debiendo ser desarrollada jurisprudencialmente, al estilo de la referencia que se hace en el art. 7 (1) (g) ER a "cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable"[76], no obstante esta alternativa ha sido considerada por la Corte Const. como acorde con la Const. Pol.[77].

31 En Colombia existe un importante marco de referencia que incluye varios tipos penales, mediante los cuales se busca proteger la libertad e integridad sexual de las personas, incluso expresamente en el marco del conflicto armado, y que permite delimitar el art. 46 (1) LA en este punto. Así las cosas, para dar alcance a la expresión "otras formas de violencia sexual", no solo es necesario acudir al Título IV del Libro Segundo del CP sino también, y con mayor razón al tratarse de la JEP, a la Ley 1719 de 2014, mediante la cual se adicionaron varios tipos penales al Título II del Libro Segundo del estatuto punitivo, con el fin de proteger a las víctimas de violencia sexual, especialmente con ocasión del conflicto armado. De esta manera, como "otras formas de violencia

[74] Sobre el principio de legalidad penal y el mandato de determinación de las normas penales ver Roxin, *Derecho penal*. Parte general, Madrid, Editorial Civitas, 1997, págs. 134 y ss., 169 y ss.

[75] Ver Garner (ed. in chief), *Black's Law Dictionary*, 10ª ed., St. Paul (Minn.), Thomson Reuters, 2014, pág. 631; con relación al DPI Cassese (nota al pie 19), pág. 34.

[76] Al respecto ver Hall *et al.*, "Article 7", en O. Triffterer/K. Ambos (ed.), *The Rome Statute of the International Criminal Law. A Commentary*, 3ª ed., München, C.H. Beck y otras, 2016, pág. 216-218; Schabas (nota al pie 14), págs. 192-194.

[77] Ver Corte Const., sent. C-007 de 1º de marzo de 2018, párr. 424.

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

sexual" en el sentido del art. 46 (1) LA es posible entender, al menos, todas las conductas típicas descritas en los arts. 138A a 141B del CP, en donde se incluyen, por ejemplo, la prostitución forzada en persona protegida (art. 141 CP), la desnudez forzada en persona protegida (art. 139D CP) así como el aborto forzado en persona protegida (art. 139E CP). Vale aclarar que en estos casos tampoco se requiere que el crimen haya sido cometido de manera sistemática para que no proceda la renuncia a la persecución penal, así estas conductas coincidan con algunos crímenes de guerra (o de lesa humanidad).

VIII. Delitos que no fueron cometidos por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado (num. 2)

El num. 2 del art. 46 (1) dispone que tampoco se podrá conceder la renuncia a la persecución penal cuando los actos relevantes no hayan sido cometidos "por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado". Como se mencionó en el comentario al art. 9º LA incluido en esta publicación, para interpretar esta disposición es posible acudir al art. transitorio 23 AL 01 de 2017, en el cual se previeron varios criterios para establecer cuándo una conducta cumple con esta condición y en consecuencia se encuentra dentro del ámbito de competencia de la JEP[78]. Estos fueron incluidos en el art. transitorio 23 como criterios generales para establecer la competencia objetiva (*ratione materiae*) de la JEP frente a cualquier conducta, pero fueron tomados de los criterios propuestos inicialmente por la Cámara de Apelaciones del TPIY en el caso *Kunarac et al.* concretamente para explicar el elemento contextual de los crímenes de guerra[79]. Por esta razón, la generalización que se hace en el art. transitorio 23 puede causar confusiones, ya que los órganos

32

[78] De acuerdo con el art. transitorio 23 AL 01 de 2017: "Para el efecto se tendrán en cuenta los siguientes criterios: a. Que el conflicto armado haya sido la causa directa o indirecta de la comisión de la conducta punible o, b. Que la existencia del conflicto armado haya influido en el autor, partícipe o encubridor de la conducta punible cometida por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto, en cuanto a: • Su capacidad para cometerla, es decir, a que por razón del conflicto armado el perpetrador haya adquirido habilidades mayores que le sirvieron para ejecutar la conducta. • Su decisión para cometerla, es decir, a la resolución o disposición del individuo para cometerla. • La manera en que fue cometida, es decir, a que, producto del conflicto armado, el perpetrador de la conducta haya tenido la oportunidad de contar con medios que le sirvieron para consumarla. • La selección del objetivo que se proponía alcanzar con la comisión del delito".

[79] Ver TPIY, Prosecutor v. Kunarac *et al.* (nota al pie 61), párr. 58.

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 componen la JEP no son competentes únicamente frente a estos crímenes sino también, por ejemplo, frente a crímenes de lesa humanidad, tortura, desaparición forzada o acceso carnal violento, los cuales no exigen por definición ningún tipo de relación con un conflicto armado.

33 Adicionalmente, la competencia de los órganos de la JEP no siempre se debe ejercer en el mismo sentido. Así, por ejemplo, para que los agentes del Estado puedan beneficiarse con la renuncia a la persecución penal, la conducta en cuestión, según lo dispuesto en el num. 2 del art. 46 LA, debe haber sido cometida con ocasión, por causa, o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, de acuerdo con los criterios señalados en el art. transitorio 23, al mismo tiempo que si se verifica dicha conexión, la conducta podría ser considerada un crimen de guerra, el cual debería ser juzgado por el Tribunal de Paz. De cualquier manera, tal y como se explicó en el comentario al art. 9º LA, este elemento, así como los criterios acogidos en el art. transitorio 23, debe ser interpretado de manera restringida, con el fin de no desnaturalizar la JEP en cuanto mecanismo excepcional de JT y desplazar así a la jurisdicción ordinaria[80].

IX. Delitos contemplados en el Código Penal Militar (num. 3)

34 Para terminar, el num. 3 del art. 46 LA menciona, como tercer grupo de casos en los que tampoco procede la renuncia a la persecución penal, los delitos contra el servicio, la disciplina, los intereses de la fuerza pública, el honor y la seguridad de la fuerza pública. Esta fórmula excluye la posibilidad de otorgar este beneficio por los delitos definidos en los siguientes títulos del Código Penal Militar o Ley 1407 de 2010: título I (delitos contra la disciplina), II (delitos contra el servicio), III (delitos contra los intereses de la fuerza pública), IV (delitos contra el honor) y V (delitos contra la seguridad de la fuerza pública). De esta manera, delitos propios de la justicia castrense y que bien pudieron haber sido cometidos en desarrollo de actividades ligadas al conflicto armado, como por ejemplo la desobediencia (art. 96), el abandono del comando o del puesto (art. 102-105), la inutilización voluntaria (art. 116), la cobardía (art. 117), el comercio con el enemigo (art. 120) o la revelación de secretos (art. 130), quedan excluidos del ámbito de aplicación de la renuncia a la persecución penal. Por el contrario, nada parece impedir que otros tipos penales, también previstos en el Código Penal Militar, sí den lugar a este beneficio, como

[80] En este sentido ver también los arts. 2º y 3º LA así como los comentarios respectivos en esta misma obra.

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 ejemplo la requisición arbitraria, prevista en el art. 157 Título VI (delitos contra la población civil), el peculado sobre bienes de dotación, previsto en el art. 161 Título VII (delitos contra la administración pública), o el daño en bien ajeno, previsto en el art. 170 Título VIII (otros delitos); lo anterior, claro está, siempre que se cumplan los demás requisitos, por ejemplo, que la conducta no equivalga a un crimen de guerra ni a ninguno de los demás crímenes enunciados en el num. 1 del art. 46 LA.

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 47.* *Procedimiento para la aplicación de la renuncia a la persecución penal para los agentes del Estado*. La Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, a petición del interesado o de oficio, resolverá la situación jurídica del agente del Estado con la aplicación o no de la renuncia a la persecución penal.

El agente del Estado que solicite la aplicación de este mecanismo deberá acompañar su solicitud de informes, providencias judiciales, disciplinarias, administrativas, fiscales o actos administrativos que den cuenta de su situación jurídica y permitan establecer que su conducta fue cometida por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado.

Cuando el procedimiento se inicie de oficio, la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas recaudará los elementos de juicio que considere necesarios para determinar que la conducta fue cometida por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado.

Determinado lo anterior, la Sala ordenará la renuncia a la persecución penal siempre que no se trate de conductas constitutivas de delitos de lesa humanidad, el genocidio, los [graves] crímenes de guerra, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma ni de delitos contra el servicio, la disciplina, los intereses de la fuerza pública, el honor y la seguridad de la fuerza pública, contemplados en el Código Penal Militar.

Una vez proferida la resolución que otorgue la renuncia a la persecución penal, será remitida a la autoridad judicial que esté conociendo de la causa penal, para que dé cumplimiento a lo decidido por la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas y materialice los efectos de ex-

* El aparte entre corchetes fue declarado inexequible por la Corte Const. en 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

tinción de la acción penal, de la responsabilidad penal y de la sanción penal según corresponda.

Jurisprudencia nacional: Corte Const., sents. C-209 de 21 de marzo de 2007, C-118 de 13 de febrero de 2008 y C-1154 de 15 de noviembre de 2015.

Otros documentos: Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, versión de 24 de noviembre de 2017, disponible en: https://www.mesadeconversaciones.com.co/comunicados/acuerdo-final-para-la-terminaci%C3%B3n-del-conflicto-y-la-construcci%C3%B3n-de-una-paz-estable-y-1 (última fecha de consulta: 03 de agosto de 2017; Informe de conciliación al proyecto del ley 225/18 Senado- 239/18 Cámara "por medio del cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la jurisdicción especial para la paz".

I. Introducción

1 Según lo anuncia el título del art. 47 LA, en esta norma se regula el procedimiento para conceder el beneficio de la renuncia a la persecución penal a agentes del Estado[1]. Sin embargo, a pesar de contar con cinco incisos, es esta una disposición demasiado general que deja abiertos varios interrogantes y que en realidad no permite definir, en concreto, cómo debe operar la concesión de dicho beneficio.

II. Inciso primero: reiteración de la regla general

2 El inc. 1º del art. 47 LA reitera la competencia de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas frente a agentes del Estado y precisa que la situación de estas personas se definirá concediendo o no la renuncia a la persecución penal. Llama la atención la redacción de la norma, pues da la impresión de que la decisión de otorgar o no dicho beneficio constituye la única manera como se puede definir la situación jurídica, a diferencia de lo dispuesto en el art. 45 LA, en donde se hace referencia a la renuncia a la persecución penal solo como una de las formas (entre varias) mediante las cuales se puede resolver la situación jurídica de agentes del Estado, e incluso en contravía de lo dispuesto en el Acuerdo de Paz[2]. De todas maneras, este inciso prevé que la

[1] Sobre el concepto de "agentes del Estado" ver comentario al art. 9º LA en esta publicación.

[2] Ver Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, versión de 24 de noviembre de 2017, apartado 5.1.2., punto 50 (e). Disponible en: https://www.mesadeconversaciones.com.co/comunicados/acuerdo-final-para-la-terminaci%C3%B3n-del-conflicto-y-la-construcci%C3%B3n-de-una-paz-estable-y-1 (última fecha de consulta: 03 de agosto de 2017).

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

definición de la situación jurídica podrá tener lugar tanto a petición de parte como de oficio, ante lo cual se debe advertir que existen distintos mecanismos para que los casos que esta Sala debe decidir lleguen a su conocimiento y, en consecuencia, en todos ellos deberá decidir sobre este punto así el interesado no lo solicite expresamente.

3 Al respecto se debe recordar que la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas debe remitir a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, cuando lo considere pertinente, los casos en los cuales no se haya dado el respectivo reconocimiento de responsabilidad y que no deban ser remitidos a la Unidad de Investigación y Acusación[3]. Asimismo, la Sala de Reconocimiento debe remitir a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas dos tipos de listas: una en la que se indique quiénes no serán objeto de amnistía o indulto y tampoco serán incluidos en la Resolución de Conclusiones[4], y otra en la que deben figurar las personas a las que no se les exigirá responsabilidad ante el Tribunal para la Paz, "por las causas que fuere"[5]. Adicionalmente, la Unidad de Investigación y Acusación puede remitir a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas los casos frente a los cuales considere que no es necesario investigar o acusar[6]. Así también debe proceder la Sección de Primera Instancia del Tribunal para la Paz, cuando considere que un caso en particular no debe ser resuelto mediante una absolución o una condena[7]. La Sala de Definición de Situaciones Jurídicas se debe pronunciar entonces sobre la renuncia a la persecución penal con relación a los agentes del Estado cuyos casos sean remitidos en cualquiera de estos supuestos, así el interesado no se lo solicite directamente. En todo caso, también se debe tener en cuenta que todas aquellas personas, incluso, claro está, los agentes del Estado, que estén siendo investigadas penalmente por conductas de competencia de la JEP, pueden acudir directamente a la Sala de definición de Situaciones Jurídicas, ante lo cual, de ser procedente, también es posible conceder la renuncia a la persecución penal[8].

III. Incisos segundo y tercero: elementos de juicio para establecer si la conducta fue cometida en relación con el conflicto armado

4 Los incs. 2º y 3º del art. 47 LA se refieren a dos supuestos distintos, dependiendo de cómo se haya iniciado el trámite para conceder la renuncia a la

[3] Ibíd., punto 48 (n).
[4] Ibíd., puntos 48 (j), (p), (t).
[5] Ibíd, puntos 48 (p) y 50 (a).
[6] Ibíd., punto 51 (e).
[7] Ibíd., punto 54 (g).
[8] Ibíd., punto 50 (f).

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

persecución penal. Según el inc. 2º, cuando un agente del Estado solicite a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas la concesión de dicho beneficio, debe proporcionar los documentos y en general la información pertinente que permita establecer la relación de la conducta con el conflicto armado[9], mientras que, de acuerdo con el inc. 3º, si es la Sala la que se dispone (de oficio) a tomar una decisión al respecto, ella misma debe buscar los elementos de juicio que le permitan concluir si dicho requisito se cumple o no. Al respecto es posible plantear, al menos, dos preguntas. Por un lado, se debe señalar que el inc. 2º únicamente hace alusión a "informes, providencias judiciales, disciplinarias, administrativas, fiscales o actos administrativos", lo cual permite preguntarse si en este contexto solo son admisibles "pruebas" documentales o si también es posible valerse de otros medios, por ejemplo testimonios, para demostrar que la conducta efectivamente fue cometida "por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado". Por otro lado, es posible preguntarse si la Sala también tiene la posibilidad de buscar por cuenta propia los elementos de juicio que considere necesarios cuando se ha dado inicio al trámite a solicitud de parte. Aunque se debe advertir que nada parece impedirlo. Es decir, aun cuando el tramite se haya iniciado a petición de parte, la Sala, no obstante el deber del interesado de proveer información al respecto, también debe poder recaudar por sí misma elementos de juicio, lo cual es pertinente, por ejemplo, para verificar la información que le ha sido entregada por el respectivo agente del Estado.

IV. Inciso cuarto: nuevamente, casos en los que no procede la renuncia a la persecución penal

El inc. 4º reitera la lista de crímenes y conductas con relación a las cuales la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas no puede conceder la renuncia a la persecución penal, especialmente lo estipulado en el art. 46 (1) y (3) LA. Por esta razón, aquí es suficiente con remitirse al comentario de dicha norma incluido en esta misma publicación. **5**

V. Inciso quinto: vacíos e interrogantes sobre el trámite en concreto

El inc. 5º del art. 47 LA proporciona algunas directrices sobre el procedimiento que se debe seguir una vez la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas ha decidido conceder la renuncia a la persecución penal. Al respecto se deben diferenciar tres momentos. En primer lugar, la Sala debe tomar la decisión **6**

[9] Al respecto ver comentarios a los arts. 2º, 3º y 9º.

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 conceder la renuncia a la persecución penal, lo cual, como ya se explicó, puede hacerlo de oficio o a petición de parte. Seguidamente, la Sala debe remitir su resolución a la autoridad judicial competente, la cual, en tercer lugar, debe materializarla. La autoridad que en el caso concreto debe materializar el beneficio concedido por la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas así como la decisión mediante la cual debe hacerlo dependerán de si el agente del Estado está siendo investigado o si ya fue condenado, y, en el primer caso, bajo cuál régimen procesal se está adelantando el proceso penal respectivo y en qué momento o etapa procesal se encuentra. Esto se desprende de las expresiones "autoridad judicial que esté conociendo de la causa penal" y "materialice los efectos de extinción *de la acción penal, de la responsabilidad penal y de la sanción penal según corresponda*" (cursivas por fuera del texto original). Así, por ejemplo, si se trata de un proceso penal que se encuentra en instrucción según la Ley 600 de 2000, la autoridad judicial será el fiscal delegado respectivo y este deberá proferir entonces una resolución de preclusión[10], pero si se encuentra en etapa de juzgamiento será el juez penal mediante un auto de cesación de procedimiento[11]. En cambio, si se trata de un proceso penal seguido conforme a la Ley 906 de 2004, será el juez penal de conocimiento quien deberá proferir el auto de preclusión[12], mientras que, en caso de condenados, corresponderá a los jueces de ejecución de penas tomar las medidas correspondientes[13].

7 Como ya se mencionó, el art. 47 en general y particularmente el inc. 5º dejan varios vacíos e interrogantes sobre el trámite concreto que se debe seguir para que tenga lugar la renuncia a la persecución penal. Por un lado, con relación a la decisión que debe tomar la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas (primer momento) no se especifica cómo se debe hacer la solicitud –aunque la redacción del inc. 2º permite inferir que debe hacerse por escrito ("acompañar su solicitud"), lo cual se confirma con el art. 49 de las reglas de procedimiento de la JEP–, tampoco cómo o cuándo se deben presentar las "pruebas" ni cómo y dentro de qué plazo debe decidir la Sala. Nada se dice tampoco sobre si es posible controvertir la información presentada por el interesado, por ejemplo, por parte de las víctimas, lo cual constituye uno de los vacíos más problemáticos de la LA –como se verá más adelante, estos aspectos están regulados realmente en el art. 48 de las reglas de procedimiento de la JEP, las cuales, sin embargo, no han entrado en vigencia–. Con relación a la remisión que debe hacer la Sala a la autoridad judicial correspondiente

[10] Ver arts. 38 y 39 inc. 1º de la Ley 600 de 2000.

[11] Art. 39 inc. 2º de la Ley 600 de 2000.

[12] Ver arts. 77 y 331 de la Ley 906 de 2004.

[13] Art. 79 de la Ley 600 de 2000; art. 38 de la Ley 906 de 2004.

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

(segundo momento), tampoco se especifican los términos procesales: ¿cuánto tiempo (días, por ejemplo) tiene la Sala para remitir la resolución a la autoridad judicial correspondiente una vez ha decidido conceder la renuncia a la persecución penal? Lo mismo ocurre con la materialización del beneficio en el proceso penal concreto (tercer momento): ¿en cuánto tiempo debe decidir la autoridad judicial competente?, ¿esta autoridad debe tener en cuenta la opinión de las víctimas?, ¿qué naturaleza tendrá la decisión mediante la que se materializa la renuncia a la persecución penal?, ¿está sometida a las reglas procesales ordinarias, por ejemplo en materia de recursos?[14].

Por ejemplo, en procesos adelantados según la Ley 906 de 2004, se podría **8**
dar cumplimiento al trámite previsto en el art. 333 para la preclusión, lo cual permitiría, entre otras cosas, la participación de las víctimas, quienes podrían oponerse a la solicitud de preclusión incluso allegando pruebas[15]. Sin embargo, esto solo solucionaría el problema parcialmente, pues esta no es la única forma mediante la cual se debe materializar la decisión de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas.

Así como se expidió el Decreto 277 de 17 de febrero de 2017 precisando **9**
aspectos procesales/operativos para conceder la amnistía *de iure* a miembros de las FARC o los decretos 706 de 3 de mayo de 2017 o 1269 de 28 de julio del mismo año con relación a la privación de la libertad de los miembros de la fuerza pública, debería existir similar reglamentación sobre la renuncia a la persecución para los agentes del Estado en general, en donde se precisen todos estos aspectos. Aunque, respecto a las actuaciones de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas y, en concreto, para tomar la decisión de otorgar o no el beneficio de renuncia a la persecución penal (momento uno), se deberá seguir el procedimiento previsto en el art. 48 de las reglas de procedimiento de la JEP, una vez estas entren en vigencia[16]. En esta norma se definen varios

[14] Al respecto y con relación a lo dispuesto en el art. 1º del Decreto 1269 de 2017 ver comentario al art. 49 LA en esta obra.

[15] Según el art. 333 de la Ley 906 de 2004, una vez el fiscal del caso ha hecho la respectiva solicitud, se debe realizar una audiencia ante el juez de conocimiento dentro de los cinco días siguientes, al final de la cual el juez debe tomar (y motivar) la decisión que corresponda. Sobre la participación de las víctimas en el trámite de la preclusión en la Ley 906 de 2004 ver Corte Const., sent. C-209 de 21 de marzo de 2007, apartado 10. En general sobre la preclusión en la Ley 906 de 2004 y con relación a quién debe hacer la solicitud ver Corte Const., sent. C-118 de 13 de febrero de 2008. Sobre el archivo de las diligencias según el art. 79 de la Ley 906 de 2004 y los derechos de las víctimas en esta actuación ver Corte Const., sent. C-1154 de 15 de noviembre de 2015, apartado 4.8.

[16] Ver Informe de conciliación al proyecto del ley 225/18 Senado- 239/18 Cámara "por medio del cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la jurisdicción especial para la paz".

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

términos que debe cumplir la Sala, por ejemplo, para decidir si tiene o no competencia, para citar a los interesados a audiencia pública –entre ellos a las víctimas y al ministerio público–, así como para tomar la decisión de fondo[17]. Pero, aún así, el vacío con relación al trámite ante las autoridades judiciales que deben materializar la decisión de la Sala se mantendría.

[17] Por ejemplo, el num. 1 del art. 48 dispone que una vez "[r]ecibida la actuación por la Sala, a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes, proferirá resolución en la cual asume el conocimiento y ordenará comunicar a la persona compareciente a la JEP, a su defensor, a las víctimas, a su representante y al ministerio público", y el num. 2 dice que, "[t]ranscurridos diez (10) días posteriores de la comunicación efectiva de la resolución, la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas emitirá resolución en la cual decidirá sobre la competencia de la JEP y de la Sala [...]". Empero, de acuerdo con el num. 3, "[e]n caso de duda sobre la competencia de la JEP por parte de la Sala, se citará a audiencia dentro de los diez (10) días siguientes [...]. Asimismo, el art 48 dispone un término de 20 días de "apertura a pruebas" (num. 4), el cual tiene lugar una vez se ha decidido sobre la competencia. Vencido este término, dentro de los 10 días siguientes, la Sala deberá citar nuevamente a audiencia (num. 6), en la que impondrá las condiciones "de verdad plena, reparación y no repetición impuestas al sometido a la JEP"; dichas condiciones se deberán empezar a cumplir dentro de los 30 días siguientes. Cumplido este plazo la Sala debe tomar la decisión definitiva (num. 7).

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 48. *Otros efectos de la renuncia a la persecución penal*. La renuncia a la persecución penal también genera los siguientes efectos:

1. Impide que se inicien nuevos procesos por estas conductas.

2. Hace tránsito a cosa juzgada material y solo podrá ser revisada por el Tribunal para la Paz.

3. Elimina los antecedentes penales de las bases de datos.

4. Anula o extingue la responsabilidad o la sanción disciplinaria, fiscal o administrativa derivada de la conducta penal.

5. Impide el ejercicio de la acción de repetición y del llamamiento en garantía contra los agentes del Estado, sin perjuicio del deber del Estado de satisfacer el derecho de las víctimas a la reparación integral.

Parágrafo 1. Para los condenados y/o sancionados, las situaciones administrativas de personal consolidadas con fundamento en las decisiones penales, disciplinarias, fiscales y administrativas adoptadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley mantendrán su firmeza y ejecutoria.

Parágrafo 2. Para efectos del levantamiento de la suspensión del ejercicio de funciones y atribuciones, en el caso de los miembros de la fuerza pública activos que se encuentren investigados, la renuncia a la persecución penal tendrá los mismos efectos que la extinción de la acción, salvo que se trate de homicidio, tráfico de armas, concierto para delinquir o los demás delitos del artículo 46 de la presente ley. En todo caso, el reintegro no procede para quienes se encuentren investigados por los delitos mencionados ni por los delitos con una pena mínima privativa de la libertad de 5 o más años. Quienes se encuentren retirados y estén siendo investigados, no podrán ser reintegrados si deciden que se les aplique la renuncia a la persecución penal.

Jurisprudencia nacional: Corte Const., sents. C-007 de 1º de marzo de 2018; C-04 de 20 de enero de 2003; C-871 de 30 de septiembre de 2003; C-979 de 26 de septiembre de 2005; T-058 de 12 de febrero de 2015 y C-899 de 7 de octubre de 2003.

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

Otros documentos: Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, versión de 24 de noviembre de 2017, disponible en: https://www.mesadeconversaciones.com.co/comunicados/acuerdo-final-para-la-terminaci%C3%B3n-del-conflicto-y-la-construcci%C3%B3n-de-una-paz-estable-y-1 (última fecha de consulta: 5 de septiembre de 2018).

1 Además de extinguir la acción, la responsabilidad o la sanción penal (según el estado de cada proceso), tal y como lo dispone el art. 46 LA, la renuncia a la persecución penal también produce los efectos que señala el art. 48 LA. Al respecto se debe mencionar, en primer lugar, que esta norma no precisa el momento a partir del cual se generan los efectos que allí se mencionan, aunque bien se puede asumir que los mismos se dan una vez la decisión de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, mediante la cual se concede el beneficio, ha quedado en firme, ya sea porque no se interpusieron los recursos procedentes de acuerdo con el art. 49 LA o porque ellos fueron resueltos. Es decir, los efectos de la renuncia a la persecución penal serían producto de la decisión que la concede en el contexto de la JEP y no de la decisión que en cada proceso penal ordinario la materializa. En segundo lugar, es posible afirmar, en términos generales, que los efectos de la renuncia a la persecución penal en varios sentidos van más allá de los que se derivan de las formas ordinarias mediante las cuales en Colombia pueden terminar los procesos penales. Esto evidencia el carácter extraordinario de esta figura en cuanto mecanismo concebido desde la lógica de la JT y pone de presente (de nuevo) la importancia de darle una aplicación racionalizada, definiendo de la manera más clara posible los límites de su ámbito de aplicación. Para explicar este punto, a continuación se harán algunas consideraciones con relación a cada uno de los numerales del art. 48.

I. Efecto de cosa juzgada y revisión (nums. 1 y 2)

2 Los numerales 1 y 2 del art. 48 hacen referencia básicamente al mismo efecto: como consecuencia del beneficio de renuncia a la persecución penal no es posible iniciar nuevos procesos por los mismos hechos (num. 1.)[1], es decir que la decisión mediante la cual se concede este beneficio hace tránsito a cosa juzgada material (num. 2)[2]. En este sentido, la renuncia a la persecución

[1] De acuerdo con la Corte Const., esta disposición hace alusión a una situación similar a la prevista en el art. 20 LA (ver Corte Const., sent. C-007 de 1º de marzo de 2018, párr. 904), razón por la cual es pertinente remitirse al comentario de Sánchez al respecto incluido en esta publicación.

[2] En el sentido del art. 19 de la Ley 600 de 2000, en donde se afirma que la persona "no será sometida a una nueva actuación por la misma conducta, *aunque a esta se le dé una denominación jurídica distinta*" (cursivas por fuera del texto original).

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 coincide, por ejemplo, con el efecto que tiene la preclusión en un proceso penal ordinario y, por supuesto, con el de la sentencia absolutoria o condenatoria[3]. Aunque, en este sentido, la renuncia a la persecución penal va más allá que la resolución inhibitoria en la Ley 600 de 2000 y que el archivo de las diligencias en la Ley 906 de 2004[4]. El num. 2 precisa, además, que la renuncia solo puede ser "revisada por el Tribunal para la Paz", lo cual permite preguntarse sobre cuáles son los recursos que en realidad proceden ante esta decisión. Una posible interpretación sería que aquí se hace alusión solo de forma genérica a la revisión del beneficio, simplemente para aclarar que el hecho de hacer tránsito a cosa juzgada no impide que procedan los recursos de reposición y apelación de acuerdo con el art. 49 LA, aunque, claro está, el efecto de cosa juzgada en estos casos se generaría una vez se resuelvan estos recursos. Sin embargo, también es posible interpretar la alusión a la revisión de la renuncia a la persecución penal de una manera más concreta en el sentido, precisamente, de la acción de revisión prevista en el contexto del proceso penal ordinario[5]. De acuerdo con esta interpretación no serían procedentes solamente los recursos de reposición y apelación, sino también, una vez ejecutoriada la decisión que concede el beneficio, se podría interponer la acción de revisión, por ejemplo, si existieran pruebas sobrevinientes que ameritaran levantar el efecto de cosa juzgada y tomar una nueva decisión.

La posibilidad de acudir a la acción de revisión ante decisiones tomadas por la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas que ya hayan hecho tránsito a cosa juzgada, de todas maneras, no parece haberse previsto expresamente en el Acuerdo de Paz y, si se hizo, no lo fue con suficiente claridad. Por un lado, entre las funciones de la Sección de Revisión del Tribunal para la Paz se menciona la revisión de sentencias condenatorias que hayan sido proferidas por la justicia penal ordinaria, mas no la revisión de las decisiones de las Salas una vez han hecho tránsito a cosa juzgada[6]. Aunque, por otro lado, también se establece que dicha Sección "excepcionalmente" revisará "las resoluciones o sentencias impuestas por el componente de justicia, cuando haya mérito para ello por las causales establecidas en las normas de desarrollo del componente de justicia [...] siempre que dicha revisión no suponga agravar la situación del

3

[3] Ver art. 19 de la Ley 600 de 2000, así como los arts. 21 y 80 de la Ley 906 de 2004.

[4] Ver art. 328 de la Ley 600 de 2000 y 79 de la Ley 906 de 2004.

[5] Ver art. 220 de la Ley 600 de 2000 y 192 y ss. de la Ley 906 2004.

[6] Ver Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, versión de 24 de noviembre de 2017, apartado 5.1.2., punto 58 (b), disponible en: https://www.mesadeconversaciones.com.co/comunicados/acuerdo-final-para-la-terminaci%C3%B3n-del-conflicto-y-la-construcci%C3%B3n-de-una-paz-estable-y-1 (última fecha de consulta: 5 de septiembre de 2018); también art. 52 del proyecto de ley de procedimiento aprobado en conciliación por el Senado de la República y la Cámara de Representantes.

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

sancionado"[7]. Esto podría hacer referencia a una especie de acción de revisión, similar a la prevista por la legislación procesal ordinaria y, en ese caso, podría entenderse que a esto se referiría el num. 2 del art. 48 LA. Sin embargo, la acción de revisión en casos en los que se haya concedido la renuncia a la persecución penal procedería para revocarla, lo cual, evidentemente, supondría agravar la situación del sujeto en cuestión, en contravía de lo dicho en el Acuerdo. Adicionalmente, en el proyecto de ley sobre normas de procedimiento de la JEP aprobado por el Congreso de la República no se previó esta posibilidad. De hecho, este proyecto solo hace referencia al recurso de reposición y al de apelación en los arts. 12 y 13, respectivamente, así como a la acción de tutela en el art. 53[8].

4 Aunque, ciertamente, la procedencia de la acción de revisión en este contexto encontraría fundamento en la jurisprudencia de la Corte Const., en la que se ha aclarado que el principio de cosa juzgada no es absoluto y que encuentra límites justamente en los derechos de las víctimas, especialmente en casos de violaciones de DD. HH.[9], esto no es algo que parezca haberse previsto en las normas de implementación del Acuerdo de Paz, no obstante lo dicho en el num. 2 del art. 48 LA. Es decir, que la cosa juzgada, al menos cuando se ha concedido el beneficio de renuncia a la persecución penal, no tendría la limitación que, por ejemplo, aparece en el art. 21 de la Ley 906 de 2004[10].

II. Eliminación de antecedentes penales (num. 3)

5 El num. 3 del art. 48 establece, como consecuencia de la renuncia a la persecución penal, que se deben eliminar los antecedentes penales de las bases

[7] Ibíd., apartado 5.1.2., punto 58 (d).

[8] Al respecto se debe tener en cuenta también el art. 48 del proyecto de ley estatutaria de la JEP, sobre "recursos contra las resoluciones de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas", en el cual se mencionan la reposición y la apelación.

[9] Corte Const., sents. C-04 de 20 de enero de 2003, apartado IV (Consideraciones y Fundamentos), párr. 13 (límites del principio *non bis in idem*); C-871 de 30 de septiembre de 2003, apartado VI (3.) sobre "principio del *non bis in idem*, su relación con la cosa juzgada y la acción de revisión" y C-979 de 26 de septiembre de 2005, apartado V (Fundamentos de la decisión), párrs. 7 y ss.

[10] En esta disposición se establece: "La persona cuya situación jurídica haya sido definida por sentencia ejecutoriada o providencia que tenga la misma fuerza vinculante, no será sometida a nueva investigación o juzgamiento por los mismos hechos, *salvo [...] en casos de violaciones* a los derechos humanos o infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario, que se establezcan mediante decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, respecto de la cual el Estado colombiano ha aceptado formalmente la competencia" (cursivas por fuera del texto original).

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 datos. Sin embargo, no es claro cuál es el alcance de este efecto, ya que el manejo de la información en estos casos por las entidades del Estado no debe ser siempre el mismo. Esta cuestión resulta de especial relevancia en casos de agentes del Estado que ya han sido condenados en la jurisdicción penal ordinaria por hechos relacionados con el conflicto armado. Al respecto, cabe preguntarse si esta disposición hace referencia a la eliminación absoluta de la información que reposa en los registros oficiales (naturalmente con relación a los procesos penales frente a los cuales la renuncia a la persecución penal es procedente) o si a esta se le debe dar el mismo tratamiento que tiene normalmente.

Para aclarar este punto nótese, en primer lugar, que el registro de antecedentes penales no constituye una sanción de ninguna clase. Como lo ha afirmado la Corte Const.: "si bien los antecedentes penales son el producto de la imposición de un castigo, no son la pena en sí misma ni adquieren autonomía punitiva"[11]. Sin embargo, las bases de datos de antecedentes penales cumplen con finalidades específicas[12] y, de acuerdo con ello, la información que en ellas reposa y el acceso a las mismas puede ser diferente. Así, por ejemplo, es distinto si se trata de una base de datos de acceso público, como por ejemplo la base de datos de la Policía Nacional, la cual puede ser consultada a través de Internet (abierta al público)[13], a si se trata de una base de datos de acceso restringido, a la cual solo se puede acceder cumpliendo ciertos requisitos o por ciertas personas[14]. En estas situaciones el manejo de la información por parte del Estado no es el mismo, al punto que las leyendas que se pueden consignar en los certificados oficiales no necesariamente deben coincidir[15]. **6**

De hecho, la Corte Const. ha afirmado que la supresión total de los antecedentes penales no es admisible, dado que ellos cumplen diversas funciones y **7**

[11] Ver Corte Const., sent. T-058 de 12 de febrero de 2015, párr. 4.3.3.

[12] Ibíd., párr. 4.3., frente al contenido del certificado de antecedentes judiciales, esta Corporación ha señalado que se trata de "[...] un documento [...], en el cual se certifica la situación judicial de un ciudadano frente a la justicia y autoridades colombianas. Estipula si el titular no tiene asuntos pendientes con las autoridades judiciales y de policía, o si no es solicitado por las mismas autoridades" (citando la sent. T-542 de 9 de julio de 2003).

[13] Ibíd., párrs. 3.4. y ss.

[14] Ibíd.

[15] Por ejemplo, cuando el certificado de antecedentes se solicita a la Cancillería con fines migratorios, para personas que no registran antecedentes se incluye la leyenda: "no registra antecedentes", mientras que para aquellos frente a los cuales se ha decretado la extinción de una sanción penal se consigna la leyenda: "no tiene asuntos pendientes ante las autoridades judiciales", ver Corte Const., sent. T-058 de 12 de febrero de 2015, párr. 2.1.3.2.

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

algunas de ellas resultan fundamentales desde el punto de vista constitucional, como, por ejemplo para realizar actividades "de inteligencia, ejecución de la ley y control migratorio"[16]. Así, la Corte Const. ha amparado el derecho de *habeas data* respecto a la actualización de antecedentes penales, por ejemplo, por cumplimiento y extinción de sanciones penales, pero solo de manera relativa "frente a la circulación irrestricta de la información [...] cuando el propósito de su divulgación no reporte una clara finalidad, necesidad y utilidad constitucional"[17], entre otras razones, para proteger el derecho al trabajo y evitar situaciones de discriminación[18]. La pregunta entonces en el contexto de la JEP es si el tratamiento de los antecedentes penales, una vez se ha concedido el beneficio de la renuncia a la persecución penal, será sometido a las mismas reglas o no.

8 En la sentencia C-007 de 2018 se encuentran algunos lineamientos sobre el alcance de este efecto de la renuncia a la persecución penal. La Corte Const. declaró exequible el art. 48 LA y con relación al num. 3 afirmó, precisamente, que dicha disposición no supone una eliminación total de todos los registros en donde conste la existencia de los procesos penales que hayan terminado como consecuencia de este beneficio[19]. De acuerdo con la Corte Const., dicho num. se refiere únicamente a los sistemas de información de "contenido penal"[20]. Adicionalmente, la Corte precisó que de todas maneras esta información debe estar siempre disponible "para las entidades que hacen parte" del SIVJRNR[21]. Estas entidades deben tener acceso a la información sobre los procesos penales que existieron en contra de quien se benefició de la renuncia a la persecución penal, bien sea para constatar la información que ellas mismas reciben en desarrollo de sus funciones[22] o bien para controlar el cumplimiento de las condiciones impuestas a la persona beneficiada, relacionadas con la contribución a los derechos de las víctimas, según el art. 50 LA[23]. Con estas limitaciones la Corte Const. acepta que se restrinja el acceso del público en general a este tipo de información, con fundamento en la necesidad de evitar "el surgimiento de señalamientos por toda la sociedad a los implicados en el conflicto"[24].

[16] Ibíd., párrs. 4.4.1. y 5.8.
[17] Ibíd., párr. 4.4.2.
[18] Ibíd., párr. 4.4.2.
[19] Corte Const., sent. C-007 de 1º de marzo de 2018, párr. 907.
[20] Ibíd.
[21] Ibíd.
[22] Ibíd., párr. 908.
[23] Ibíd., párr. 909.
[24] Ibíd., párr. 911.

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. Efectos frente a otros tipos de responsabilidad (nums. 4 y 5)

Los numerales 4 y 5 del art. 48 LA reiteran lo dispuesto en el art. 42 de esta misma ley[25], razón por la cual es pertinente remitirse en este lugar al comentario de Sánchez y Chaparro en esta publicación. Tanto en el art. 42 como en el num. 4 del art. 48 se establece que la renuncia a la persecución penal no solo tiene efectos sobre la responsabilidad penal, sino también sobre la disciplinaria y la fiscal. Sin embargo, el num. 4 también hace referencia, de manera algo vaga, a la responsabilidad administrativa "derivada de la conducta punible", lo cual abre el interrogante sobre el alcance de este beneficio y si esta última expresión tiene algún significado concreto que agregue algo o si más bien resulta redundante. **9**

A su turno, el num. 5 del art. 48 LA, al igual que el art. 42, extiende los efectos de la renuncia a la persecución penal a la responsabilidad civil derivada de la conducta punible; la primera disposición lo hace mediante la referencia al "llamamiento en garantía"[26], mientras que la segunda lo hace al referirse a "la acción de indemnización de perjuicios". Esto indica que la persona beneficiada con la renuncia a la persecución penal no puede ser condenada a pagar los perjuicios causados mediante la conducta punible ni por un juez penal ni por uno civil. En todo caso, en estas dos normas se aclara que el Estado sigue estando obligado a satisfacer el derecho a la reparación que tienen las víctimas. Al respecto se debe señalar que en el ordenamiento jurídico colombiano no resulta extraño atribuir efectos jurídicos sobre la responsabilidad civil a una decisión (judicial) tomada en un proceso penal. En este sentido, se debe mencionar, a manera de ejemplo, el art. 57 de la Ley 600 de 2000[27]. Incluso en estos casos, cuando el acusado en el proceso penal había obrado en cumplimiento de un deber legal, de acuerdo con la Corte Const., la víctima conservaba el derecho a ser indemnizada por el Estado[28], así como ocurre cuando en el contexto de la JEP se concede la renuncia a la persecución penal. Se trata entonces, de alguna manera, de figuras que se han tomado de la justicia ordinaria y que ahora adquieren un matiz especial al aplicarse en el contexto de la JT, pero cuyas lógicas en uno y otro lugar no son radicalmente distintas. Es más, así como **10**

[25] En este sentido, con relación al num. 4 ver ibíd., párr. 912.

[26] Ver art. 71 Ley 600 de 2000; sobre la responsabilidad civil derivada de la conducta punible ver arts. 94 y ss. CP.

[27] Según esta norma, "la acción civil no podrá iniciarse ni proseguirse cuando se haya declarado, por providencia en firme, que la conducta causante del perjuicio no se realizó o que el sindicado no lo cometió o que obró en estricto cumplimiento de un deber legal o en legítima defensa".

[28] Corte Const., sent. C-899 de 7 de octubre de 2003, apartado E.2.

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 renuncia a la persecución penal elimina la posibilidad de que el beneficiario deba indemnizar a las víctimas, también se elimina la posibilidad de que este tenga que responder ante el detrimento patrimonial sufrido por el Estado, como consecuencia del ejercicio de la acción de revisión; en este punto también coinciden el num. 5 del art. 48 y el art. 42 LA.

IV. Parágrafos

11 El art. 48 LA cuenta además con dos parágrafos que regulan la vinculación (o no) de quienes se ven beneficiados con la renuncia a la persecución penal a las entidades públicas de las que hacían o hacen parte. El primer parágrafo se refiere a casos en los que existan "decisiones penales, disciplinarias, fiscales y administrativas", tomadas antes de la entrada en vigencia de la LA, mediante las cuales se haya condenado "y/o" sancionado a quienes ahora se benefician de la renuncia a la persecución penal y que hayan consolidado "situaciones administrativas de personal". Con este parágrafo se establece "la imposibilidad de retrotraer situaciones consumadas en materia laboral"[29]. Es decir, si el beneficiario, por ejemplo, fue destituido como consecuencia de estas decisiones, dicha situación no se revierte, a pesar de que la responsabilidad penal o de algún otro tipo, y que motivó la destitución, haya desaparecido como consecuencia de la renuncia a la persecución penal.

12 En cambio, en el parágrafo segundo se hace referencia explícita únicamente a miembros de la fuerza pública en servicio activo, que si bien no han sido condenados o sancionados, sí se encuentran investigados y debido a esto han sido suspendidos "del ejercicio de [sus] funciones y atribuciones". En estos casos, la renuncia a la persecución penal tiene los mismos efectos que la extinción de la acción, es decir que la suspensión del ejercicio de funciones y atribuciones se levanta[30]. Sin embargo, el parágrafo segundo limita este efecto de la renuncia a la persecución penal a casos en los que no exista responsabilidad por homicidio, tráfico de armas, concierto para delinquir o por los delitos mencionados en el art. 46 LA. Esta mención al art. 46 resulta extraña, dado que dicha norma establece los casos en los que no procede la renuncia a la persecución penal, de manera que no se entiende porqué se hace referencia a esta en una disposición en la que se regulan los efectos de dicho beneficio, es decir en el art. 48. Otra restricción de este efecto de la renuncia a la persecución penal, y que no se debe perder de vista, es que no se puede tratar de casos en los que los tipos penales relevantes prevean una pena de prisión mínima de cinco o más años, lo cual constituye una cláusula abierta que obliga

[29] Corte Const., sent. 007 de 1º de marzo de 2018, párr. 914.

[30] Ibíd, párr. 915.

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 los magistrados de la JEP a revisar caso por caso, para contrastarlo con el CP. Finalmente, el parágrafo segundo aclara que tampoco podrán ser reintegrados quienes estén siendo investigados y ya se hayan retirado de la fuerza pública, lo cual reitera que se debe tratar de miembros de la fuerza pública *activos*, tal y como se especifica al principio de este parágrafo.

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 49.* *Recursos contra las resoluciones de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas*. Las resoluciones adoptadas por la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas podrán ser recurridas en reposición ante la misma Sala, y en apelación ante la Sección de Apelaciones del Tribunal para la Paz [únicamente] a solicitud del destinatario de la resolución.

Jurisprudencia nacional: Corte Const., sents. C-209 de 21 de marzo de 2007, C-118 de 13 de febrero de 2008, C-1154 de 15 de noviembre de 2015, C-936 de 23 de noviembre de 2010, C-674 de 14 de noviembre de 2017 y C-007 de 1º de marzo de 2018.

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

1 El art. 49 LA regula los recursos que proceden contra las decisiones de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas. De acuerdo con esta norma, las decisiones de la Sala se toman mediante "resoluciones", ante las cuales proceden tanto el recurso de reposición (ante la misma Sala) como el de apelación ante la Sección de Apelaciones del Tribunal para la Paz[1]. Esta disposición se reitera en el art. 48 de la Ley Estatutaria de la JEP y en el art. 4º del Decreto 706 de 3 de mayo de 2017, mediante el cual se regula el tratamiento especial diferenciado que deben recibir los miembros de la fuerza púbica en el marco de esta jurisdicción. Dicho art. 4º agrega, además, que las decisiones de los órganos de la JEP relacionadas con la renuncia a la persecución penal, la libertad transitoria condicionada y anticipada[2], y la privación de la libertad en

* El aparte entre corchetes fue declarado inexequible por la Corte Const. en sent. C-007 de 1º de marzo de 2018.

[1] Sobre la estructura del Tribunal para la Paz ver Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, versión de 24 de noviembre de 2017, apartado 5.1.2., punto 52. Disponible en: https://www.mesadeconversaciones.com.co/comunicados/acuerdo-final-para-la-terminaci%C3%B3n-del-conflicto-y-la-construcci%C3%B3n-de-una-paz-estable-y-1 (última fecha de consulta: 13 de febrero de 2017).

[2] Al respecto ver comentario a los arts. 51 y ss. en esta obra.

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

unidad militar o policial[3] no pueden ser revocadas, sustituidas ni modificadas por ninguna otra autoridad.

Al respecto se deben precisar, en primer lugar, dos aspectos. Por un lado, si bien el encabezado del Decreto 706 se refiere a los miembros de la fuerza pública, debe entenderse que lo dispuesto en el art. 4º es de aplicación general y, en consecuencia, válido para todos los agentes del Estado. De hecho, si se observan las consideraciones que introducen las normas contempladas en el Decreto 706[4], es posible afirmar que aquí se utilizan los términos "miembros de la fuerza pública" y "agentes del Estado" como si fueran equivalentes. Si bien conceptualmente esto es equivocado[5] y puede considerarse un error de técnica "legislativa", constituye un punto de referencia importante para llamar la atención sobre la necesidad de analizar cuidadosamente en el contexto de la LA y de la JEP cada norma en la que se utilizan dichos términos, para definir cuál es su verdadero alcance y así evitar un tratamiento desigual e injustificado entre agentes del Estado que son miembros de la fuerza pública y aquellos que no lo son. En este sentido, nada justifica que la prohibición prevista en el art. 4º del Decreto 706 de que otras autoridades puedan modificar las decisiones de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas sobre la renuncia a la persecución penal solo sea aplicable a los miembros de la fuerza pública. La aplicación de dicha norma a todos los agentes del Estado es coherente, además, con la naturaleza autónoma de la JEP y con la competencia prevalente que ejercen los órganos que la integran[6]. **2**

Por otro lado, lo dispuesto tanto en el art. 49 LA como en el art. 4º del Decreto 706 de 2017 debe entenderse sin perjuicio de la procedencia de la acción de tutela. Esta posibilidad se encuentra prevista en el art. transitorio 8º, adicionado a la Const. Pol. mediante el AL 01 de 4 de abril de 2017, así como en el art. 13 del mismo Decreto 706[7]. Según el inc. 1º del art. transitorio 8º la acción de tutela procederá contra las "acciones y omisiones" de los órganos de la JEP, **3**

[3] Al respecto ver comentario a los arts. 56 y ss. en esta misma obra.

[4] Ver por ejemplo párrafo ocho ("existe un vacío frente a los *miembros de la fuerza pública*") y nueve ("esta diferencia de trato normativo [...] conduce a que miembros de las FARC-EP que aún no han hecho tránsito a la legalidad gocen de la libertad mientras que los *agentes del Estado* que [...] ") de las consideraciones que introducen el Decreto 706 de 2017.

[5] Ver comentario al art. 9º en esta obra.

[6] Ver Acuerfo Final (nota al pie 1), punto 9; art. transitorio 5º (inc. 1º) y art. transitorio 6º AL 01 de 2017.

[7] Según el art. 13 de Decreto 706 de 2017: "Los beneficios previstos en la Ley 1820 de 2016, se aplicarán sin perjuicio de la interposición de la acción de tutela y *habeas corpus*". Ver Acuerdo Final (nota al pie 1), punto 52 (parg.).

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 violen o amenacen derechos fundamentales. En el inc. 2º se hace referencia, en cambio, a "providencias judiciales", lo cual parece ser un término más específico, y al respecto se contempla un estándar de procedencia de la tutela al parecer más estricto: "solo por una manifiesta vía de hecho o cuando la afectación del derecho fundamental sea consecuencia directa por deducirse de su parte resolutiva y se hubieran agotado todos los recursos al interior de la Jurisdicción Especial para la Paz, no existiendo mecanismo idóneo para reclamar la protección del derecho"[8]. Si estas diferencias entre los incs. 1º y 2º del art. transitorio 8º tienen algún efecto relevante sobre la acción de tutela, es algo que debe ser definido por los órganos que integran la JEP.

4 En cualquier caso, la tutela será resuelta en primera instancia por la Sección de Revisión del Tribunal para la Paz y en segunda instancia por la Sección de Apelaciones del mismo Tribunal[9]. Adicionalmente, la Corte Const. puede seleccionar los fallos de tutela proferidos en la JEP. En un principio, el proceso para la selección y revisión de tutelas por la Corte Const. se encontraba regulado en el inc. 4º del art. transitorio 8º, en el cual se establecía que la decisión de seleccionar "un fallo" debía ser tomada por una sala integrada por dos magistrados de la Corte Const. y dos de la JEP, necesitándose una decisión unánime. Este inc. 4º fue declarado inexequible por la Corte Const., puesto que consideró que el control de constitucionalidad sobre las decisiones de la JEP dependía en últimas de la propia JEP[10]. Como consecuencia de la decisión de la Corte Const., la selección y revisión de las tutelas presentadas contra decisiones de la JEP se debe someter a las reglas ordinarias[11]. Aún así, la Corte Const. no tiene la facultad para modificar las decisiones tomadas en la JEP, entre ellas las decisiones sobre la renuncia a la persecución penal, razón por la cual de encontrar que se ha violado algún derecho fundamental, debe remitir el caso al órgano de la JEP correspondiente para que sea este el que profiera una nueva decisión teniendo en cuenta lo dicho por la Corte Const., lo que impide presentar un nuevo recurso de amparo[12].

5 Un punto que llamaba especialmente la atención era la limitación que aparecía en la última frase del art. 49, según la cual las resoluciones proferidas por la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas solo podían ser recurridas por el destinatario de la resolución. Este aspecto abría un gran interrogante sobre el res-

[8] Inc. 2º del art. transitorio 8º AL 01 de 2017.

[9] Inc. 3º del art. transitorio 8º AL 01 de 2017.

[10] Ver Corte Const., sent. C-674 de 14 de noviembre de 2017, apartado 5.4.4.

[11] Ibíd.

[12] Inc. 5º del art. transitorio 8º AL 01 de 2017.

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

peto a los derechos de las víctimas, ya que en ninguno de los artículos anteriores en los que se regula el beneficio de la renuncia a la persecución penal se contempla la posibilidad de que estas intervengan, ni siquiera en el art. 47 en el que supuestamente se establece el trámite que se debe seguir en estos casos; en cambio, en el art. 49, en el que se hace referencia a un asunto bastante puntual, estas se excluían, se podría decir, intencionalmente. Si bien esta limitación se estipuló desde el Acuerdo de Paz[13], la misma resultaba particularmente problemática si se tenía en cuenta la jurisprudencia de la Corte Const., no solamente con relación a la participación de las víctimas ante actuaciones que ponen fin a los procesos penales en general[14], sino también a la aplicación de figuras en clave de JT, así fuera en el marco de procesos penales ordinarios, tal y como ocurrió con el intento de permitir la aplicación del principio de oportunidad en procesos en los que se juzgaban conductas cometidas por miembros de la AUC, con ocasión de la desmovilización que tuvo lugar en el año 2005 y de la expedición de la Ley de JYP[15].

Por lo anterior, en la sent. C-007 de 2018 la expresión "únicamente" de la última frase del art. 49 LA fue declarada inexequible[16]. La Corte Const. afirmó al respecto que dicha limitación daba lugar a un "déficit constitucional" contrario a lo dispuesto en el AL 01 de 2017[17], puesto que constituía un "abierto desconocimiento de los derechos de las víctimas como pilar estructural del proceso transicional"[18]. Adicionalmente, el texto original del art. 49 contrariaba lo dicho en la sent. C-674 de 2017 respecto del inc. 2º del art. transitorio 12 AL 01 de 2017, en el sentido de que en los procesos que tienen lugar en la JEP se debe garantizar la participación discrecional del ministerio público[19]. **6**

La limitación sobre las personas que podrían recurrir la decisión de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas mediante la cual se otorga la renuncia a la persecución penal no se incluyó, de todas maneras, en el art. 48 de la Ley Estatutaria de la JEP, en el cual se dispone que los recursos de reposición y apelación contra las resoluciones de esta Sala pueden ser interpuestos "a solicitud del destinatario de la resolución, de las víctimas con interés directo y legítimo o sus representantes". Aunque, se debe advertir, este aspecto se **7**

[13] Acuerdo Final (nota al pie 1), punto 52 (párrafo cuarto).

[14] Ver Corte Const., sents. C-209 de 21 de marzo de 2007, C-118 de 13 de febrero de 2008 y C-1154 de 15 de noviembre de 2015.

[15] Ver Corte Const., sent. C-936 de 23 de noviembre de 2010, párrs. 21 y ss.

[16] Ver Corte Const., sent. C-007 de 1º de marzo de 2018, párr. 925.

[17] Ibíd., párr. 920; ver inc. 9º del art. transitorio 5º y art. transitorio 12 AL 01 de 2017.

[18] Ibíd., párr. 922.

[19] Ibíd., párr. 924.

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

reguló de manera algo ambigua en las normas de procedimiento de la JEP, ya que el art. 12, sobre el trámite del recurso de reposición, hace alusión al "sujeto procesal o interviniente afectado con la decisión"[20], así como el art. 14, sobre el trámite del recurso de apelación, se refiere al "sujeto procesal o interviniente a quien le fuera desfavorable la decisión"[21]. Teniendo en cuenta

[20] De acuerdo con el art. 12 de las normas de procedimiento de la JEP: "La reposición procede contra todas las resoluciones que emitan las Salas y Secciones de la Jurisdicción Especial para la Paz.

"El recurso deberá interponerse por el sujeto procesal o interviniente afectado con la decisión, con expresión de las razones que lo sustenten.

"Cuando la resolución a impugnar sea escrita, deberá interponerse por escrito dentro de los tres (3) días siguientes al de la notificación. En caso de que la resolución fuera proferida en audiencia, el recurrente deberá interponerlo y sustentarlo oralmente cuando la Sala o Sección le conceda la oportunidad para hacerlo.

"La resolución que decide la reposición no es susceptible de ningún recurso, salvo que contenga puntos no decididos en la anterior, caso en el cual podrá interponerse respecto de los puntos nuevos.

"El recurso de reposición presentado por escrito será resuelto previo traslado a los demás sujetos procesales e intervinientes por tres (3) días, dentro de los tres (3) días siguientes.

"El recurso de reposición interpuesto en audiencia será resuelto en el mismo acto por las Salas o Secciones, previo traslado a los demás sujetos procesales e intervinientes. Dada la complejidad de la decisión las Salas o Secciones podrán suspender el término para decidir el recurso y citar a nueva audiencia para proferir su decisión dentro de los cinco (5) días siguientes".

[21] Según el art. 14 de las normas de procedimiento de la JEP: "El recurso [de apelación] podrá ser interpuesto por el sujeto procesal o interviniente a quien le fuera desfavorable la decisión.

"El recurso de apelación contra la decisión que se emita en desarrollo de una audiencia o diligencia deberá interponerse en forma verbal inmediatamente después de ser pronunciada. Cuando se trate de providencia escrita, deberá interponerse en el acto de su notificación personal o por escrito dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación por estado, salvo disposición en contrario.

"Si se trata de resoluciones de fondo, vencido el término anterior, el recurso podrá ser sustentado oralmente en forma inmediata o por escrito dentro de los cinco (5) días siguientes. Cuando se trate de sentencias la sustentación será por escrito dentro de los diez (10) días siguientes.

"Se dará traslado a los no recurrentes en la misma audiencia o diligencia para que se pronuncien sobre la sustentación del recurso, si la resolución apelada fue emitida de manera oral. Si la resolución impugnada fue escrita, el traslado a los no recurrentes será común por cinco (5) días, luego de vencido el término de ejecutoria y sustentado el recurso por el apelante.

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

lo dicho por la Corte Const. en las sents. C-007 de 2018 y C-674 de 2017 podría entenderse, de todas maneras, no obstante el ministerio público no es mencionado en ninguna de estas normas y las víctimas no aparecen explícitamente en los art. 12 y 14 de las reglas de procedimiento, que tanto aquel como estas pueden interponer los recursos de reposición y apelación contra decisiones que concedan la renuncia a la persecución penal.

8 Finalmente, se debe llamar la atención sobre el art. 1º del Decreto 1269 de 28 de julio de 2017, el cual adiciona el art. 2.2.5.5.2.1. al Decreto 1069 de 2015 y establece algunos términos para decidir sobre los beneficios previstos en la Ley 1820 de 2016 para miembros de la fuerza pública. Los incs. 2º, 3º, 4º y 5º de esta norma prevén la posibilidad de interponer en procesos penales ordinarios los recursos de reposición y apelación contra "*todas las decisiones* que resuelvan la solicitud de *los beneficios* contemplados en la Ley 1820 de 2016" (cursivas por fuera del texto original). El tipo de recurso y la autoridad competente dependen del régimen procesal aplicable y del estado en el que se encuentre cada proceso penal[22]. En este sentido, el parágrafo aclara de manera general que "la autoridad judicial decidirá los respectivos recursos de acuerdo al procedimiento penal aplicable a la actuación de su conocimiento". Al respecto se debe advertir que el art. 2.2.5.5.2.1. (inc. 1º) hace alusión a la concesión de la libertad transitoria, condicionada y anticipada así como a la privación de la libertad en unidad militar o policial, las cuales constituyen dos figuras que si bien están contempladas en la LA, son diferentes e independientes a la renuncia a la persecución penal. Por esta razón, lo que aquí se dispone sobre recursos se limitaría, en principio, al trámite de aquellas. En todo caso, es posible preguntarse si esto también sería aplicable a las decisiones que en

---

"La sustentación deberá limitarse a señalar los aspectos que impugna de la providencia y los argumentos de hecho, de derecho y probatorios en que fundamenta su disenso. Si el apelante sustenta el recurso en debida forma y de manera oportuna, la Sala o Sección de primera instancia lo concederá de inmediato y señalará el efecto; en caso contrario, lo declarará desierto.

"La Sección de Apelación, con fundamento en el recurso interpuesto, decidirá únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante. Recibida la actuación, dispondrá de treinta (30) días para su decisión cuando se trate de resoluciones, y de sesenta días (60) días cuando sean sentencias. La decisión del recurso de apelación se proferirá por escrito. La Sección de Apelaciones podrá decidir si realiza una audiencia de sustentación". Ver también art. 16 de las normas procesales de la JEP sobre el recurso de queja, en casos en los que se deniega el recurso de apelación.

[22] Por ejemplo, el inc. 2º hace referencia a los procesos penales adelantados conforme a la Ley 906 de 2004, el inc. 3º se refiere a la Ley 600 de 2000 y el inc. 4º a condenados bien sea en procesos penales regidos por la Ley 906 de 2004 o por la Ley 600 de 2000.

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 procesos penales ordinarios materializan la concesión de la renuncia a la persecución penal, teniendo en cuenta las expresiones "todas las decisiones" y "de los beneficios" que aparecen en los incs. 2º al 5º del art. 2.2.5.5.2.1. De ser así, aquí también surgiría el problema ya mencionado sobre el alcance de la expresión "miembros de la fuerza púbica" en cuanto especie del género "agentes del Estado". Además, se mantendría abierta la pregunta planteada en el comentario al art. 47 LA sobre la posible aplicación de las normas ordinarias sobre recursos respecto a la decisión que materializa la renuncia a la persecución penal. En todo caso, de aceptarse esta hipótesis se tendría que definir el alcance que tendrían estos recursos, dado que el beneficio, de hecho, ya ha sido concedido; con mayor razón si se han agotado los recursos procedentes en el interior de la JEP. Este problema no surgiría si se acepta que una vez otorgada la renuncia a la persecución penal en la JEP, la decisión que la materializa en la justicia ordinaria no se puede controvertir.

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 50. *Contribución a la satisfacción de los derechos de las víctimas*. La adopción de alguno de los mecanismos de tratamiento especial diferenciado para agentes del Estado de que trata el Título IV de la presente ley no exime del deber de contribuir individual o colectivamente al esclarecimiento de la verdad o del cumplimiento de las obligaciones de reparación que sean impuestas en cumplimiento de lo establecido en el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición.

Si durante la vigencia de la Jurisdicción Especial para la Paz, los beneficiarios de mecanismos de tratamiento especial diferenciado para agentes del Estado de que trata el Título IV de la presente ley, se rehusaran a cumplir los requerimientos del Tribunal para la Paz para participar en los programas de contribución a la reparación de las víctimas, o a acudir ante la Comisión de Esclarecimiento de la Verdad, de la Convivencia y No Repetición, o ante la Unidad de Búsqueda de Personas Dadas por Desaparecidas, perderán el derecho a que se les apliquen los beneficios previstos en cualquier tratamiento de los definidos como especial, simultáneo, equilibrado y equitativo.

Parágrafo. El Estado realizará los cambios institucionales y de política pública que garanticen la no repetición de las graves violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario, como mecanismo de protección prevalente para las víctimas.

Literatura: Joshi Madhav, "Annualized Implementation Data on Intrastate Comprehensive Peace Accords, 1989-2012", en *Journal of Peace Research* 52(4), 2015, págs. 551- 562; Alejandro Monsiváis-Carrillo, "La democracia como política pública: Oportunidades para el fortalecimiento democrático", en *Revista de Estudios Sociales*, (47), 2013, págs. 25-38; National Democratic Institute (NDI) (2014), Participación de las víctimas del conflicto armado. La participación de las víctimas: un camino para construir e implementar políticas públicas transformadoras. En NDI. Disponible en: https://www.ndi.org/sites/default/files/guia_victimas_colombia_small.pdf (fecha de consulta: 21 de junio de 2017); Transitional Justice Institute, Grupo de expertos: Las pautas de Belfast sobre amnistía y responsabilidad, 2013.

Jurisprudencia internacional: Corte IDH, Caso Barrios Altos vs. Perú, fondo, sent. de 14 de marzo de 2001; CorteIDH, Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, fondo, reparaciones

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

y costas, sent. de 25 de noviembre de 2003; CorteIDH, Caso Almonacid Arellano vs. Chile, sent. de 26 de septiembre de 2006, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas; CorteIDH, Caso Vargas Areco vs. Paraguay, fondo, reparaciones y costas, sent. de 26 de septiembre de 2006; CorteIDH, Caso La Cantuta vs. Perú, sent. de 29 de noviembre de 2006, fondo, reparaciones y costas; CorteIDH, Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sent. de 5 de agosto de 2008; CorteIDH, Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sent. de 26 de noviembre de 2008; CorteIDH, Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sent. de 16 de noviembre de 2009; CorteIDH, Caso Vélez Loor vs. Panamá, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sent. de 23 de noviembre de 2010; CorteIDH, Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sent. de 24 de noviembre de 2010; CorteIDH, Caso Gelman vs. Uruguay, sent. de 24 de febrero de 2011, fondo y reparaciones; CorteIDH, Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, fondo, reparaciones y costas, sent. de 24 de febrero de 2012; CorteIDH, Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, fondo, reparaciones y costas, sent. de 25 de octubre de 2012; TEDH, Caso Hadjianastassiou vs. Grecia, diciembre 16 de 1992.

Jurisprudencia nacional: Corte Const., sents. C-370 de 18 de mayo de 2006, C-454 de 7 de junio de 2006, C-936 de 23 de noviembre de 2010, C-260 de 6 de abril de 2011, C-579 de 28 de agosto de 2013, C-795 de 30 de octubre de 2014, C-694 de 11 de noviembre de 2015, C-160 de 6 de abril de 2016, C-161 de 7 de abril de 2016, C-233 de 11 de mayo de 2016, C-404 de 3 de agosto de 2016 y T-054 de 3 de febrero de 2017.

Documentos oficiales: CIDH, Verdad, justicia y reparación: Cuarto informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia (OEA/Ser.L/V/II. Doc. 49/13), 31 de diciembre de 2013, pág. 154; ONU, Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff, 9 de agosto de 2012 (A/HRC/21/46); Secretaría de Paz de Guatemala, El Estado Mayor Presidencial en Guatemala: Una aproximación. Ed. 1. 2011; Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, (n.d.) Orientaciones para la Incorporación. Estrategia de la Política Pública de Víctimas y Restitución de Tierras en los Planes Territoriales de Desarrollo 2016-2019. *En UnidadVictimas*, Disponible en:http://www.unidadvictimas.gov.co/sites/default/files/documentosbiblioteca/cartillapddl290116.pdf. (fecha de consulta: 21 de junio de 2017); Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas (n.d.) *Participaz*, La ruta de los Derechos. Capítulo 3. Políticas Públicas para las Víctimas. En *Participaz*, Disponible en: http://participaz.com/images/cartillas/Capitulo_3.pdf (fecha de consulta: 21 de junio de 2017.

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. Introducción

Debido a la estrecha relación y similitud entre el art. 50 de la LA y los arts. 14 y 33, en esta sección se profundizará en i) el principio de condicionalidad materializado en la disposición; ii) los principios de complementariedad e integralidad en el SIVJRNR; iii) las reformas institucionales como garantía de no repetición, y iv) la vocación transformadora de las políticas públicas en contextos de JT. **1**

II. El principio de condicionalidad en el art. 50 de la LA

El art. 50, en sus incs. 1º y 2º, establece que los beneficios judiciales otorgados a *agentes del Estado* no suponen una liberación de su obligación de aportar a la garantía del derecho a la verdad y a la reparación de las víctimas y, en consecuencia, toda negativa a participar en los programas de reparación a las víctimas, de acudir a la CVR o ante la Unidad de Búsqueda de Personas Dadas por Desaparecidas, traerá como consecuencia la pérdida del derecho a recibir el beneficio. **2**

La Corte Const., en su reciente sentencia, precisó que i) las condiciones exigidas en la LA constituyen requisitos de acceso –a pesar de que del texto de la disposición no se derive, de forma expresa y evidente, tal interpretación– y ii) el eventual desconocimiento a los condicionamientos será analizado por la JEP, de conformidad con el trámite establecido en el inc. 1º del artículo transitorio 12 del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2017[1].

La disposición analizada materializa el principio de condicionalidad; uno de los fundamentos del Acuerdo de Paz, firmado entre el Gobierno nacional y las FARC[2]. El esquema que incorpora el SIVJRNR opta por equilibrar la búsqueda de la paz y la justicia, en la medida en que materializa las concesiones propias de la negociación entre las partes –como los mecanismos de racionalización de la acción penal–, sin desconocer la obligación tanto del Estado como de los victimarios de respetar y garantizar, en el mayor nivel posible, los derechos de las víctimas. **3**

Al respecto, la CIDH[3] y la Corte Const.[4] han indicado que toda aplicación de un tratamiento penal especial en contextos de JT debe estar sujeto al cum- **4**

[1] Corte Const., Comunicado 08 de 1º de marzo de 2018, en donde se declaró la constitucionalidad del art. 10 de la LA.

[2] Ver Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, versión de 24 de noviembre de 2017, apartado 5.1

[3] CIDH, Verdad, justicia y reparación: cuarto informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia (OEA/Ser.L/V/II. Doc. 49/13), 31 de diciembre de 2013, pág. 154.

[4] Corte Const., sent. C-579 de 2013.

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

plimiento, entre otras, de las siguientes condiciones: (i) el reconocimiento de responsabilidad, (ii) la contribución al esclarecimiento de la verdad y (iii) la reparación integral de las víctimas. Conforme a las Pautas de Belfast[5], la incorporación del principio de condicionalidad en la implementación de mecanismos de racionalización de la acción penal (i) otorga legitimidad y legalidad al proceso, (ii) contribuye a prevenir la violencia, (iii) vincula a los victimarios en la satisfacción de los derechos de las víctimas y (iv) facilita los espacios para su reconocimiento de responsabilidad[6].

5 Así, someter la conservación del beneficio judicial a la contribución de los agentes estatales al acceso a la verdad y reparación de las víctimas es una clara materialización del *principio de condicionalidad*, en tanto la concesión del Estado podrá ser negada o revocada, en el caso en que se evidencie una omisión o incumplimiento de los beneficiarios.

Si bien no hay duda de que la incorporación de estas condiciones proporciona al Estado "un medio para imputar responsabilidad a individuos que podrían abusar"[7] del mecanismo de racionalización de la acción penal y cumple una función de motivación a los beneficiarios para que contribuyan a los procesos de reconciliación en curso[8], la LA no resulta suficiente para identificar, con toda certeza, la operatividad de los condicionamientos y su aporte real a la satisfacción de los derechos de las víctimas.

Un primer vacío presente, tanto en la LA, como en el Acuerdo de Paz, es la falta de regulación –o siquiera mención– del proceso de seguimiento, monitoreo y evaluación del cumplimiento de las condiciones, una vez ha sido otorgado el tratamiento penal especial, para decidir su revocación o conservación.

La garantía de que el principio de condicionalidad se materialice está, necesariamente, dada por la fijación de criterios y mecanismos claros, que permitan identificar el cumplimiento de las condiciones por parte de los beneficiarios. De lo contrario, la inclusión de esta disposición carecerá de todo efecto jurídico.

Por otro lado, y a pesar del importante aporte de los arts. 14, 33 y 50 con la incorporación del principio de condicionalidad, la LA y el Acuerdo de Paz

[5] Las Pautas de Belfast corresponden a una serie de criterios, propuestos unánimemente por un grupo de 18 expertos en JT, que buscan guiar a los Estados en el proceso de formulación e implementación de beneficios penales, como las amnistías. Si bien no tiene un valor vinculante para los Estados, sí resultan pertinentes, por su especificidad, a la hora de comprender el alcance y forma de operación del principio de condicionalidad.

[6] Transitional Justice Institute, Grupo de expertos: Las pautas de Belfast sobre amnistía y responsabilidad. 2013, pág. 9.

[7] Ibíd., pág. 16.

[8] Ibíd.

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

presentan un importante vacío en relación con la identificación y aclaración de lo que podría considerarse como *participación* en los programas de reparación a las víctimas, la CVR o la Unidad de Búsqueda de Personas Dadas por Desaparecidas. ¿Cuándo se entiende satisfecha la condición y bajo qué circunstancias?, son cuestionamientos centrales, que necesariamente redundarán en la materialización del principio de igualdad y en la garantía del debido proceso de los eventuales beneficiarios. Aún no se cuenta con elementos, ni en la LA ni en el Acuerdo de Paz, para resolverlos.

6 La ausencia de lineamientos y criterios que permitan determinar, con cierto grado de certeza y objetividad, el cumplimiento de las condiciones para acceder al tratamiento penal especial o para conservarlo, genera el riesgo de que, por un lado, las decisiones sobre la materia se tomen sin la adecuada justificación o motivación[9] y, por el otro lado, se reste eficacia a la disposición.

7 Para evitar los efectos señalados, resulta necesario que la contribución requerida a los agentes del Estado sea consecuente con la definición y contenido de los derechos de las víctimas a la verdad y a la reparación, especialmente, de conformidad con la jurisprudencia de la CorteIDH y la Corte Const.

8 En relación con el contenido del derecho a la verdad, tanto la CorteIDH[10] como la Corte Const.[11] han señalado que esta comprende el conocimiento de i) la autoría del crimen, ii) las motivaciones, iii) las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos, iv) los patrones de actuación conjunta y v) la estructura organizativa que permitió la consumación del acto.

9 Estos elementos que, a consideración de los tribunales citados, son necesarios para la satisfacción del derecho a la verdad de las víctimas, podrían ser tenidos en cuenta como criterios que permitan evaluar la cualificación de la participación de los agentes del Estado, tanto en la CVR como en la Unidad de

[9] La motivación es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión, de manera que otorga credibilidad a las decisiones del Estado. De acuerdo a la CorteIDH y al TEDH, toda decisión que implique una afectación a los DD. HH. debe contener las razones fácticas y jurídicas que la justifican. CorteIDH, Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sent. de 26 de noviembre de 2008 (Serie C No. 189), párr. 107; CorteIDH, Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sent. de 5 de agosto de 2008 (Serie C No. 182), párr. 78 y TEDH, Caso Hadjianastassiou vs. Grecia, diciembre 16 de 1992, párr. 23.

[10] CorteIDH, Caso Barrios Altos vs. Perú, 2001; CorteIDH, Caso Almonacid Arellano vs. Chile, 2006; CorteIDH, Caso La Cantuta vs. Perú, 2006; CorteIDH, Caso Gelman vs. Uruguay, 2011.

[11] Corte Const., sent. C-579 de 2013.

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

Búsqueda de Personas Dadas por Desaparecidas. Sin embargo, en su aplicación, tendría que tenerse en cuenta que la visión de investigar, juzgar y sancionar no es la de investigar todos los hechos y a todos los responsables.

10 En relación con el contenido del derecho a la reparación es necesario tener en cuenta a la vez que esta (i) debe tender hacia la integralidad[12] y (ii) recae principalmente en el victimario y subsidiariamente en el Estado, ante la insolvencia, imposibilidad o falta de recursos por el agente causante del daño[13].

11 Por tal razón, la *participación* de los agentes del Estado en la reparación de las víctimas podría tener como criterios de análisis (i) la naturaleza de la violación cometida, (ii) la identificación de los mecanismos operantes y pertinentes que permitan garantizar su derecho a la reparación integral, (iii) la capacidad del agente de resarcir el daño, (iv) el aporte del victimario y (v) la relación entre estos factores[14].

III. El principio de integralidad y complementariedad, materializado en el art. 50 de la LA

12 El Acuerdo de Paz[15] y el art. 6º de la LA, a su vez, contemplan los principios de integralidad y de complementariedad, como elementos estructurales que guían el funcionamiento y desarrollo del SIVJRNR. De conformidad con ambos instrumentos, los mecanismos de verdad, justicia, reparación y no repetición (i) integran un solo sistema y no pueden entenderse de manera aislada; (ii) se encuentran interconectados mediante relaciones de condicionalidad –mecanismos, garantías y requisitos para acceder y mantener los tratamientos especiales de justicia–, y (iii) propenden la garantía de un máximo de justicia, la rendición de cuentas sobre las violaciones a los DD. HH. e infracciones al DIH, el esclarecimiento de la verdad y la construcción de memoria histórica.

13 La necesidad de la existencia de una política integral y global, en la que los mecanismos de verdad, justicia, reparación y no repetición se encuentren interrelacionados, ha sido reconocida también por el relator especial de la

[12] Corte Const., sents. T- 054 de 3 de febrero de 2017, C-233 de 11 de mayo de 2016, C-454 de 7 de junio de 2006, C-936 de 23 de noviembre de 2010 y C-260 de 6 de abril de 2011.

[13] Corte Const., sent. C-160 de 6 de abril de 2016.

[14] Corte Const., sents. T-054 de 3 de febrero de 2017, C-233 de 11 de mayo de 2016, C-454 de 7 de junio de 2006, C-936 de 23 de noviembre de 2010 y C-260 de 6 de abril de 2011.

[15] Ver Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, versión de 24 de noviembre de 2017, apartado 5.1

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

ONU, Pablo de Greiff, quien ha señalado que este enfoque (i) supone que los cuatro mecanismos se entiendan todos como medidas de justicia y (ii) otorga mayores probabilidades de éxito en la búsqueda de la paz y el resarcimiento de las víctimas[16].

14 El art. 50, en consecuencia, al considerar que el otorgamiento de tratamientos penales especiales no exime a los agentes del Estado de la obligación de participar activamente en la CVR, los programas de reparación y la Unidad de Búsqueda de Personas Dadas por Desaparecidas, da cuenta de la interrelación que se ha buscado promover entre los componentes del SIVJRNR y de la naturaleza integral del marco de JT, aplicado en Colombia.

15 Sin lugar a duda, la participación de los agentes del Estado será central para (i) la reconstrucción de la verdad, tanto en su componente individual como en su dimensión colectiva, (ii) la identificación de los patrones de macrocriminalidad, (iii) la búsqueda e identificación de personas dadas por desaparecidas y (iv) la reparación simbólica y material de las víctimas[17].

16 Así, tal relación de condicionalidad, integralidad y complementariedad, materializada en el art. 50, no solo cumple con los estándares del DIDH y los fundamentos de la Const. Pol. sino que justamente es necesario para el cumplimiento de las obligaciones del Estado.

IV. Las reformas institucionales como garantía de no repetición en contexto de JT: el parágrafo del art. 50 de la LA

17 La primera parte del parágrafo del art. 50 prevé que se llevarán a cabo los cambios institucionales necesarios para garantizar la no repetición de los hechos y actuaciones que configuraron violaciones a los DD. HH. de las víctimas,

[16] ONU, Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff, 9 de agosto de 2012 (A/HRC/21/46). "La práctica ha demostrado que las iniciativas aisladas y fragmentarias de enjuiciamiento no acallan la demanda de otras formas de justicia distintas del mero enjuiciamiento".

[17] Al respecto para el ordenamiento jurídico colombiano ver: Corte Const., sents. C-370 de 18 de mayo de 2006 y C-694 de 11 de noviembre de 2015. Y en materia de DI ver: CorteIDH, Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, 2012; Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras y Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala, párr. 166, 190; Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, 2003, párr. 156 y Caso Vargas Areco vs. Paraguay, fondo, reparaciones y costas, sent. de 26 de septiembre de 2006 (Serie C No. 155), párr. 76; Caso Ximenes Lopes vs. Brasil , párr. 147 y Caso Vélez Loor vs. Panamá, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sent. de 23 de noviembre de 2010 (Serie C No. 218), párr. 230.

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 marco del conflicto armado interno. Tales modificaciones, de acuerdo con órganos internacionales y la experiencia de Estados en contextos de JT[18], puede comprender: (i) un ejercicio de "depuración institucional" y (ii) una reforma al funcionamiento, estructura y prácticas en las instituciones estatales.

18 Sobre la depuración institucional, el Relator Especial, Pablo de Greiff, ha señalado que constituyen medidas de reparación y garantías de no repetición en contextos de JT, (i) la investigación, (ii) la implementación de medidas de justicia correctiva y (iii) el retiro (depuración) de los funcionarios estatales que hayan cometido violaciones a los DD. HH.[19]. Estas medidas, por ejemplo, fueron incorporadas tanto en el contenido de los acuerdos de paz como en su implementación en El Salvador[20], Guatemala[21] y Liberia[22], en relación con los miembros de las fuerzas militares y policiales de los Estados mencionados.

19 Frente a la re-estructuración de las instituciones estatales que se han visto vinculadas en la comisión de violaciones a los DD. HH. y que podría derivarse del art. 50 de la LA, es importante acudir, una vez más, a la experiencia de otros Estados en contextos de JT, que han buscado, además de evitar la repetición de los hechos, promover y recobrar la confianza de los ciudadanos[23].

[18] Por ejemplo, en 25 acuerdos de paz, firmados entre 1989 y 2007, se concibieron reformas a las fuerzas militares y en 24 acuerdos de paz, reformas a las fuerzas de policía del Estado. Cfr. Madhav/Quinn/Regan, "Annualized Implementation Data on Intrastate Comprehensive Peace Accords, 1989-2012.", en *Journal of Peace Research* 52(4), 2015, págs. 551-562.

[19] "La investigación de las violaciones cometidas en el pasado por los funcionarios, con el consiguiente despido, es un complemento importante de los enjuiciamientos, ya que es poco probable que las víctimas confíen en instituciones en que sigan predominando los autores de tales violaciones, por más que unos pocos hayan sido procesados. Pero dada la magnitud de las violaciones en cuestión, tampoco es probable que la depuración del personal sea vista como una contribución significativa a la justicia, si no se toman medidas sustantivas de justicia correctiva que vayan más allá de los meros despidos". ONU, Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff, 9 de agosto de 2012 (A/HRC/21/46).

[20] Acuerdo de Paz de Chapultec, 16 de enero de 1992.

[21] Acuerdo para la Paz firme y duradera, 29 de junio de 1996.

[22] Acuerdo de Paz de Accr, 18 de agosto de 2003.

[23] "Confiar en las instituciones significa conocer y reconocer como válidos los valores y las normas por los que se rige una institución y considerar por consiguiente que la estructura institucional basada en esas normas y valores resulta suficientemente convincente a ojos de un número suficiente de personas para motivar su apoyo constante y activo, así como la observancia de las normas y valores subyacentes. El buen funcionamiento de las instituciones genera un círculo virtuoso: estas resultan convin-

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 Sierra Leona, por ejemplo, se eliminó la Guardia Nacional en 1992; en Guatemala se eliminó el Estado Mayor Presidencial[24]; en El Salvador se retiró la competencia al Departamento Nacional de Inteligencia en 1992; en Liberia se profesionalizó el servicio militar, se establecieron nuevos requisitos para la conformación de las fuerzas armadas y se vinculó a nuevos miembros del ejército, y en Camboya se redujo el número de miembros activos del ejército[25], para evitar la corrupción y burocracia en su interior[26].

Por último, y en relación con la promoción de buenas prácticas en las instituciones, la CorteIDH ha dado gran valor a los programas de capacitación y educación en DD. HH. y DIH que buscan, justamente, implantar una cultura de respeto por la ciudadanía al interior de las instituciones[27]. **20**

Así, en el marco del posconflicto, El Salvador[28] y Liberia[29] desarrollaron un plan de formación en DD. HH. y DIH para las fuerzas armadas estatales; en Guatemala se consolidó una nueva doctrina militar con fundamento también **21**

---

centes a ojos de actores que a su vez las respaldan y respetan las prescripciones del orden institucional", ONU, Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff, 9 de agosto de 2012 (A/HRC/21/46).

[24] Correspondía a un cuerpo de seguridad del Presidente, creado desde 1823, al cual se le asocia la proyección e implementación de la estrategia contrainsurgente de tierra arrasada y la comisión de múltiples violaciones a los DD. HH. Secretaría de Paz de Guatemala, El Estado Mayor Presidencial en Guatemala: Una aproximación, Ed. 1, 2011.

[25] En 1995, de 2000 generales, se pasó a 200 y de 10.000 coroneles del ejército, se pasó 307. Cfr. Madhav/Quinn/Regan, "Annualized Implementation Data on Intrastate Comprehensive Peace Accords, 1989-2012", en *Journal of Peace Research* 52(4), 2015, págs. 551-562.

[26] Cfr. Madhav/Quinn/Regan, "Annualized Implementation Data on Intrastate Comprehensive Peace Accords, 1989-2012", en *Journal of Peace Research* 52(4), págs. 551-562.

[27] Ver, por ejemplo, CorteIDH, Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, 2012, párr. 368: "Al respecto, la Corte estima pertinente recordar que la eficacia e impacto de la implementación de los programas de educación en derechos humanos en el seno de las fuerzas de seguridad es crucial para generar garantías de no repetición de hechos como los del presente caso".

[28] En El Salvador se implementó un programa de formación de doce semanas para las fuerzas armadas, en las que se abordó el DIDH, el DIH, la democracia, los derechos de los niños y de las mujeres. Cfr. Madhav/Quinn/Regan, "Annualized Implementation Data on Intrastate Comprehensive Peace Accords, 1989-2012", en *Journal of Peace Research* 52(4), 2015, págs. 551-562.

[29] Ibíd.

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 las obligaciones internacionales del Estado y se revisó la política de entrenamiento y actuación de los Kabiles –grupo táctico de contrainteligencia al que se le atribuye la comisión de graves violaciones a los DD. HH.–, y en Sierra Leona se implementó un mecanismo de rendición de cuentas para las fuerzas armadas[30].

V. La necesidad de una vocación transformadora en la aplicación de políticas públicas en contextos de JT: parágrafo del art. 50

22 En cuanto a la vocación transformadora de las políticas públicas en contextos de JT, el art. 50 establece el mandato de realizar los cambios en materia de política pública para garantizar la no repetición de las graves violaciones a los DD. HH. e infracciones al DIH, como un instrumento adicional para la protección de las víctimas y de la sociedad en general.

23 La justificación de esta disposición está en que las políticas públicas son acciones complejas de importancia colectiva[31], donde participan distintos actores institucionales, *esencialmente performativas*[32], dirigidas a poner en marcha los fines públicos. Es decir, son los instrumentos mediante los cuales el gobierno dirige la sociedad y busca resolver los problemas de interés general, además de realizar sus objetivos, para obtener resultados sociales deseados[33]. En ese orden de ideas, son las herramientas para transformar las condiciones de las víctimas[34].

24 Las políticas públicas son acciones de carácter estructural que responden a problemas políticos dinámicos, que evolucionan rápidamente en el tiempo[35]. En ese mismo sentido, las políticas públicas para las víctimas[36] deben responder

[30] Ibíd.

[31] Carrillo, "La democracia como política pública: oportunidades para el fortalecimiento democrático", en *Revista de Estudios Sociales*, 2013, (47), págs. 25-38.

[32] Al respecto consultar: Aguilar, "Política pública: una mirada al presente y al futuro", en *Opera*, 12(12), 2012, págs. 31-61.

[33] Ibíd., punto 17.

[34] Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas (n.d.) Participaz "La ruta de los Derechos. Capítulo 3. Políticas públicas para las víctimas", en *Participaz*. Disponible en: http://participaz.com/images/cartillas/Capitulo_3.pdf (fecha de consulta: 21 de junio de 2017)

[35] Ibíd., punto 19.

[36] En Colombia existe todo un marco de política pública para la atención, asistencia y reparación integral de víctimas del conflicto armado contenidos en la La Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, Ley 1448 de 2011, los decretos con fuerza de Ley 4633, 4634 y 4635 del mismo año determinan la apuesta del gobierno por el modelo de

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 un proceso de transformación largo[37], donde se requiere intervención integral, enmarcada en la atención, reparación y estabilización de las víctimas y sus familias[38].

25 Por su parte, la Corte Const. ha reconocido que la JT debe cumplir con una función transformadora[39], la cual debe ser implantada con la creación de políticas públicas que afecten la realidad de las víctimas, de tal forma que puedan "[...] ser reparadas de manera adecuada, diferenciada, *transformadora* y efectiva por el daño que han sufrido como población vulnerable [...]"[40] (cursiva fuera de texto original).

26 Al respecto, la CorteIDH también ha sostenido en su jurisprudencia que las reparaciones deben tener una vocación transformadora de las situaciones violatorias de derechos[41]. En ese sentido, las políticas públicas son el instrumento idóneo para construir una cultura de paz, garantizar los derechos de las víctimas y asegurar la no repetición de las graves violaciones a los DD. HH. y al DIH en un contexto de JT.

27 Con fundamento en lo anterior y a la luz del mandato establecido por la LA en el art. 50, el Estado debe implantar la política pública para las víctimas, referida en el parágrafo de este artículo, desde un enfoque transformador[42].

JT. Además, esta política debe responder a un enfoque diferencial con aquellas personas que pertenecen a grupos de especial protección como los grupos étnicos; las mujeres; los niños, niñas y adolescentes, los adultos mayores y las personas con orientación sexual e identidad de género diversa, entre otros. Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas. (n.d.) Orientaciones para la Incorporación. Estrategia de la Política Pública de Víctimas y Restitución de Tierras en los Planes Territoriales de Desarrollo 2016-2019. *En UnidadVictimas*. Disponible en:http://www.unidadvictimas.gov.co/sites/default/files/documentosbiblioteca/cartillapddl290116.pdf (fecha de consulta: 21 de junio de 2017)

[37] Todo este proceso debe estar enmarcado en las fases de gestión de una política pública: planeación, ejecución, seguimiento y evaluación.

[38] Ibíd., punto 19.

[39] Corte Const., sent. C-404 de 3 de agosto de 2016. Es decir, no es suficiente con devolver las cosas al estado anterior porque esta era una situación de desprotección, y por ello se debe empoderar a la parte más débil para satisfacer los estándares de justicia.

[40] Ver Corte Const., sents. C-795 de 30 de octubre de 2014 y C-161 de 7 de abril de 2016.

[41] Cfr. CorteIDH, Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México, 2009, párr. 450; CorteIDH, Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, fondo, reparaciones y costas, sent. de 24 de febrero de 2012 (Serie C No. 239), párr. 267.

[42] Este enfoque está dirigido a "la profundización de la democracia y el fortalecimiento de las capacidades de las personas, comunidades e instituciones para su interre-

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

Esto es posible a través de un ejercicio participativo activo donde las víctimas realicen seguimiento y evaluación de las decisiones que se toman, para que así puedan cambiar sus condiciones[43], y se generen los resultados esperados en materia de reconciliación y construcción de paz.

lación en el marco de la recuperación de la confianza ciudadana en las instituciones". (art. 5º del Decreto 4800 de 2011)

[43] National Democratic Institute [NDI] (2014). Participación de las víctimas del conflicto armado. La participación de las víctimas: un camino para construir e implementar políticas públicas transformadoras. En NDI. Disponible en:https://www.ndi.org/sites/default/files/guia_victimas_colombia_small.pdf.(fecha de consulta: 21 de junio de 2017).

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 III

Régimen de libertades

Artículo 51. *Libertad transitoria condicionada y anticipada.* La libertad transitoria condicionada y anticipada es un beneficio propio del sistema integral expresión del tratamiento penal especial diferenciado, necesario para la construcción de confianza y facilitar la terminación del conflicto armado interno, debiendo ser aplicado de manera preferente en el sistema penal colombiano, como contribución al logro de la paz estable y duradera.

Este beneficio se aplicará a los agentes del Estado, que al momento de entrar en vigencia la presente ley, estén detenidos o condenados que manifiesten o acepten su sometimiento a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la Jurisdicción Especial para la Paz, con el fin de acogerse al mecanismo de renuncia a la persecución penal.

Dicha manifestación o aceptación de sometimiento se hará ante el secretario ejecutivo de la Jurisdicción Especial para la Paz, en caso de que no haya entrado en funcionamiento la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas.

El otorgamiento de la libertad transitoria, condicional y anticipada es un beneficio que no implica la definición de la situación jurídica definitiva en el marco de la Jurisdicción Especial para la Paz.

Parágrafo 1º. Para el caso de los miembros de la fuerza pública en servicio activo, la libertad transitoria condicionada y anticipada implica el levantamiento de la suspensión del ejercicio de funciones y atribuciones, salvo que se trate de homicidio, tráfico de armas, concierto para delinquir o los demás delitos del artículo 46 de la presente ley. En todo caso, el levantamiento de la suspensión del ejercicio de funciones y atribuciones no procede para quienes se en-

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

cuentran investigados por delitos con una pena mínima privativa de la libertad de 5 o más años. Para todos los efectos de administración de personal en la fuerza pública, la libertad transitoria condicionada y anticipada tendrá las mismas consecuencias que la libertad provisional, salvo que se trate de homicidio, tráfico de armas, concierto para delinquir o los demás delitos del artículo 46 de la presente ley o de los delitos con una pena mínima privativa de la libertad de 5 o más años.

Los miembros de la fuerza pública investigados de que trata el presente parágrafo, una vez levantada la suspensión de funciones y atribuciones y cuando la Jurisdicción Especial para la Paz haya declarado su competencia para conocer del caso, tendrán derecho a que se compute para efecto de la asignación de retiro el tiempo que estuvieron privados efectivamente de la libertad con anterioridad a la entrada en funcionamiento de la JEP. Lo anterior, siempre y cuando hayan seguido efectuando sus respectivos aportes, sin que ello implique un reconocimiento para efecto de la liquidación de las demás prestaciones.

Parágrafo 2º. En ningún caso los condenados y/o sancionados serán reintegrados al servicio activo.

Jurisprudencia internacional: CorteIDH, Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, fondo, reparaciones y costas, sent. de 25 de octubre de 2012 (Serie C No. 252).

Jurisprudencia nacional: Corte Const., sents. C-301 de 1993, C-679 de 1998 y C-318 de 2008.

Otros documentos: Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, versión de 24 de noviembre de 2017, disponible en: https://www.mesadeconversaciones.com.co/comunicados/acuerdo-final-para-la-terminaci%C3%B3n-del-conflicto-y-la-construcci%C3%B3n-de-una-paz-estable-y-1 (última fecha de consulta: 30 de junio de 2017); Exposición de Mo tivos, Proyecto de Ley número 01 de 2016 Senado, por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales, disponible en: http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=1790&p_numero=01&p_consec=46902 (última fecha de consulta: 21 de febrero de 2017).

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. Introducción

La libertad transitoria condicionada y anticipada, que consagra el art. 51, es una de las herramientas de aplicación del tratamiento penal diferenciado diseñado en el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera (en adelante Acuerdo Final). Específicamente, mediante este mecanismo se materializa dicho tratamiento en cuanto a asuntos de libertad previa a la concesión de la renuncia a la persecución penal u otro mecanismo de definición permanente de la situación jurídica. **1**

Con el fin de explicarla, así como para introducir las siguientes disposiciones de la LA relativas al régimen de libertades para agentes estatales sujetos a la JEP, en primera medida se expondrá el concepto de tratamiento penal especial incluido en el Acuerdo Final (II) y la forma en que opera el régimen de libertades previo a la concesión del mismo a un agente estatal (III); luego se explicará el contenido de la libertad transitoria condicionada y anticipada (IV) y, finalmente, se realizarán algunas observaciones al respecto (V). **2**

II. Sobre el tratamiento penal especial diferenciado para agentes estatales en el Acuerdo Final

El capítulo sobre víctimas del Acuerdo Final crea el SIVJRNR; este incluye la implementación de un modelo de justicia que se basa en la puesta en funcionamiento de la JEP y la aplicación de tratamientos especiales en materia de investigación, juzgamiento, sanción y reparación por la comisión de delitos al interior del conflicto armado colombiano[1]. Esto, en el entendido de que el Estado colombiano decidió otorgar "[...] la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado"[2]. **3**

Así las cosas, la Ley 1820 de 2016 pretende dar continuidad a la figura de la amnistía desde el DIH en el ordenamiento interno, donde ya tiene base normativa constitucional, pero a partir de los lineamientos contenidos en el Acuerdo Final. Para lo cual también se incluyeron los criterios del DIDH[3] **4**

[1] Acuerdo Final, punto 5.1.2, Jurisdicción Especial para la Paz, pág. 146.

[2] Acuerdo Final, punto 5.1.2, Jurisdicción Especial para la Paz, pág. 150. Cfr. PA II a los CG, art. 6.5.

[3] Cfr. CorteIDH, Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, fondo, reparaciones y costas, sent. de 25 de octubre de 2012 (Serie C No. 252), párr. 285-286. Voto concurrente del juez Diego García-Sayán, párr. 18.

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

relativos a la imposibilidad de otorgar estas medidas para crímenes internacionales[4] y del derecho interno sobre su prohibición para delitos comunes[5].

5 Así, las amnistías incluidas en la Ley 1820 están diseñadas para delitos políticos y conexos a estos. Por esta razón, se pensó en una figura diferente pero simétrica, diferencial, equitativa y equilibrada para los agentes del Estado[6]. En ese entendido, en el art. 45[7] se consagró una cláusula abierta sobre mecanismos de tratamiento especial diferenciado para agentes estatales, que incluyen la renuncia a la acción penal, pero permiten a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la JEP elegir cualquier otro de los que están consagrados en el ordenamiento jurídico colombiano, siempre que sea definitivo[8].

6 Ahora bien, la competencia para otorgar estos tratamientos penales especiales diferenciados recae, de acuerdo con el art. 44 de la LA, en la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la JEP. Institución que debe ser creada por instrumentos normativos diferentes a la Ley de Amnistía, de manera que, si no existiera un mecanismo para otorgar libertades condicionales, sujetas a la participación voluntaria futura en el SIVJRNR, los agentes estatales tendrían que esperar a la integración de la jurisdicción para obtener los beneficios, lo que implicaría un tiempo de privación de la libertad innecesario e injustificado y se perdería la idea de equilibrio en el tratamiento penal especial. De manera que se creó un régimen de libertades que supliera este vacío y permitiera que algunos agentes del Estado aplicaran a medidas que les permitiera recuperar su libertad mientras la JEP decide de fondo sus casos.

7 En la actualidad la JEP se encuentra creada y la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas está en operación. No obstante, la falta de una ley de procedimiento y la demora de la Corte Constitucional para emitir sentencia sobre el

[4] "No serán objeto de amnistía ni indulto ni de beneficios equivalentes los delitos de lesa humanidad, el genocidio, los graves crímenes de guerra –esto es, toda infracción del Derecho Internacional Humanitario cometida de forma sistemática –, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores, todo ello conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma" Acuerdo Final, punto 5.1.2, Jurisdicción Especial para la Paz, pág. 151.

[5] "Tampoco son amnistiables o indultables en el SIVJRNR, los delitos comunes que carecen de relación con la rebelión, conforme a lo determinado en la ley de amnistía" Acuerdo Final, punto 5.1.2, Jurisdicción Especial para la Paz, pág. 151.

[6] Proyecto de ley 01 de 2016, "por medio del cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales". Senado de la República. Exposición de motivos. Cfr. Acuerdo Final, punto 5.1.2, Jurisdicción Especial para la Paz, pág. 152.

[7] Ver Comentario de Cote al art. 45 de la Ley 1820 de 2016, en este texto.

[8] Cfr. Ley 1820 de 2016, art. 45.

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

Acto Legislativo 01 de 2017 y la Ley Estatutaria de la JEP se traducen en que exista descoordinación entre la implementación de la LA, su régimen de libertades y la concesión de los beneficios definitivos. A continuación, se explicarán las generalidades de dicho régimen de libertades para los agentes estatales.

III. Sobre el régimen de libertades previo a la concesión del tratamiento penal especial definitivo para agentes estatales

La Ley 1820 está diseñada para ser aplicada en dos espacios temporales determinados. Por ello, era necesario incluir en la misma, mecanismos para dar aplicación a lo pactado en el Acuerdo Final sin entrar en contravía con los estándares internacionales en materia de investigación, juzgamiento, sanción y reparación por la comisión de vulneraciones a DD. HH. y violaciones al DIH en el marco del conflicto armado interno. **8**

Dichos espacios temporales están separados por el momento en que entra a funcionar plenamente la JEP, como se puede observar en el gráfico 1. Para el caso de los agentes estatales, en el primer momento (pre-JEP), solamente es viable utilizar una medida similar a la libertad condicional del régimen penal ordinario, toda vez que cualquier decisión definitiva sobre su situación jurídica que no haya sido tomada por un órgano jurisdiccional independiente sería tomada como una auto-amnistía; mientras que en el segundo (post-JEP), la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas se encarga de otorgar el tratamiento especial diferenciado definitivo a los agentes estatales, el cual, para el caso de la renuncia a la persecución penal, hace tránsito a cosa juzgada y sólo puede ser revisada por el Tribunal de Paz[9]; sin que pierdan vigencia las medidas de libertad transitoria y cambio de condiciones de reclusión otorgadas en la etapa pre-JEP o se prohíba otorgarlas a personas que aún no han sido cobijadas por ellas. **9**

Este régimen de libertades, el cual comienza a operar incluso antes de la creación y puesta en funcionamiento de las diferentes salas de la JEP y que podría extenderse hasta operar en forma paralela a la concesión de tratamientos penales especiales diferenciados definitivos por la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, pretende evitar privaciones de la libertad injustificadas, a la luz de las sanciones propias y alternativas que contempla el Acuerdo Final. **10**

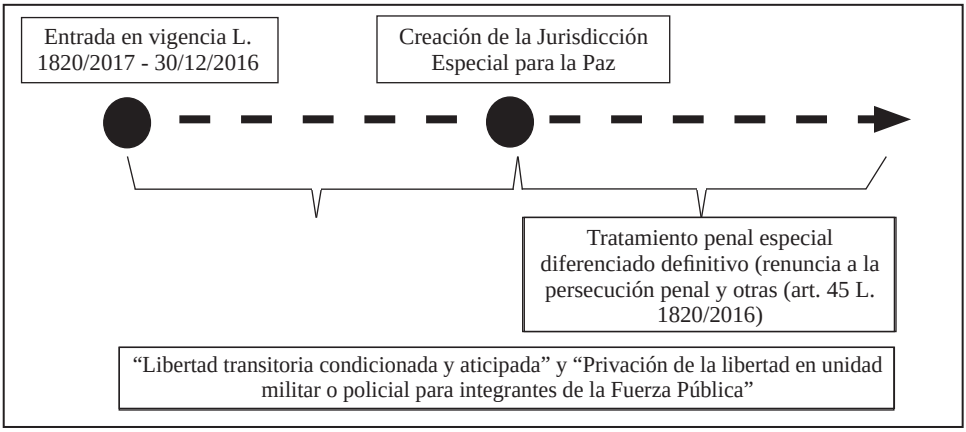
La herramienta utilizada para ello es la libertad transitoria condicionada y anticipada para agentes estatales, contenida en el Capítulo III de la Ley 1820 de 2016, entre los arts. 51 y 54. A continuación se explicará su alcance y contenido. **11**

[9] Cfr. Ley 1820 de 2016, art. 48.

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

Gráfico 1. Ámbitos temporales de aplicación de la Ley 1820 de 2017. Tratamientos penales especiales diferenciados para agentes estatales



IV. Alcance y contenido de la libertad transitoria condicionada y anticipada

12 La libertad transitoria condicionada y anticipada de la Ley 1820 de 2016 tiene similitudes de fondo con las figuras ordinarias de libertad por cumplimiento anticipado de la pena consagrada en el numeral 1 del art. 317 del CPP[10] y libertad condicionada por cumplimiento de las tres quintas partes de la pena para condenados, establecida en el numeral 1 del art. 64 del CP[11].

13 La figura ordinaria del art. 317 CPP conlleva el otorgamiento de libertad inmediata para la persona que, mientras está cobijada por medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento de reclusión

[10] "Las medidas de aseguramiento indicadas en los anteriores artículos tendrán vigencia durante toda la actuación, sin perjuicio de lo establecido en el parágrafo 1º del artículo 307 del presente código sobre las medidas de aseguramiento privativas de la libertad. La libertad del imputado o acusado se cumplirá de inmediato y sólo procederá en los siguientes eventos:

"1. Cuando se haya cumplido la pena según la determinación anticipada que para este efecto se haga, o se haya decretado la preclusión, o se haya absuelto al acusado" Ley 906 de 2004, art. 317.1.

[11] "El juez, previa valoración de la conducta punible, concederá la libertad condicional a la persona condenada a pena privativa de la libertad cuando haya cumplido con los siguientes requisitos:

"1. Que la persona haya cumplido las tres quintas (3/5) partes de la pena" Ley 599 de 2000, art. 64.1.

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

o residencia, pasa privada de la libertad el tiempo que correspondería a una futura sentencia por los delitos que le han sido imputados. Esta calificación es realizada, en todo caso, por un funcionario judicial. Mientras tanto, la del art. 64 CP aplica a personas que cumplen tres quintas partes de la pena privativa de la libertad determinada por el juez en la sentencia. En este caso el beneficiario asume obligaciones o condiciones para conservar el beneficio, es decir la libertad: (i) informar los cambios de residencia; (ii) observar buena conducta; (iii) reparar los daños causados, siempre que tenga la posibilidad de hacerlo; (iv) comparecer ante el juez que vigila el cumplimiento de la sentencia cuando sea requerido, y (v) no salir del país sin autorización previa[12].

14 La libertad transitoria condicionada y anticipada de la LA combina ambas figuras, pues es aplicable tanto a agentes estatales detenidos en virtud de una medida de aseguramiento como condenados, siempre que acepten su sometimiento a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la JEP y cumplan los requisitos contenidos en el art. 52 de la misma normativa. En todo caso, el efecto del otorgamiento del beneficio, que consiste en la libertad inmediata, es idéntico para detenidos y condenados, siempre bajo el compromiso de someterse a la JEP en las condiciones específicas para agentes estatales.

15 No obstante, la finalidad de cada una podría ser diferente, pues si bien se busca evitar cualquier prolongación indebida de la privación de la libertad, los escenarios de detención preventiva y condena son diferentes, tanto en la forma como en el fondo. Frente a los detenidos en virtud de una medida de aseguramiento, la figura de la libertad estaría fundamentada en la obligación constitucional y convencional de salvaguardar la presunción de inocencia y evitar que una persona cumpla de forma anticipada su pena. Algo que ha explicado la Corte Const. en los siguientes términos:

> "La exigencia de justificación de una medida de aseguramiento con base en cualquiera de las finalidades constitucionalmente admisibles, se convierte así mismo en un mecanismo de salvaguarda del principio de presunción de inocencia, del cual se deriva la proscripción de toda prolongación injustificada de una detención preventiva, de tal manera que se convierta en un cumplimiento anticipado de la pena. Así lo señaló la Corte al declarar que: «Los artículos 29 de la Constitución y 9º del pacto internacional de derechos civiles y políticos impiden que, con base en simples indicios, se persista en la prolongación de la detención luego de un cierto lapso que de ninguna manera puede coincidir con el término de la pena ya que siendo ello así desvirtuaría el carácter eminentemente cautelar de la detención preventiva que terminaría

[12] Ley 599 de 2000, art. 65.

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 convertirse en un anticipado cumplimiento de la pena y se menoscabaría el principio de presunción de inocencia"[13].

16 Mientras que, para los condenados, el beneficio corresponde más bien a la concesión de un subrogado penal, entendido, en palabras de la Corte Const., como: "[...] una política criminal orientada a la mitigación y la humanización de la sanción punitiva [...]. El legislador colombiano ha considerado que si un condenado, dada las características del hecho punible y sus rasgos personales, no necesita de la privación física de la libertad para readaptarse a la sociedad, debe brindársele la oportunidad de cumplir con su condena, mediante mecanismos que, sin dejar de ser eficaces, comporten una menor aflicción"[14].

17 A pesar de esto, en el caso de los agentes estatales condenados existe una diferencia clave entre el instituto de la libertad condicional de la Ley 599 de 2000 y la libertad transitoria condicionada y anticipada de la Ley 1820 de 2016. En el caso de la libertad condicional ordinaria, su concesión no depende solo del cumplimiento de los factores objetivos sobre el *quantum* de la pena y su cumplimiento parcial, sino también de un análisis valorativo sobre la conducta del condenado[15]. Por su parte, la Ley 1820 de 2016 no exige una valoración de este tipo por la Secretaría Ejecutiva de la JEP; solo es necesario el cumplimiento de los requisitos objetivos y la manifestación voluntaria de sometimiento de la persona a esta jurisdicción.

18 Así, si bien las condiciones para su otorgamiento son diferentes, la consecuencia de la aplicación de la libertad transitoria condicionada y anticipada pretende cumplir, en el fondo, la misma finalidad: evitar la privación injustificada de la libertad del condenado; especialmente si se tiene en cuenta que esto se hace en el marco de un proceso de JT en que el beneficiario de la medida se compromete a participar en un procedimiento penal especial diseñado para satisfacer los derechos de las víctimas y propender la reconciliación nacional. En ese entendido, se puede concluir que el alcance de la libertad transitoria condicionada y anticipada es el mismo, dentro de las similitudes posibles, de la libertad condicional y la libertad por cumplimiento anticipado de la pena. Este es el de excarcelar a las personas cobijadas con una medida de aseguramiento consistente en detención preventiva o condenadas al cumplimiento de una pena privativa de la libertad.

19 Con esto claro, ahora es necesario pasar a revisar algunos aspectos controversiales de la libertad transitoria condicionada y anticipada, en lo correspondiente al contenido del art. 51 de la Ley 1820 de 2017.

[13] Corte Const., sents. C-318 de 2008 y C-301 de 1993.

[14] Corte Const., sent. C-679 de 1998.

[15] Ibíd.

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

V. Observaciones frente a la libertad transitoria condicionada y anticipada

Con relación al art. 51 LA es pertinente llevar a cabo una observación relativa a la posibilidad de reintegrar a miembros de la fuerza pública que se encuentren suspendidos del ejercicio de sus funciones en razón a una medida de aseguramiento. **20**

El parágrafo 1º del art. 51 establece que los miembros de la fuerza pública que cumplan con ciertos requisitos, no solo recibirán la libertad transitoria condicionada y anticipada, sino también que a ellos se les levantará la suspensión del ejercicio de funciones y atribuciones y volverán a ejercer como militares o policías de manera inmediata. **21**

Ahora, las condiciones para que esto ocurra son las siguientes: **22**

- Que no se trate de los delitos mencionados en el art. 46 LA[16] y,
- Que no se trate de delitos con una pena mínima privativa de la libertad de cinco o más años.

Esto elimina la posibilidad de reintegrar al servicio activo a personal de la fuerza pública que haya cometido delitos que, en virtud de la LA, no son objeto de renuncia a la persecución penal o cualquier otro tratamiento penal especial diferenciado definitivo. Y además excluye los delitos cuya sanción de pena privativa de la libertad mínima es de cinco años o más; no obstante, este umbral permite conceder el beneficio a autores de algunos de los crímenes más serios y recurrentes en el contexto colombiano, como se expone en la tabla 1. **23**

Esto puede implicar no solo un peligro para los procesos adelantados en el seno de la JEP, específicamente por la posibilidad de pérdida y daño de material probatorio, sino que podría llevar a un incumplimiento de la obligación de garantizar la no repetición de las vulneraciones de DD. HH. que sirve como sustento para la concesión de beneficios penales especiales en el marco del proceso de JT colombiano. **24**

Existen dos formas de sortear esta dificultad: (i) implementar un mecanismo de verificación del cumplimiento de los compromisos adquiridos por los beneficiarios de la libertad transitoria condicionada y anticipada con reintegro al servicio activo que garantice efectivamente la conservación del material probatorio y la no repetición de los hechos o, (ii) no aplicar este beneficio en cualquier caso en el que se pudiera verificar la comisión del delito de concierto para delinquir. **25**

[16] Ver comentario de Cote al art. 46 de la Ley 1820 de 2016, en este texto.

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

Tabla 1. Delitos no incluidos en la prohibición del parágrafo 1° del artículo 51 de la Ley 1820 de 2016[17]

Delito	Pena privativa de la libertad	¿El beneficiario puede ser reintegrado al servicio activo?
Lesiones personales consistentes en deformidad[18]	16 a 108 meses[19]	Sí
Lesiones personales consistentes en perturbación funcional[20]	32 a 126 meses[21]	Sí
Lesiones personales consistentes en perturbación psíquica[22]	32 a 126 meses [23]	Sí
Constreñimiento a apoyo bélico	48 a 108 meses[24]	Sí, siempre que los hechos relativos a este delito no sean catalogados como "grave crimen de guerra"
Obstaculización de tareas sanitarias y humanitarias	48 a 108 meses[25]	Sí, siempre que los hechos relativos a este delito no sean catalogados como "grave crimen de guerra"
Represalias	32 a 90 meses[26]	Sí, siempre que los hechos relativos a este delito no sean catalogados como "grave crimen de guerra"
Violación ilícita de comunicaciones	16 a 54 meses[27]	Sí
Usurpación de inmuebles	48 a 54 meses[28]	Sí

[17] Vale aclarar que las penas asignadas a cada delito corresponden a las normas vigentes para el año 2017. Algunas de ellas han sido objeto de aumento punitivo a través del tiempo y otras no aparecen en la lista pero en algún momento sí cumplieron con el requisito, entre ellas el aborto forzado.

[18] La tasación punitiva por este delito aplica tanto para circunstancias ordinarias como para hechos ocurridos al interior de un conflicto armado no internacional, ver Ley 599 de 2000, art. 136.

[19] Ley 599 de 2000, art. 113.

[20] La tasación punitiva por este delito aplica tanto para circunstancias ordinarias como para hechos ocurridos al interior de un conflicto armado no internacional, ver Ley 599 de 2000, art. 136.

[21] Ley 599 de 2000, art. 114.

[22] La tasación punitiva por este delito aplica tanto para circunstancias ordinarias como para hechos ocurridos al interior de un conflicto armado no internacional,ver Ley 599 de 2000, art. 136.

[23] Ley 599 de 2000, art. 115.

[24] Ley 599 de 2000, art. 150.

[25] Ley 599 de 2000, art. 153.

[26] Ley 599 de 2000, art. 158.

[27] Ley 599 de 2000, art. 192.

[28] Ley 599 de 2000, art. 261.

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

Frente a la segunda alternativa, la existencia de la posible comisión del delito de concierto para delinquir en concurso con otro delito de los que pueden ser objeto de la renuncia a la persecución penal, es indicativa de la existencia de un aparato criminal organizado que puede poner en peligro tanto a las víctimas como a la administración de justicia. En ese orden de ideas, en aras de compatibilizar las figuras de la libertad transitoria condicionada y anticipada y el reintegro al servicio con las garantías de no repetición que persiguen tanto el Acuerdo Final para la Paz como la Const. Pol. y el DIDH, se haría necesario pretermitir la reincorporación del funcionario al servicio activo hasta tanto no se asegure un verdadero compromiso con el SIVJRNR. **26**

Así, lo que se propone no es excluirlos del beneficio de la libertad transitoria condicionada y anticipada, pues esto iría en contra del principio de tratamiento simétrico, diferencial, equitativo y equilibrado; esto por cuanto no existe la misma o similar prohibición para excombatientes de las FARC-EP. No obstante, la reincorporación al servicio activo sale del esquema y no tiene un correlato en el tratamiento que reciben los insurgentes desmovilizados, por lo que la obligación del Estado colombiano de garantizar la no repetición no encuentra un principio con el cual pueda ponderarse para justificar que se asuman los riegos arriba mencionados. **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

Artículo 52.* *De los beneficiarios de la libertad transitoria condicionada y anticipada*. Se entenderán sujetos beneficiarios de la libertad transitoria condicionada y anticipada aquellos agentes del Estado que cumplan los siguientes requisitos:

1. Que estén condenados o procesados por haber cometido conductas punibles por causa, con ocasión, o en relación directa o indirecta con el conflicto armado interno.

2. Que no se trate de delitos de lesa humanidad, el genocidio, los [graves] crímenes de guerra, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma, salvo que el beneficiario haya estado privado de la libertad un tiempo igual o superior a cinco (5) años, conforme a lo establecido para las sanciones alternativas en la Jurisdicción Especial para la Paz.

3. Que solicite o acepte libre y voluntariamente la intención de acogerse al sistema de la Jurisdicción Especial para la Paz.

4. Que se comprometa, una vez entre a funcionar el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, a contribuir a la verdad, a la no repetición, a la reparación inmaterial de las víctimas, así como atender los requerimientos de los órganos del sistema.

Parágrafo 1º. Para efectos de los numerales anteriores el interesado suscribirá un acta donde conste su compromiso de sometimiento a la Jurisdicción Especial para la Paz, así como la obligación de informar todo cambio de residencia, no salir del país sin previa autorización de la misma y quedar a disposición de la Jurisdicción Especial para la Paz.

En dicha acta deberá dejarse constancia expresa de la autoridad judicial que conoce la causa penal, del estado del proceso, del delito y del radicado de la actuación.

* El aparte entre corchetes fue declarado inexequible por la Corte Const. en 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

Parágrafo 2º. En caso de que el beneficiado sea requerido por el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición y no haga presentación o incumpla alguna de las obligaciones contraídas en el compromiso, se le revocará la libertad. No habrá lugar a la revocatoria por circunstancias diferentes a las aquí señaladas.

Jurisprudencia nacional: Corte Const., sents. C-781 de 2012, T-364 de 2015, C-069 de 2014 y C-007 de 2018; CSJ, Sala de Casación Penal sent. de 16 de agosto de 2017 (rad. 36487).

Otros documentos: Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, versión de 24 de noviembre de 2017, disponible en: https://www.mesadeconversaciones.com.co/comunicados/acuerdo-final-para-la-terminaci%C3%B3n-del-conflicto-y-la-construcci%C3%B3n-de-una-paz-estable-y-1 (última fecha de consulta: 30 de junio de 2017); International Law Commission, Respon sibility of States for Internationally Wrongful Acts, 2001; Departamento Administrativo de la Función Pública, Empleo, situaciones administrativas, jornada laboral y retiro de empleados del sector público, Bogotá D. C.: DAFP, 2009.

I. Introducción

Como ya fue mencionado en el comentario referente al art. 51 LA, la libertad transitoria condicionada y anticipada es una manifestación del tratamiento penal especial diferenciado diseñado para los agentes estatales que hayan participado en el conflicto armado interno y cometido delitos por causa, con ocasión o en relación directa con el servicio. **1**

El art. 52 establece los requisitos para que una persona sea considerada beneficiaria de la libertad transitoria condicionada y anticipada. Estos son: (i) que sea agente estatal; (ii) que estén condenados o procesados por haber cometido conductas punibles por causa, con ocasión, o en relación directa o indirecta con el conflicto armado interno; (iii) que los delitos cometidos no estén en la lista de no amnistiables o que, estándolo, la persona haya pasado más de cinco años privada de la libertad; (iv) que solicite o acepte libre y voluntariamente acogerse al sistema de la JEP y se comprometa, una vez entre a funcionar el SIVJRNR, a contribuir a la verdad, a la no repetición, a la reparación inmaterial de las víctimas, así como a atender los requerimientos de los órganos del sistema. A continuación, se explicará cada uno de ellos y, posteriormente, se presentarán algunas observaciones al respecto. **2**

II. Que la persona sea considerada agente estatal

Como ya se explicó en el comentario al art. 9º de la LA, en este texto, el requisito fundamental para ser considerado beneficiario de la libertad transitoria **3**

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

condicionada y anticipada es ostentar la calidad de agente estatal o haberla ostentado al momento del delito. Para determinar las condiciones en que esto ocurre en el Acuerdo Final se consignó una definición propia de este concepto para los asuntos relacionados con la JEP, que corresponde a la transcripción literal del art. 123 de la Const. Pol., en lo pertinente:

> "Se entiende por agente del Estado a efectos de la Jurisdicción Especial para la Paz toda persona que al momento de la comisión de la presunta conducta criminal estuviere ejerciendo como miembro de las corporaciones públicas, como empleado o trabajador del Estado o de sus entidades descentralizadas, territorialmente y por servicios, que haya participado en el diseño o ejecución de conductas delictivas cometidas por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado"[1].

Así, el Acuerdo Final consagra dos escenarios en los que una persona
4 puede ser considerada agente estatal y, por lo tanto, puede recibir la libertad transitoria condicionada y anticipada si cumple los demás requisitos de la LA:

- Ejercer como miembro de una corporación pública.
- Ejercer como empleado o trabajador del Estado o de sus entidades descentralizadas, territorialmente o por servicios.

Con estos dos escenarios se cubren las diferentes posibilidades de vincu-
5 lación con el Estado por medio del empleo público, entendido como "[...] el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado"[2].

De esta manera, tanto el art. 123 de la Const. Pol. como el Acuerdo Final
6 se refieren al concepto de servidor público, entendido como el género de personas vinculadas al Estado, del cual se desprenden dos categorías: (i) empleado público y (ii) trabajador oficial[3]. Esto es, las personas cuya relación funcional individuo/Estado está regida por la ley y los reglamentos (i) o por un contrato de trabajo (ii).

Por lo que, a efectos de revisar si una persona califica para la concesión
7 de la libertad transitoria condicionada y anticipada es necesario determinar la existencia de una relación legal y reglamentaria o un contrato de trabajo entre esta y el Estado al momento de la comisión de la conducta. Esto lleva a

[1] Acuerdo Final, punto 5.1.2, Jurisdicción Especial para la Paz, pág. 149.

[2] Decreto 707 de 2005, art. 2º.

[3] Departamento Administrativo de la Función Pública, *Empleo, situaciones administrativas, jornada laboral y retiro de empleados del sector público*, Bogotá D. C., DAFP, 2009, pág. 14.

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

discusiones más amplias acerca de lo que debe ser considerado como agente estatal a efectos de calificar una conducta como atribuible al Estado; tanto desde el punto de vista del DI[4] como del derecho interno[5]. No obstante, el presente comentario no es escenario para ese análisis, pues versa sobre la aplicación efectiva de la LA en materia de libertades transitorias, condicionadas y anticipadas, no sobre situaciones que se arrastran desde la firma del Acuerdo Final.

III. Que el agente estatal esté condenado o procesado por haber cometido conductas punibles por causa, con ocasión, o en relación directa o indirecta con el conflicto armado interno

8 Determinada la condición de agente estatal del posible beneficiario de la libertad transitoria condicionada y anticipada, es necesario verificar que las conductas punibles por las que es procesado o ha sido condenado hayan sido cometidas por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado. Para definir si un delito ha sido cometido en esas condiciones el Acuerdo Final contiene una disposición específica:

> "Son delitos cometidos por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, aquellas conductas punibles donde la existencia del conflicto armado haya sido la causa de su comisión, o haya jugado un papel sustancial en la capacidad del perpetrador para cometer la conducta punible, en su decisión de cometerla, en la manera en que fue cometida o en el objetivo para el cual se cometió"[6].

9 Así, en este primer estadio de análisis, el ejercicio de adjudicación del funcionario encargado de decidir sobre una solicitud de libertad transitoria con-

[4] Sería importante revisar los supuestos en que la actuación de personas no vinculadas solemnemente a un Estado puede ser atribuida a estos en el derecho internacional. Cfr. International Law Commission, Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, 2001.

[5] Dado que los contratistas del Estado no entran en el género "servidores públicos", debería revisarse hasta qué punto sus actuaciones deben ser consideradas como las de un agente estatal, mientras se refieren al desarrollo de sus obligaciones contractuales. Lo mismo ocurre con los particulares que ejercen funciones públicas, como los notarios. La respuesta actual los señala como terceros que participaron en el conflicto armado. Valdría la pena no perder de vista la intervención del Estado en los casos concretos en aras al descubrimiento de la verdad y la adecuada reparación a las víctimas, especialmente en el marco de la obligación de llevar a cabo reformas institucionales para garantizar la no repetición.

[6] Acuerdo Final, punto 5.1.2, Jurisdicción Especial para la Paz, pág. 145.

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

dicionada y anticipada se refiere al contexto y fines en los que está inmerso el delito por el que el agente estatal es investigado o juzgado o ya fue condenado. En ese entendido, ya la Corte Const. ha delineado el calificativo de "con ocasión del conflicto armado", específicamente al analizar la definición de víctima contenido en la Ley 1448 de 2011. Así, se entiende que un delito ha sido cometido "con ocasión del conflicto armado" cuando tiene "[...] una relación cercana y suficiente con el desarrollo del conflicto armado"[7]; definido el conflicto armado de forma amplia, no restrictiva, así:

> "[...] lejos de entenderse bajo una óptica restrictiva que la limite a las confrontaciones estrictamente militares, o a un grupo específico de actores armados con exclusión de otros, ha sido interpretada en un sentido amplio que incluye a toda la complejidad y evolución fáctica e histórica del conflicto armado interno colombiano"[8].

10 Con esto resulta claro que el ejercicio que debe llevar a cabo el operador encargado de resolver transitoriamente la situación de libertad del agente estatal consiste en conectar los hechos que se le imputó, o por los cuales se acusó o condenó, con el conflicto armado interno colombiano. Es decir, debe determinar que existe una relación "cercana y suficiente" entre ambos. Sin embargo, parece que la definición que trae el Acuerdo Final busca ampliar el concepto, pues agrega los calificativos "por causa" y "o en relación directa o indirecta". Algo que podría alivianar la carga de argumentación frente a la conexidad de los hechos con el conflicto armado, especialmente por las posibilidades casi infinitas de cometer un delito que tenga una relación indirecta con el contexto bélico colombiano. Esto podría implicar, de acuerdo con la definición consagrada en el Acuerdo Final, conexiones en factores como: (i) los sujetos activos de la conducta; (ii) los sujetos pasivos de la conducta; (iii) las finalidades, y (iv) el *modus operandi*, entre otros.

11 Así, el AL 01 de 2017 establece ciertos criterios para determinar si existe dicha relación; el primero de estos es que no exista ánimo de enriquecimiento personal ilícito subyacente a la conducta o, si este existiera, que no fuera determinante para la misma[9]; y, establece un listado de criterios aplicables a agentes estatales, que incluyen[10], a saber: que el conflicto haya sido la causa directa o indirecta y que la existencia del conflicto haya influido en la comisión

[7] Corte Const., sents. C-781 de 2012, T-364 de 2015 y C-069 de 2014.

[8] Corte Const., sent. C-781 de 2012.

[9] Ver AL 01 de 2017, art. 17.

[10] Ver AL 01 de 2017, art. 23.

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 acto en cuanto a: su capacidad para cometerlo, es decir que el conflicto haya aumentado las capacidades del autor para ejecutar el acto; su decisión de cometer el acto; la oportunidad de contar con medios suficientes para cometer el acto, derivada del conflicto; la selección del objetivo que se proponía alcanzar con el delito.

12 Todo esto, sin importar la calificación jurídica o tipificación, cuestión que se debe analizar al verificar el cumplimiento del tercer requisito. Es decir, cualquier delito puede ser analizado para determinar si fue cometido con ocasión, por causa o en relación directa o indirecta con el conflicto armado. Este es un asunto que también se trata dentro del presente texto, entre otros, en los comentarios a los artículos 2º y 3º de la LA.

13 La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha agregado a este requisito que los delitos hayan sido cometidos con anterioridad a la entrada en vigor del Acuerdo Final, es decir, antes del 24 de noviembre de 2016[11]. Esto presenta una contradicción evidente con el ámbito de aplicación de la JEP. El art. transitorio 5º del AL 01 de 2017 establece que la JEP administrará justicia de manera transitoria sobre hechos cometidos con ocasión, por causa o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, siempre que su comisión haya iniciado con anterioridad al 1º de diciembre de 2016. De esa forma, quedaría una brecha temporal comprendida entre el 24 de noviembre de 2016 y el 30 de noviembre de 2016, momento en el cual una persona no puede recibir los beneficios otorgados en la LA, pero sí puede estar dentro de la competencia de la JEP. Si bien este es un escenario improbable, puede generar consecuencias indeseadas en caso de presentarse.

IV. Que los delitos cometidos por el agente estatal no estén en la lista de no amnistiables o que, estándolo, este haya pasado más de cinco años privado de la libertad

14 Luego de verificar si los hechos por los que el agente estatal es investigado o juzgado o ha sido condenado fueron cometidos por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, el operador encargado de aplicar el beneficio debe determinar que, en primer lugar y según la calificación jurídica del delito, este no se encuentra contenido en la lista de delitos no amnistiables. Estos son: (i) delitos de lesa humanidad; (ii) genocidio; (iii) graves crímenes de guerra; (iv) toma de rehenes u otra privación grave de la libertad; (v) tortura; (vi) ejecuciones extrajudiciales; (vii) la desaparición forzada; (viii) acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual; (ix)

[11] Ver CSJ, Sala de Casación Penal, sent. de 16 de agosto de 2017 (rad. 36487).

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

sustracción de menores; (x) desplazamiento forzado y, (xi) reclutamiento de menores conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma[12].

15 Vale la pena precisar que, en la versión original de la LA, los crímenes de guerra debían ser considerados "graves" para que no fueran amnistiables. En la sent. C-007 de 2018 la Corte Const. declaró inexequible el calificativo "graves", como ya fue explicado anteriormente en este libro, por lo que para los efectos de la libertad transitoria condicionada y anticipada debe entenderse que los crímenes de guerra no son amnistiables, sin dicho calificativo[13].

16 Lo mismo ocurre con el reclutamiento de menores. Se entiende que el delito es no amnistiable si fue cometido hasta el 25 de junio de 2005 sobre un menor de quince años; si fue cometido después de esta fecha, será no amnistiable cuando se trate de menores de dieciocho años. Al respecto también se hizo mención en este libro[14].

17 La calificación jurídica de estos delitos debe leerse en la clave que establece el Acuerdo Final, especialmente por la inexistencia en el Código Penal colombiano de tipos penales como "crímenes de guerra" y "delitos de lesa humanidad". Así, dentro del texto acordado por el Estado y las FARC-EP se establece que

> "[...] para efectos del SIVJRNR, los marcos jurídicos de referencia incluyen principalmente el Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos (DIDH) y el Derecho Internacional Humanitario (DIH). Las secciones del Tribunal para la Paz, las Salas y la Unidad de Investigación y Acusación, al adoptar sus resoluciones o sentencias harán una calificación jurídica propia del Sistema respecto a las conductas objeto del mismo, calificación que se basará en el Código Penal colombiano y/o en las normas de Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos (DIDH), Derecho Internacional Humanitario (DIH) o Derecho Penal Internacional (DPI), siempre con aplicación obligatoria del principio de favorabilidad.
>
> La calificación resultante podrá ser diferente a la efectuada con anterioridad por las autoridades judiciales, disciplinarias o administrativas para la calificación de esas conductas, por entenderse aplicable como marco jurídico de referencia el Derecho Internacional"[15].

[12] Ver Ley 1820 de 2016, arts. 46 y 52.2.

[13] Ver Corte Const., sent. C-007 de 2018.

[14] Ver Corte Const., sent. C-007 de 2018.

[15] Acuerdo Final, punto 5.1.2, Jurisdicción Especial para la Paz, pág. 147.

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

18 Ahora, esto se puede tornar problemático al determinar si un agente estatal puede ser beneficiario de la libertad transitoria condicionada y anticipada, pues, como se explicará más adelante, el funcionario encargado de otorgarla hace parte de la justicia ordinaria o la penal militar, no del SIVJRNR, por lo que, si se interpreta textual y restrictivamente el Acuerdo Final, no tendría la capacidad de calificar jurídicamente un delito dentro de un marco diferente al compuesto por el CP. Esto por cuanto al asignar consecuencias penales a normas que no establecen de forma clara la existencia de un delito y una sanción por su comisión previa, estricta y escrita dentro de una ley de la República, podría estarse en presencia de una alteración del principio de legalidad.

19 Es decir, la determinación sobre si una conducta constituye un delito de lesa humanidad o un grave crimen de guerra constituye una calificación propia del DPI[16], la cual, de acuerdo con lo dispuesto en el Acuerdo Final, está reservada para los órganos, mecanismos y medidas que componen el Sistema Integral, que, de acuerdo con el AL 01 de 2017, son:

> "[...] la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición; la Unidad para la Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado; la Jurisdicción Especial para la Paz; las medidas de reparación integral para la construcción de paz y las garantías de no repetición"[17].

20 No obstante, en aras de mantener la integralidad del Sistema[18] y garantizar el derecho de las víctimas a la justicia y el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado colombiano en materia de investigación, juzgamiento y sanción de crímenes internacionales, los operadores judiciales ordinarios deben llevar a cabo la calificación jurídica correspondiente, con aplicación de todos los marcos normativos disponibles.

21 Si se determina que el delito cometido por el agente estatal no está dentro de la lista de aquellos que no son sujetos de renuncia a la persecución penal,

[16] Ver comentario a los arts. 16 y 46 de la Ley 1820 de 2016, en este texto.

[17] AL 01 de 2017, art. 1º.

[18] "Las amnistías e indultos, y los tratamientos penales especiales, incluidos los diferenciados para agentes del Estado, son medidas del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición [...] Por ello, los distintos componentes y medidas del Sistema Integral están interconectados a través de mecanismos, garantías, requisitos para acceder y mantener los tratamientos especiales de justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz". Ley 1820 de 2016, art. 6º.

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 debe pasar inmediatamente al siguiente requisito. Ahora, en caso de encontrarse en ella, el operador judicial debe verificar si la persona ha estado privada de la libertad por cinco años o más; en caso de ser afirmativa la respuesta, entonces podrá pasar al siguiente requisito, si no, el solicitante no es elegible para recibir el beneficio de la libertad transitoria condicionada y anticipada y debe permanecer privado de la libertad o ser trasladado a una unidad militar o policial[19], si cumple las condiciones para ello.

22 La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha decidido, en ciertos casos, invertir el orden del análisis que se debe realizar, de manera que, si encuentra que la persona ha estado privada de la libertad por cinco años o más, no se detiene a revisar en detalle la calificación jurídica del delito presunta o efectivamente cometido. Así lo ha expresado:

> "[...] aunque el tema sobre la tipicidad de la conducta se encuentra en discusión, en cualquier evento se encuentra acreditado que el proceso ha estado detenido efectivamente por un tiempo igual o superior a 5 años (110 meses y 20 días, al 26 de enero de 2017)"[20].

V. Que el agente estatal solicite o acepte libre y voluntariamente su intención de acogerse a la Jurisdicción Especial para la Paz y se comprometa a contribuir a la verdad, a la no repetición, a la reparación inmaterial de las víctimas, así como atender los requerimientos de los órganos del sistema

23 Finalmente, el último requisito que debe cumplir el agente estatal es la aceptación libre y voluntaria del sometimiento de su caso a la JEP y el compromiso de que una vez entre en funcionamiento el SIVJRNR contribuirá a la verdad, a la no repetición, reparación inmaterial y a atender a los requerimientos de los órganos del sistema. La materialización de dicho compromiso se da a través del acta a que se refiere el parágrafo 1º del art. 52 de la Ley 1820 de 2017. Esta no solo contiene la aceptación del sometimiento a la JEP, sino también la obligación de informar todo cambio de residencia, solicitar autorización para salir del país y quedar a disposición de esta jurisdicción.

24 El cumplimiento de este requisito no solo determina quién puede acceder a la libertad transitoria condicionada y anticipada, sino que establece escenarios en los cuales esta se puede perder. Así, si el beneficiado es requerido por un órgano del Sistema y no se presenta, o incumple las demás obligaciones asumidas en su compromiso, la libertad debe ser revocada y retornará a cumplir

[19] Ver Ley 1820 de 2016, art. 56.

[20] CSJ, Sala de Casación Penal, sent. de 2 de agosto de 2017 (rad. 42589).

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 medida de aseguramiento consistente en detención preventiva con la que estaba cobijado[21].

25 El proyecto de ley estatutaria para la JEP presentado por el Gobierno en el Congreso de la República y que cursa control de constitucionalidad actualmente, establece que:

> "[e]l incumplimiento intencional de cualquiera de las condiciones del régimen de condicionalidad, o de cualquiera de las sanciones impuestas por la Jurisdicción Especial para la Paz, tendrá como efecto, de conformidad con el Acto Legislativo No. 01 de 2017, la pérdida de todos los tratamientos especiales, beneficios, renuncias, derechos y garantías. Dicho cumplimiento será verificado caso por caso y de manera rigurosa, por la Jurisdicción Especial para la Paz"[22].

26 En el entendido que "[l]a libertad transitoria condicionada y anticipada es un beneficio propio del sistema integral expresión del tratamiento penal especial diferenciado"[23], es claro que el incumplimiento de las obligaciones asumidas para obtenerla caen dentro del marco del art. 20 del proyecto de ley estatutaria, por lo que el análisis sobre incumplimiento debe hacerse de acuerdo con el reglamento y las normas de procedimiento de la JEP y conforme a los criterios del proyecto de ley y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, especialmente lo dispuesto en la sentencia C-007 de 2018 sobre condicionalidades.

[21] Ver Ley 1820 de 2016, art. 52.

[22] Ver Proyecto de ley estatutaria para la JEP, art. 20.

[23] Ver Ley 1820 de 2016, art. 51.

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 53. *Procedimiento para la libertad transitoria condicionada y anticipada*. El Ministerio de Defensa Nacional consolidará los listados de los miembros de la fuerza pública que *prima facie* cumplan con los requisitos para la aplicación de la libertad transitoria condicionada y anticipada. Para la elaboración de los listados se solicitará información a las jurisdicciones penal ordinaria y penal militar, las que deberán dar respuesta en un término máximo de 15 días hábiles. Una vez consolidados los listados serán remitidos al secretario ejecutivo de la Jurisdicción Especial para la Paz quien verificará dichos listados o modificará los mismos en caso de creerlo necesario, así como verificará que se haya suscrito el acta de compromiso de que trata el artículo anterior. El secretario ejecutivo de la Jurisdicción Especial para la Paz comunicará al funcionario que esté conociendo la causa penal sobre el cumplimiento de los requisitos por parte del beneficiado, para que proceda a otorgar la libertad transitoria condicionada y anticipada a que se refiere el artículo anterior, funcionario quien de manera inmediata adoptará la acción o decisión tendiente a materializar la misma.

El incumplimiento de lo aquí dispuesto constituye falta disciplinaria.

Jurisprudencia internacional: CorteIDH, Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sent. de 5 de agosto de 2008 (Serie C No. 187); CorteIDH, Caso Bayarri vs. Argentina, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sent. de 30 de octubre de 2008 (Serie C No. 187); CorteIDH, Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sent. de 26 de noviembre de 2010 (Serie C No. 220); CorteIDH, Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay, fondo, reparaciones y costas, sent. de 13 de octubre de 2011 (Serie C No. 234); CorteIDH, Caso Ximenes Lopes vs. Brasil, fondo, reparaciones y costas, sent. de 4 de julio de 2006 (Serie C No. 149); Corte IDH, Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia, fondo, reparaciones y costas, sent. de 11 de mayo de 2007 (Serie C No. 163); CorteIDH, Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, fondo, sent. de 19 de noviembre de 1999 (Serie C No. 63); CorteIDH, Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia, fondo, reparaciones y costas, sent. de 27 de noviembre de 2008 (Serie C No.

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

192); CorteIDH, Caso Radilla Pacheco vs. México, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sent. de 23 de noviembre de 2009 (Serie C No. 209); CorteIDH, Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sent. de 27 de febrero de 2012 (Serie C No. 240).

Jurisprudencia nacional: Corte Const., sents. C-412 de 1993, C-275 de 1994, C-454 de 2006, C-007 de 2018; CSJ, Sala de Casación Penal, sents. de 16 de agosto de 2017 (rad. 36487), de 2 de agosto de 2017 (rad. 42589) y de 28 de junio de 2017 (rad. 46449).

I. Introducción

El art. 53 establece el procedimiento que se debe surtir para otorgar la libertad transitoria condicionada y anticipada; no obstante, en su texto aparece una diferenciación que no existe en los arts. 51 y 52, pues habla expresamente de "miembros de la fuerza pública". **1**

Así, el presente comentario se dividirá en tres partes. En primer lugar, se explicará el procedimiento aplicable a miembros de la fuerza pública (II); luego se revisará la situación de los agentes estatales no pertenecientes a la fuerza pública (III) y, finalmente, se presentarán algunas observaciones frente a lo explicado (IV). **2**

II. Procedimiento para miembros de la fuerza pública

El procedimiento aplicable a miembros de la fuerza pública que pueden ser beneficiarios de la libertad transitoria condicionada y anticipada, de conformidad con el art. 52, puede dividirse en varios pasos[1]: **3**

1. Solicitud de información por el Ministerio de Defensa a la justicia penal militar y a la jurisdicción penal ordinaria sobre miembros de la fuerza pública privados de la libertad.
2. Confección por el Ministerio de Defensa de los listados de miembros de la fuerza pública que *prima facie* cumplen los requisitos del art. 52 y, por lo tanto, pueden ser beneficiarios de la libertad transitoria condicionada y anticipada.
3. Remisión por el Ministerio de Defensa de los listados a la Secretaría Ejecutiva de la JEP.
4. Verificación de los listados y las actas de compromiso por la Secretaría Ejecutiva de la JEP.

[1] Cfr. CSJ, Sala de Casación Penal, sent. de 2 de agosto de 2017 (rad. 42589).

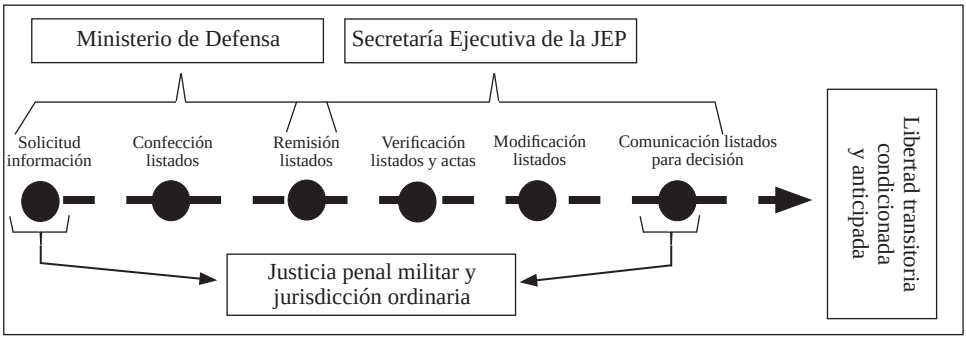
DR © 2019.
KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.-http://www.kas.de/de/home

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

5. Modificación de los listados por la Secretaría Ejecutiva de la JEP, en caso de ser necesario.
6. Comunicación por la Secretaría Ejecutiva de la JEP a los despachos judiciales o autoridades competentes para que otorguen la libertad transitoria condicionada y anticipada de manera inmediata.

4 Este procedimiento tiene, en consecuencia, seis etapas, en las que intervienen tres tipos de actores: (i) el Ministerio de Defensa (etapas 1 a 3); (ii) la Secretaría Ejecutiva de la JEP (etapas 3 a 6) y (iii) los funcionarios de la justicia penal militar y la jurisdicción ordinaria (etapas 1 y 6). Esto se explica en el gráfico 2, el cual relaciona a cada uno de los actores con las etapas anteriormente mencionadas.

Gráfico 2. Actores que intervienen en el procedimiento para otorgar la libertad transitoria condicionada y anticipada



5 En ese entendido, el procedimiento cuenta con un sistema de controles que parten de lo administrativo hasta lo judicial, con el fin de evitar el otorgamiento del beneficio a miembros de la fuerza pública que no califican para él.

6 El Ministerio de Defensa, con fundamento en la información entregada por la jurisdicción ordinaria y la justicia penal militar, determina quiénes cumplen, por lo menos *prima facie*, los requisitos para recibir la libertad transitoria condicionada y anticipada. Estos nombres se consignan en un listado, allí se encuentra el primer control, pues la entidad debe verificar el cumplimiento de las condiciones, así sea solo preliminarmente.

7 Luego el listado pasa a la Secretaría Ejecutiva de la JEP, que lo recibe y debe verificarlo para determinar quiénes cumplen efectivamente con los requisitos del art. 52. Tanto así que, de considerarlo, tiene la facultad de modificar la lista de nombres, sea para agregar o para retirar personas. Este el segundo control. Y, finalmente, la Secretaría Ejecutiva de la JEP remite los listados a

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 jueces y funcionarios encargados de la supervisión del cumplimiento de penas o de la vigilancia a personas cobijadas con medidas de aseguramiento, para que otorguen la libertad transitoria condicionada y anticipada.

8 La aplicación inicial de la LA estuvo marcada por la incertidumbre sobre la forma de determinar la competencia de los jueces que debían recibir las solicitudes de libertad transitoria condicionada y anticipada. Esta problemática fue abordada por la Sala de Casación Penal de la CSJ, la cual afirmó que

> "[...] la competencia para conocer y decidir acerca de la concesión de la libertad transitoria, condicionada y anticipada –mientras entra en funcionamiento la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la Jurisdicción Especial para la Paz–, con fundamento en el artículo 53 de la Ley 1820 de 2016, radica en el funcionario judicial que esté conociendo de la «causa penal», dependiendo de la «fase procesal en que se encuentre el proceso al momento de recibirse la comunicación del secretario ejecutivo de la Jurisdicción Especial para la Paz, de manera que si está surtiéndose la fase de juzgamiento le corresponderá al juez de primera instancia, si en trámite de apelación al de segundo grado y si en sede de casación a la Corte Suprema de Justicia. Por lo mismo, si la sentencia ha cobrado ejecutoria, su conocimiento será de los jueces de ejecución de penas»".

Y agregó que:

> "en las actuaciones tramitadas bajo la Ley 906 de 2004, la competencia en la etapa de investigación será del juez de control de garantías hasta la presentación del escrito de acusación"[2].

III. Procedimiento para agentes estatales no pertenecientes a la fuerza pública

9 Por otro lado, ni en el art. 53 ni en ninguna otra norma se consagra un procedimiento para los agentes estatales que no pertenecen a la fuerza pública. Es decir, cualquier persona que no ostente la calidad de servidor público vinculado al Ejército Nacional, la Armada Nacional, la Fuerza Aérea Colombiana y la Policía Nacional, queda por fuera de las listas de posibles beneficiarios de libertad transitoria condicionada y anticipada.

10 Esto se deriva, en primer lugar, de la lectura textual del artículo, que claramente expresa que "[e]l Ministerio de Defensa Nacional consolidará los listados de los miembros de la fuerza pública que *prima facie* cumplan con

[2] CSJ, Sala de Casación Penal, sents. de 16 de agosto de 2017 (rad. 36487) y de 28 de junio de 2017 (rad. 46449).

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 requisitos"[3]. Pero, además, tampoco es función, ni cae dentro del marco misional de esa entidad[4], buscar beneficios penales para personas que no se encuentran dentro de su planta, de manera que sería inviable que se interpretara de manera extensiva la norma y el ministerio incluyera en sus listados a agentes estatales civiles.

11 En ese orden de ideas, la LA tiene un vacío procedimental relativo a la forma en que los agentes estatales que no pertenecen a la fuerza pública pueden acceder a la libertad transitoria condicionada y anticipada. De manera que, si bien tienen la posibilidad de firmar el acta de compromiso y sometimiento de su situación a la JEP, no por ello podrán dejar de estar privados de la libertad mientras las Salas entran en funcionamiento y se resuelve su situación jurídica.

12 Dicha idea es confirmada por la posición de la Sala de Casación Penal de la CSJ, que al determinar los requisitos para acceder a la libertad transitoria condicionada y anticipada ha afirmado que es necesario tener la "[...] calidad de agente del Estado (miembro de la fuerza pública) en el potencial beneficiario para la fecha en que ocurrieron los hechos"[5]. La falta de procedimiento para servidores públicos distintos a miembros de la fuerza pública hace que sea imposible, de acuerdo con lo expuesto por la Corte, recibir el beneficio transitorio.

IV. Observaciones frente al procedimiento para el otorgamiento de la libertad transitoria condicionada y anticipada

13 Frente a lo expuesto sobre el procedimiento para otorgar la libertad transitoria condicionada y anticipada son relevantes dos observaciones: la primera relativa a la participación de las víctimas (A) y la segunda a la posibilidad de interponer la acción de *habeas corpus* y prevenir una prolongación injustificada de la privación de la libertad (B).

A) *Participación de las víctimas en el procedimiento relativo a miembros de la fuerza pública*

14 Entendido el procedimiento por el cual se otorga la libertad transitoria condicionada y anticipada a miembros de la fuerza pública, así como los actores que se encuentran involucrados en él, brillan por su ausencia las víctimas, sea en la conformación de los listados por el Ministerio de Defensa o en su verificación y modificación por la Secretaría Ejecutiva de la JEP. Esto toma

[3] Ley 1820 de 2016, art. 53.

[4] Decreto 1512 de 2000.

[5] CSJ, Sala de Casación Penal, sent. de 16 de agosto de 2017 (rad. 36487).

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

especial importancia en la verificación del cumplimiento de los requisitos del art. 52 por el supuesto beneficiado. Así, una decisión de no asignar una calificación jurídica perteneciente al universo del DPI o del DIH, como la de delito de lesa humanidad o grave crimen de guerra, no puede ser recurrida por las víctimas directas e indirectas de los hechos.

Es más, las víctimas ni siquiera pueden presentar observaciones previas para manifestar al funcionario encargado de otorgar la libertad transitoria condicionada y anticipada la existencia de un delito de lesa humanidad o un grave crimen de guerra o la no reclusión de una persona por cinco años o más. Al respecto es importante tener en cuenta el derecho a ser oídas ante un tribunal competente que ostentan las víctimas de graves violaciones a derechos humanos, tanto desde el DI de los DD. HH. como en el derecho interno colombiano. La CorteIDH manifestó en el caso Barbani Duarte y otros contra Uruguay: **15**

> "El Tribunal ha desarrollado el derecho a ser oído protegido en el artículo 8.1 de la Convención, en el sentido general de comprender el derecho de toda persona a tener acceso al tribunal u órgano estatal encargado de determinar sus derechos y obligaciones[6], el cual en cierto tipo de procesos debe ejercerse de manera oral[7]. Asimismo, al pronunciarse sobre la observancia de las garantías del debido proceso en la investigación de violaciones de derechos humanos, la Corte ha indicado que implica el deber estatal de garantizar que las víctimas o sus familiares tengan "amplias posibilidades de ser oídos" "en todas las etapas de los respectivos procesos [de manera que] puedan formular sus pretensiones y presentar elementos probatorios y que estos sean analizados de forma completa y seria por las autoridades antes de que se resuelva sobre hechos, responsabilidades, penas y reparaciones"[8].

[6] Ver CorteIDH, Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sent. de 5 de agosto de 2008 (Serie C No. 187), párr. 72; CorteIDH, Caso Bayarri vs. Argentina, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sent. de 30 de octubre de 2008 (Serie C No. 187), párr. 101; CorteIDH, Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sent. de 26 de noviembre de 2010 (Serie C No. 220), párr. 140.

[7] Ver CorteIDH, Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sent. de 5 de agosto de 2008 (Serie C No. 187), párr. 75.

[8] CorteIDH, Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay, fondo, reparaciones y costas, sent. de 13 de octubre de 2011 (Serie C No. 234), párr. 120; CorteIDH, Caso Ximenes Lopes vs. Brasil, fondo, reparaciones y costas, sent. de 4 de julio de 2006 (Serie C No. 149), párr. 193; CorteIDH, Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia, fondo, reparaciones y costas, sent. de 11 de mayo de 2007 (Serie C No. 163), párrs. 193-195.

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 Y en González Medina y familia contra República Dominicana expuso:

> "El Tribunal recuerda que, de conformidad con el derecho reconocido en el artículo 8.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, los Estados tienen la obligación de garantizar el derecho de las víctimas o sus familiares de participar en todas las etapas de los respectivos procesos, de manera que puedan hacer planteamientos, recibir informaciones, aportar pruebas, formular alegaciones y, en síntesis, hacer valer sus derechos[9]. Dicha participación deberá tener como finalidad el acceso a la justicia, el conocimiento de la verdad de lo ocurrido y el otorgamiento de una justa reparación[10]. En tal sentido, la Corte ha establecido que la ley interna debe organizar el proceso respectivo de conformidad con la Convención Americana"[11].

17 Criterio asumido tanto por la Corte Const. como por el Congreso de la República al diseñar y evaluar la constitucionalidad del modelo procesal penal colombiano. En ese entendido, el tribunal constitucional ha manifestado:

> "La jurisprudencia constitucional ha señalado que el derecho de acceso a la justicia tiene como uno de sus componentes naturales el derecho a que se haga justicia. Este derecho involucra un verdadero derecho constitucional al proceso penal[12], y el derecho a participar en el proceso penal[13], por cuanto el derecho al proceso en el Estado democrático debe ser eminentemente participativo"[14].

18 Así las cosas, si el Estado plantea el otorgamiento de beneficios penales a agentes estatales, miembros de la fuerza pública, en el marco de un sistema de JT, la garantía mínima que debe respetarse a las víctimas es la de participar en el procedimiento. Ello con el fin de que puedan presentar observaciones

[9] Ver CorteIDH, Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, fondo, sent. de 19 de noviembre de 1999 (Serie C No. 63), párr. 247.

[10] Ver CorteIDH, Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia, fondo, reparaciones y costas, sent. de 27 de noviembre de 2008 (Serie C No. 192), párr. 233; CorteIDH, Caso Radilla Pacheco vs. México, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sent. de 23 de noviembre de 2009 (Serie C No. 209), párr. 247.

[11] CorteIDH, Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sent. de 27 de febrero de 2012 (Serie C No. 240), párr. 251.

[12] Ver Corte Const., sent. C-412 de 1993.

[13] Ver Corte Const., sent. C-275 de 1994.

[14] Corte Const., sent. C-454 de 2006.

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

frente a las actuaciones de las entidades encargadas y, en caso de ser necesario, interponer recursos contra las decisiones tomadas.

19 El procedimiento diseñado en la LA para el otorgamiento de la libertad transitoria condicionada y anticipada no permite esto, lo que genera un déficit de participación de las víctimas en cuanto a la manifestación de su derecho a las garantías judiciales. Es decir, si bien es válida la entrega de beneficios penales en un marco de JT, al estar estos limitados e implicar el lleno de ciertos requisitos, lo lógico es que la víctima pueda discutir su cumplimiento dentro del marco procedimental creado.

20 Este asunto ya fue definido por la Corte Const. en la revisión de constitucionalidad de la LA. Allí la Corte estableció que la participación de las víctimas debe ser "[...] objeto de especial y cuidadosa regulación en el marco de la JEP, y siempre que se preserven los espacios de participación ya existentes en aquellos trámites en que las decisiones de aplicación de la Ley 1820 de 2016 están en cabeza de las autoridades de la jurisdicción penal ordinaria"[15]. Esto es aplicable a las disposiciones relacionadas con amnistías, indultos y tratamientos penales especiales.

21 Mientras tanto, respecto del régimen de libertades, a los que la Corte Const. se refiere como "beneficios de menor entidad", señaló que "[...] caben similares consideraciones a las efectuadas anteriormente [respecto de las amnistías, indultos y tratamientos penales especiales], dado que al tratarse de medidas que no definen la situación jurídica de sus beneficiarios pueden ser objeto de debate en las instancias de la JEP" [16].

22 El déficit de participación que se presentó aquí no fue entendido así por la Corte Const., de manera que los reparos que se pudieran hacer al procedimiento de otorgamiento de libertad transitoria condicionada y anticipada se quedan sin piso jurídico luego de la sentencia C-007 de 2018.

B) *Posibilidad de interponer la acción de habeas corpus para el otorgamiento de la libertad transitoria condicionada y anticipada a miembros de la fuerza pública*

23 La acción de *habeas corpus* tiene su fundamento en el art. 30 de la Constitución, el cual establece que "[q]uien estuviere privado de su libertad, y creyere estarlo ilegalmente, tiene derecho a invocar ante cualquier autoridad judicial, en todo tiempo, por sí o por interpuesta persona, el *habeas corpus*, el cual debe resolverse en el término de treinta y seis horas"[17].

[15] Corte Const., sent. C-007 de 2018.

[16] Corte Const., sent. C-007 de 2018.

[17] Const. Pol., art. 30.

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 A su vez, la Ley 1095 de 2006, que reglamenta el citado art. 30, dispone que "[e]l *habeas corpus* es un derecho fundamental y, a la vez, una acción constitucional que tutela la libertad personal cuando alguien es privado de la libertad con violación de las garantías constitucionales o legales, o esta se prolongue ilegalmente"[18]. Entonces, cualquier prolongación ilegal de la privación de la libertad debe ser corregida, bien por la vía ordinaria o a través del *habeas corpus* .

25 Como ya se explicó, cuando un funcionario recibe una solicitud por parte de la Secretaría Ejecutiva de la JEP de otorgar la libertad transitoria condicionada y anticipada, este debe resolver sobre ella de forma inmediata. Así, cualquier demora injustificada en decidir sobre el asunto podría desencadenar la interposición de un *habeas corpus* en favor del miembro de la fuerza pública.

26 Esto fue confirmado por el art. 13 del Decreto 706 de 2017, el cual establece que "[l]os beneficios previstos en la Ley 1820 de 2016, se aplicarán sin perjuicio de la interposición de la acción de tutela y *habeas corpus*"[19].

[18] Ley 1096 de 2006, art. 1º.

[19] Decreto 706 de 2017, art. 13.

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 54. *Supervisión*. Los directores de los establecimientos penitenciarios y carcelarios de donde saldrá el personal beneficiado de la libertad transitoria condicionada y anticipada, ejercerán supervisión sobre este hasta que la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas determine lo de su competencia, utilizando tanto los mecanismos ordinarios como los dispuestos en la Jurisdicción Especial para la Paz.

Jurisprudencia nacional: Corte Const., sent. C-007 de 2018.

Otros documentos: Instituto Nacional Penitenciario – INPEC, R. 5979/2011; Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Intervención ciudadana en el proceso de constitucionalidad RPZ0000001, que revisa la constitucionalidad de la Ley 1820 de 2016, disponible en: <https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/03/fi_name_recursos.68.pdf>.

En el art. 54 se asigna a los directores de los establecimientos penitenciarios y carcelarios la función de supervisión del cumplimiento de las obligaciones asumidas por los beneficiarios de la libertad transitoria condicionada y anticipada. Para lo cual se ponen a su disposición las herramientas del régimen ordinario y el que pueda surgir de la reglamentación de la JEP, hasta que la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas tome una decisión. **1**

Frente a esto es importante estudiar la carga de trabajo y capacidades de los directores de establecimientos penitenciarios y carcelarios para vigilar adecuadamente el cumplimiento de las obligaciones propias de la libertad transitoria condicionada y anticipada. Así, actualmente los directores son los jefes de gobierno interno de los establecimientos penitenciarios y carcelarios, por lo que responden por su funcionamiento y el control al interior de los mismos[1]. Y, en desarrollo de esto, tienen asignadas 15 funciones concretas, entre ellas: (i) liderar su establecimiento de reclusión y velar por la integridad, seguridad, respeto a derechos y cumplimiento de las medidas impuestas por autoridad judicial; (ii) garantizar la ejecución de la pena de prisión, y (iii) implantar las medidas necesarias para conservar el orden penitenciario y carcelario dentro de su establecimiento[2]. **2**

[1] Ley 65 de1993, art. 36.

[2] Instituto Nacional Penitenciario – INPEC, Resolución 5979 de 2011, pág. 50.

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 El art. 54 LA suma a todas estas responsabilidades, relativas al gobierno interno de los establecimientos, las de vigilancia de los compromisos adquiridos por los beneficiarios de la libertad transitoria condicionada y anticipada, los cuales son[3]:

- Contribuir a la verdad.
- Contribuir a la no repetición.
- Contribuir a la reparación inmaterial de las víctimas.
- Atender los requerimientos de los órganos del sistema.
- Informar todo cambio de residencia.
- No salir del país sin previa autorización de la JEP.
- Quedar a disposición de la JEP.

4 Dichas obligaciones tienen vigencia para los agentes estatales mientras opere la JEP, por lo que la supervisión también debería durar todo este tiempo. Esta es una diferencia marcada con el tratamiento previsto para los antiguos miembros de la insurgencia, quienes solo están vinculados por cinco años a estas obligaciones y cuyas condiciones para la pérdida de los beneficios son diferentes, pues se requiere que se rehúsen de manera reiterada e injustificada a los requerimientos del Tribunal de Paz para participar en la JEP, mientras que con relación a los agentes del Estado es suficiente con el incumplimiento, sin ninguna calificación del mismo.

5 Esto presenta tensiones tanto desde el punto de vista del tratamiento simultáneo, equilibrado y equitativo pactado en el Acuerdo Final como desde la garantía de los derechos de las víctimas, especialmente aquellas que sufrieron violaciones por parte de la insurgencia. Por ese motivo, Dejusticia solicitó a la Corte Const. que unificara las condiciones de cumplimiento y participación en el SIVJRNR contenidas en la Ley 1820 de 2016, de manera que quedara en los siguientes términos:

> "(i) el cumplimiento de los deberes en el sistema se exigirán a los beneficiarios de amnistía, indulto o tratamiento penal especial, durante la vigencia de la JEP; (ii) habrá incumplimiento si el beneficiario se rehusare, de manera reiterada e injustificada, a los requerimiento del Tribunal para la Paz de participar en el SIVJRNR, (iii) en el caso «de existir una obligación de acudir o comparecer» ante este"[4].

[3] Ley 1820 de 2016, art. 52.4.

[4] Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Intervención ciudadana en el proceso de constitucionalidad RPZ0000001, que revisa la constitucionalidad de la Ley 1820 de 2016, disponible en: <https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/03/fi_name_recursos.68.pdf>.

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 Const. se refirió a esta discrepancia al adelantar el control de constitucionalidad de la LA. Así, en la sentencia C-007 de 2018 decidió armonizar las diferencias en el régimen de condicionalidad entre agentes del Estado y excombatientes de grupos armados organizados al margen de la ley, de la siguiente manera: **6**

> "(i) El cumplimiento de los deberes de contribución a la satisfacción de los derechos de las víctimas se exigirá a los beneficiarios de las amnistías, los indultos y los tratamientos penales especiales durante la vigencia de la JEP (el máximo estándar posible), pues esta previsión potencializa el compromiso, en procura del éxito de un proceso transicional en cuyo centro se encuentra la garantía de los derechos de las víctimas. [...]
>
> (ii) Las disposiciones en estudio también presentan inconsistencia al considerar, los artículos 14 y 33, que los incumplimientos a las condiciones del Sistema Integral se presentan cuando quiera que son reiterados e injustificados, mientras que los artículos 35 y 50 solo hablan de incumplimiento, sin calificativo.
>
> Al respecto considera la Sala que el incumplimiento se configuraría, ante los requerimientos del Tribunal para la Paz para participar en el programa de reparación a las víctimas o el llamado para acudir ante la Comisión de Esclarecimiento de la Verdad, de la Convivencia y No Repetición o ante la Unidad de Búsqueda de Personas Dadas por Desaparecidas, cuando no se presente justificación [...]"[5].

En ese entendido, el control de constitucionalidad de la LA arrojó una nivelación de las obligaciones de los agentes del Estado y los excombatientes de grupos armados organizados al margen de la ley en lo que tiene que ver con la condicionalidad de los beneficios de libertad recibidos. **7**

La vigilancia de estos compromisos no solo parece superar el marco misional de las direcciones de establecimientos carcelarios y penitenciarios, sino que se corre el riesgo de no poder cumplirse a cabalidad por restricciones de talento humano y capacidad presupuestal. A esto se suma que buena parte de los posibles beneficiarios de la libertad transitoria condicionada y anticipada se encuentran privados de la libertad en centros de reclusión militar o policial, por lo que serían integrantes de su propia institución los que los vigilarían. **8**

Para corregir esta situación el INPEC debería contar con una división específica para la verificación del cumplimiento de las obligaciones adquiridas por las personas que reciben beneficios transitorios en el marco de la LA. De esa manera no se sobrecarga funcionalmente a los directores de establecimientos carcelarios y penitenciarios y se da una garantía concreta a la sociedad de **9**

[5] Corte Const., sent. C-007 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

vigilancia seria y estricta a quienes se benefician de una política transicional a cambio de su aporte a la paz y la reconciliación.

10 En conclusión, como se encuentra la LA en este momento, la obligación de supervisión del cumplimiento de las obligaciones adquiridas por los beneficiarios de la libertad transitoria condicionada y anticipada se mantendrá en cabeza de los directores de los establecimientos penitenciarios y carcelarios hasta tanto la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas tome las decisiones correspondientes.

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 55. *Libertad definitiva e incondicional*. La autoridad judicial ordinaria que esté conociendo de la causa penal cumplirá la orden de libertad inmediata, incondicional y definitiva del beneficiado con la renuncia a la persecución penal proferida por Sala de Definición de Situaciones Jurídicas.

I. Introducción

1 El art. 55 hace referencia al régimen de libertades para agentes estatales, pero en el momento post-JEP, es decir, desde el momento en que la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas entra en funcionamiento y comienza a otorgar tratamientos penales definitivos[1]. Así, lo que dispone este artículo es la forma en que se debe materializar uno de los tratamientos penales definitivos que la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas le puede otorgar a un agente estatal: la renuncia a la persecución penal.

2 En ese entendido, en el presente comentario se llevará a cabo una caracterización breve de la renuncia a la persecución penal (II) y, posteriormente, se explicarán las consecuencias del otorgamiento de la libertad definitiva e incondicional de que trata el artículo analizado (III).

II. Sobre la renuncia a la persecución penal como tratamiento penal especial definitivo para agentes estatales en el marco del SIVJRNR

3 Dado que el art. 55 solo se refiere a la libertad definitiva e incondicional derivada de la renuncia a la persecución penal, aquí únicamente se analizará esta figura. No obstante, es importante recordar que la misma Ley trae una cláusula abierta para que sea la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas la que defina cuál mecanismo de resolución de situación jurídica definitiva utilizará[2].

4 En cuanto a los efectos de la renuncia a la persecución penal como tratamiento penal especial diferenciado propio del SIVJRNR, la misma Ley

[1] Ver *supra* gráfico 1, en el comentario al art. 51 LA en esta misma obra.

[2] Ver Ley 1820 de 2016, art. 45.

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

establece que con el otorgamiento del beneficio "[...] se extingue la acción penal, la responsabilidad penal y la sanción penal"[3] y, además: (i) se prohíbe el inicio de nuevos procesos por las conductas que originaron el tratamiento; (ii) la decisión hace tránsito a cosa juzgada y solo puede ser revisada por el Tribunal para la Paz; (iii) se elimina todo antecedente penal de las bases de datos; (iv) se anula o extingue toda responsabilidad o sanción disciplinaria, fiscal o administrativa, y (v) se prohíbe el ejercicio de la acción de repetición y el llamamiento en garantía contra el beneficiario[4].

5 Ahora, para acceder a la renuncia a la persecución penal es necesario que el posible beneficiario no haya incurrido en ninguno de los delitos enlistados en el art. 46 LA, que coinciden, en general, con los no amnistiables; aunque se suman aquellos cometidos contra el servicio, la disciplina, los intereses de la fuerza pública y, el honor y la seguridad de la fuerza pública[5], lo que hace que la cláusula abierta para tratamientos penales especiales definitivos tenga sentido.

III. Sobre las consecuencias derivadas del otorgamiento de la libertad definitiva e incondicional

6 Con los requisitos y efectos de la renuncia a la persecución penal claros, es necesario ahora analizar lo dispuesto en el art. 55, relativo al régimen de libertades para los agentes estatales beneficiarios de este tratamiento penal especial definitivo. Lo que pretende la norma es materializar de forma efectiva y definitiva el efecto sobre la libertad del beneficiario que implica la renuncia a la persecución penal. Así, si se extinguieron la acción, la responsabilidad y la sanción penal, es procedente interrumpir inmediatamente la privación de la libertad del agente estatal o, en caso de haber recibido la libertad transitoria condicionada y anticipada, darle a esta un carácter permanente.

7 Si se revisa el artículo, resulta que la libertad otorgada en razón a la renuncia a la persecución penal es calificada como "definitiva e incondicional". No obstante, si se hace una interpretación armónica y sistemática de la LA, queda claro que esta sí tiene una condición, consagrada en el art. 50 de la siguiente manera:

[3] Ley 1820 de 2016, art. 46.

[4] Ver Ley 1820 de 2016, art. 48, y comentario al respecto de Cote en este texto.

[5] Ver Ley 1820 de 2016, art. 46, y comentario al respecto de Cote en este texto.

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

> "Si durante la vigencia de la Jurisdicción Especial para la Paz, los beneficiarios de mecanismos de tratamiento especial diferenciado para agentes del Estado de que trata el Título IV de la presente ley, se rehusaran a cumplir los requerimientos del Tribunal para la Paz para participar en los programas de contribución a la reparación de las víctimas, o a acudir ante la Comisión de Esclarecimiento de la Verdad, de la Convivencia y No Repetición, o ante la Unidad de Búsqueda de Personas Dadas por Desaparecidas, perderán el derecho a que se les apliquen los beneficios previstos en cualquier tratamiento de los definidos como especial, simultáneo, equilibrado y equitativo"[6].

8 De ello se concluye entonces que el agente estatal cobijado con la libertad definitiva e incondicional derivada de la renuncia a la persecución penal sigue vinculado por la obligación de responder a los llamados de los órganos del SIVJRNR y, en caso de incumplirla, podrá perder el beneficio en las condiciones que, como ya se explicó, establezcan los reglamentos y normas procedimentales de la JEP[7].

[6] Ver Ley 1820 de 2016, art. 50, y comentario al respecto de Acosta y Arévalo en este texto.

[7] Ver Proyecto de ley estatutaria de la JEP, art. 20.

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 IV

Privación de la libertad en unidad militar o policial para integrantes de las fuerzas militares y policiales en el marco de la Jurisdicción Especial para la Paz

Artículo 56. *Privación de la libertad en unidad militar o policial para integrantes de las fuerzas militares y policiales*. La privación de la libertad en unidad militar o policial para integrantes de las fuerzas militares y policiales en el marco de la Jurisdicción Especial para la Paz es un beneficio expresión del tratamiento penal especial diferenciado propio del sistema integral, necesario para la construcción de confianza y facilitar la terminación del conflicto armado interno, debiendo ser aplicado de manera preferente en el sistema penal colombiano, como contribución al logro de la paz estable y duradera.

Este beneficio se aplicará a los integrantes de las fuerzas militares y policiales detenidos o condenados que manifiesten o acepten su sometimiento a la Jurisdicción Especial para la Paz. Todo respetando lo establecido en el Código Penitenciario y Carcelario respecto a otros servidores públicos.

Dicha manifestación o aceptación de sometimiento se hará ante el secretario ejecutivo de la Jurisdicción Especial para la Paz, en caso de que no hayan entrado en funcionamiento los órganos de la Jurisdicción.

La decisión sobre la privación de la libertad en unidad militar o policial no implica la definición de la situación jurídica definitiva en el marco de la Jurisdicción Especial para la Paz.

Jurisprudencia nacional: Corte Const., sents. C-565 de 1993 y C-425 de 2008.

Otros documentos: Ministerio de Justicia y del Derecho, Viceministerio de Política Criminal y Justicia Restaurativa, Subrogados penales, mecanismos sustitutivos de la pena y vigilancia electrónica en el sistema penal colombiano, Bogotá D.C., Minjusticia, 2014.

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 privación de la libertad en unidad militar o policial para integrantes de las fuerzas militares y policiales constituye el segundo beneficio transitorio que consagra la LA para materializar el tratamiento penal especial diferenciado que caracteriza al sistema de justicia contenido en el Punto 5 del Acuerdo Final. **1**

A diferencia de la libertad transitoria condicionada o anticipada, este beneficio difícilmente podría ser asimilado a un subrogado penal en estricto sentido, pues estos están diseñados para sustituir una pena restrictiva por otra más favorable[1], con el fin de humanizar el derecho penal y garantizar la resocialización del delincuente[2]. Por su parte, el objetivo de la privación de la libertad en unidad militar o policial es, como establece el art. 56, la construcción de confianza y el afianzamiento del proceso de terminación del conflicto armado interno colombiano[3]. Con esta aclaración en mente, el presente comentario se referirá al contenido de la medida y, posteriormente, se llevarán a cabo algunas observaciones al respecto. **2**

La lectura del art. 56 sugiere que la privación de la libertad en unidad militar o policial consiste en un simple traslado de sitio de reclusión en los términos del Código Penitenciario y Carcelario, que ocurre con el cambio entre un establecimiento ordinario o un centro de reclusión militar o policial hacia una unidad militar o policial que, en principio, no tiene la virtualidad de servir como penitenciarias, es decir, como "[...] establecimientos destinados a la reclusión de condenados y en los cuales se ejecuta la pena de prisión"[4]. **3**

Los miembros de la fuerza pública condenados por algún delito, en principio deben cumplir su pena privativa de la libertad, cuando fuere impuesta, en penitenciarias ordinarias, sean de máxima, media o mínima seguridad o en centros de reclusión militares o policiales[5]. En cualquiera de los dos casos, se está en presencia de centros de reclusión, de acuerdo con la clasificación que hace el Código Penitenciario y Carcelario[6], los cuales se diferencian de las cárceles o pabellones, pues estos últimos albergan personas cobijadas con medidas de aseguramiento consistentes en detención preventiva[7], no condenadas. En estos últimos también se pueden encontrar miembros de la fuerza **4**

[1] Ver Ministerio de Justicia y del Derecho, Viceministerio de Política Criminal y Justicia Restaurativa, Subrogados penales, mecanismos sustitutivos de la pena y vigilancia electrónica en el sistema penal colombiano, Bogotá D.C., Mijusticia, 2014, pág. 5.

[2] Ver Corte Const., sents. C-565 de 1993 y C-425 de 2008.

[3] Ver Ley 1820 de 2016, art 56.

[4] Ley 65 de 1993, art. 22.

[5] Ver Ley 65 de 1993, art. 20.

[6] Ver, Ley 65 de 1993, art. 20.

[7] Ver Ley 65 de 1993, art. 21.

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

pública, específicamente aquellos inmersos en investigaciones o juicios penales y que también podrían recibir este beneficio.

5 Entonces, el beneficio de privación de la libertad en unidad militar o policial simplemente implica el cambio de sitio de reclusión de un agente estatal perteneciente a la fuerza pública a instalaciones regulares de la fuerza a la que pertenece, pero, en teoría, mantiene las condiciones de cumplimiento de la pena privativa de la libertad.

6 En el espíritu de equilibrio entre el tratamiento otorgado a los miembros de grupos armados que lleven a cabo acuerdos para la terminación del conflicto con el Estado colombiano y el recibido por los agentes estatales que cometieron delitos por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el servicio, la privación de la libertad en unidad militar o policial podría asimilarse al traslado de personas desmovilizadas a ZVTN para continuar con el cumplimiento de su pena[8].

7 El traslado a las ZVTN se aplica a aquellas personas privadas de la libertad que no pueden recibir la libertad condicional consagrada en el art. 35 LA, por no poder acreditar un tiempo de reclusión de cinco años o más y consiste, al igual que la figura que aquí se analiza, en un simple cambio del lugar en donde se cumple la medida de privación de la libertad, que deja de ser una institución penitenciaria o carcelaria para ser la ZVTN.

8 La única diferencia sustancial está en que al momento de entrada en funcionamiento pleno de la JEP, los beneficiados con el traslado a ZVTN recibirán automáticamente la libertad condicional, siempre que cumplan los demás requisitos, ente ellos la firma del acta de compromiso[9]. Para la privación en unidad militar o policial no existe esta figura, lo que no obsta para que un agente estatal perteneciente a la fuerza pública solicite la libertad transitoria condicionada y anticipada, si luego de su traslado llega a cumplir los requisitos para el beneficio.

9 Así, la privación de la libertad en unidad militar o policial sirve como mecanismo alternativo a la libertad transitoria condicionada y anticipada, utilizado para materializar el tratamiento penal especial diferenciado, esta vez para aquellos integrantes de la fuerza pública que no hayan pasado cinco años privados de la libertad y hayan cometido delitos no amnistiables.

[8] Ver Ley 1820 de 2016, art. 35.

[9] Ver Ley 1820 de 2016, art. 35.

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 57*. *De los beneficiarios de la privación de la libertad en unidad militar o policial para integrantes de las fuerzas militares y policiales*. Los integrantes de las fuerzas militares y policiales que al momento de entrar en vigencia la presente ley lleven privados de la libertad menos de cinco (5) años, conforme a lo establecido para las sanciones alternativas en la Jurisdicción Especial para la Paz continuarán privados de la libertad en unidad militar o policial, siempre que cumplan los siguientes requisitos concurrentes:

1. Que estén condenados o procesados por haber cometido conductas punibles por causa, con ocasión, o en relación directa o indirecta con el conflicto armado interno.

2. Que se trate de delitos de lesa humanidad, el genocidio, los [graves] crímenes de guerra, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma.

3. Que solicite y acepte libre y voluntariamente la intención de acogerse al sistema de la Jurisdicción Especial para la Paz.

4. Que se comprometa, una vez entre a funcionar el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, a contribuir a la verdad, a la no repetición, a la reparación inmaterial de las víctimas, así como atender los requerimientos de los órganos del sistema.

I. Introducción

Como ya fue explicado en el comentario referente al art. 56, la privación de la libertad en unidad militar o policial es una manifestación del tratamiento penal especial diferenciado diseñado para los agentes estatales que hayan participado en el conflicto armado interno y cometido delitos por causa, con ocasión o en relación directa con el servicio. **1**

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 El art. 57 que aquí se comenta, presenta los requisitos para que una persona sea considerada beneficiaria de la privación de la libertad en unidad militar o policial. Estos son: que sea agente estatal, perteneciente a las fuerzas militares o policiales; que estén condenados o procesados por haber cometido conductas punibles por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado interno; que los delitos cometidos estén en la lista de no amnistiables y que la persona haya pasado menos de cinco años privada de la libertad; (iv) que solicite o acepte libre y voluntariamente la intención de acogerse al sistema de la Jurisdicción Especial para la Paz y se comprometa, una vez entre a funcionar el SIVJRNR, a contribuir a la verdad, a la no repetición, a la reparación inmaterial de las víctimas, así como atender los requerimientos de los órganos del sistema. A continuación, se explicará cada uno de ellos y, posteriormente, se presentarán algunas observaciones al respecto.

II. Que sea agente estatal, perteneciente a las fuerzas militares o policiales

3 En cuanto a la calidad de agente estatal perteneciente a las fuerzas militares o policiales, no queda más que referirse al comentario realizado a los art. 9º y 52 de la LA. Aunque es necesario precisar que el requisito para recibir el beneficio de privación de la libertad en unidad militar o policial es mucho más restringido, pues este solo aplica, incluso desde lo sustancial, para aquellas personas que se encuentren vinculadas al Ejército Nacional, a la Armada Nacional, a la Fuerza Aérea Colombiana o a la Policía Nacional. Así las cosas, el único punto problemático frente a este requisito está en la posible inclusión de personal civil vinculado a las fuerzas militares o a la Policía Nacional.

4 El concepto de "integrante" incluido en el art. 57 parecería evitar intencionalmente utilizar el término combatiente, lo que abriría la puerta para que personal civil, vinculado a las fuerzas militares o a la Policía Nacional, soliciten ser cobijados por el beneficio. Este es asunto que debe ser resuelto por los actores encargados de la concesión del beneficio, a saber, el Ministerio de Defensa, la Secretaría Ejecutiva de la JEP y los funcionarios judiciales.

III. Que estén condenados o procesados por haber cometido conductas punibles por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado interno

5 Los comentarios frente al vínculo necesario entre los delitos por los que el integrante de la fuerza pública es investigado o ha sido condenado ya fueron

[*] El aparte entre corchetes fue declarado inexequible por la Corte Const. en 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

abordados en el comentario al art. 52 LA[1]. Dado que el requisito es idéntico, lo pertinente es remitirse a ellos.

IV. Que los delitos cometidos estén en la lista de no amnistiables y que la persona haya pasado menos de cinco años privada de la libertad

Contrario a lo que ocurre con la libertad transitoria condicionada y anticipada, la privación de la libertad en unidad militar o policial exige que los delitos por los que el miembro de la fuerza pública es investigado o fue sancionado, sea de los que están incluidos en la lista de no amnistiables, siempre que hayan sido cometidos, de acuerdo con el requisito anterior, por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado interno. **6**

Estos son, según el art. 57 inc. 2º LA: (i) delitos de lesa humanidad, (ii) genocidio, (iii) crímenes de guerra, (iv) toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, (v) tortura, (vi) ejecuciones extrajudiciales, (vii) desaparición forzada, (viii) acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, (ix) sustracción de menores, (x) desplazamiento forzado, y (xi) reclutamiento de menores conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma[2]. **7**

Frente a la calificación jurídica de hechos cuya tipificación correspondería al universo del DI cabe hacer los mismos comentarios que se hicieron en el art. 52 LA. **8**

El punto importante frente a este requisito está en su naturaleza, es decir, en que con la privación de la libertad en unidad militar o policial no se pretende otorgar un beneficio penal asimilable a una amnistía o indulto, pues está diseñada para ser aplicada frente a delitos que, de acuerdo con los estándares internacionales en materia de investigación, juzgamiento y sanción del derecho internacional de los DD. HH. y del DPI, especialmente el ER, no pueden ser objeto de estas medidas. **9**

Así, como se explicó anteriormente, no se está en presencia de un subrogado penal, de una sustitución de la pena privativa o cualquier otra medida que implique una evasión de la sanción penal por la comisión de crímenes internacionales o especialmente importantes para la comunidad internacional. Simplemente se lleva a cabo un cambio en cuanto al establecimiento o las instalaciones en que se cumple la pena o se mantiene la detención preventiva **10**

[1] Ver comentarios a los arts. 2º, 3º y 9º de la Ley 1820 de 2016 en este texto.

[2] Ver comentario a los arts. 16 y 46 de la Ley 1820 de 2016, en este texto. Es importante recordar también lo dispuesto por la Corte Const. en la sent. C-007 de 2018 respecto del reclutamiento de menores.

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

con el fin de generar confianza en los actores que estarán sujetos a la JEP, en este caso, los miembros de la fuerza pública.

11 Esto es importante por cuanto los únicos beneficiarios serán aquellos que, en atención a estos delitos, hayan pasado privados de la libertad menos de cinco años. Es decir, el beneficio en este caso se ha diseñado para que la persona no evada la sanción mínima que establece el punto 5 del Acuerdo Final para aquellos que cumplan de manera temprana con todas las obligaciones que impone el SIVJRNR. Es por ello por lo que el operador encargado de otorgar la privación de la libertad en unidad militar o policial no solo debe revisar si está en presencia de los delitos consagrados en el nm 2 del art. 57 LA, sino que también debe verificar que el posible beneficiario no haya pasado cinco años o más privado de la libertad, pues esta sola circunstancia ya lo haría candidato a recibir la libertad transitoria condicionada y anticipada.

V. Que solicite o acepte libre y voluntariamente la intención de acogerse al sistema de la JEP y se comprometa a contribuir a la verdad, a la no repetición, a la reparación inmaterial de las víctimas, así como atender los requerimientos de los órganos del sistema

12 Finalmente, es necesaria la aceptación libre y voluntaria del sometimiento de su caso a la JEP y el compromiso de contribuir a la verdad, a la no repetición, a la reparación inmaterial, así como de atender los requerimientos de los órganos del sistema, una vez entre en funcionamiento el SIVJRNR.

13 Este es un requisito común a la libertad transitoria condicionada y anticipada, por lo que los comentarios pertinentes se pueden revisar en el art. 52 LA.

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 58. *Procedimiento para la privación de la libertad en unidad militar o policial para integrantes de las fuerzas militares y policiales*. El Ministerio de Defensa Nacional consolidará los listados de los miembros de la fuerza pública que *prima facie* cumplan con los requisitos para la aplicación de la sustitución de la privación de la libertad intramural por la privación de la libertad en unidad militar o policial a que se refiere el artículo anterior. Para la elaboración de los listados se solicitará información al Inpec, institución que deberá dar respuesta en un término máximo de 15 días hábiles. Una vez consolidados los listados serán remitidos al secretario ejecutivo de la Jurisdicción Especial para la Paz quien verificará o modificará los mismos en caso de creerlo necesario, y comunicará al funcionario que esté conociendo la causa penal sobre el cumplimiento de los requisitos por parte del beneficiado, para que proceda a otorgar la sustitución de la privación de la libertad intramural por la privación de la libertad en unidad militar o policial a que se refiere el artículo anterior, funcionario quien, de manera inmediata, adoptará la acción o decisión tendiente a materializar la misma.

Parágrafo. En caso de que el beneficiado incumpla alguna de las obligaciones contraídas en el compromiso o desatienda su condición de privado de la libertad, se le revocará el beneficio de la privación de la libertad en unidad militar. No habrá lugar a la revocatoria por circunstancias diferentes a las aquí señaladas.

I. Introducción

El procedimiento para el otorgamiento del beneficio de privación de la libertad en unidad militar o policial para integrantes de la fuerza pública es similar al establecido para la libertad transitoria condicionada y anticipada. Este comentario se centrará en analizar la forma como se debe surtir el trámite (II) y, posteriormente, se harán algunas observaciones al mismo (III). **1**

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

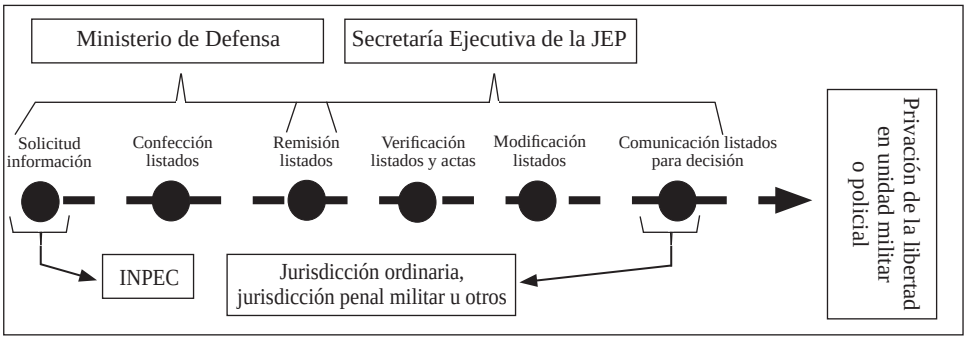
Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/nfpda3rv

II. Trámite para el otorgamiento del beneficio de privación de la libertad en unidad militar o policial

2 El art. 58 señala que se deben surtir seis pasos para otorgar a alguien el beneficio de privación de la libertad en unidad militar o policial, a saber:

1. Solicitud de información por parte del Ministerio de Defensa al INPEC sobre miembros de la fuerza pública privados de la libertad.
2. Confección por el Ministerio de Defensa de los listados de miembros de la fuerza pública que *prima facie* cumplen los requisitos del art. 52 y, por lo tanto, pueden ser beneficiarios de la libertad transitoria condicionada y anticipada.
3. Remisión por el Ministerio de Defensa de los listados a la Secretaría Ejecutiva de la JEP.
4. Verificación de los listados y las actas de compromiso por la Secretaría Ejecutiva de la JEP.
5. Modificación de los listados por la Secretaría Ejecutiva de la JEP, en caso de ser necesario.
6. Comunicación por la Secretaría Ejecutiva de la JEP a los despachos judiciales o autoridades competentes para que dispongan la sustitución de la medida de aseguramiento o la pena intramural por la libertad transitoria condicionada y anticipada de manera inmediata.

Gráfico 3. Actores que intervienen en el procedimiento para otorgar la privación de la libertad en unidad militar o policial



3 De esta manera, como en el trámite correspondiente a la libertad transitoria condicionada y anticipada, el procedimiento está diseñado para contar con un sistema de controles que asegure que los miembros de la fuerza pública postulados para recibir el beneficio sí sean efectivamente quienes cumplen los requisitos para el efecto.

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

Así, como se observa en el gráfico 3, hay cuatro tipos de agentes que intervienen en el procedimiento. En primer lugar, el Ministerio de Defensa, que es el encargado de confeccionar la lista con las personas que *prima facie* cumplen los requisitos para recibir el beneficio, para lo cual debe solicitar información al INPEC y, así el artículo no lo diga explícitamente, utilizará los datos entregados por la jurisdicción ordinaria y la penal militar para la libertad transitoria condicionada y anticipada. El papel del INPEC será, al parecer, el de certificar el tiempo de reclusión de la persona. Posteriormente dicho listado se entrega a la Secretaría Ejecutiva de la JEP, que lo debe revisar y modificar si es del caso; aquí aparece el segundo control: los funcionarios de esta entidad vuelven a verificar el cumplimiento de todos los requisitos y, luego de esta labor, remiten el listado a los funcionarios encargados de otorgar el beneficio, que pueden ser los jueces de conocimiento, los de control de garantías o los de ejecución de penas, tanto en la jurisdicción ordinaria como en la penal militar. **4**

III. Observaciones frente al procedimiento para otorgamiento de la privación de la libertad en unidad militar o policial

En relación con las observaciones que se hicieron sobre la imposibilidad que existe de participación de las víctimas en el procedimiento y la posibilidad de interponer la acción de *habeas corpus*, los comentarios son los mismos que ya se hicieron[1]. **5**

Solo resta precisar que, en cuanto a la acción de *habeas corpus*, no es claro si esta procedería para solicitar la sustitución de la privación de la libertad en unidad militar o policial por la libertad transitoria condicionada y anticipada cuando, dado el caso, un agente estatal cumpla cinco años de privación de la libertad efectiva. Pareciera que sí es posible, más si se entiende que el subrogado especial de la libertad transitoria condicionada y anticipada sí está diseñado para evitar privaciones excesivas de la libertad y para mantener la idea de equilibrio en el tratamiento a los miembros de grupos al margen de la ley y los agentes estatales. **6**

[1] Ver comentario al art. 53 de la Ley 1820 de 2016, en este texto.

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 59. *Supervisión*. El director del centro de reclusión militar o policial, o en su defecto el comandante de la unidad militar o policial donde vayan a continuar privados de la libertad los integrantes de las fuerzas militares y policiales, ejercerá control, vigilancia y verificación del personal beneficiado de la privación de la libertad en unidad militar o policial, utilizando tanto los mecanismos ordinarios como los dispuestos en la Jurisdicción Especial para la Paz.

Documentos citados: Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional, Dirección de Centros de Reclusión Militar del Ejército Nacional, Resolución 00237 de 2017; INPEC, Resolución 003477 de 2013.

I. Introducción

1 La privación de la libertad en unidad militar o policial presenta desafíos distintos a los de la libertad transitoria condicionada y anticipada en materia de supervisión. Algo que se evidencia de manera más clara al tener en cuenta que tanto las fuerzas militares como la Policía Nacional cuentan con establecimientos de reclusión especiales para aquellos miembros que resulten privados de la libertad por la comisión de delitos.

2 En Colombia actualmente existen nueve establecimientos de reclusión para miembros de las fuerzas militares, que cuentan con su propio régimen interno, aprobado por el INPEC mediante resolución 003477 de 2013; mientras que, para el caso de la Policía Nacional, aunque no ha sido posible conseguir información completa, existen centros de reclusión en Facatativá (Cundinamarca) y Medellín (Antioquia).

3 La existencia de centros especiales conlleva la necesidad de implementar medidas particulares para el cumplimiento de las funciones asignadas por la LA en relación con la privación de la libertad en unidad militar o policial. En el presente apartado se hará referencia a la forma como el Ejército Nacional ha abordado el asunto, para lo cual se revisarán tanto las condiciones de reclusión como las responsabilidades de supervisión asignadas.

4 Vale aclarar que el ejercicio no se realiza de forma paralela para la Armada Nacional, la Fuerza Aérea Colombiana y la Policía Nacional, por cuanto estas se negaron a entregar la información pertinente.

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. Condiciones de reclusión en unidades militares

Como área destinada para que los beneficiarios de la privación de la libertad en unidad militar, la resolución 00237 de 2017, emitida por el Ministerio de Defensa Nacional, establece que los destinatarios del beneficio se deben alojar en un centro de reclusión militar, donde deben dormir y desde el cual se pueden desplazar en el día para llevar a cabo las actividades propias de su condición, entre ellas el trabajo, estudio, enseñanza, visitas, entre otras. **5**

De forma expresa, la misma resolución prohíbe la utilización de instalaciones diferentes a los centros de reclusión militares para este efecto. Esto es especialmente importante por el uso extensivo de casas fiscales y alojamientos regulares para el cumplimiento de penas impuestas a miembros de la fuerza pública. **6**

Ahora bien, respecto del uso de medios de comunicación, la resolución 00237 de 2017 permite que sean solicitados al director del Centro de Reclusión Militar, para lo cual se debe firmar un acta de compromiso de buen uso del equipo e informar el número asignado. Y, en cuanto a las visitas de familiares y amigos, están disponibles de forma regular, durante los días ordinarios de visita en el centro de reclusión militar. **7**

III. Utilización de medios tecnológicos para la supervisión

De manera adicional a la vigilancia con que cuentan los centros de reclusión militar, dado que los reclusos pueden salir de las instalaciones a cumplir sus actividades de trabajo, estudio y demás, la resolución 00237 de 2017 establece la necesidad de utilizar un mecanismo de control, vigilancia y verificación electrónico que debe portar cada persona y será verificado todos los días. **8**

Ahora, si no se cuenta con estos dispositivos, el director del Centro de Reclusión Militar debe garantizar seguridad humana y vigilancia permanente para los reclusos beneficiarios de la privación de la libertad en unidad militar, para lo cual debe solicitar, si es del caso, la ampliación del personal de custodia y vigilancia asignado[1]. **9**

En conclusión, las condiciones de reclusión mencionadas no parecen diferir de forma sustancial de aquellas que impone el cumplimiento de sanciones privativas de la libertad impuestas por la justicia ordinaria o la penal militar a miembros del Ejército Nacional. Incluso, la prohibición de utilización de áreas de reclusión distintas a los centros de reclusión militar podría constituir un endurecimiento del estándar. **10**

[1] Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional, Dirección de Centros de Reclusión Militar del Ejército Nacional, resolución 00237 de 2017, art. 17.

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 En ese sentido, por lo menos frente a los protocolos conocidos de aplicación de la privación de la libertad en unidad militar, aplicados por el Ejército Nacional, parece que la labor de supervisión no desborda de forma desmedida las capacidades institucionales, técnicas y humanas de quienes resultaron encargados, a saber, los directores de los centros de reclusión militar.

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