

Bogotá, 23 de marzo de 2017

Magistrado (E)
JOSÉ ANTONIO CEPEDA AMARÍS
Corte Constitucional
E.S.D.

Referencia: Intervención ciudadana del **Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia)** en el proceso de constitucionalidad **RPZ0000001**, que revisa la constitucionalidad de la Ley 1820 de 2016, *“por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones”*.

César Rodríguez Garavito, Rodrigo Uprimny Yepes, Diana Isabel Güiza Gómez, Sebastián Lalinde Ordóñez, Daniel Gómez Mazo, Daniel Marín López y Xajamaïa Domínguez Mazhari, director e investigadores del Centro de Estudios Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia), respectivamente, obrando en calidad de ciudadanos colombianos y en respuesta a la amable invitación de la Corte¹, presentamos intervención ciudadana en el proceso de constitucionalidad de la referencia.

Estimamos que, en general, la Ley 1820 de 2016 es constitucional, pues es respetuosa de los deberes internacionales del Estado colombiano y de los derechos de las víctimas, y atiende a los fines de la paz negociada. Para sustentar nuestra posición, dividiremos nuestro escrito en tres secciones. La primera sección abordará el alcance del control único, automático y posterior que ordena el literal k del artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2016 (en adelante AL 1/2016). La segunda sección estudiará el ámbito en el que el Congreso de la República está facultado para aprobar normas que implementen y desarrollen el Acuerdo Final, por vía del procedimiento legislativo especial creado por el AL 1/2016.

La tercera sección analizará varios asuntos de fondo de la Ley 1820 de 2016. De un lado, demostraremos que la concesión de amnistías, indultos o tratamientos penales especiales, en los términos de la Ley 1820 de 2016, es constitucional, ya que excluye de tales beneficios penales a los crímenes internacionales y, en esa forma, respeta el núcleo de la obligación del Estado colombiano de investigar, sancionar y juzgar graves violaciones de derechos humanos. De otro lado, revisaremos algunas disposiciones

¹ Oficio 1017 del 9 de marzo de 2017, Corte Constitucional.

particulares de la ley respecto a: (i) el otorgamiento de indultos y otros beneficios penales por delitos cometidos en el marco de disturbios públicos o en el ejercicio de la protesta social; (ii) el alcance de la definición de graves crímenes de guerra; (iii) la concesión de amnistías e indultos por el crimen de reclutamiento forzado de mayores de 15 y menores de 18 años; (iv) los criterios disímiles para determinar el incumplimiento de los deberes en el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR), por parte de los beneficiarios de amnistía, indulto o tratamiento penal especial; y (v) las consecuencias del incumplimiento de los deberes en el SIVJRNR.

I. UN ASUNTO METODOLÓGICO: EL ALCANCE DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD ÚNICO Y AUTOMÁTICO

El literal k del artículo 1 del AL 1/2016 prevé que los proyectos de ley y de acto legislativo que se tramiten en el procedimiento legislativo especial para la paz (comúnmente conocido como *fast track*) tendrán control de constitucionalidad *único, automático y posterior a su entrada en vigencia*. Este tipo de control constitucional es, en parte, novedoso. La Constitución de 1991 no consagraba un control con esas tres características, para revisar la constitucionalidad de leyes y actos legislativos. Sin embargo, algunos de los rasgos de ese control sí han sido ejercidos por la Corte Constitucional, como ocurre con el control de las leyes estatutarias y de las leyes aprobatorias de tratados internacionales. En esta ocasión, analizaremos solamente los rasgos del control previsto para las leyes tramitadas vía *fast track*, pues corresponde a la clase de control que la Corte debe ejercer en este proceso. Con ese propósito, en seguida resumiremos los rasgos del control de constitucionalidad de leyes estatutarias y leyes aprobatorias de tratados internacionales y, a partir de esa jurisprudencia, sugeriremos cuáles son las características principales del control constitucional de estos casos.

El control de constitucionalidad de leyes estatutarias y aprobatorias de tratados internacionales

El control constitucional de leyes estatutarias (art. 241-8 C.P.) opera con unas reglas específicas, que responden a las características particulares de este tipo de leyes: por una parte, son leyes con una jerarquía especial ya que, según la jurisprudencia constitucional, hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido amplio, por lo que pueden servir como parámetro para determinar la validez de otro tipo de leyes o

decretos con fuerza de ley². Y, por la otra, son leyes que regulan, de forma reservada, instituciones medulares para el orden constitucional, como son los derechos fundamentales y sus mecanismos de protección, la administración de justicia, las funciones electorales, los partidos políticos, los estados de excepción y los mecanismos de participación ciudadana (art. 152 C.P.).

Por estas razones, el control judicial de leyes estatutarias es: (i) *jurisdiccional*, pues es realizado por la Corte Constitucional, que es un órgano judicial; (ii) *automático*, por cuanto no requiere que se interponga acción pública de inconstitucionalidad para que la Corte se pronuncie, sino que procede por orden de la Constitución; (iii) *previo*, esto es, posterior a la aprobación por el Congreso y anterior a la sanción presidencial, y, en ese sentido, es un control judicial que hace parte del proceso de formación de las leyes estatutarias; (iv) *integral*, pues incluye el examen judicial de vicios materiales, de competencia o de trámite; (v) *definitivo*, en la medida en que cierra todo debate constitucional sobre el proyecto de ley estatutaria, pues la decisión que se adopte hace tránsito a *cosa juzgada constitucional absoluta*, por lo que solamente puede abrirse una nueva discusión jurídica en el futuro, si hay cambio del parámetro constitucional de control; y (vi) *participativo*, puesto que permite, como el resto de controles de constitucionalidad, la intervención de la ciudadanía y otras autoridades³.

Sobre el carácter definitivo de este control, la Corte ha sostenido que “una vez expedida [l]a ley estatutaria, ésta no podrá ser demandada en el futuro por ningún ciudadano”, a menos de que el presunto “vicio de inconstitucionalidad surja con posterioridad al control previo –caso en el cual será un vicio de procedimiento–” o “que se presente un cambio de las disposiciones constitucionales que sirvieron de fundamento para el inicial pronunciamiento de constitucionalidad –caso en el cual podrá ser un vicio de contenido–”⁴. Por esa vía, la Corte ha examinado leyes estatutarias, después de haber ejercido el control automático. Así ocurrió, por ejemplo, en la sentencia C-443 de 2011. En esa ocasión, la Corte revisó nuevamente la ley estatutaria 1157 de 2007, “por la cual se desarrolla el artículo 227 de la Constitución Política, con relación a la elección directa de parlamentarios andinos”. La Corte ejerció su control, por cuanto “con la reforma introducida mediante el Acto Legislativo 01 de 2009 al artículo 109 de la Constitución, cuyo desconocimiento se acusa en esta oportunidad, se produjo un cambio del parámetro constitucional que

² Ver, entre otras: Corte Constitucional. Sentencias C-358 de 1997, C-774 de 2001, C-229 de 2008, C-034 de 2009, C-307 de 2009, C-238 de 2010 y C-866 de 2010.

³ Corte Constitucional. Sentencia C-150 de 2015.

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-011 de 1994.

tuvo en cuenta la Corte al examinar el proyecto de ley estatutaria, que eventualmente podría dar lugar a una inconstitucionalidad sobreviniente”⁵.

Por su parte, el control judicial de las leyes aprobatorias de tratados internacionales tiene unas características especiales, que obedecen a la lógica doble que anima este control: (i) que el Estado colombiano cumpla de buena fe las obligaciones que ha adquirido en el plano internacional y que, al mismo tiempo, (ii) respete la supremacía de la Constitución Política⁶. Este control se sustenta, entonces, en dos razones principales: el principio *Pacta Sunt Servanda*⁷ y la supremacía constitucional, por la cual la Corte tiene una competencia general en el control constitucional de leyes⁸. Es por ello que la intervención de las tres ramas del poder público (que, por supuesto, incluye a la Corte Constitucional) es un presupuesto para que el Estado colombiano adquiera plena voluntad para comprometerse en el ámbito internacional de buena fe y con garantía de seguridad jurídica en las relaciones internacionales⁹. Sin esto no es posible que “el representante internacional pueda manifestar válidamente el consentimiento internacional del Estado colombiano”¹⁰.

Bajo esta lógica, el control judicial de leyes aprobatorias de tratados es: (i) previo al perfeccionamiento de la obligación internacional, (ii) preventivo, (iii) automático, (iv) integral, (v) definitivo y (v) participativo¹¹. Los rasgos (i), (ii), (iii) y (iv) coinciden con las características del control de leyes estatutarias, que enunciamos arriba. El carácter integral del control implica un análisis exhaustivo del procedimiento legislativo y contenido de la ley aprobatoria frente a la Constitución Política. Respecto al trámite, la Corte examina la representación del Estado colombiano en la negociación y celebración del tratado, y el trámite legislativo surtido en el Congreso. En relación con el fondo, la Corte revisa la adecuación constitucional del tratado en el ordenamiento constitucional. Este último nivel del control corresponde, entonces, a una revisión

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-443 de 2011.

⁶ La Corte ha precisado que del artículo 241-10 de la Constitución –sustento normativo este control judicial– se desprende el postulado según el cual “el Estado Colombiano **no puede vincularse internacionalmente, sin que se haya establecido la adecuación constitucional del instrumento de vinculación y de la ley que lo incorpora**” (subrayas fuera del texto). Corte Constitucional. Sentencia C-664 de 2013.

⁷ En particular, consultar: Corte Constitucional. Sentencias C-664 de 2013 y C-269 de 2014.

⁸ En este sentido, resalta la Corte que “es imprescindible que antes de [la] ratificación o adhesión [de instrumentos internacionales, los mismos] sean sometidos al control judicial que permite establecer si los compromisos que (...) vincularán [al Estado colombiano] son compatibles con la Constitución Política y, por tanto, tienen la potencialidad de ser cumplidos por Colombia como Estado Parte”. Corte Constitucional. Sentencia C-664 de 2013.

⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-578 de 2002.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Ver, entre otras: Corte Constitucional. Sentencias C-251 de 2012, C-417 de 2012, C-534 de 2012, C-621 de 2012, C-714 de 2012, C-127 de 2013, C-223 de 2013, C-350 de 2013 y C-269 de 2014.

jurídica del tratado, por lo que no incluye cuestiones de conveniencia, oportunidad, utilidad ni eficiencia¹².

Este control de leyes aprobatorias es integral, pues el Estado colombiano debe cumplir sus obligaciones internacionales, en condiciones de seguridad y estabilidad jurídica. Ello deriva en que este control también es *definitivo*. La decisión de la Corte Constitucional hace tránsito a *cosa juzgada constitucional absoluta*, lo cual cierra definitivamente cualquier debate jurídico sobre los contenidos del tratado internacional, en un futuro examen constitucional.

Como vemos, el control constitucional de leyes estatutarias y aprobatorias de tratados internacionales comparte el carácter de automático, previo, integral y definitivo. Estas reglas especiales buscan dotar de seguridad jurídica a dichas leyes, por los rasgos particulares que tienen. En el caso de leyes estatutarias, en la medida en que éstas hacen parte del bloque de constitucionalidad y pueden servir de parámetro de validez de otras leyes o decretos con fuerza de ley, el control judicial debe cerrar la posibilidad de que fácilmente en el futuro se abran indefinidamente debates constitucionales. Y, frente a leyes aprobatorias de tratados internacionales, el control judicial debe cerrar las discusiones de constitucionalidad, antes de que se perfeccione el vínculo contractual internacional, pues cualquier control posterior puede afectar seriamente el cumplimiento del Estado colombiano de sus obligaciones internacionales.

El alcance del control único de las leyes que desarrollen el Acuerdo Final y sean aprobadas por fast track

En esta ocasión, la Corte Constitucional tendrá que ejercer un control único, automático y posterior de la ley de amnistía, pues ésta desarrolla el Acuerdo Final y fue aprobada por vía de *fast track*. Las características de control automático y posterior no generan mayor discusión. Se trata de un control automático, debido a que no exige acción pública de inconstitucionalidad para que la Corte se pronuncie, sino que procede por orden de la Constitución (literal k del art. 1 del AL 1/ 2016); y posterior, pues la Corte lo ejerce luego de aprobada y sancionada la respectiva ley. No ocurre lo mismo con el carácter de único. Este rasgo del control constitucional no estaba consagrado previamente en la Constitución y, por ende, no había sido ejercido por la Corte en el pasado. El referente más cercano sería el control definitivo. Surge entonces la pregunta de si para estos casos aplican las mismas reglas

¹² Corte Constitucional. Sentencia C-339 de 2014.

jurisprudenciales del control definitivo de leyes estatutarias y aprobatorias de tratados internacionales. Creemos que esas reglas aplican parcialmente, por las siguientes razones.

Al igual que las leyes estatutarias y aprobatorias de tratados internacionales, la implementación normativa del Acuerdo Final exige un alto grado de seguridad jurídica, por los fines que persigue. En efecto, la sostenibilidad y éxito del posacuerdo depende de que las partes cumplan de buena fe las obligaciones que pactaron en el Acuerdo Final. Para el Estado colombiano, ello supone, entre otros aspectos, respetar los principios de seguridad y estabilidad jurídica en las normas que desarrollen e implementen el Acuerdo, pues así asegurará las condiciones de cumplimiento del mismo. En esa línea, el control constitucional debe no solo armonizar la implementación normativa con la Constitución Política, con miras a proteger la supremacía constitucional; sino que también debe cerrar, en la mayor medida de lo posible, los debates constitucionales sobre las normas de desarrollo del Acuerdo. Así, temas tan sensibles para la sostenibilidad del posacuerdo, como las amnistías, indultos y tratamientos especiales a agentes del Estado, no podrían quedar bajo la incertidumbre de un futuro control constitucional muy amplio.

Sin embargo, las reglas de cosa juzgada constitucional absoluta del control definitivo de leyes estatutarias y aprobatorias son muy rígidas y podrían ser un obstáculo para garantizar la sostenibilidad del posacuerdo y la supremacía constitucional. De hecho, el control judicial de las materias del Acuerdo Final que se implementen por *fast track* supone debates de particular sensibilidad jurídica y política, que requieren un análisis profundo y sereno; pero en unos términos reducidos respecto al trámite ordinario. Ello puede implicar que, al momento de realizar el control automático y posterior, la revisión judicial no alcance a abarcar todos los debates jurídicos que plantean las normas de implementación del Acuerdo. Por eso, unas reglas tan estrictas de cosa juzgada constitucional absoluta cerrarían cualquier posibilidad de un posterior control sobre aquellas materias que, a pesar de que plantean debates constitucionales relevantes, no fueron objeto de pronunciamiento de la Corte.

Como solución intermedia, pueden aplicarse las reglas de la cosa juzgada constitucional relativa¹³. Conforme a ésta, existe la posibilidad de que la Corte, en el futuro y por vía de acción pública, analice normas que desarrollen el Acuerdo Final, a pesar de que haya ejercido previamente control sobre ellas, siempre y cuando se trate de asuntos que no fueron estudiados durante el control automático y posterior. Por

¹³ Ver, entre otras: Corte Constitucional. Sentencias C-310 de 2002, C-584 de 2002, C-149 de 2009 y C-007 de 2016.

su parte, aquellos asuntos y cargos que la Corte resuelva, en el control ordenado por el literal k del artículo 1 del AL 1/2016, ya no podrán ser debatidos posteriormente por acción pública de inconstitucionalidad, pues frente a ellos el control judicial es definitivo.

Por consiguiente, el control constitucional sobre leyes que implementen el Acuerdo y sean aprobadas vía *fast track* implica que la revisión es *posterior* a la aprobación y sanción presidencial; es *automática* por mandato del literal k del artículo 1 del AL 1/2016 y, por ende, no proceden acciones de inconstitucionalidad contra esas normas mientras la Corte ejercer esta revisión; y es *única*, en tanto la decisión de la Corte es definitiva respecto de aquellos debates constitucionales que estudie y, frente a aquellos que no resuelva, opera la cosa juzgada constitucional relativa, por lo que en el futuro podrían ser analizados por la Corte si llegaran a ser demandados.

II. UN ASUNTO DE COMPETENCIA: EL ÁMBITO EN EL QUE EL CONGRESO ESTÁ FACULTADO, PARA EXPEDIR NORMAS QUE IMPLEMENTEN EL ACUERDO FINAL, POR FAST TRACK

El artículo 1 del AL 1/2016 instaura un procedimiento legislativo abreviado, que permite al Congreso de la República aprobar aquellas leyes y actos legislativos que se requieran para implementar el Acuerdo Final, en unos tiempos reducidos, pero con las mismas mayorías previstas por la Constitución. Este procedimiento es “especial, excepcional y transitorio”¹⁴ frente a las reglas ordinarias de aprobación de reformas constitucionales y legales.

Por sus características, el *fast track* disminuye las facultades del Congreso y la calidad de la deliberación parlamentaria. Sin embargo, es un mecanismo necesario para la sostenibilidad del proceso de paz, ya que favorece la aplicación ágil, efectiva, integral y fiel del Acuerdo Final. Entre mayor seriedad en la implementación de un acuerdo de paz, mayor será la estabilidad del proceso de construcción de paz y menores serán los riesgos de que se reabran discusiones que ya habían sido cerradas en la etapa de negociación. Es por ello que este tipo de trámites legislativos han sido adoptados en otras experiencias para fortalecer el proceso de paz, como ocurrió Irlanda del Norte¹⁵, el cual es considerado un caso exitoso.

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-699 de 2016.

¹⁵ Ver: House of Lords. (2009). *Select Committee on the Constitution 15th Report of Session 2008–09 Fast-track Legislation: Constitutional Implications and Safeguards* (Vol. I). Authority of the House of Lords.

En su ejercicio, el Congreso de la República tiene un ámbito de competencia restringido. Sus límites son de tiempo, finalidad y contenido. (i) Este procedimiento abreviado solamente podrá ser ejercido por seis meses, desde la vigencia del AL 1/2016, y ese plazo podrá ser prorrogado por un periodo adicional de hasta seis meses, a través de comunicación formal del Gobierno nacional ante el Congreso. (ii) Esta vía expedita persigue “agilizar y garantizar la implementación” del Acuerdo Final y “ofrecer garantías de cumplimiento y fin del conflicto” (artículo 1 AL 1/2016). (iii) Por esta vía rápida, únicamente podrán aprobarse reformas constitucionales y legales que regulen materias clara y estrechamente vinculadas a contenidos específicos del Acuerdo Final o que reglamenten el funcionamiento de la implementación normativa.

Por consiguiente, serán inconstitucionales aquellas reformas constitucionales y legales que el Congreso de la República apruebe por vía *fast track*, pero que no cumplan con los límites señalados. En esos supuestos, el Congreso excede la facultad constitucional que le ha sido otorgada y, por tanto, tales reformas tendrán que ser declaradas inexecutable. Como señaló la Corte, en la sentencia C-699 de 2016: “*la existencia de un control constitucional automático por vicios de procedimiento (CP art 241 num 1) autoriza a la Corte para declarar inexecutable los actos especiales de reforma que excedan los límites de competencia previstos en el Acto Legislativo 1 de 2016, y expresados en el acuerdo final refrendado popularmente*”. Para analizar esos límites de competencia del *fast track*, se deberá revisar la respectiva ley cumple los requisitos de: competencia material, conexidad, finalidad y razonable necesidad¹⁶.

Por el criterio de **competencia material**, el Congreso puede aprobar solamente proyectos de ley y de acto legislativo. Esto significa que, por *Fast Track*, el Congreso no está facultado para aprobar otros asuntos respecto de los cuales tiene competencia en tiempos ordinarios. Es el caso, por ejemplo, de la convocatoria a una Asamblea Constituyente o de un referendo constitucional (arts. 376 y 378 C.P.).

El **criterio de conexidad** exige que el respectivo proyecto de ley o de acto legislativo desarrolle materias clara y estrechamente vinculadas a contenidos específicos del Acuerdo Final. Por tanto, un proyecto de acto legislativo que pretenda reformar el sistema político –al cambiar el periodo presidencial de 4 a 5 años, o eliminar la figura

¹⁶ Frente a decretos-leyes expedidos en uso de las facultades del artículo 2 del Acto Legislativo 1 de 2016, la Corte Constitucional precisó unos criterios similares: el de competencia material, conexidad, finalidad y estricta necesidad (Sentencias C-699 de 2016 y C-160 de 2017). Mientras que, en relación con los decretos-leyes, se debe demostrar estricta necesidad (esto es, que no era posible adoptar las medidas respectivas ni por la vía ordinaria ni por *fast track*); respecto a reformas constitucionales y legales se debe evidenciar una razonable necesidad, es decir, por la urgencia de implementar el Acuerdo Final, no había lugar a aprobar las reformas por las vías ordinarias.

del Vicepresidente– debe ser declarado inexecutable, pues claramente la materia que regula no tiene relación clara y estrecha con ningún contenido del Acuerdo. En la sentencia C-699 de 2016, la Corte fue enfática en advertir que el procedimiento legislativo especial no está diseñado “*para introducir reformas constitucionales temáticamente inconexas con el acuerdo*”.

En razón del **criterio de finalidad**, los proyectos de ley y de acto legislativo deben apuntar a facilitar y asegurar la implementación del Acuerdo Final, así como ofrecer garantías de cumplimiento y fin del conflicto. Por último, en función del **criterio de razonable necesidad**, debe demostrarse que existe una justificación razonable de que, dada la urgencia de implementar el Acuerdo Final, los procedimientos ordinarios no son idóneos para adoptar las respectivas reformas, por lo que éstas debían aprobarse por la vía extraordinaria del *fast track*.

En el presente caso, el Congreso de la República aprobó la Ley de 1820 de 2016, dentro de la competencia que le fue otorgada en el artículo 1 del AL 1/2016. Primero, se trata de una reforma legal (criterio de competencia material). Segundo, esta norma desarrolla una materia que tiene relación clara y estrecha con un contenido específico del Acuerdo Final¹⁷ (criterio de conexidad). Tercero, la ley persigue facilitar y asegurar la implementación del Acuerdo Final, en la medida en que regula las amnistías, indultos y tratamientos penales especiales a Agentes de Estado, que son materias que hacen parte del núcleo del proceso de paz (criterio de finalidad). Cuarto, era indispensable aprobar la ley de amnistía por el procedimiento abreviado, ya que contiene medidas urgentes para la dejación de armas y reincorporación de excombatientes (criterio de razonable necesidad).

III. ASUNTOS DE FONDO: LA CONSTITUCIONALIDAD MATERIAL DE LA LEY 1820 DE 2016

Luego de analizar las dos cuestiones previas sobre el control constitucional de este caso, en esta sección sustentaremos por qué consideramos que la ley de amnistía es constitucional, en general, y revisaremos la constitucionalidad de algunos aspectos específicos del articulado, en particular. Con esos propósitos, esta sección se divide en seis partes: los estándares internacionales en materia de amnistía e indulto exigibles al Estado colombiano y el porqué consideramos que la Ley 1820 de 2016 los cumple (3.1). El otorgamiento de indultos y otros beneficios penales por delitos cometidos en

¹⁷ Las amnistías, indultos y tratamientos penales especiales a Fuerza Pública se encuentran en los numerales 17 a 44 del punto 5 (páginas 147 a 152) y entre las páginas 288 y 309 del Acuerdo Final, firmado el 24 de noviembre de 2016.

el marco de disturbios públicos o en el ejercicio de la protesta social (3.2). El alcance de la definición de graves crímenes de guerra (3.3). La concesión de amnistías e indultos por el crimen de reclutamiento forzado de adolescentes de entre 15 y menores de 18 años (3.4). Los criterios disímiles para determinar el incumplimiento de los deberes en el SIVJNR, por parte de los beneficiarios de amnistía, indulto o tratamiento penal especial (3.5). Y las consecuencias del incumplimiento de los deberes en el SIVJNR (3.6)

3.1. LA LEY 1820 DE 2016 FRENTE A LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES EN MATERIA DE AMNISTÍAS E INDULTOS

En términos generales, la Ley 1820 de 2016 es constitucional, por al menos tres razones. En primer lugar, porque cumple con las obligaciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante DIDH), del Derecho Internacional Humanitario (en adelante DIH) y del Derecho Penal Internacional (en adelante DPI) que son exigibles al Estado colombiano, en materia de amnistías¹⁸. En segundo lugar, es una ley que respeta los derechos de las víctimas. Y, en tercer lugar, atiende los fines de la paz negociada en los términos consignados en el Acuerdo Final. A continuación, repasaremos los estándares aplicables en materia de amnistías, indultos y otros tratamientos penales especiales, en procesos de transición; y estudiaremos en qué medida los lineamientos generales de la Ley 1820 de 2016 son constitucionales y convenientes para los propósitos del proceso de paz.

Los estándares aplicables en materia de amnistías, indultos y otros tratamientos penales especiales en tiempos de transición

En el DIDH y el DIH ha habido un amplio desarrollo sobre la procedibilidad de conceder amnistías, indultos y otros tratamientos penales especiales en contextos de violencia estructural y en el marco de la lucha contra la impunidad de estos crímenes. Paulatinamente, se han decantado estándares para evaluar cuándo estas figuras están

¹⁸ En el derecho internacional y el derecho comparado, la amnistía se entiende como toda actuación que impide realizar un juicio penal –ya sea por una ley general o por la decisión de un fiscal o un juez en un caso determinado– o imponer un castigo –bien porque se fije una condena leve para un delito grave o se perdona una condena ya fijada– a quien ha cometido cierto delito. Ver Ronald Slye, «The Legitimacy of Amnesties under International Law and General Principles of Anglo-American Law», VA. J. INT'L L., 43, n.º 173 (2002), <http://digitalcommons.law.seattleu.edu/faculty/433>.

En Colombia, la tradición jurídica diferencia entre amnistía e indulto. La primera hace relación a no iniciar o cesar el procedimiento penal en curso, en el que aún no hay condena. El segundo se refiere al perdón judicial de quien ya fue condenado o, puede ser el caso, ya pagó parte de la misma, supuesto en el que se perdona el cumplimiento del resto. Ver, Corte Constitucional, sentencia C-579 de 2013.

acordes a prerrogativas reconocidas en el estado actual de los derechos humanos, en particular, frente a la obligación de los Estados de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones de los derechos humanos (en adelante, OIJS). Como lo hemos estudiado con anterioridad en Dejusticia¹⁹ y lo expusimos ante esta Corte en el análisis de constitucionalidad del Acto Legislativo 01 de 2012 (Marco jurídico para la paz)²⁰, tal deber está encaminado a luchar contra la impunidad de las graves violaciones a los derechos humanos reconocidos, tanto en la Constitución Política, como en los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia. Éste no es un deber absoluto, por lo que los Estados tienen un margen de apreciación para establecer las formas de investigación y sanción, las cuales, en todo caso, deben respetar el núcleo básico de ese deber: la investigación y sanción de crímenes internacionales.

El deber de investigar, juzgar y sancionar, en el ámbito internacional e interamericano.

La concesión de amnistías, indultos y otros tratamientos penales especiales está delimitada por la OIJS, debido a que los tratados de derechos humanos, de los que hace parte el Estado colombiano, prohíben este tipo de beneficios penales frente a ciertas conductas atroces reconocidas como tales por la comunidad internacional. Este deber del Estado está incluido de manera explícita en la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio de 1948 (Art. 1), los Convenios de Ginebra de 1949, la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid de 1973 (Art. IV Num. 2), la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984 (Art. 4) y la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de 2006 (Art. 3). Igualmente, en el ámbito interamericano, tal deber está reconocido de manera explícita en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (Art. 3), la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Art. 7) y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (Art. II). Asimismo, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en su Preámbulo, contempla que “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo”, que es voluntad de los Estados “poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes”, y que “es deber

¹⁹ Ver: Uprimny, Rodrigo, Sánchez, Luz María y Sánchez, Nelson Camilo (2014). Justicia para la paz. Crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada. Bogotá: Dejusticia.

²⁰ Uprimny, Rodrigo, Sánchez, Luz María y Sánchez, Nelson Camilo (4 de marzo de 2013) Intervención ciudadana en el proceso D0009499. Disponible en: http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.557.pdf

de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales”. A pesar que el Estatuto no contiene una obligación expresa en su articulado, implícitamente se reconoce este deber para los crímenes internacionales de genocidio, de guerra y de lesa humanidad²¹.

En la misma línea, varios instrumentos *soft law* han reconocido la obligación de los Estados de investigar, juzgar y sancionar la comisión de graves violaciones de los derechos humanos, así como los crímenes internacionales. En 1997, el *Conjunto de principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad* o “principios Joinet” reconoció la existencia de este deber frente a los delitos graves contra el derecho internacional, en particular, aquellos hechos que adquirieran la connotación de crímenes de guerra y de crímenes contra la humanidad, el genocidio y las infracciones graves al derecho internacional humanitario. En un segundo momento, en 2005, el *Conjunto de principios actualizados para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad* o “principios Orentlicher” amplió ese alcance tomando en cuenta los avances en materia de protección y garantía de los derechos humanos. En ese instrumento, se incorporó un alcance más amplio del deber que “comprende graves violaciones de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y de su Protocolo Adicional I de 1977 y otras violaciones del derecho internacional humanitario, que constituyen delitos conforme al derecho internacional: el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y *otras violaciones de los derechos humanos internacionalmente protegidos que son delitos conforme al derecho internacional y/o respecto de los cuales el derecho internacional exige a los Estados que impongan penas por delitos, tales como la tortura, las*

²¹ Para determinar cuándo una conducta reviste el carácter de delito internacional, el Estatuto ha establecido una serie de elementos de los crímenes en virtud del mandato de su artículo 9. Así, para efectos de evaluar la configuración del **crimen de lesa humanidad**, se ha contemplado la necesidad de que se pruebe que los hechos objeto de investigación se hayan cometido como parte de un ataque sistemático o generalizado contra la población civil. Respecto a las **conductas constitutivas de crímenes de guerra**, el literal a) , b) y c) del párrafo 2 del artículo 8 del Estatuto de Roma señala como conductas que constituyen infracciones al DIH y, a su vez, crímenes de guerra. Ahora bien, frente a las realidades del conflicto armado interno, los literales c) y e), párrafo 2 del artículo 8 del Estatuto de Roma incluyen las siguientes conductas como **crímenes de guerra en el marco de un conflicto armado de índole no internacional**: “c) En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos cometidos contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa: i) Los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura; ii) Los ultrajes contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; iii) La toma de rehenes; iv) Las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal regularmente constituido, con todas las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables. [...] e) Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional.

desapariciones forzadas, la ejecución extrajudicial y la esclavitud” (cursiva fuera de texto).

Esta pauta interpretativa también fue reiterada en los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*. En dicho instrumento, se expresó que “[e]n los casos de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario que constituyen crímenes en virtud del derecho internacional, los Estados tienen la obligación de investigar y, si hay pruebas suficientes, enjuiciar a las personas presuntamente responsables de las violaciones y, si se las declara culpables, la obligación de castigarlas” (Principio 4).

En el ámbito interamericano, la prohibición de otorgar amnistías, indultos y otros tratamientos penales especiales frente a crímenes internacionales y graves violaciones ha sido reiterada e, incluso, se ha extendido a otras conductas sobre las cuales se exige la OIJS, por vía jurisprudencial. La Corte IDH, por ejemplo, ha establecido que los hechos que revistan los elementos propios de los crímenes de lesa humanidad y de guerra deben ser investigados, juzgados y sancionados, en virtud de lo dispuesto por la CADH y, por tanto, podrían ser catalogados como graves violaciones a los derechos humanos. Como lo resalta Oscar Parra²², los Casos *Almonacid Arellano contra Chile* y *Masacres de El Mozote contra El Salvador* son ilustrativos de esta tendencia dentro de la jurisprudencia interamericana²³.

²² Ver: Parra, Oscar (2012). La jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto a la lucha contra la impunidad. Algunos avances y debates, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 13, N.º1, p. 20

²³ En el primero, la Corte estudió un hecho de ejecución extrajudicial que, bajo el decreto ley de amnistías conferidas por el estado chileno, quedó en estado de impunidad en sus términos. En esa ocasión, la Corte determinó que, para la fecha de comisión de los hechos en el año 1973, había un consenso internacional que instituía la persecución de los crímenes de lesa humanidad como una norma de *ius cogens* y además, en virtud de los estándares convencionales, existe el deber de investigar, juzgar y sancionar este tipo de conductas. En este fallo, la Corte resaltó que: “[l]a obligación conforme al derecho internacional de enjuiciar y, si se les declara culpables, castigar a los perpetradores de determinados crímenes internacionales, entre los que se cuentan los crímenes de lesa humanidad, se desprende de la obligación de garantía consagrada en el artículo 1.1 de la Convención Americana.” (cursiva fuera de texto). En el segundo, la Corte IDH clarificó esta posición con respecto de los crímenes de guerra ocurridos en el marco de un conflicto armado interno. En específico, señaló que los crímenes cometidos en el conflicto armado salvadoreño, en el cual la Ley de Reconciliación que consagraba una amnistía general para todas las personas que hubieran colaborado en la Comisión de la Verdad, que había surgido fruto de las negociaciones y que fue dictada por el Estado de El Salvador, carecía de efectos. Al impedir la investigación y juzgamiento de las personas que habían participado en la comisión de graves crímenes durante el conflicto armado, esta amnistía general había conducido a “la instauración y perpetuación de una situación de impunidad”. En consecuencia, desde una lectura de los preceptos que rigen las situaciones de conflicto, entre ellos el Protocolo II a los Convenios de Ginebra, la Corte resaltó la obligatoriedad de investigar las graves violaciones

Igualmente, la Corte IDH ha reiterado la OIJS respecto de casos de masacres en contextos de violencia estructural, donde existe un deber reforzado del Estado de proteger los derechos humanos²⁴.

Ahora bien, además de los límites reconocidos internacionalmente a la concesión de amnistías, indultos y otros tratamientos penales especiales tratándose de conductas constitutivas de las graves violaciones mencionadas anteriormente donde existe la OIJS, el derecho internacional ha fijado estándares para garantizar los derechos de las víctimas cuando se realicen la concesión de estos beneficios penales especiales.

Los estándares en contextos de transición de conflictos armados internos hacia la paz: la posibilidad de conceder amnistías, indultos y otros tratamientos penales especiales condicionados y parciales

La OIJS que tiene el Estado frente a conductas atroces reconocidas en el derecho internacional admite ser ponderada, en situaciones de tránsito hacia la paz, donde se tienen en cuenta también el deber de prevenir futuras violaciones de los derechos humanos en la búsqueda de una paz estable y duradera. En la jurisprudencia constitucional reciente²⁵, se ha reconocido la concesión de medidas que impliquen la renuncia de la persecución penal a actores del conflicto a raíz de un acuerdo de paz. Sin embargo, en la ponderación no es plausible la concesión de tratamiento penales especiales que quebranten el núcleo duro de la OIJS. Por eso, todo tratamiento especial debe estar condicionado a una serie de requisitos que garanticen la satisfacción de los derechos de las víctimas a la verdad, la reparación integral y la no repetición de los hechos, así como el enjuiciamiento de los máximos responsables de los crímenes internacionales. Entre estos, la Corte ha destacado: (i) la dejación de las armas; (ii) el reconocimiento de responsabilidad; (iii) la contribución al esclarecimiento de la verdad; (iv) la reparación integral a las víctimas; (v) la liberación de secuestrados; y (vi) la desvinculación de menores²⁶. Esta posición se suma a las numerosas decisiones de la Corte Constitucional sobre la concesión de amnistías, indultos y otros tratamientos penales especiales, donde ha reconocido su

que revistan la calidad de crímenes de guerra, “en tanto también existe en el Derecho Internacional Humanitario una obligación de los Estados de investigar y juzgar crímenes de guerra.[...] [Por esta razón], las personas sospechosas o acusadas de haber cometido crímenes de guerra, o que estén condenadas por ello no podrán estar cubiertas por una amnistía” (cursiva fuera de texto).

²⁴ Ver: Caso Masacre de La Rochela Vs. Colombia. Sentencia de 11 de Mayo de 2007. Fondo, reparaciones y costas. Serie C No.163. Párr. 79; Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Párr. 137.

²⁵ Ver: Corte Constitucional. Sentencia C-579 de 2013.

²⁶ *Ibíd.* F. 9.7.

procedibilidad frente a delitos políticos y sus conexos, y la prohibición de amnistías en blanco (generales e incondicionales)²⁷.

Esta jurisprudencia guarda consonancia con la posición que ha adoptado la Corte IDH al respecto. En efecto, la Corte IDH ha precisado que el objeto de la OIJS es prevenir la impunidad ante los hechos constitutivos de graves violaciones de derechos humanos²⁸. En ese sentido, la Corte IDH ha reiterado que los Estados parte de la Convención Americana no pueden invocar disposiciones de su derecho interno, tales como leyes de amnistía generalizadas e incondicionales, para incumplir su obligación de garantizar el funcionamiento de la justicia²⁹. Ese sería el caso, por ejemplo, de aquellas amnistías que tuvieron lugar durante los regímenes autocráticos en el cono sur, donde predominó un enfoque de perdón y olvido. No obstante, en casos donde se han analizado contextos de conflicto, la Corte IDH ha modulado el alcance de este deber. En *Masacres de El Mozote contra El Salvador*, si bien la Corte IDH reiteró los criterios para el cumplimiento de la OIJS y resaltó que son inadmisibles las amnistías generalizadas e incondicionales, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de graves violaciones de los derechos humanos; al mismo tiempo, la Corte llamó la atención sobre la diferencia de este caso con los demás ya estudiados previamente en su jurisprudencia. En el caso bajo examen, la Corte se refería a la aplicación de la Ley de Amnistía General promulgada en El Salvador, la cual concedía amnistías a todas las partes por hechos cometidos en el marco de un conflicto armado interno y que contrariaban lo convenido por las partes en el Acuerdo de Paz en dicho país. Por lo tanto, el Tribunal procedió a analizar la OIJS a la luz de las disposiciones del derecho internacional humanitario, en especial el Protocolo Adicional II a los

²⁷ Ver, entre otras: Corte Constitucional. Sentencia C-052 de 1993; C-069 de 1994; C-179 de 1994; C-225 de 1995; C-709 de 1996; C- 456- 1997; C-578 de 2002; C-695 de 2002; C- 203 de 2005; C-928 de 2005; C-370 de 2006; C-575 de 2006; C-579 de 2013 y C-577 de 2014.

²⁸ Para la Corte IDH, impunidad en el ámbito interamericano es: “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana, toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares”. Corte IDH. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Párr. 41 al 48. En este caso la Corte conoció de los hechos de una masacre ejecutada en el año 1991 por miembros del Ejército peruano que actuaban en el “escuadrón de eliminación” llamado “Grupo Colina” que llevaba a cabo un programa antisubversivo.

²⁹ Ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Barrios Altos vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C, núm. 75, párrs. 41 a 44; Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C, núm. 154, párrs. 105 a 114; Caso La Cantuta vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, pá - rrs. 152 y 168; Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Sentencia de 24 de noviembre de 2010, Serie C, núm. 219, párr. 147, y Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C, No. 221, párr. 195.

Convenios de Ginebra³⁰, y de los mismos acuerdos a los que habían llegado las partes del conflicto. Estos acuerdos imponían al Estado salvadoreño la OIJS “al menos las graves violaciones a los derechos humanos que estableciera la Comisión de la Verdad, de modo tal que no quedaran impunes y se evitara su repetición”³¹.

En este sentido, la Corte IDH adoptó un marco de análisis novedoso, en el que no sólo reconoce las particularidades de los procesos de paz para darle cierre a un conflicto armado, sino que además otorga un valor jurídico a los acuerdos de paz para su análisis de convencionalidad. Allí, el Tribunal mantiene la prohibición de estas figuras jurídicas frente a casos de crímenes internacionales (lesa humanidad y de guerra) y permite su concesión en aras de la consecución de una paz negociada. Al respecto, en un informe de 2004 sobre las sociedades en transición, el Secretario General de las Naciones Unidas dejó clara la proscripción de amnistías generales que beneficien a todos los actores del conflicto por violaciones graves de los derechos humanos y al DIH, y que impidan su persecución penal, en detrimento de los derechos de las víctimas a la justicia. Sin embargo, como lo evidenciamos en *Justicia para la Paz*, no existe en el derecho internacional una prohibición expresa de la concesión de amnistías parciales y condicionadas al cumplimiento de requisitos que garanticen la desmovilización del grupo armado no estatal y a la satisfacción de los derechos de las víctimas.

En el caso *Barrios Altos contra Perú*, la Corte IDH dispuso que “son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”³². Este caso se refería a las leyes de amnistía proferidas en el Estado Peruano, en 1995, las cuales excluían de la responsabilidad penal a miembros de las fuerzas militares y de policía e, incluso, algunos civiles que estuvieran siendo investigados, procesados o se encontraran en prisión por la comisión de violaciones a los derechos humanos. Para la Corte IDH, estas leyes constituían una auto-amnistía pues, al sustraer a miembros de la fuerza

³⁰ En particular, su artículo 6.5 en el cual conmina a los Estados a “conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privados de la libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado”.

³¹ Ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012, Serie C, núm. 252, párr. 284

³² Ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75. párr. 41.

pública de la posibilidad de ser investigados y procesados, se violaron los derechos de las víctimas a la protección judicial ante la imposibilidad de ser oídas por un juez frente a denuncias de graves violaciones a los derechos humanos. Asimismo, la Corte encontró que esas leyes violaban el deber de investigar, juzgar y sancionar que surge del deber de garantía de los derechos humanos³³.

Esta prohibición de auto-amnistías a agentes del Estado, además, tiene fundamento en los deberes de protección reforzado que le cabe a la Fuerza Pública como depositario del monopolio de la fuerza del Estado, para asegurar la vigencia de los derechos de la ciudadanía. En consecuencia, la Corte IDH no ha avalado las auto-amnistías, a pesar de ser refrendadas democráticamente por una mayoría significativa de ciudadanos, ya sea mediante referendo o figuras similares de consulta popular. Con ocasión del Caso *Gelman contra Uruguay*, el Tribunal manifestó que

La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, *la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas*³⁴ (cursiva fuera de texto).

Esta jurisprudencia evidencia que existe un consenso en el ámbito interamericano, en relación con la prohibición de las amnistías a los agente del Estado, como una política de paz llevada unilateralmente por el mismo Estado. Sin embargo, como fue estudiado por la Corte IDH en el caso de *El Mozote* que referenciamos con anterioridad y de la jurisprudencia reciente de la Corte Constitucional, en el contexto de una negociación global de paz que apunta a dar un cierre al conflicto armado interno, es posible otorgar beneficios penales a las partes en conflicto siempre y cuando no sean concedidas para crímenes internacionales y estén condicionadas a la satisfacción de los derechos de las víctimas a la verdad, la reparación integral y las garantías de no repetición.

³³ *Ibíd.* párr. 43.

³⁴ Ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No.221. párr. 225.

En ese sentido, siempre que no sea parte de una política de paz unilateral del Estado, las fórmulas de tratamiento especial diferenciado para agentes del Estado no desconocen la OIJS ni los derechos de las víctimas, en la medida que respeten el núcleo duro de respeto a la lucha contra la impunidad de las graves violaciones a los derechos humanos y satisfacción de los derechos de las víctimas. Aunado a esto, en el derecho internacional no existe ninguna obligación que impida al Estado prever beneficios penales a agentes estatales en un proceso transicional³⁵. Por lo tanto, la justicia transicional para agentes estatales no está prohibida, sino que solo es posible en el marco de una negociación global de paz, de manera que no se convierta en una auto-amnistía frente a crímenes graves; ni desconozca los deberes especiales que los agentes estatales tienen frente a los derechos humanos³⁶.

El sistema de amnistías, indultos y otros tratamientos penales en la Ley 1820 de 2016 es, en general, constitucional y conveniente para el proceso de paz

La Ley 1820 de 2016 es constitucional y conveniente para los fines del proceso de paz. Lo primero, ya que esta norma cumple las obligaciones de DIDH, DIH y DPI que le son exigibles al Estado colombiano y establece parámetros de respeto de los derechos de las víctimas. Y lo segundo, pues la Ley persigue los objetivos de la paz negociada, que fueron pactados en el Acuerdo Final. Veamos.

La Ley busca cesar o extinguir la acción penal o de la pena de “*quienes habiendo participado de manera directa o indirecta en el conflicto armado, hayan sido condenados, procesados o señalados de cometer conductas punibles por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado*”³⁷ o por “*las conductas amnistiables estrechamente vinculadas al proceso de dejación de armas*”³⁸. Es así como la Ley concede la amnistía o el indulto a los miembros de un grupo armado en rebelión, que haya firmado un acuerdo de paz; y hace extensible estos beneficios punitivos a “*las conductas cometidas en el marco de disturbios públicos o en el ejercicio de la protesta social*”³⁹. Asimismo, la Ley adopta tratamientos penales especiales

³⁵ Ver: Louise Mallinder, «The end of amnesty or regional overreach? Interpreting the erosion of South America’s Amnesty Laws», ICLQ, 65 (julio de 2016): 645-80.

³⁶ En el libro *Justicia para la paz*, algunos de nosotros sostuvimos que los agentes del Estado deben contribuir al desmonte de los factores estructurales que posibilitaron la participación de agentes del Estado en la comisión de graves violaciones a los derechos humanos, que parta de: (i) el reconocimiento del Estado de la existencia de dichos factores estructurales (alejándose de la idea de las “manzanas podridas”); y (ii) la adopción de mecanismos para desmontarlos (conocidos como mecanismos de “vetting”). Ver: Supra 1. pp. 147-151.

³⁷ Ley 1820 de 2016, artículo 3.

³⁸ *Ibíd.*

³⁹ *Ibíd.*

diferenciados –renuncia a la acción penal, cesación del procedimiento y renuncia a la ejecución de la pena– a los agentes del Estado, que hayan sido condenados, procesados o señalados de cometer conductas punibles por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado⁴⁰. Adicionalmente, la Ley excluye expresamente la concesión de amnistías e indultos para los agentes del Estado, a quienes, en su lugar, les otorga la posibilidad de recibir un tratamiento diferenciado, equitativo, equilibrado y simultáneo⁴¹.

Tanto las amnistías e indultos como los tratamientos penales especiales tienen unos límites y condiciones, y, en esa forma, respetan los derechos de las víctimas. Un primer conjunto de límites se refiere a los delitos que podrán ser objeto de esos mecanismos penales, que son principalmente dos. De una parte, no podrán ser objeto de amnistía los crímenes internacionales. De la literalidad de los artículos 23, 30, 46 y 47 de la Ley 1820 de 2016 se excluyen las conductas de genocidio⁴², delitos de lesa humanidad⁴³, graves crímenes de guerra⁴⁴, toma de rehenes u otra privación grave de la libertad⁴⁵, tortura⁴⁶, ejecuciones extrajudiciales⁴⁷, desaparición forzada⁴⁸, acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual⁴⁹, la sustracción de menores⁵⁰, el

⁴⁰ Ley 1820 de 2016, artículo 45.

⁴¹ Ley 1820 de 2016, artículo 9.

⁴² Ver: Artículos I y V de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. Ratificada mediante Ley aprobatoria 28 de 1959

⁴³ Ver: Preámbulo del Estatuto de Roma. Ratificado mediante Ley aprobatoria 742 de 2002.

⁴⁴ *Ibíd.*

⁴⁵ *Ibíd.*

⁴⁶ Ver: Artículos 4 y 12 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Ratificada mediante Ley aprobatoria 70 de 1986.

⁴⁷ El punto 3 de la Resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 2014: “Reitera que todos los Estados deben investigar de manera expeditiva, exhaustiva e imparcial todos los casos de supuestas ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, identificar y enjuiciar a los responsables, asegurando al mismo tiempo el derecho de toda persona a un juicio justo ante un tribunal competente, independiente e imparcial establecido por la ley, conceder una indemnización adecuada dentro de un plazo razonable a las víctimas o a sus familiares y adoptar todas las medidas que sean necesarias, incluso de carácter legal y judicial, para acabar con la impunidad e impedir que se repitan ese tipo de ejecuciones, como se recomendó en los Principios relativos a una Eficaz Prevención e Investigación de las Ejecuciones Extralegales, Arbitrarias o Sumarias, en plena consonancia con las obligaciones contraídas en virtud del derecho internacional”. En el mismo sentido, la Corte IDH en el *Caso Barrios Altos* sostuvo la improcedencia de las medidas de amnistía en casos relacionados con ejecuciones extrajudiciales cometidas por Agentes del Estado.

⁴⁸ Ver: Artículo I de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, ratificada mediante Ley aprobatoria 707 de 2000; Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, ratificada mediante Ley aprobatoria 1418 de 2010.

⁴⁹ Ver: Artículo 7° de la Convención Internacional para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, ratificada mediante Ley aprobatoria 248 de 1995. Ver también la Ley 1719 de 2014, “Por la cual se modifican algunos artículos de las Leyes 599 de 2000, 906 de 2004 y se adoptan medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial la violencia sexual con ocasión del conflicto armado, y se dictan otras disposiciones”; Corte Constitucional. Auto 009 de 2015. M.P. Luis Ernesto Vargas.

desplazamiento forzado⁵¹ y el reclutamiento de menores según lo establecido en el Estatuto de Roma⁵². Los responsables de esos crímenes deberán rendir cuentas ante la Jurisdicción Especial para la Paz - JEP y cumplir sanciones restauradoras y retributivas, según lo disponga el Tribunal. Adicionalmente, la Ley contempla la exclusión de aquellas conductas que eran denominadas en nuestro ordenamiento como actos de ferocidad y barbarie.

De otra parte, no podrán ser amnistiados, indultados ni recibir tratamiento penal especial aquellos delitos que no son graves y no están directamente relacionados con el conflicto armado. Es por ello que no podrán considerarse como delitos conexos al político aquellos que hayan sido cometidos con ánimo de lucro personal, en beneficio propio o de un tercero. Tampoco recibirían tratamiento penal especial los delitos que agentes de Estado no hayan cometido por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado.

Igualmente, la Ley fija límites a la forma en que se impondrá la amnistía y el indulto. Procede la amnistía automática o *de iure* frente a los delitos políticos y conexos más claros, esto es, aquellos que evidentemente fueron cometidos con fines de la rebelión (capítulo I, Título III). En estos supuestos, la amnistía será impuesta por el Presidente de la República a favor de los excombatientes que estén en proceso de dejación de armas y reincorporación a la vida civil; respecto de los beneficiarios de este tipo de amnistía e indulto, que tengan un proceso en curso, la Fiscalía General de la Nación solicitará la preclusión ante un juez de conocimiento; y respecto de quienes ya exista condena, el juez de ejecución de penas aplicará el indulto inmediato. Mientras que los casos más difíciles, es decir, los que están en la zona gris porque no resulta claro, a primera vista, que fueron cometidos con propósitos de rebelión o con ánimo de lucro o personal, serán decididos por autoridad judicial: la sala de amnistía o indulto. Esta sala de la JEP deberá determinar, caso a caso, si se reúnen los requisitos para aplicar la amnistía o indulto (capítulo II, Título III).

Por último, la norma incluye condiciones de acceso a estos beneficios penales. Entre ellas, se encuentra la dejación efectiva de armas y el compromiso de reincorporarse a la

⁵⁰ Ver: Convenio sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, ratificada mediante Ley 173 de 1994; Corte Constitucional. Sentencia T-689 de 2012. M.P. María Victoria Calle. También: COALICO y Comisión Colombiana de Juristas (2014) El delito invisible: Criterios para la investigación del delito de reclutamiento ilícito de niños y niñas en Colombia. GIZ: Bogotá. p.141-146. Disponible en: http://www.coalico.org/images/stories/delitoinvisibleactualizado2014_web.pdf

⁵¹ Ver: Preámbulo del Estatuto de Roma. Ratificado mediante Ley aprobatoria 742 de 2002.

⁵² Ver: Artículo 4° del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, ratificado mediante Ley aprobatoria 833 de 2003.

vida civil, que deberán cumplir los insurgentes que hagan parte de las tropas al momento de entrada en vigencia de la ley. El compromiso con el sistema de reparación, verdad y garantías de no repetición es otra de las condiciones de acceso (artículos 14, 33, 35 y 50, y capítulo V del Título III de la Ley). Esta se exige tanto a los excombatientes como a los agentes de Estado, pues los beneficios penales no implican ninguna exoneración de los deberes de decir la verdad, reparar a las víctimas y contribuir con la no repetición de las atrocidades.

Finalmente, la Ley de amnistía atiende a los fines del Acuerdo Final, en particular, aquel de otorgar un cierre global al conflicto armado colombiano. Este fundamento es particularmente relevante para el análisis de los tratamientos penales especial a agentes de Estado. Como lo sostuvimos algunos de nosotros en *Justicia para la paz*, el derecho internacional no impide al Estado prever beneficios penales a sus agentes, siempre y cuando éstos hagan parte de una negociación global de paz, como el ocurrido en La Habana, de manera que no se convierta en perdones propios e unívocos o autoamnistías. Asimismo, este tratamiento debe excluir concesiones frente a crímenes internacionales y debe estar condicionados a la satisfacción de los derechos de las víctimas, requisito que se cumple como lo vimos en los párrafos precedentes.

3.2. INDULTOS Y OTROS BENEFICIOS PENALES POR DELITOS COMETIDOS EN EL MARCO DE DISTURBIOS PÚBLICOS O EN EL EJERCICIO DE LA PROTESTA SOCIAL

Los artículos 3, 24, 28-9, 29-2 y 37 de la Ley 1820 de 2016 contemplan amnistías, indultos, excarcelamientos y otros beneficios penales a favor de personas que hayan cometido delitos en contextos relacionados con el ejercicio del derecho a la protesta o disturbios internos. La Constitución establece que los indultos y amnistías solo proceden frente a delitos políticos y la Corte Constitucional ha precisado que los beneficios penales que, en la práctica logran el mismo efecto que los indultos y amnistías, solo operan en relación con delitos políticos, porque la Carta no admite el reconocimiento de indultos y amnistías de manera disfrazada para delitos comunes. De ahí deriva que el problema jurídico que los artículos enunciados de la Ley 1820 de 2016 plantean es si es constitucional o no que se concedan beneficios penales a favor de personas que incurrieron en conductas diferentes a las que tradicionalmente se han calificado como delitos políticos: rebelión, sedición, asonada, conspiración y seducción, usurpación y retención ilegal de mando. Nuestra postura es que estas disposiciones son constitucionales pues el catálogo de delitos políticos no es taxativo ni contiene una lista cerrada de conductas. De forma tal que otros delitos pueden ser calificados como políticos por su naturaleza y contexto de comisión, como pasamos a exponer.

La doctrina ha distinguido dos criterios que permiten identificar al delito político: el objetivo y el subjetivo. Esta doctrina es recogida en el salvamento de voto a la sentencia C-456 de 1997 de los magistrados Carlos Gaviria y Alejandro Martínez. En este salvamento, los magistrados disidentes explican que, por un lado, el criterio objetivo atiende al “bien jurídico que pretende amparar: esencialmente al régimen constitucional, circunscribiendo la delincuencia política a las conductas que el propio legislador juzga lesivas de dicho bien. Tal es el caso del Código Penal colombiano que en el título II del libro 2º., tipifica la rebelión, la sedición y la asonada como ‘delitos contra el régimen constitucional’”. Por otro lado, el criterio subjetivo está asociado con el “móvil que anima al agente en el momento de perpetrar el hecho, independientemente del objeto jurídico inmediatamente vulnerado”. Por ejemplo: un magnicidio cometido por una persona, sin relación alguna con un movimiento rebelde o sedicioso, pero por motivos político-sociales, encuadraría dentro de la mencionada categoría, aun cuando las instituciones estatales no resultan más vulneradas de lo que resultan con la comisión de cualquier delito común”. De este modo, el delito político es entendido como aquel que es orientado por una motivación política y altruista, y no inspirado en el beneficio personal. La Corte Constitucional ha definido el delito político en estos términos:

“El delito político es aquél que, inspirado en un ideal de justicia, lleva a sus autores y copartícipes a actitudes proscritas del orden constitucional y legal, como medio para realizar el fin que se persigue. Si bien es cierto el fin no justifica los medios, no puede darse el mismo trato a quienes actúan movidos por el bien común, así escojan unos mecanismos errados o desproporcionados, y a quienes promueven el desorden con fines intrínsecamente perversos y egoístas. Debe, pues, hacerse una distinción legal con fundamento en el acto de justicia, que otorga a cada cual lo que merece, según su acto y su intención”⁵³.

Los delitos que tradicionalmente se han entendido como políticos son aquellos consignados en el Título XVIII del Libro Segundo del Código Penal, los cuales protegen el bien jurídico régimen constitucional y legal. Estos delitos son: rebelión, sedición, asonada, conspiración y seducción, usurpación y retención ilegal de mando. Tan es

⁵³ Sentencia C-009 de 1995. En esa oportunidad, la Corte Constitucional declaró la constitucionalidad de los delitos de rebelión, sedición, asonada, conspiración y seducción, usurpación y retención ilegal de mando, tipificados en el anterior Código Penal (Decreto 100 de 1980).

cierto esto que el artículo 15 de la Ley 1820 de 2016 reconoce amnistía *de iure* para estos mismo delitos.

Sin embargo, esto no significa que la alusión que hace la Constitución de 1991 en varios de sus artículos a la expresión delito político suponga una constitucionalización del catálogo de delitos del Título XVIII del Código Penal, como sí sucede con otras constituciones que efectivamente constitucionalizan una lista de delitos para considerarlos delitos políticos. Por ejemplo, la Constitución de la República de la Nueva Granada de 1853 constitucionalizó el delito de la sedición, como lo muestra Diego Fernando Tarapués Sandino al hacer un recorrido histórico por los antecedentes del delito político en las constituciones colombianas⁵⁴. En otras palabras, el inventario de delitos del Título XVIII del Código Penal no es una lista cerrada o taxativa, sino meramente enunciativa de posibles delitos políticos. Con igual lógica, en la sentencia C-456 de 1997, la Corte Constitucional advirtió de paso que “ni la Constitución ni la ley definen o enumeran los delitos políticos” y, más adelante en la misma providencia, adujo que “[s]uelen considerarse delitos políticos en sí, en nuestra legislación, los de rebelión y sedición”⁵⁵.

En este orden de ideas, puede sostenerse que el delito político es un concepto jurídico indeterminado que, en la terminología de Hart, tiene un núcleo duro de certeza y una zona periférica de penumbra⁵⁶. Así, los delitos enunciados en el Título XVIII del Código Penal hacen parte de ese núcleo duro del delito político. Pero esto no significa que no pueda haber otros delitos que se consideren políticos. Si se comprueba que un delito, que ortodoxamente se entiende como común, es cometido con una motivación política y altruista, y con el ánimo de lesionar el régimen constitucional y legal, puede entenderse en el caso particular como político y podría ser objeto de amnistías o indultos.

⁵⁴ Tarapués Sandino, Diego Fernando. *El delito político en la Constitución de 1991: una herencia constitucional como herramienta en la búsqueda de la paz*. En: Pap. Polít. Bogotá, Vol. 16, No. 2, 381-399, julio-diciembre 2011.

⁵⁵ En esta sentencia, la Corte encontró contrario a la Constitución el artículo 127 del Decreto 100 de 1980 (anterior Código Penal) y el artículo 184 del decreto 2550 de 1988 (Código de Justicia Penal Militar), los cuales exoneraban de pena a los rebeldes y sediciosos por los hechos punibles cometidos en combate. Si bien esta providencia redujo considerablemente el alcance del delito político, aún facilita transiciones hacia la paz, puesto que “[l]o que hizo la sentencia de la Corte fue suprimir la subsunción de los delitos cometidos en combate en el delito de rebelión, imponiendo su punición autónoma. Sin embargo, la Constitución conserva la categoría de delito político y nada obsta para que el sentido que este tuvo en nuestra tradición, sea retomado para efectos de la concesión de los beneficios previstos en la Carta para facilitar procesos de transición hacia la paz”. Sánchez Duque, Luz María. *Tendencias en la judicialización de las guerrillas entre 1990 y 2010 y perspectivas jurídicas frente a un proceso de paz*. Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de Magíster en Derecho. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá, 2011, p. 47.

⁵⁶ Hart, Herbert L. A. *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961.

Prueba de que la lista de delitos políticos no es cerrada ni limitada a los enumerados en el Título XVIII del Código Penal es que la Corte Constitucional estudió, en la sentencia C-1055 de 2003, si los atentados terroristas cometidos con bombas podían o no ser catalogados como delitos políticos⁵⁷. Para este ejercicio la Corte no evaluó si los atentados terroristas cometidos con bombas encuadraban o no en alguno de los delitos enumerados en el Título XVIII del Código Penal. Al contrario, el trabajo de la Corte consistió en examinar la naturaleza de los atentados terroristas cometidos con bombas a contraluz de la naturaleza del delito político. Así, la Corte Constitucional precisó que “[e]l terrorismo ejercido con bombas no reúne, bajo ninguna perspectiva las características de delito político, toda vez que no impulsa a sus autores un móvil altruista que respete y pretenda el bienestar de todos los individuos actuales y futuros, sino el deseo inmediato de infundir pánico en la población civil, hecho que se aleja del espíritu humanista y noble que debe caracterizar a los delitos políticos”. Si estuviera claro que los delitos políticos fueran solo los del Título XVIII del Código Penal, bastaría con verificar que un delito no está en esa lista para clasificarlo automáticamente como común.

Asimismo, la sentencia C-709 de 1996 declaró la inexecutable del párrafo del artículo 24 de la Ley 190 de 1995, el cual excluía de la acción penal al particular que participara del delito de cohecho y que denunciara al servidor público que recibiera o aceptara el ofrecimiento que configura el delito. Entre otras consideraciones, la Corte Constitucional admitió que la naturaleza del delito de cohecho no se corresponde con la naturaleza del delito político, razón por la cual no podía ser objeto subrepticamente de los mismos efectos prácticos de la amnistía. En este sentido, la Corte afirmó que “la norma consagra en la práctica o disfrazada una especie de amnistía por un delito común que no se aviene con los preceptos de la Constitución y, por consiguiente, se encuentra en abierta contradicción con los artículos 150-17 y 201-2, que consagran los requisitos bajo los cuales se pueden conceder amnistías generales, únicamente por delitos políticos”.

De igual manera, la sentencia C-580 de 2002 declaró constitucional el artículo 5 de la Ley 707 de 2001 que aprueba la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Esta norma prevé que la desaparición forzada no se considerará

⁵⁷ En esta sentencia, la Corte Constitucional revisó la constitucionalidad de la Ley 804 de 2003, que aprueba el Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas. El artículo 11 de dicha Ley dispone que “[a] los fines de la extradición o de la asistencia judicial recíproca ninguno de los delitos enunciados en el artículo 2 se considerará delito político, delito conexo a un delito político ni delito inspirado en motivos políticos”.

delito político para los efectos de extradición. Argumenta la Corte Constitucional en dicha sentencia que “[e]l artículo 35 de la Carta Política prohíbe al gobierno nacional conceder la extradición por delitos políticos, concepto que la Constitución no define expresamente” (subrayado fuera de texto). Concluye entonces la Corte que está dentro de la competencia del legislador determinar si la desaparición forzada constituye o no un delito político para efectos de extradición.

En síntesis, no hay ninguna diferencia entre el delito común y el delito político a juzgar por la materialidad o la apariencia exterior de la conducta. Es decir, “un mismo delito p. ej. contra la seguridad del Estado, puede ser común o político-social. El criterio para diferenciarlo se encuentra en los móviles; en el fin que el delincuente persigue”⁵⁸.

Es por ello que el legislador puede incluir en la periferia del delito político otros delitos diferentes a los consagrados en el Título XVIII del Libro Segundo del Código Penal, con la condición de que en la comisión de estos delitos converjan los factores objetivo y subjetivo del concepto delito político. Esto es, que tengan la potencialidad de lesionar el bien jurídico régimen constitucional y legal, y que tengan una motivación política.

Por las razones esbozadas, creemos que es constitucional que el legislador establezca indultos y otros beneficios penales, como la extinción de la acción penal, para los delitos cometidos en el marco de disturbios públicos o en el ejercicio de la protesta social, siempre y cuando se muevan en la misma lógica del delito de asonada, así no hayan sido calificados como asonada, tal como ocurre con los artículos 3, 24, 28-9, 29-2 y 37 de la Ley 1820 de 2016. Lo importante es que en la valoración de cada caso concreto se identifiquen los criterios objetivo y subjetivo que caracterizan al delito político, puesto que la Constitución no admite el otorgamiento de amnistías e indultos por delitos comunes (artículos 150-17 y 201-2).

Por lo demás, los artículos 3, 24, 28-9, 29-2 y 37 de la Ley 1820 de 2016 contemplan una lista enunciativa y no taxativa de algunos delitos que podrían ser objeto de indulto y otros beneficios penales si son cometidos en el marco de disturbios públicos o en el ejercicio de protestas sociales. Este listado no resulta arbitrario, pues, al observar la base de datos de las personas que en los quince años anteriores al 2015 han estado bajo custodia el INPEC por el delito de asonada, se encuentra que en todos los casos este delito es cometido en concurso con algún otro que, por lo general, corresponde a uno de los previstos de manera enunciativa en esos artículos: daño en

⁵⁸ Ferri, Enrico. *Proyecto preliminar de Código Penal para Italia*. Madrid: Centro Editorial de Góngora, 1925, p. 78.

bien ajeno; violencia contra servidor público, perturbación en servicio de transporte público, colectivo u oficial; etc⁵⁹. La base de datos del INPEC también muestra que el delito de asonada suele cometerse en concurso con otros que no están incluidos expresamente en los artículos 3, 24, 28-9, 29-2 y 37 de la Ley 1820 de 2016, como el incendio y la perturbación de certamen democrático, entre otros. Por ende, hizo bien el legislador en no definir una lista cerrada y excluyente, de suerte que estos otros delitos puedan ser eventualmente amnistiados o indultados de probarse que fueron cometidos en el marco de disturbios públicos o en el ejercicio de protestas sociales, por una parte, y que su propósito fue amenazar el régimen constitucional y legal y que fueron inspirados en motivaciones políticas, por otra parte.

Por consiguiente, solicitamos a la Corte Constitucional que declare la **EXEQUIBILIDAD** de los artículos 3, 24, 28-9, 29-2 y 37 de la Ley 1820 de 2016, que consagran la posibilidad de otorgar indulto y otros beneficios penales para los delitos cometidos en el marco de disturbios públicos o en el ejercicio de la protesta social.

3.3. EL ALCANCE DE LA DEFINICIÓN DE GRAVES CRÍMENES DE GUERRA

La Ley 1820 de 2016 prevé que no podrá otorgarse amnistías, indultos y tratamientos penales especiales respecto de, entre otros crímenes internacionales, los graves crímenes de guerra (arts. 23, 30, 46, 47 y 52). Según el parágrafo del artículo 23, “[s]e entenderá por grave crimen de guerra ***toda infracción del derecho internacional humanitario cometida de forma sistemática***” (resaltado fuera del texto). Así, esta disposición restringe el alcance de la noción de crimen de guerra a efectos de determinar los márgenes de amnistías, indultos y tratamientos penales especiales. Sin embargo, esta definición deja por fuera determinados crímenes de guerra que no serían considerados como sistemáticos, pero que han causado gran impacto social o han afectado de manera irreparable la dignidad humana, por lo que no deberían ser amnistiados, indultados ni recibir ningún tratamiento penal especial. De ser así, se vería gravemente afectado el núcleo de la obligación del Estado colombiano de investigar, juzgar y sancionar graves violaciones de derechos humanos, según pasamos a exponer.

Como lo sostuvimos en el aparte 3.1, no existe ninguna prohibición en el DIDH, DIH y DPI para que el Estado colombiano establezca ciertos límites y criterios sobre la manera de investigar y sancionar los crímenes internacionales, en un proceso global de transición. Por eso, con el fin de garantizar el derecho de las víctimas a la justicia,

⁵⁹ Respuesta del INPEC del 10 de febrero de 2015 a derecho de petición presentado por Dejusticia.

los Estados tienen un margen de maniobra para dosificar y graduar el tratamiento penal que darán a responsables de graves violaciones de derechos humanos e infracciones al DIH. Es posible entonces alguna forma de selección y priorización, siempre y cuando ésta sea proporcionada y justificada. En esa medida, resulta razonable que en el proceso de paz entre el gobierno colombiano y las FARC-EP se haya fijado un parámetro para la priorización y selección, y resulta admisible que la JEP se concentre sólo en los crímenes de guerra más graves, significativos y representativos.

Ahora bien, la definición de grave crimen de guerra que acoge el párrafo del artículo 23 de la Ley 1820 de 2016 admite una interpretación sobre el carácter sistemático del crimen, según la cual hay sistematicidad si el crimen se cometió en reiteradas ocasiones. Esa interpretación posible de la norma excluiría del ámbito de juzgamiento y sanción otros crímenes de guerra que, por su especial impacto y afectación a la dignidad humana, no deberían escapar de la esfera de investigación del Estado. Bajo esa óptica, el caso de la masacre de Bojayá sería amnistiado si se entendería que no es un graven crimen de guerra, ya que no es claro si el uso de cilindros bomba por parte de las FARC-EP ocurrió una sola vez.

Sin embargo, ese entendimiento del carácter sistemático de un crimen de guerra es contrario a la jurisprudencia constitucional. En la sentencia C-579 de 2013, que estudió la constitucionalidad del Acto Legislativo 01 de 2012, la Corte Constitucional analizó si era constitucional focalizar los esfuerzos de investigación penal en los máximos responsables de, entre otros, “[...] los crímenes de guerra cometidos de manera sistemática...”. En este punto, la Corte estimó que los crímenes de guerra precisan de un contexto de violencia sistemática, que corresponde al conflicto armado, en el cual este tipo de conductas tienen lugar. Asimismo, la Corte señaló que, en el caso de los crímenes de guerra, la sistematicidad no hace referencia a la masividad de las conductas, sino a “[...] la necesidad de que no sea aislado y particularmente en el caso de los crímenes de guerra a que tenga un nexo con el conflicto armado como parte de un plan o política, pues es claro que el conflicto armado exige per se una violencia generalizada contra la población civil que a través de una investigación de contexto permita diferenciarlo de crímenes ordinarios como un daño en bien ajeno o de un homicidio.”

La interpretación constitucionalmente admisible de la sistematicidad, como elemento de los crímenes de guerra, es entonces que las conductas tengan una relación con el conflicto armado como elementos que hagan parte de un plan organizado o política. No obstante, incluso desde esta perspectiva, también podría concluirse que la masacre

de Bojayá es amnistiable, puesto que no hay certeza sobre si el uso de cilindros bomba hacía parte de la política de guerra de las FARC-EP.

Por consiguiente, consideramos que la Corte debería establecer que, además del elemento de sistematicidad, es necesario tomar en consideración otros que resultan igualmente pertinentes para determinar la gravedad de un crimen de guerra. Para tales fines, la Corte puede tener en cuenta los criterios que la Corte Penal Internacional ha desarrollado para evaluar la gravedad de los crímenes que pudieren ser objeto de investigación por el tribunal⁶⁰.

La Fiscalía de la Corte Penal Internacional toma en cuenta tanto criterios cualitativos como cuantitativos al analizar la gravedad de los casos que pudieren ser de competencia de la Corte⁶¹. Dentro de aquellos se encuentran aspectos tales como “[...] *la escala, la naturaleza y la manera de comisión de los crímenes, así como su impacto.*”⁶² Con el fin de determinar la escala de los crímenes, algunos de los factores que se toman en cuenta son el número de víctimas directas e indirectas, la relevancia del daño generado a los afectados y sus familias (en especial el corporal y psicológico), y su duración y extensión geográfica. La naturaleza del crimen atiende a sus elementos constitutivos (homicidios, actos de violencia sexual o de otro tipo). La manera de comisión toma como referente los medios que se usaron para su ejecución, el nivel de participación y el fin perseguido por el responsable, la sistematicidad del crimen, si la infracción se cometió a través de actos de abuso de autoridad, la sevicia, la condición de indefensión de las víctimas, con ánimo discriminatorio, o empleando la violencia sexual para destruir a un grupo. Por último, el impacto puede determinarse a través de factores tales como el dolor causado a los afectados y su exposición a estados superiores de vulnerabilidad, así como el terror y daños de distinto tipo al que se sometió a las comunidades vulneradas.⁶³ Estos criterios, junto con otros, fueron citados por la Corte Constitucional, en la sentencia C-759 de 2013.

La Fiscalía de la CPI analiza estos criterios de forma concurrente y teniendo en cuenta las particularidades del caso concreto. No es posible considerar algún factor más relevante que otro o elaborar una fórmula precisa para determinar el nivel de gravedad de un crimen de guerra.

⁶⁰ Corte Penal Internacional, Oficina del Fiscal, Documento de Política General sobre Exámenes Preliminares, Noviembre de 2013.

⁶¹ *Ibíd.*, p. 16.

⁶² *Ibíd.*, p. 17.

⁶³ *Ibíd.*, p. 17.

Por estos argumentos, solicitamos a la Corte Constitucional que declare que la expresión “[s]e entenderá por grave crimen de guerra toda infracción del derecho internacional humanitario cometida de forma sistemática”, que contiene el parágrafo del artículo 23 de la Ley 1820 de 2016, es **EXEQUIBLE DE FORMA CONDICIONADA**, bajo el entendido que habrá de entenderse por grave crimen de guerra toda infracción del derecho internacional humanitario cometida de forma sistemática *o que pueda ser considerada como grave en virtud de su escala, naturaleza, manera de comisión de los delitos o impacto*.

3.4. AMNISTÍAS E INDULTOS POR EL CRIMEN RECLUTAMIENTO ILÍCITO DE MAYORES DE 15 Y MENORES DE 18 AÑOS

La Ley 1820 de 2016 recurre a la definición del crimen de guerra de reclutamiento de menores⁶⁴ del Estatuto de la Corte Penal Internacional, el cual sanciona el reclutamiento de menores de 15 años⁶⁵, con lo cual deja de lado otras definiciones relevantes, en el derecho colombiano⁶⁶ y en el derecho internacional, las cuales prohíben el reclutamiento de menores de 18 años. Surge entonces la pregunta si la concesión de amnistía o indulto por reclutamiento de menores de 18 y mayores de 15 años, casos en los que el reclutamiento no es un crimen de guerra, respeta los deberes del Estado que están consagrados en los estándares internacionales y en el orden jurídico colombiano. Nuestra respuesta es afirmativa. Como pasamos a sustentar, en derecho internacional, el reclutamiento forzado de menores de 18 y mayores de 15 años no es claramente un crimen de guerra, ya que se trata de un estándar en consolidación. Por ende, la concesión de amnistía o indulto en esos casos es admisible, siempre y cuando se respeten los derechos a la verdad, reparación y no repetición de las víctimas de reclutamiento entre 15 y 18 años.

En seguida, revisamos si en el DPI, DIH y DIDH existe una prohibición clara a los Estados para otorgar amnistías a responsables de reclutamiento de menores de 18 y mayores de 15 años. Luego, repasamos brevemente el alcance de la prohibición de reclutamiento forzado, en el ordenamiento jurídico colombiano. Por último, justificamos la posibilidad de que el Estado colombiano otorgue amnistía o indulto a responsables de reclutamiento de menores de 18 años y mayores de 15, y sustentamos que ello no conlleva una falta de garantía de los derechos a la verdad, reparación y no repetición de las víctimas de esas conductas.

⁶⁴ Ley 1820 de 2016, artículo 23, parágrafo (a); artículo 30 (1); artículo 46 (1); artículo 52 (2); artículo 57 (2).

⁶⁵ Estatuto de Roma, artículo 8 (2) (e) (vii).

⁶⁶ Consagrado en el artículo tercero de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CIDN).

El reclutamiento de menores como crimen internacional y su prohibición en el DIH y el DIDH

En términos generales, el DIH y el DPI sancionan el reclutamiento de menores de 15 años de edad. En particular, el Estatuto de Roma (ER) prevé el reclutamiento de menores de 15 años como un crimen de guerra. Por su parte, en el DIDH hay una tendencia en proceso de consolidación que reprocha el reclutamiento de menores de 18 años. Con todo, aún no hay un estándar consolidado que considere como crimen internacional el reclutamiento ilícito de menores de 18 y mayores de 15 años. Veamos.

De una parte, el DIH y el DPI proscriben el reclutamiento forzado de menores de 15 años. En efecto, el artículo 4 (3) (c) del Protocolo II a los Convenios de Ginebra de 1977 establece que “los niños menores de quince años no serán reclutados en las fuerzas o grupos armados y no se permitirá que participen en las hostilidades”. En la misma línea, el artículo 4 (c) del Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona indica que el Tribunal tendrá competencia respecto de quienes hayan reclutado o alistado niños menores 15 años en las fuerzas armadas o grupos, o los hayan utilizado para participar activamente en las hostilidades⁶⁷. Asimismo, el ER proscribe el reclutamiento de menores de 15 años, el cual constituye un crimen de guerra y, por ende, un crimen internacional. El artículo 8 del ER (apartado 2/e/vii) señala que se entiende por crímenes de guerra, entre otras acciones, “[r]eclutar o alistar **menores de 15 años** en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades” (subrayas fuera del original).

En términos similares, el artículo 38 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1989) fijó los 15 años como la edad mínima para permitir cualquier participación de menores en hostilidades y en todas las formas de reclutamiento. Sin embargo, al momento de ratificar esta Convención, el Estado colombiano hizo una reserva, por la que considera que la edad mínima para que una persona pueda participar en las hostilidades del conflicto armado es de 18 años. Efectivamente, en el derecho colombiano el reclutamiento está prohibido para menores entre 15 y 18 años.

⁶⁷ Statute of the Special Court for Sierra Leone, article 4: “Other serious violations of international humanitarian law. The Special Court shall have the power to prosecute persons who committed the following serious violations of international humanitarian law: (...) Conscripting or enlisting children under the age of 15 years into armed forces or groups or using them to participate actively in hostilities.”

De otra parte, el DIDH amplía la prohibición de reclutamiento de menores de 15 años a menores de 18 años. Así, los Principios de Ciudad del Cabo de 1997⁶⁸ establecen los 18 años como la edad mínima para cualquier participación en hostilidades y para todas las formas de reclutamiento en las fuerzas armadas y los distintos grupos armados. Es por ello que, posteriormente, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de los niños en conflictos armados⁶⁹ eleva la edad mínima de participación de menores de edad en las fuerzas armadas de los Estados. De tal forma, los artículos 1 y 2 establecen que los Estados, por una parte, “adoptarán todas las medidas posibles para que ningún miembro de sus fuerzas armadas menor de 18 años participe directamente en hostilidades”; y, de otra parte, “velarán porque no se reclute obligatoriamente en sus fuerzas armadas a ningún menor de 18 años”. Adicionalmente, el artículo 4-1 consagra que los grupos armados que participan en los conflictos armados “no deben en ninguna circunstancia reclutar o utilizar en hostilidades a menores de 18 años”.

Otras normas internacionales han ayudado a fortalecer el estándar. El Convenio 182 de la OIT sobre la Prohibición y Acción inmediata para la Eliminación de las Peores formas de Trabajo Infantil prohíbe el reclutamiento de menores de 18 años (aprobado en Colombia mediante la Ley 704 de 2001). Igualmente, la Carta Africana de Derechos y Bienestar de la Infancia (1999) también establece la edad de 18 años como la mínima para el reclutamiento y la participación en cualquier fuerza o grupo armado.

Más recientemente, los Principios de París (2007)⁷⁰, que retoman los avances en la materia, comprenden la noción de “niño o niña vinculado con un grupo o fuerza armada” como “cualquier persona menor de 18 años que esté o haya sido reclutada o utilizada por un grupo o fuerza armada en cualesquiera condición, incluyendo pero no limitándose a niños, niñas usadas como combatientes, cocineras, vigías, mensajeras, espías o para propósitos sexuales. No se refiere solamente a una niña o niño que esté haciendo parte o haya sido parte directa en hostilidades”. Además, esos Principios

⁶⁸ Principios de Ciudad del Cabo y Mejores Prácticas para la Prevención de Reclutamiento de Niños y Niñas en fuerzas Armadas y relativos a la Desmovilización y Reinserción social de Niños soldados en África. Adoptados por los participantes en el simposio sobre la prevención del reclutamiento de niños en las fuerzas armadas y la desmovilización y reintegración social de niños soldados en África, organizado por la UNICEF en cooperación con el grupo de trabajo de Organizaciones No Gubernamentales sobre la Convención de los Derechos del Niño, Ciudad del Cabo, 30 de abril de 1997.

⁶⁹ Asamblea General de la ONU, Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de los niños en los conflictos armados, 25 de mayo de 2000. Este Protocolo Facultativo fue aprobado por Colombia mediante la Ley 833 del 10 de julio de 2003 y analizado por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-172 de 2004.

⁷⁰ Y en particular los Principios de Ciudad del Cabo de 1997.

invitan a los Estados a que eleven la edad mínima de reclutamiento o utilización de soldados o combatientes a 18 años, en cualquier circunstancia.

Así pues, hay una tendencia creciente en el derecho internacional a prohibir el reclutamiento de menores de 18 años. Sin embargo, el ámbito de edad para entender que el reclutamiento como un crimen de guerra es más limitado. De acuerdo al DPI, esta violación constituye un crimen internacional si es cometido contra un menor de 15 años. En el derecho interno, en cambio, la prohibición del reclutamiento de menores de 18 años es más clara, como veremos a continuación.

El reclutamiento de menores de 18 años, en el derecho colombiano

En Colombia, los niños son entendidos como las personas menores de 18 años⁷¹ y, en su condición de menores de edad y víctimas del conflicto armado⁷², gozan de una protección reforzada por parte del Estado colombiano⁷³. Esto deriva del principio *pro-infans* que, según la jurisprudencia constitucional, es “un instrumento jurídico valioso para la ponderación de derechos de rango constitucional, frente a eventuales tensiones, debiendo escogerse la interpretación que brinde la mayor protección a los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes”⁷⁴. Es por eso que la legislación colombiana tipifica como delito el reclutamiento ilícito de personas menores de 18 años, así como el hecho de que se les obligue a participar directa o indirectamente en las hostilidades⁷⁵. Este delito cubre entonces a todos los niños, niñas y adolescentes (N.N.A.) hasta los 18 años, sin distinción alguna⁷⁶.

⁷¹ La posición colombiana ha sido muy clara en cuanto a la mayoría de edad a los 18 años (Art. 1º Ley 27 de 1997). El Código del Menor (Decreto Ley 2737 de 1989) ya establecía que “se entiende por menor a quien no haya cumplido los dieciocho (18) años” y, posteriormente, con la Ley 548 de 1999 (art. 2) se eliminó, inclusive, la opción de que un menor de edad prestase voluntariamente el servicio militar. Actualmente, el servicio militar está reservado a los mayores de 18 años.

⁷² En la sentencia C-069 de 2016, la Corte Constitucional afirmó que la situación de especial protección en que se encuentran los menores de edad “resulta determinante en un escenario de conflicto armado, por ser ésta una situación que incrementa los riesgos de afectación de sus derechos, sobre todo cuando los menores son insertados o incorporados al conflicto como miembros de los distintos grupos armados”; y precisó que, “para atender esta afectación, sin embargo, tanto el orden jurídico internacional como el nacional, han adoptado medidas destinadas a evitar, o, al menos, mitigar los efectos negativos que el conflicto puede causar sobre ellos”.

⁷³ En la sentencia C-069 de 2016, la Corte Constitucional estableció que “la Constitución establece un régimen de protección reforzado para unos sujetos que se encuentran en situación de debilidad por razón de la edad, quienes requieren de un ámbito de protección objetivo, lo que se debe principalmente a la necesidad de proteger su dignidad humana, su estado de indefensión o vulnerabilidad, y, por último, en respuesta a un objetivo comunitario, como es el de asegurar el futuro de la sociedad”. Ver: Corte Constitucional. C-069 del 2016.

⁷⁴ Ver: Corte Constitucional. Sentencia C-177 de 2014.

⁷⁵ El artículo 162 del Código Penal establece: “[e] que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, reclute menores de dieciocho (18) años o los obligue a participar directa o indirectamente en las hostilidades o en

Las amnistías e indultos de reclutamiento de menores de 18 y mayores de 15 años frente al derecho internacional

La Ley 1820 de 2016 prohíbe expresamente toda amnistía, indulto y renuncia a la persecución penal por reclutamiento de menores de 15 años de edad. Esto significa que el reclutamiento de menores de 18 y mayores de 15 años puede ser objeto de esos beneficios penales. Como señalamos antes, tanto el DIDH como el derecho colombiano proscriben el reclutamiento de menores de 18 años; pero el DPI y el DIH solamente sancionan el reclutamiento de menores de 15 años. Entonces, ¿los beneficios penales de la ley de amnistía para el reclutamiento de menores de 18 y mayores de 15 años violan el derecho internacional?

Creemos que no. Como lo sostuvimos en el aparte 3.1, el núcleo duro de la obligación de los Estados de investigar, juzgar y sancionar graves violaciones de derechos humanos excluye cualquier amnistía, indulto o tratamiento penal especial respecto de crímenes internacionales. Según el DPI, el reclutamiento de menores de 18 y mayores de 15 años no es un crimen internacional, por lo que los Estados, dentro del margen de maniobra que tienen para adoptar fórmulas de justicia transicional que les permita superar el conflicto, pueden otorgar beneficios penales en esos casos.

Ahora bien, ello no implica que no sean exigibles los condicionamientos de verdad, reparación y no repetición frente al reclutamiento de menores de 18 y mayores de 15 años conforme lo establece el artículo 14 de la Ley 1820 de 2016. Los referidos estándares internacionales, la normatividad interna y la jurisprudencia constitucional coinciden en que los menores de 18 años que sean víctimas de reclutamiento tienen derecho a que el Estado les restituya sus derechos, lo cual no depende de las condiciones particulares del sujeto que cometió esa violación de derechos humanos ni de su situación penal⁷⁷. A esto se suma que el reclutamiento de menores de 18 años es

acciones armadas, incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses y multa de ochocientos (800) a mil quinientos (1500) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

⁷⁶ En ese sentido, la Corte Constitucional recordó que “el artículo 44 de la Constitución Política utiliza el sustantivo “niños” para referirse a los derechos fundamentales de que son titulares todos los menores de edad” y que “no cabe hacer alguna distinción en cuanto a los sujetos especialmente protegidos en el artículo 44 de la Carta, pues los menores de edad, en sentido *lato*, son los sujetos a quienes el ordenamiento Superior ha extendido la protección especial que se concreta en garantías particulares”. Ver: Corte Constitucional. C-069 del 2016.

⁷⁷ La Corte Constitucional ha establecido que “[...] ni el Estatuto de Roma, ni los Principios de París, ni el Código Penal Colombiano, relacionan la configuración del delito de reclutamiento ilícito, en el contexto de un conflicto armado, con el tipo de grupo o fuerza que incurre en dicha conducta delictiva violatoria de los derechos humanos. Por lo tanto, la víctima tiene esa condición independientemente de quien haya sido su victimario, cuando, en el contexto de un conflicto armado, (i) ha sido reclutada o utilizada, directa o indirectamente, en hostilidades o

una violación que afecta a un sector de la población que se encuentra en condiciones de vulnerabilidad manifiesta, en su calidad de víctima de reclutamiento, pero sobre el cual es jurídicamente procedente el otorgamiento de amnistías, indultos y otros tratamientos penales especiales sobre su hecho victimizante cuando este es cometido sobre personas menores entre los 15 y los 18 años. Por ello, dilucidar el fenómeno de reclutamiento ilícito en su conjunto es fundamental para garantizar el derecho a saber de los niños víctimas y el esclarecimiento de la verdad histórica de este crimen atroz de cara a la sociedad. De ahí que, por ejemplo, la Comisión de Esclarecimiento de la Verdad deberá hacer hincapié en develar los *modus operandi* del reclutamiento hasta los 18 años, por parte de actores armados y, en esa línea, se evidencien las prácticas delictivas alrededor de este crimen. Asimismo, los actos de reparación material y simbólica que los beneficiarios de la Ley y el Estado realicen en relación con este crimen también deberán guardar un enfoque integral, sin distinción del rango etario en el que se encuentre la persona víctima menor de edad.

En consonancia con lo expuesto, solicitamos a la Corte Constitucional que declare la **EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA** de las expresiones “además del reclutamiento de menores, de conformidad con el Estatuto de Roma”, contenida en el literal a) del párrafo del artículo 23 y “reclutamiento de menores conforme a los establecido en el Estatuto de Roma”, del numeral 1 del artículo 30, el numeral 1 del artículo 46, el numeral 2 del artículo 52 y el numeral 2 del artículo 57 de la Ley 1820 de 2016. Esto, bajo el entendido de que, si bien es posible otorgar amnistías, indultos y otros tratamientos penales especiales diferenciados por la conducta de reclutamiento ilícito de niñas, niños y adolescentes mayores de 15 y menores de 18 años, esto no implica la negación de los derechos de las víctimas a la verdad, la reparación integral y la no repetición. Por tanto, en caso de otorgamiento de dichos beneficios penales, debe haber una garantía reforzada de esos derechos, teniendo en cuenta el principio *pro infans* amparado en nuestro ordenamiento constitucional. En esta línea, para mantener el tratamiento penal especial del caso debe haber obligaciones reforzadas para los beneficiarios de la amnistía e indultos en clave de verdad y reparación integral y también acciones del Estado tendientes a la develación del fenómeno criminal de reclutamiento, así como su reproche. En este sentido solicitamos a la Corte que determine que *se podrán otorgar dichos beneficios penales especiales, siempre y cuando el beneficiario se comprometa a contar la verdad respecto del reclutamiento de personas mayores de 15 y menores de 18 ocurrido en el grupo armado, contribuya a la reparación de las víctimas del delito, entendido este como cometido hasta los 18 años, y*

acciones armadas, y (ii) tal hecho ha tenido lugar siendo la persona menor de 18 años”. Ver: Corte Constitucional. Sentencia C-069 de 2016.

se comprometa a no realizar ninguna acción que permita el reclutamiento de niños en el futuro”.

3.5. CONDICIONES PARA MANTENER LOS BENEFICIOS PENALES ESPECIALES

Los artículos 14, 33, 35 y 50 de la Ley 1820 de 2016 establecen las condiciones en satisfacción de los derechos de las víctimas, dentro el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR), que deben cumplir los beneficiarios de amnistía, indulto y de los tratamientos penales especiales diferenciados para continuar gozando de esos beneficios. No obstante, esos artículos tienen diferencias sustanciales respecto de: (i) el tiempo en el que es exigible el deber; (ii) los criterios para declarar incumplimiento del deber; y (iii) la existencia previa de una obligación de comparecer o acudir a las instancias del SIVJRNR. La siguiente tabla señala estas diferencias.

Artículo / Incongruencia	Art. 14	Art. 33	Art. 35	Art. 50
	Principio general de contribución a la satisfacción de los derechos de las víctimas en el otorgamiento de tratamientos penales especiales	Deber de contribución en los casos resueltos por la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la JEP ⁷⁸	Libertad condicionada ⁷⁹	Disposiciones específicas sobre tratamiento penal especial a agentes del Estado
Tiempo en el que es exigible el	5 años siguientes a que se conceda amnistía, indulto o tratamiento		Durante la vigencia de la JEP.	

⁷⁸ El artículo 33 de la Ley reglamenta las condiciones de contribución que deben cumplir quienes sean beneficiarios de los tratamientos penales especiales que imponga la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la JEP, como son la renuncia a la persecución penal, la cesación del procedimiento, la suspensión de la ejecución de la pena o la extinción de responsabilidad por cumplimiento de la sanción.

⁷⁹ Según el artículo 50 de la Ley, la libertad procede para aquellas personas que se encuentren privadas de la libertad y puedan ser beneficiarios de: (i) amnistía “de iure” (arts. 15, 16 y 17), esto es, a miembros de las FARC-EP conforme a los listados por el delito de rebelión y conexos; (ii) amnistías o indultos otorgados por la Sala de amnistía o indulto de la JEP (art. 22), es decir, a miembros o colaboradores de las FARC-EP por los delitos conexos al político; (iii) tratamientos penales especiales otorgados por la Sala de definición de situaciones jurídicas de la JEP (art. 29), esto es, a miembros de las FARC-EP de conformidad con los listados entregados por dicha organización, personas que por conductas desplegadas en el ejercicio de la protesta hayan sido perseguidas penalmente y personas procesadas o condenadas por delitos políticos y conexos por pertenencia o colaboración con las FARC-EP, sin que se reconozcan como parte de dicha organización. El beneficio de la libertad condicionada también se extiende a aquellos que, estando en alguno de los supuestos anteriores, hubieren sido procesados o condenados por los delitos contemplados en los artículos 23 y 24 de la Ley. Todo lo anterior, bajo la condición de que suscriban el acta de compromiso de sometimiento a la JEP de que trata el artículo 30 de la Ley.

deber de participar en el SIVJRNR	penal especial.	
Criterios para declarar incumplimiento del deber de participar en SIVJRNR	Hay incumplimiento si el beneficiario se rehusa de manera reiterada e injustificada a los requerimientos del Tribunal para la Paz de participar en SIVJRNR.	Hay incumplimiento si el beneficiario se rehusa a los requerimientos del Tribunal para la Paz de participar en SIVJRNR.
Existencia previa de obligación de comparecer o acudir al SIVJRNR	Condicionan la participación al SIVJRNR, en el caso “ <i>de existir una obligación de acudir o comparecer</i> ” ante éste.	No contemplan que deba existir previamente esa obligación.

Como muestra la tabla anterior, existen dos clases de exigencias que tienen un tratamiento diferenciado frente al deber de participar en el SIVJRNR. Por un lado, aquellas aplicables a los miembros de las FARC-EP como guerrilla desmovilizada por un acuerdo de paz y a aquellas personas que cometieron delitos en el marco del ejercicio de la protesta social, a quienes se les aplicará las medidas de amnistía, indulto y las demás previstas en el artículo 31 de la Ley. Por el otro, a los agentes estatales y aquellos miembros de las FARC-EP que se encuentren privados de la libertad y les sea concedida la libertad condicional, en virtud de la presente ley.

A los primeros se les exigen unas condiciones más débiles de participar en el SIVJRNR que a los segundos. Las diferencias radican en la restricción temporal, el mayor estándar para determinar el incumplimiento del deber y la necesidad previa de la existencia de un deber de comparecer o acudir a las instancias de la JEP que los requieran. Las disposiciones mencionadas guardan entonces una distinción desproporcionada entre miembros de las FARC-EP en libertad y personas que cometieron delitos en el marco de la protesta social, por un lado, y los agentes del Estado y miembros de las FARC-EP en prisión, por el otro. Asimismo, existe una antinomia normativa con respecto a las exigencias que deberán cumplir los miembros de las FARC-EP puestos en libertad condicionada en virtud de la concesión de indultos u otro tratamiento penal especial, pues a éstos les son aplicables los requisitos tanto del artículo 33 como los del artículo 35.

Estas incongruencias evidencian una tensión entre los derechos de las víctimas a la verdad, justicia, reparación y no repetición, así como el principio de integralidad que rige el sistema de justicia del Acuerdo Final; y las garantías judiciales de los beneficiarios de tratamientos penales especiales.

Los condicionamientos para el otorgamiento de beneficios penales son esenciales para la garantía de los derechos constitucionales de las víctimas, pues dichos condicionamientos exigen de los beneficiarios un aporte sustancial en verdad, reparación integral y garantías de no repetición en el marco del SIVJRNR. En procesos transicionales, hay una latente tensión entre las exigencias de justicia frente a crímenes atroces y los propósitos de la paz para garantizar la no repetición de estos. Es por ello que los distintos mecanismos de verdad, justicia y reparación son importantes, ya que permiten balancear esa tensión. Bajo esa idea se fundamenta el SIVJRNR: cualquier beneficio penal está supeditado a que los beneficiarios realicen aportes sustanciales en verdad, justicia, reparación y no repetición. De ahí que el foco principal de estos mecanismos esté en las víctimas y la satisfacción de sus derechos, pues el otorgamiento de los beneficios penales a los victimarios no puede ir en contraposición de la garantía de sus derechos, lo que se ha denominado como el enfoque *pro víctima*. Adicionalmente, la jurisprudencia constitucional ha reiterado la imposibilidad de realizar distinciones entre las víctimas del conflicto armado interno en razón del tipo de perpetrador o el hecho victimizante que sufrieron, entre otros⁸⁰. En este sentido, los condicionamientos a aquellas personas que resulten beneficiarios de amnistías, indultos y otros tratamientos penales especiales están estrechamente relacionados con su colaboración efectiva con la JEP, la Comisión de Esclarecimiento de la Verdad y las medidas de reparación contemplados en el Acuerdo Final y el artículo 6° de la Ley 1820 de 2016, bajo el principio de integralidad⁸¹.

Sin embargo, los artículos 14, 33, 35 y 50 de la Ley, que tienen como finalidad dotar de plena seguridad jurídica a los beneficiarios de este régimen⁸², guardan inconsistencias

80 Ver: Corte Constitucional. Sentencia C-250 de 2012; Sentencia T- 364 de 2015.

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

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

⁸² Para Juan Pablo Cardona, por el carácter especial de los procesos transicionales, como el de Justicia y Paz, el estándar internacional de lucha contra la impunidad suele entrar en tensión con los principios más garantistas del sistema legal liberal. Así, en los procedimientos transicionales nos encontramos ante la tensión entre derechos de las víctimas y las garantías judiciales de los beneficiarios de un tratamiento penal especial. Ver: Cardona, Juan Pablo (2012) Derechos de las víctimas y de los postulados: tensiones en el Proceso de Justicia y Paz. Bogotá: GIZ. p 13.

que podrían redundar en un trato diferenciado a las víctimas, en razón de la situación jurídica del perpetrador, como lo muestra la tabla precedente. Estas complejidades de la Ley 1820 de 2016, por la distinción de tantos regímenes, en la práctica judicial llevará a que haya tanto un detrimento en la satisfacción de los derechos de las víctimas, ya que generaría incertidumbre sobre la capacidad del SIVJRNR de llamar a los beneficiarios de la Ley a participar en labores de verdad y reparación, así como en la seguridad jurídica de los beneficiarios, al no existir un estándar unificado de cumplimiento del deber de participar en el SIVJRNR. Ello contraría abiertamente el principio de integralidad de dicho sistema.

Desde nuestro punto de vista, esta tensión se puede resolver si se garantiza, en la mayor medida posible, los derechos de las víctimas, de manera que el cumplimiento de esos deberes no se convierta en una carga desproporcionada y razonable para el posible amnistiado, indultado o beneficiario de un tratamiento penal especial. Así, se protegerá la paz como valor constitucional, sobre la cual se ha fundamentado la promulgación de la Ley 1820 de 2016. Tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia han decantado este razonamiento respecto a la colisión entre los derechos de las víctimas y algunos beneficios otorgados en el pasado a miembros de grupos armados al margen de la ley. Esa jurisprudencia ha fortalecido los condicionamientos a los desmovilizados, con el fin de garantizar los derechos de la víctima, en varios escenarios como la aplicación del principio de oportunidad⁸³, el alcance del mecanismo transicional de Acuerdos de la Verdad⁸⁴ y las causales para la exclusión del proceso penal especial de Justicia y Paz⁸⁵.

En el presente caso, pedimos que la Corte unifique las condiciones de cumplimiento y participación en el SIVJRNR, que consagran los artículos 14, 33, 35 y 50 de la Ley, 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 requerimientos del Tribunal para la Paz de participar en SIVJRNR, (iii) en el caso “*de existir una obligación de acudir o comparecer*” ante éste.

3.6. CONSECUENCIAS DE INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES EN EL SIVJRNR

El artículo 14 de la Ley 1820 de 2016 consagra como un principio de la ley la satisfacción de los derechos de las víctimas. En ese sentido, la disposición declara que

⁸³ Ver: Corte Constitucional. Sentencia C-936 de 2010.

⁸⁴ Ver: Corte Constitucional. Sentencia C-771 de 2011.

⁸⁵ Ver: Corte Constitucional. Sentencia C-694 de 2015.

la concesión de amnistía, indulto o cualquier tratamiento penal especial **“no exime del deber de contribuir individual o colectivamente al esclarecimiento de la verdad o del cumplimiento de las obligaciones de reparación que sean impuestas por la Jurisdicción Especial de Paz”** (subrayas nuestras). La norma además expresa que “[...] perderán el derecho a que se les apliquen las sanciones propias de la Jurisdicción Especial para la Paz...”, lo cual solo ocurriría “[...] en el evento que llegaran a ser declarados responsables por algunas de las conductas que se les atribuyan al interior de la misma”. Lo mismo ocurre con los artículos 33, 35 y 50 de la Ley, los cuales reiteran la condicionalidad de los beneficios penales al cumplimiento de los beneficiarios con sus obligaciones frente a las víctimas, en términos similares.

A nuestro juicio, la consecuencia jurídica que la ley determina para aquellas personas que se rehúsen a contribuir a la satisfacción de los derechos de las víctimas es problemática, desde una perspectiva constitucional. En ciertos casos, como aquellos en los cuales una persona fue beneficiaria de la *amnistía de iure* y no incurrió en conductas que de forma posterior deban ser juzgadas al interior de la JEP, el incumplimiento del deber de colaborar con la satisfacción de los derechos de las víctimas no produce ninguna consecuencia jurídica desfavorable para el beneficiario. Por ello, el cumplimiento de esta obligación pareciera quedar sujeto, al menos en ciertos casos, a la mera voluntad del amnistiado o indultado, sin que existan incentivos concretos o consecuencias desfavorables específicas que estimulen la realización de acciones encaminadas a velar por la garantía de los derechos de las víctimas del conflicto armado.

Para superar este vacío normativo, proponemos que la Corte Constitucional establezca que el compromiso de contribuir a la garantía de los derechos de las víctimas es tanto un requisito de acceso como una condición de permanencia en el tiempo de los tratamientos penales diferenciados, amnistías e indultos. Así pues, los beneficios que ofrece la Ley 1820 de 2016 a los responsables se encuentran sujetos a una *condición resolutoria*, durante la vigencia de la JEP. Esto significa que si los beneficiarios incumplen sus obligaciones en el SIVJRNR, se revocaría la amnistía o indulto, o se perdería cualquier tratamiento especial establecido en la ley.

Este tipo de condiciones a beneficios penales, que se conceden en procesos de transición, ha sido adoptado en otras experiencias comparadas y en Colombia. En efecto, la condicionalidad de las leyes de amnistía ha sido una práctica utilizada en otros procesos de justicia transicional hacia la paz. En el caso de la República Democrática del Congo, por ejemplo, la Ley de Amnistía del 11 de febrero del 2014, *“Por Hechos Insurreccionales, Hechos de Guerra e Infracciones Políticas”*, prevé una condicionalidad de las amnistías concedidas en su artículo 5, el cual dispone que,

previamente a la concesión de la amnistía, aquellos que la pretenden deben comprometerse personalmente, por escrito y sobre su honor, a no cometer los actos objeto de la ley de amnistía. A su vez, el inciso tercero del artículo aclara la sanción del incumplimiento de la garantía antes mencionada, que consiste en la anulación y la pérdida de efecto de la amnistía acordada y la imposibilidad de gozar de una amnistía posterior.

En Guatemala, la Ley de Reconciliación Nacional del 27 de diciembre de 1996 también prevé una condicionalidad de este tipo, aunque su formulación es menos explícita. El artículo 7 dispone que se decretará la extinción total de la responsabilidad penal de los autores, cómplices y encubridores de ciertos delitos cometidos por estos “[...] hasta el día en que concluya su desmovilización conforme a los términos, condiciones y plazos convenidos al respecto...” en el Acuerdo de Paz; pero aclara que será así “[...] siempre y cuando se cumpla estrictamente con ellos”. Es decir, la concesión de amnistías estaría condicionada al cumplimiento de los términos, condiciones y plazos convenidos para la desmovilización.

En el derecho interno, la sentencia C-771 de 2010 resolvió una acción pública de inconstitucionalidad contra varias disposiciones de la Ley 1424 de 2010, *“Por la cual se dictan disposiciones de justicia transicional que garanticen verdad, justicia y reparación a las víctimas de desmovilizados de grupos organizados al margen de la ley, se conceden beneficios jurídicos y se dictan otras disposiciones”*. La Corte Constitucional analizó la constitucionalidad de los artículos 6 y 7 de dicha ley, los cuales establecen los beneficios de suspensión condicional de la orden de captura y de la ejecución de la pena para desmovilizados de grupos al margen de la ley que hubiesen incurrido en ciertos delitos. Las normas señalan que, previo al cumplimiento de ciertos requisitos por parte del desmovilizado y un procedimiento específico, se puede suspender condicionalmente la orden de captura o la pena impuesta al infractor. Sobre este punto, la Corte declaró exequible dichos artículos, en cuanto entendió que era posible revocar dichos beneficios si el beneficiario no cumplía con los requisitos especificados o no colaboraba con el mecanismo diseñado para garantizar el derecho a la verdad de las víctimas⁸⁶.

⁸⁶ Sentencia C-771 de 2011: “[...] las prerrogativas otorgadas en los artículos 6° y 7° de esta Ley (suspensión de las órdenes de captura y suspensión condicional de la ejecución de la pena), pueden ser revocadas por la autoridad judicial competente, de oficio, o también por petición de la Alta Consejería para la Reintegración o quien haga sus veces, en caso de que el beneficiario incumpla cualquiera de los requisitos establecidos en esa normatividad, o con el Mecanismo no Judicial de Contribución a la Verdad y la Memoria Histórica, señalados en su artículo 9°. Esta regla es análoga a la contenida en el artículo 66 del Código Penal vigente (Ley 599 de 2000), que establece los casos en los que habrá lugar a la ejecución de la sentencia que previamente hubiere sido suspendida.”

Esto muestra que, en el pasado, la Corte Constitucional ha avalado la revocabilidad de los beneficios ofrecidos a excombatientes en el marco de medidas de justicia transicional, si se cumple una condición resolutoria: el incumplimiento sobreviniente de los requisitos establecidos en la ley o la falta de colaboración con la garantía de los derechos de las víctimas.

Ahora bien, someter la continuidad en el tiempo de los beneficios establecidos en la Ley 1820 de 2016 al cumplimiento de los deberes correlativos a los derechos de las víctimas de la violencia presupone que exista una instancia dentro de la JEP a la cual se le atribuya la competencia de verificar y declarar el incumplimiento grave de los deberes de contribución a la satisfacción de los derechos de las víctimas y, por extensión, la pérdida de la amnistía, indulto o el tratamiento penal diferencial. Así mismo, es necesario fijar un trámite específico para tal fin, toda vez que la ley no menciona con claridad a qué sala o sección de la JEP le corresponde dicha competencia ni cuál es el procedimiento aplicable. Estos asuntos deberán ser regulados por el legislador, con el fin de superar este vacío normativo.

Por las consideraciones anteriores, solicitamos a la Corte Constitucional que declare **EXEQUIBLES** los artículos 14, 33, 35 y 50 la Ley 1820 de 2016, bajo el entendido que: (i) las amnistías, indultos y otros tratamientos penales especiales designados en la ley mantendrán su vigencia en relación a sus beneficiarios mientras estos no incumplan con sus deberes en el SIVJRNR, durante la vigencia de la JEP; y que (ii) el Congreso de la República deberá regular a qué sala o sección de la JEP le corresponde constatar las situaciones concretas de incumplimiento de dichos deberes y cuál será el procedimiento que se aplique para tal fin.

SOLICITUDES

Por las razones que expusimos en este documento, solicitamos a la Corte Constitucional que:

1. Declare que los artículos 3, 24, 28-9, 29-2 y 37 de la Ley 1820 de 2016, que consagran la posibilidad de otorgar indulto y otros beneficios penales para los delitos cometidos en el marco de disturbios públicos o en el ejercicio de la protesta social, son **EXEQUIBLES**.
2. Declare que la expresión “[s]e entenderá por grave crimen de guerra toda infracción del derecho internacional humanitario cometida de forma sistemática”, que contiene el parágrafo del artículo 23 de la Ley 1820 de 2016, es **EXEQUIBLE DE FORMA CONDICIONADA**, bajo el entendido que habrá de

entenderse por grave crimen de guerra toda infracción del derecho internacional humanitario cometida de forma sistemática *o que pueda ser considerada como grave en virtud de su escala, naturaleza, manera de comisión de los delitos o impacto.*

3. Declare que las expresiones “además del reclutamiento de menores, de conformidad con el Estatuto de Roma”, contenida en el literal a) del parágrafo del artículo 23 y “reclutamiento de menores conforme a los establecido en el Estatuto de Roma”, del numeral 1 del artículo 30, el numeral 1 del artículo 46, el numeral 2 del artículo 52 y el numeral 2 del artículo 57 de la Ley 1820 de 2016 son **EXEQUIBLES DE FORMA CONDICIONADA**. Esto, bajo el entendido de que, si bien es posible otorgar amnistías, indultos y otros tratamientos penales especiales diferenciados por la conducta de reclutamiento ilícito de niñas, niños y adolescentes mayores de 15 y menores de 18 años, esto no implica la negación de los derechos de las víctimas a la verdad, la reparación integral y la no repetición. Por tanto, en caso de otorgamiento de dichos beneficios penales, debe haber una garantía reforzada de esos derechos, teniendo en cuenta el principio *pro infans* amparado en nuestro ordenamiento constitucional. En esta línea, para mantener el tratamiento penal especial del caso debe haber obligaciones reforzadas para los beneficiarios de la amnistía e indultos en clave de verdad y reparación integral y también acciones del Estado tendientes a la develación del fenómeno criminal de reclutamiento, así como su reproche. En este sentido, solicitamos a la Corte que determine que *se podrán otorgar dichos beneficios penales especiales, siempre y cuando el beneficiario se comprometa a contar la verdad respecto del reclutamiento de personas mayores de 15 y menores de 18 ocurrido en el grupo armado, contribuya a la reparación de las víctimas del delito, entendido este como cometido hasta los 18 años, y se comprometa a no realizar ninguna acción que permita el reclutamiento de niños en el futuro*”.
4. Unifique las condiciones de cumplimiento y participación en el SIVJRNR, que consagran los artículos 14, 33, 35 y 50 de la Ley, 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 requerimientos del Tribunal para la Paz, para participar en SIVJRNR, (iii) en el caso “*de existir una obligación de acudir o comparecer*” ante éste.

5. Declare que los artículos 14, 33, 35 y 50 la Ley 1820 de 2016 son **EXEQUIBLES DE FORMA CONDICIONADA**, bajo el entendido que: (i) las amnistías, indultos y otros tratamientos penales especiales designados en la ley mantendrán su vigencia en relación a sus beneficiarios mientras estos no incumplan con sus deberes en el SIVJNR, durante la vigencia de la JEP; y que (ii) el Congreso de la República deberá regular a qué sala o sección de la JEP le corresponde constatar las situaciones concretas de incumplimiento de dichos deberes y cuál será el procedimiento que se aplique para tal fin

Cordialmente,

César Rodríguez Garavito
Director de Dejusticia

Rodrigo Uprimny Yepes
Investigador de Dejusticia

Diana Isabel Güiza Gómez
Investigadora de Dejusticia

Sebastián Lalinde Ordóñez
Investigador de Dejusticia

Daniel Gómez Mazo
Investigador de Dejusticia

Daniel Marín López
Investigador de Dejusticia

Xajamaia Domínguez Mazhari
Investigadora de Dejusticia