



INSTITUTE FOR INTEGRATED TRANSITIONS

Bogotá D.C., 23 de marzo de 2017

Magistrados

JOSÉ ANTONIO CEPEDA

IVÁN ESCRUCERÍA

Corte Constitucional

República de Colombia

E. S. D.

Referencia: Intervención en los procesos de constitucionalidad de la Ley 1820 de 2016 (Expediente RPZ-001) y del Decreto 277 de 2017 (RDL-006)

Respetados Señores Magistrados,

Por medio del presente documento ponemos a su consideración la intervención del Instituto para las Transiciones Integrales sobre la Ley 1820 de 2016 “por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto, tratamientos penales especiales y otras disposiciones” y el Decreto 277 de 2017, por el cual se establece el procedimiento para su efectiva implementación, en el marco del control de constitucionalidad automático y único establecido por el Acto Legislativo 1 de 2016.

El Instituto para las Transiciones Integrales, IFIT por sus siglas en inglés, es una organización independiente constituida en 2012 que tiene como misión ofrecer análisis y asesoramiento amplio y exhaustivo a los actores nacionales que participan en procesos de diálogo y transición de alto nivel. Está basada en Barcelona, y es la primera organización no gubernamental que opera con el mandato de brindar orientación personalizada acerca de cómo priorizar e integrar la formulación de políticas en las áreas de democracia, desarrollo, estado de derecho y seguridad con el fin de ofrecer mejores oportunidades para lograr transiciones exitosas. El Instituto aspira a contribuir al éxito de los procesos nacionales de diálogo y transición sirviendo como fuente independiente de recursos expertos en áreas políticas, económicas y sociales. IFIT también busca, de forma más general, por la transformación del modo en que el mundo aborda los desafíos de las transiciones, evitando intervenciones fragmentadas y trabajando hacia soluciones exhaustivas. Adicionalmente, IFIT brindó acompañamiento al proceso de negociación de paz en La Habana desde 2013.

Desde IFIT agradecemos la invitación de la Honorable Corte a participar en este proceso de revisión de constitucionalidad y destacamos la importancia de tener en cuenta a los distintos sectores de la sociedad civil en este proceso. Consideramos que sería de la mayor importancia convocar a una Audiencia Pública para exponer de manera pública los distintos argumentos en torno a las normas objeto de revisión.



INSTITUTE FOR INTEGRATED TRANSITIONS

Este examen de constitucionalidad cobra aún más relevancia dado que se trata de normas necesarias para la implementación del Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. Y no resulta exagerado señalar que la garantía de no repetición de conflicto armado, a través del proceso de dejación de las armas por parte de las FARC y su reincorporación a la vida civil, depende en gran medida de las normas de amnistía.

En ese contexto, sea lo primero señalar que en nuestra opinión esta Ley, y el decreto ley que la reglamenta, resultan constitucionales dado que desarrollan el artículo 150 numeral 17 de la Constitución Política, que autoriza al Congreso de la República a conceder amnistías; el artículo 66 transitorio constitucional, que contempla la renuncia condicionada a la persecución judicial penal para la terminación del conflicto armado interno; y el artículo 6 del Protocolo II Adicional a los convenios de Ginebra, según el cual, a la terminación de las hostilidades las autoridades procurarán conceder la amnistía más amplia posible.

El derecho internacional no prohíbe el uso de amnistías o indultos, contrario a ello, en algunos casos alienta su utilización¹ y entiende que estas pueden servir distintos propósitos encaminados a facilitar una transición hacia la paz. Arreglos que otorguen amnistías o indultos pueden facilitar una negociación de paz, un proceso de desarme, la construcción de confianza entre las partes enemigas, o un incentivo para que quienes causaron daños contribuyan a la satisfacción de los derechos de las víctimas, entre otras². Así, la amnistía es una medida perfectamente válida, aún más si hace parte de un sistema integral de justicia transicional encaminado a proteger y garantizar en la mayor medida posible los derechos de las víctimas.

En la medida en que las amnistías logren incentivar la contribución a la reparación de las víctimas y la no repetición de las violaciones, éstas pueden ser figuras ideales para contribuir a la reconciliación, para lograr democracias más fuertes, mayor protección de derechos humanos³ y en el caso de Colombia, para encaminarnos hacia la construcción de una paz estable y duradera. De hecho, si la amnistía tiene elementos fuertes que le permitan garantizar que sus beneficiarios van a contribuir a la satisfacción del derecho a la verdad y la reparación, puede incluso ser entendida como una amnistía restaurativa⁴.

¹ Artículo 6(5) Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, 1977, establece: A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado. Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, 1977

² Véase, p. 8. The Belfast Guidelines on Amnesty and Accountability. Transitional Justice Institute, University of Ulster 2013. Disponible en: www.ulster.ac.uk/transitionaljustice y http://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/BelfastGuidelines_TJI2014.pdf.pdf

³ Véase p.27. The Belfast Guidelines on Amnesty and Accountability. Transitional Justice Institute, University of Ulster 2013. Ibid. Disponible en: www.ulster.ac.uk/transitionaljustice y http://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/BelfastGuidelines_TJI2014.pdf.pdf

⁴ Los autores traen a colación el concepto de McEvoy y Mallinder sobre amnistía restaurativa, para argumentar que esto podría darse en el caso colombiano si “el conjunto de requisitos que este tipo de amnistías exige a los combatientes (...) el reconocimiento de sus responsabilidades, el sometimiento a una CVR y a programas de DDR y la contribución a la reparación integral de las víctimas”. De acuerdo con los autores, en ese caso la amnistía “(...) apunta, justamente, a lograr una reconstrucción de aquellos lazos sociales quebrantados y, por tanto, a una reconciliación nacional”. En: Gómez-Velásquez, Alejandro & Correa-Saavedra, Julián, *¿Sobredimensión de la tensión entre justicia y paz? Reflexiones sobre justicia transicional, justicia penal y justicia restaurativa en Colombia*, 26 *International Law*,



INSTITUTE FOR INTEGRATED TRANSITIONS

En ese sentido, esta intervención se limitará a aquellos aspectos puntuales de la Ley y del Decreto-Ley que en nuestra opinión deberían ser delimitados o condicionados o declarados inconstitucionales ya que vulneran la Constitución o el Bloque de Constitucionalidad.

En particular nos referiremos a seis temas: i) La condicionalidad; ii) La precisión de las conductas no amnistiabiles; iii) El deber de sancionar; iv) El tratamiento de la protesta social; v) La persecución de bienes para la reparación; y vi) La suspensión de procesos.

Presentamos nuestra intervención con el mayor respeto y reconocimiento de la complejidad del contexto, de las cuestiones jurídicas y constitucionales, y de todo lo que está en juego en cuanto dada la inminente necesidad de avanzar en la construcción de la paz estable en Colombia.

1. La condicionalidad

La Ley 1820 de 2016, en el artículo 33, señala que la adopción de decisiones de amnistía o indulto no exime al beneficiario del deber de contribuir individual o colectivamente al esclarecimiento de la verdad o del cumplimiento de las obligaciones de reparación que sean impuestas por el Sistema de manera que, si durante los cinco años siguientes a la resolución que les otorga el beneficio se rehusaren de manera “reiterada e injustificada” a los requerimientos del Tribunal pierden el derecho a que se les aplique las sanciones propias de la JEP, en el evento de que llegaran a ser declarados responsables por algunas de las conductas que se les atribuyan al interior de la misma”.

El artículo 50 dispone, en la misma línea, que la adopción de cualquiera de los mecanismos de tratamiento especial contemplados para los agentes, no los exime de contribuir a la verdad y la reparación en los términos ya expuestos. Para ello establece que si durante la vigencia de la JEP, los beneficiarios “se rehusaran a cumplir los requerimientos del Tribunal para la Paz para participar en los programas de contribución a la reparación de las víctimas, o a acudir ante la Comisión de Esclarecimiento de la Verdad, de la Convivencia y No Repetición, o ante la Unidad de Búsqueda de Personas Dadas por Desaparecidas, “perderán el derecho a que se les apliquen los beneficios previstos en cualquier tratamiento de los definidos como especial, simultáneo, equilibrado y equitativo”.

Finalmente, el artículo 13 señala que las decisiones y resoluciones adoptadas en aplicación de esta ley tienen efecto de cosa juzgada material y serán inmutables, solo pudiendo ser revisadas por el Tribunal para la Paz.

Lo anterior quiere decir, entonces, que según la Ley la amnistía, el indulto o cualquier otro mecanismo de renuncia a la persecución penal se otorga y se conserva sin perjuicio de la contribución de los beneficiarios a la satisfacción de los derechos de las víctimas a la verdad y la reparación, ya que estas personas estarían solo obligadas a participar en los programas de



INSTITUTE FOR INTEGRATED TRANSITIONS

verdad y reparación del Sistema cuando hayan cometido crímenes no amniables que sean competencia de la JEP, como condición para la obtención de las sanciones propias de la misma.

Lo anterior corre el riesgo de traducirse en una amnistía no condicionada, que resultaría contraria a las disposiciones constitucionales en materia de justicia transicional y derechos de las víctimas, y el Acuerdo Final de Paz.

1.1 La condicionalidad en la Constitución

La Constitución Política consagra de manera explícita el deber de contribuir a la satisfacción de los derechos de las víctimas como condición esencial para la concesión de cualquier tratamiento penal especial de justicia transicional.

En primer lugar, el artículo transitorio 5 del Título Transitorio de la Constitución, según el cual “para acceder a cualquier tratamiento especial previsto en el componente de justicia del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRN) es necesario aportar verdad plena, reparar a las víctimas y garantizar la no repetición.”

En segundo lugar, el artículo transitorio 12 del Título Transitorio de la Constitución señala que los Magistrados de la Jurisdicción Especial para la Paz “regularán los parámetros que deberán ser utilizados por la JEP para evaluar si se han presentado o no incumplimientos de las condiciones del Sistema, así como la forma de graduar en cada caso las consecuencias que tales incumplimientos acarrearán”.

Y finalmente el artículo transitorio 66 de la Carta establece que “En cualquier caso, el tratamiento penal especial mediante la aplicación de instrumentos constitucionales como los anteriores estará sujeto al cumplimiento de condiciones tales como la dejación de las armas, el reconocimiento de responsabilidad, la contribución al esclarecimiento de la verdad y a la reparación integral de las víctimas, la liberación de los secuestrados, y la desvinculación de los menores de edad reclutados ilícitamente que se encuentren en poder de los grupos armados al margen de la ley.”

Al respecto la Corte Constitucional señaló en la sentencia C-579 de 2013 que “El pilar esencial que impone al Estado el deber de respetar, proteger y garantizar los derechos de la sociedad y de las víctimas, exige que todas ellas tengan, como mínimo, las siguientes garantías: (...) (v) el derecho a la verdad, de modo que cuando un caso no haya sido seleccionado o priorizado, se garantice a través (de) mecanismos judiciales no penales y extrajudiciales; (vi) el derecho a la reparación integral y; (vii) el derecho a conocer dónde se encuentran los restos de sus familiares.”⁵

En conclusión, es claro que, según la Constitución, la aplicación de amnistías, indultos o cualquier otro mecanismo de renuncia a la persecución penal, en tanto tratamientos penales especiales y herramientas de justicia transicional, debe estar condicionada a la contribución a la satisfacción de los derechos de las víctimas a la verdad, la reparación y la no repetición.

1.2 La condicionalidad a nivel internacional

⁵ Sentencia C-579 de 2013.



Los derechos de las víctimas a la justicia, la verdad y la reparación han sido reconocidos, implícita y explícitamente, en múltiples instrumentos internacionales ratificados por Colombia, entre otros: a) Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos; b) artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos; c) literal a, numeral 3 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; d) Convención contra la tortura y otros tratos crueles e inhumanos; e) Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura; f) Convención sobre la desaparición forzada de personas; y g) Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio, a partir de los cuales se configuran obligaciones ineludibles en cabeza de los Estados.

Al respecto, el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los derechos humanos ha señalado que estarían prohibidas las amnistías que “(...) b) Interfieren con el derecho de las víctimas a un recurso efectivo, incluida la reparación, o c) Limitan el derecho de las víctimas y las sociedades a conocer la verdad acerca de las violaciones de derechos humanos y del derecho humanitario. (...)”⁶. Esto es lo que ocurre en el caso de que existan amnistías que no impongan condiciones efectivas a los beneficiarios relacionadas con la contribución en materia de verdad y reparación.

Así mismo, según las Pautas de Belfast sobre amnistía y responsabilidad, “es más probable que las amnistías se consideren legítimas cuando su principal propósito sea crear condiciones institucionales y de seguridad destinadas a la protección sostenible de los derechos humanos, y cuando exijan que los delincuentes participen en las medidas para asegurar la verdad, la responsabilidad y las reparaciones.”⁷.

Del mismo modo, frente a la Corte Interamericana, teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial, tienen riesgo de ser declaradas sin efectos ante ésta aquellas leyes que contemplen amnistías incondicionadas, como es el caso de Chile,⁸ Perú,⁹ y El Salvador,¹⁰ entre otros.

1.3 La condicionalidad en el Acuerdo Final

El examen de constitucionalidad de los desarrollos normativos que se expiden en virtud del Procedimiento Legislativo Especial para la Paz debe garantizar, además de la supremacía de la Constitución, el desarrollo de lo contemplado en el Acuerdo Final. Esto con miras a garantizar, no solamente el uso racional del “fast-track”, que se encuentra limitado exclusivamente a “facilitar y asegurar la implementación y desarrollo normativo del Acuerdo Final”, sino sobre todo, como garantía básica de cumplimiento de lo acordado.

⁶ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto. New York y Ginebra 2009. http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Amnesties_sp.pdf

⁷ The Belfast Guidelines on Amnesty and Accountability. Transitional Justice Institute, University of Ulster 2013. Ibid. Disponible en: www.ulster.ac.uk/transitionaljustice y http://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/BelfastGuidelines_TJI2014.pdf.pdf . Disponible en español en: http://www.concernedhistorians.org/content_files/file/TO/331.pdf

⁸ Véase. Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, 2006.

⁹ Véase. Corte IDH. Caso Barrios Altos Vs. Perú, 2001

¹⁰ Véase. Corte IDH, Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, 2012



INSTITUTE FOR INTEGRATED TRANSITIONS

Al respecto el Acuerdo Final establece en la introducción al Punto 5 que “resarcir a las víctimas está en el centro del Acuerdo”.

Así mismo el Acuerdo señala que el Sistema Integral “combina mecanismos judiciales que permiten la investigación y sanción de las graves violaciones a los derechos humanos y las graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, en los términos que establece la Jurisdicción Especial para la Paz, con mecanismos extrajudiciales complementarios que contribuyan al esclarecimiento de la verdad de lo ocurrido, la búsqueda de los seres queridos desaparecidos y la reparación del daño causado a personas, a colectivos y a territorios enteros”.

Y finalmente, en materia de condicionalidad el Acuerdo establece que “Los distintos mecanismos y medidas de verdad, justicia, reparación y no repetición, en tanto parte de un sistema que busca una respuesta integral a las víctimas, no pueden entenderse de manera aislada. Estarán interconectados a través de relaciones de condicionalidad y de incentivos para acceder y mantener cualquier tratamiento especial de justicia, siempre fundados en el reconocimiento de verdad y responsabilidades. El cumplimiento de estas condicionalidades será verificado por la Jurisdicción Especial para la Paz.” Esta disposición, por demás, se recoge de manera textual en el artículo 1 transitorio del Título Transitorio de la Constitución.

Específicamente el acuerdo sobre el derecho a la justicia señala en el numeral 10 que “(a) la terminación de las hostilidades la amnistía para los rebeldes únicamente estará condicionada a la finalización de la rebelión de las respectivas organizaciones armadas y al cumplimiento de lo establecido en el Acuerdo Final” y a continuación establece en el numeral 13 que “Para acceder al tratamiento especial previsto en el componente de Justicia del SIVJRNR es necesario aportar verdad plena, reparar a las víctimas y garantizar la no repetición.”

De ahí que las partes en la Mesa de conversaciones específicamente contemplaron el principio de condicionalidad, el cual no puede ser vulnerado por las normas de desarrollo objeto de revisión.

1.4 Incompatibilidad entre la Ley y el marco jurídico expuesto

Teniendo en cuenta las disposiciones antes mencionadas, la garantía de la satisfacción de los derechos de las víctimas implica el deber de condicionar cualquier tratamiento penal especial, incluyendo las amnistías. Lo contrario violaría la Constitución Política y el Acuerdo Final de Paz, y posiblemente también los estándares internacionales.

Si bien las disposiciones que se acusan no niegan el derecho a la verdad, la justicia y la reparación ni “eximen” al responsable, tampoco establecen una relación de condicionalidad entre su incumplimiento y la pérdida del beneficio de la amnistía.

Las disposiciones contenidas en los artículos 13, 33 y 50 de la Ley 1820 de 2016 y 5 y 7 del Decreto 277 de 2017 admiten una interpretación que permitiría que se otorguen amnistías, indultos u otro tipo de tratamiento penal especial sin que éstos se encuentren efectivamente condicionados a su contribución a la satisfacción de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación dentro de los mecanismos que plantea el Sistema Integral.



De acuerdo con lo anterior invitamos a la Honorable Corte a revisar la constitucionalidad de las disposiciones contenidas en los artículos 13, 33 y 50 y los artículos 5 y 7 del Decreto 277 de 2017 y establecer que el incumplimiento de las condiciones de contribución a la verdad, la reparación y la no repetición dentro de un plazo razonable, acarreará la pérdida de cualquier tratamiento penal especial, incluido el otorgamiento de la amnistía, el indulto u otro mecanismo de renuncia a la persecución penal.

Una amnistía condicionada que incentiva y exige la contribución de sus beneficiarios a la satisfacción de los derechos de las víctimas a la verdad y la reparación tiene una probabilidad mucho más alta de ser tenida como legítima y contribuir realmente a la reconciliación, así como a otros propósitos de la justicia transicional. Además, las amnistías acompañadas de una contribución efectiva a la satisfacción de los derechos de las víctimas gozan de mayor seguridad jurídica nacional e internacional.

2. La precisión de las conductas no amnistiables

La Ley de Amnistía establece, en el parágrafo del artículo 23, que “en ningún caso serán objeto de amnistía o indulto únicamente los delitos que correspondan a las conductas siguientes: a) Los delitos de lesa humanidad, el genocidio, los graves crímenes de guerra, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores, de conformidad con lo establecido en el Estatuto de Roma.”

En este aparte se abordarán las implicaciones que tiene la falta de claridad de algunas de las conductas sobre las cuales recae la prohibición de amnistía, en particular en lo relacionado con: i) los graves crímenes de guerra; ii) las ejecuciones extra-judiciales y privaciones graves de la libertad; y iii) el reclutamiento de menores.

El artículo 29 de la Constitución Política, consagra el derecho fundamental al debido proceso que tiene como pilar fundamental el principio de legalidad. Éste tiene como fin la protección de la libertad y la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo estatal y la lucha contra la arbitrariedad judicial.¹¹

El principio de legalidad es fundamental también para la garantía de los derechos de las víctimas sobre todo cuando se trata de la aplicación de figuras como la amnistía, el indulto y la renuncia a la persecución penal en escenarios de transición, y con mayor acervo teniendo en cuenta que el listado de conductas sobre las cuales recae la prohibición de la aplicación es taxativo y exhaustivo. En efecto, a la luz del principio de legalidad, las conductas deben estar determinadas de manera tal que, dando espacio para la interpretación y juicio por parte del juez, éste tenga claridad y certeza sobre los límites de la aplicabilidad de la figura, es decir los crímenes que en ningún caso pueden ser objeto de amnistía, indulto, o renuncia de la persecución penal.

¹¹ Sentencia C-713 de 2012



Para efectos de determinar el alcance de cada disposición, resulta necesario referiremos al núcleo básico de aquello que la Corte Constitucional, de conformidad con el artículo 66 transitorio de la Constitución, ha establecido que en contextos de transición del conflicto armado a la paz no resulta amnistiable, ni objeto de renuncia a la persecución penal: los casos de los máximos responsables de los crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra cometidos de manera sistemática y genocidio, en particular los más graves y representativos.¹²

2.1. Graves crímenes de guerra

La Ley de amnistía excluye los graves crímenes de guerra de la aplicación de la amnistía y la renuncia de la persecución penal señalando que se entiende por grave “toda infracción del Internacional Humanitario cometida de forma sistemática”. Esta expresión no resulta extraña al ordenamiento jurídico colombiano. El artículo 66 transitorio de la Carta establece el deber, en contextos de transición, de “centrar los esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables de todos los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio, o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática.”

Como en su momento lo analizó la Corte Constitucional en la sentencia C-579 de 2014, la pretensión de investigar, juzgar y sancionar y todas las infracciones al Derecho Internacional Humanitario cometidas a lo largo de más de 50 años resultaría imposible. De ahí que la concentración en la investigación de los crímenes de guerra cometidos de manera sistemática, por oposición a la investigación caso a caso de las infracciones al derecho internacional humanitario, al permitir esclarecer los patrones y políticas, satisface de mejor manera el deber de investigar, juzgar y sancionar, y contribuye de manera más efectiva a la satisfacción de los derechos de las víctimas.

En esa oportunidad la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del artículo 66 transitorio, señalando que la sistematicidad de crímenes de guerra, más que hacer referencia a la masividad o generalidad de los delitos, se identifica con su ejecución como parte de un plan organizado o política¹³. En aras de garantizar una interpretación armónica en el ordenamiento jurídico, le invitamos a la Honorable Corte que considere adoptar esta misma interpretación para efectos de delimitar la prohibición de conceder amnistías por graves crímenes de guerra, entendiendo por estos aquellos cometidos bajo un plan o política.

2.2. Ejecuciones extrajudiciales y privaciones graves de la libertad

Las ejecuciones extrajudiciales y privaciones graves de la libertad no constituyen conductas tipificadas en el ordenamiento interno ni se encuentran contenidas en el Estatuto de Roma.

Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha resaltado que, a pesar de no tener una tipificación expresa, las ejecuciones extra-judiciales consisten “en el homicidio deliberado de una persona protegida, por parte de agentes del Estado que se valen del poder estatal para justificar la comisión del hecho punible”¹⁴. Por su parte, en cuanto a las privaciones arbitrarias

¹² Sentencia C-579 de 2013.

¹³ Sentencia C-579 de 2013

¹⁴ Sentencia T-535 de 2015



de la libertad, el Acuerdo Final de Paz distingue entre “la aprehensión de combatientes efectuada en operaciones militares” que podría ser amnistiada, y la “toma de rehenes” que no podría ser amnistiada.

Ahora bien, en contexto de aplicación simultánea del deber de garantizar los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario, la Corte Internacional de Justicia ha señalado que el segundo sirve como parámetro para la interpretación del primero. Así, en la opinión consultiva relativa a la Licitud de la amenaza o del empleo de las armas nucleares de 1996, la CIJ señaló que “la protección del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no cesa en tiempos de guerra, salvo por la operación del Artículo 4 del Pacto por, el cual ciertas disposiciones pueden ser derogadas en tiempo de una emergencia nacional. Sin embargo, el respeto por el derecho a la vida no es una de esas disposiciones. En principio, el derecho a no ser privado de la vida arbitrariamente se aplica también en tiempo de hostilidades. Ahora bien, el test para establecer si la privación de la vida es arbitraria debe ser establecido por la *lex specialis* aplicable, es decir, la ley aplicable a un conflicto armado, que está diseñada para regular la conducción de hostilidades. Entonces, si una privación particular de la vida, por el uso de un cierto tipo de arma, debe ser considerada una privación arbitraria de la vida, en contravía del Artículo 6 del Pacto, sólo puede ser establecido con referencia a la ley aplicable en conflicto armado y no deducida de los términos del Pacto mismo.”¹⁵

De acuerdo con lo anterior, consideramos necesario aclarar que los conceptos de ejecuciones extrajudiciales y de privaciones graves de la libertad se refieran a aquellas muertes o privaciones de la libertad resultado de infracciones al Derecho Internacional Humanitario, y que es sobre éstas sobre las que recae la prohibición de amnistía y de renuncia a la persecución penal.

2.3. Reclutamiento de menores

A la luz del Estatuto de Roma, adoptado por el Estado Colombiano mediante la Ley 742 de 2002, se constituyen como crímenes de guerra todos aquellos actos dirigidos a reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades¹⁶. Así mismo, el Protocolo II de los Convenios de Ginebra prohíbe el reclutamiento de menores de 15 años en grupos armados y su participación en las hostilidades¹⁷.

Sin embargo, tanto el derecho internacional de derechos humanos como el derecho colombiano, prohíben también el reclutamiento de menores de entre 15 y 18 años.

¹⁵ Traducción libre; original en inglés: “The Court observes that the protection of the International Covenant of Civil and Political Rights does not cease in times of war, except by operation of Article 4 of the Covenant whereby certain provisions may be derogated from in a time of national emergency. Respect for the right to life is not, however, such a provision. In principle, the right not arbitrarily to be deprived of one’s life applies also in hostilities. The test of what is an arbitrary deprivation of life, however, then falls to be determined by the applicable *lex specialis*, namely, the law applicable in armed conflict which is designed to regulate the conduct of hostilities. Thus whether a particular loss of life, through the use of a certain weapon in warfare, is to be considered an arbitrary deprivation of life contrary to Article 6 of the Covenant, can only be decided by reference to the law applicable in armed conflict and not deduced from the terms of the Covenant itself”. Corte Internacional de Justicia de la Haya, Opinión Consultiva de 8 de julio de 1996 sobre “la Licitud de la amenaza o del empleo de las armas nucleares”; en página web: <http://www.icj-cij.org/icjwww/icasces/iunan/iunanframe.htm>.

¹⁶ Estatuto de Roma, 1 de julio de 2002, Artículo 8.

¹⁷ Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra, 12 de Agosto de 1949, Título II, Artículo 4, Numeral 2.



En primer lugar, el artículo 44 de la Constitución Política establece el deber para el Estado, la sociedad y la familia, de asistir y proteger a los menores para garantizar el ejercicio pleno de sus derechos y su desarrollo integral. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha afirmado que los niños son sujetos de especial protección constitucional y que esta garantía se extiende todos los menores de 18 años. La protección constitucional de los niños y niñas implica que sus derechos son fundamentales y prevalentes, y que su protección se extiende ante diferentes formas de agresión, como el abandono, la violencia física o moral, el secuestro, la venta, el abuso sexual, la explotación laboral y económica y los trabajos riesgosos, entre otros.¹⁸

Adicionalmente, al ratificar la Convención Internacional de los Derechos del Niño, el Estado Colombiano hizo una reserva¹⁹ aclarando que la edad entendida en el artículo 38, respecto del reclutamiento de menores y su participación en las hostilidades, de acuerdo con la legislación interna, es hasta los 18 años.²⁰ Esta reserva fue reiterada por la Corte Constitucional en la sentencia C-203 de 2005.

De igual forma el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados aprobado por la Ley 833 de 2003, establece que los Estados Partes adaptarán todas las medidas posibles para que ningún miembro de sus fuerzas armadas de menos de 18 años participe directamente en las hostilidades.²¹

Por otro lado, la normatividad interna colombiana dispuso la mayoría de edad en los 18 años y con ello determinó este límite para efectos de la interpretación del delito de reclutamiento de menores.²² Así, el Código Penal Colombiano, en el artículo 162 tipifica la conducta de reclutamiento ilícito como aquella dirigida en contra de los menores de 18 años.

Finalmente, el Convenio 182 de la OIT, adoptado por Colombia mediante la Ley 704 de 2001, señala como una de las peores formas de trabajo infantil, el reclutamiento de niños en grupos regulares o irregulares y su participación en el conflicto armado, y por “niños”, el Convenio entiende menores de 18 años²³.

¹⁸ Sentencia C-240 de 2009

¹⁹ Una reserva a un tratado internacional es definida por el artículo 2, parágrafo 1, literal d) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados como “una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado; (...)”

²⁰ En el momento de la ratificación Colombia hizo la siguiente reserva: “El Gobierno de Colombia, de conformidad con el inciso d) del párrafo 1 del artículo 2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, suscrita el 23 de mayo de 1969, declara que para los efectos de las disposiciones contenidas en los párrafos 2 y 3 del artículo 38 de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, se entiende que la edad a la que se refieren los párrafos citados es la de 18 años (...)”.

²¹ Protocolo Facultativo a la Convención Internacional de los Derechos del Niño, relativo a la participación de niños en conflictos armados, 25 de mayo del 2000, Artículos 1, 2 y 4.

²² La Ley 418 de 1997 prohíbe la prestación de Servicio militar para personas menores de 18 años a menos que su voluntad y la de sus padres así lo expresaran y establece que quien reclute a menores de edad para integrar grupos insurgentes o grupos de autodefensa, o los induzca a integrarlos, o los admita en ellos, o quienes con tal fin les proporcione entrenamiento militar, será sancionado con prisión de tres a cinco años. La Ley 548 de 1999 prohíbe expresamente la prestación de servicio militar y el reclutamiento ilegal aunque la voluntad del menor y la de sus padres así lo expresara.

²³ Convenio 182 de 1999 de la OIT, Artículo 2 y 3.



INSTITUTE FOR INTEGRATED TRANSITIONS

De acuerdo con lo anterior, es claro que el reclutamiento forzado de menores de 18 años es un delito en el orden nacional e internacional, una violación a los derechos humanos y una infracción al DIH.

Sin embargo, el Acuerdo Final y la Ley de Amnistía, permiten la amnistía del reclutamiento de menores de entre 15 y 18 años, al establecer la prohibición únicamente frente a aquellos reclutamientos contrarios al Estatuto de Roma. En nuestra opinión, ese aparte del Acuerdo y de la Ley objeto de revisión, violan la Constitución.

Al respecto, la honorable Corte Constitucional ha señalado que las diferencias en los rangos etarios de protección establecidos en el Derecho Penal Internacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no desvirtúa “la prevalencia de los derechos de los menores de 18 años en el ordenamiento interno, dado que el esquema de protección constitucional colombiano cobija a todos los individuos que se encuentran en esa franja cronológica.”²⁴

Recordemos que al tenor del principio *Pro Homine* que rige la hermenéutica del sistema internacional de los derechos humanos, la Corte Interamericana ha afirmado que, al interpretarse diferentes normas de un mismo orden, debe acudirse a la más amplia o a la interpretación más extensiva de los derechos humanos.²⁵

Sobre esto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone, en su artículo 29, que “No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigente en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.”

La Corte Constitucional ha retomado el principio de interpretación *Pro Homine* afirmando que ante una coalición entre el sistema internacional y el interno, prevalece el segundo cuando ofrezca mayores garantías de protección a los derechos de las personas. Esta regla, en el derecho interno ha sido denominada como la cláusula de favorabilidad en la interpretación de los derechos humanos dando prevalencia a la norma que consagre mayor garantía al goce de los derechos.²⁶

En conclusión, la mención “de conformidad con lo establecido en el Estatuto Roma” reduce la protección de los derechos de los menores de 18 años establecida en el Derecho Penal Colombiano y en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia y va en contravía del principio *Pro Homine* y de los desarrollos constitucionales sobre la prevalencia de los derechos de los niños.

De acuerdo con lo anterior invitamos a la Honorable Corte considerar la idoneidad de condicionar la exequibilidad del artículo 23 de la Ley objeto de revisión, a la interpretación

²⁴ Sentencia C-203 de 2005, C-157 de 2007 y C-240 de 2009.

²⁵ Corte IDH, Caso Masacre de Mapiripán, Caso Ricardo Canese, Caso Herrera Ulloa y Caso Baena Ricardo.

²⁶ Sentencias C-408 de 1996 y C-148 de 2005 entre otras.



según la cual, se prohíbe la concesión de amnistías o tratamientos penales equivalentes, por el reclutamiento forzado de menores de 18 años.

3. El deber de sancionar

Si bien la Ley 1820 de 2016 y el Decreto 277 de 2017 no reglamentan de manera directa el régimen de sanciones de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), el régimen de libertades allí contemplado (artículos 35-37 y 51-55) tiene efectos sobre el cumplimiento de las sanciones que impondrá la JEP a las personas que, habiendo participado de manera directa o indirecta en el conflicto armado, hayan cometido crímenes no amnistiables y por lo tanto objeto del deber de investigar, juzgar y sancionar.

Así, la Ley objeto de revisión concede en primer lugar la libertad condicional a los miembros de las FARC y de la Fuerza Pública, que han estado privados de la libertad por más de 5 años por delitos no amnistiables. La vigilancia de dicha libertad condicionada se hará por parte de la autoridad judicial que la otorgue.

En segundo lugar, a los miembros de las FARC que hayan estado privados de la libertad por menos de 5 años por delitos no amnistiables, les concede el traslado a las ZVTN. Estas personas, según dicha normatividad, continuarán privadas de la libertad dentro de las ZVTN para lo cual serán vigilados por el INPEC.²⁷

Y, en tercer lugar, a los miembros de la Fuerza Pública que hayan estado privados de la libertad por menos de 5 años por delitos no amnistiables, les concede el traslado a unidades militares o de policía, en donde continuarán privadas de la libertad, vigiladas por El Director del centro de reclusión militar o policial.²⁸

La revisión de estas normas resulta de especial importancia dado que, al referirse a conductas no amnistiables, su constitucionalidad depende del análisis sobre si tales disposiciones cumplen con el deber de sancionar en contextos de transición del conflicto armado a la paz. Además, los lineamientos que la Corte trace en la materia, serán determinantes para establecer los contenidos básicos de desarrollo de las sanciones de la Jurisdicción Especial para la Paz por parte del Congreso de la República.

Para abordar este tema nos referiremos a: i) Los contenidos del deber de sancionar en contextos de transición; ii) Los contenidos del Acuerdo de Paz en la materia; y iii) Una propuesta de parámetros de interpretación para armonizar el Acuerdo y los desarrollos normativos para su implementación, con el deber de sancionar.

3.1 Contenidos del deber de sancionar en contextos de transición

A la luz del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho penal internacional, Colombia tiene la obligación de investigar, juzgar y sancionar los crímenes internacionales.

²⁷ Decreto 4151 de 2011, Artículo 2, numeral 7.

²⁸ Ley 1820 de 2016, artículos 57, 58 y 59.



INSTITUTE FOR INTEGRATED TRANSITIONS

Al igual que los Estados tienen dicha obligación, también tienen cierta discrecionalidad para determinar mecanismos de selección y priorización, que garanticen la concentración de los esfuerzos del aparato punitivo del Estado en los crímenes más graves y representativos, así como determinar las sanciones respectivas. La discrecionalidad del Estado, sin embargo, no es absoluta.

Al respecto la Fiscalía de la Corte Penal Internacional ha venido estableciendo unos criterios para determinar la efectividad de las sanciones frente a la gravedad del crimen y el grado de responsabilidad del sancionado. Ante esto, si una sanción es manifiestamente inadecuada, tanto la sanción como el procedimiento penal en sí pierden legitimidad como mecanismos de judicialización y sanción de crímenes internacionales. Así, las características de la sanción como el tiempo y las condiciones en las que se cumple, son factores que le dan o le quitan legitimidad al mecanismo de justicia y el cumplimiento de las obligaciones internacionales de Colombia.

De manera más detallada y específica, el Vice Fiscal General de la CPI, James Stewart, ha afirmado que “el que una reducción de la pena resulte compatible con los principios del Estatuto de Roma dependerá de las circunstancias particulares del caso, (...) se debe exigir que cumpla con determinadas condiciones tales como: un reconocimiento de su responsabilidad penal, la desmovilización y el desarme, la garantía de no repetición de la conducta, la participación plena en el proceso de establecimiento de la verdad respecto de los crímenes graves, una posible prohibición temporal de tomar parte en los asuntos públicos.”²⁹ En cuanto a las penas alternativas, plantea que son compatibles con el Estatuto de Roma siempre y cuando tomen en consideración los siguientes factores: “la práctica habitual a nivel nacional en cuanto a la imposición de penas por crímenes del Estatuto de Roma, la proporcionalidad de la pena en relación con la gravedad del crimen y el grado de responsabilidad del autor, el tipo y grado de restricciones a la libertad, la existencia de circunstancias atenuantes, las razones que el juez que impone la sanción haya dado para imponer una sanción en particular.”³⁰

Luego en contextos de transición del conflicto armado a la paz es posible imponer sanciones reducidas y no carcelarias, siempre y cuando estén condicionadas a la satisfacción de los derechos de las víctimas, y se cumplan en condiciones que garanticen su seriedad.

3.2 Las sanciones contempladas en el Acuerdo Final de Paz

El Acuerdo Final de Paz establece que quienes hayan participado directa o indirectamente en el conflicto armado y tengan responsabilidad respecto de la comisión de los crímenes más graves y representativos, podrán tener acceso a sanciones reducidas y alternativas (no carcelarias) que perseguirán tanto fines retributivos y restaurativos³¹, siempre que cumplan con las condiciones del Sistema de contribución a la reparación, la verdad y la no repetición.

²⁹ Discurso principal de James Stewart, Fiscal Adjunto de la Corte Penal Internacional “La Justicia Transicional en Colombia y el Papel de la Corte Penal Internacional”. 13 de mayo de 2015, Bogotá DC. Colombia. Pág. 11-13

³⁰ *Ibid.* Pág. 14

³¹ Gobierno Nacional y FARC-EP, Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, 24 de noviembre de 2016, pág. 128: “El Sistema Integral hace especial énfasis en medidas restaurativas y reparadoras, y pretende alcanzar justicia no solo con sanciones retributivas.”



INSTITUTE FOR INTEGRATED TRANSITIONS

Así, el Acuerdo contempla tres tipos de sanciones para quienes hayan tenido una participación determinante en los crímenes más graves y representativos:

- Sanciones propias restrictivas de la libertad con funciones reparadoras y restaurativas que se impondrán a quienes reconozcan verdad y responsabilidad ante la Sala de Reconocimiento y que tendrán una duración de 5 - 8 años;³²
- Sanciones privativas de la libertad de 5 a 8 años en condiciones carcelarias ordinarias para quienes reconozcan verdad y responsabilidad antes de la sentencia; y
- Sanciones ordinarias en condiciones carcelarias de 15 a 20 años para quienes no reconozcan verdad y responsabilidad ante la Jurisdicción Especial para la Paz.

En lo relacionado con las condiciones de cumplimiento de las sanciones no carcelarias (“sanciones propias”), el Acuerdo contempla las siguientes características (numeral 60 del Acuerdo de la JEP):

- Es el Tribunal el que ordena las sanciones, decide sobre las actividades y obras reparadoras, pre-establece los lugares de ejecución y determina las condiciones de restricción efectiva de la libertad
- El tamaño de las zonas donde se llevarán a cabo las acciones restaurativas será de máximo una vereda, y dentro de éstas se deberán establecer los lugares específicos de residencia donde se cumplirá la restricción efectiva de la libertad.
- La supervisión, certificación y cumplimiento de las sanciones se hará, por parte del Tribunal para la Paz, con el apoyo de un mecanismo internacional que será un componente específico de la Misión Política de Verificación de la ONU.³³
- Las acciones restaurativas estarán sujetas al cumplimiento de horarios y deberá haber informes periódicos sobre su cumplimiento.
- Las actividades y obras de reparación deberán ser consultadas con los representantes de las víctimas residentes en el lugar de ejecución.
- Las sanciones deberán garantizar la no repetición.

En cuanto al momento a partir del cual se descuenta el cumplimiento del tiempo de las sanciones no carcelarias, el Acuerdo plantea que “el periodo de permanencia en las Zonas Veredales Transitorias de Normalización (ZVTN), será considerado en su caso como tiempo de cumplimiento de la sanción, siempre que durante dicha permanencia se hubieran realizado trabajos u obras, o actividades con contenido reparador. Una vez finalizado el periodo de permanencia en las ZVTN, los trabajos u obras o actividades con contenido reparador que se realicen por personas a disposición de la JEP, también serán consideradas como tiempo de cumplimiento de la sanción que pudiera imponérseles, siempre y cuando dichos trabajos, obras o actividades se realicen en una ubicación territorial perfectamente definida y verificable.” La verificación de lo anterior se hará por el Secretario Ejecutivo de la JEP.³⁴

³² #60, Pág. 164-165.

³³ Gobierno Nacional y FARC-EP, Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, 24 de noviembre de 2016, #53, pág. 161 y #62, pág. 162.

³⁴ Gobierno Nacional y FARC-EP, Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, 24 de noviembre de 2016, #60, pág. 166.



INSTITUTE FOR INTEGRATED TRANSITIONS

Así mismo, el Acuerdo establece que las actividades, trabajos u obras realizadas desde la adopción del acuerdo sobre desminado humanitario, de forma personal y directa por cualquier persona que se someta a la JEP, serán tenidas en consideración a la hora de imponer la sanción, siempre y cuando: 1. La actividad sea reparadora o restaurativa, 2. Que sea acreditada por entidad competente y 3. Que sea compatible con el listado de sanciones.³⁵

Es claro entonces que se requieren precisiones respecto de las características que deben cumplirse para que los tiempos dentro de las ZVTN y Unidades Militares o Policiales puedan ser abonados al cumplimiento de la sanción, en sus respectivas modalidades, así como la manera en la que se hará el seguimiento, certificación y cumplimiento de los componentes retributivo y restaurativo de la sanción, so pena de afectar la seguridad jurídica de los procesados y la garantía de los derechos de las víctimas.

3.3 Armonización entre el deber de sancionar y los contenidos del Acuerdo

A modo ilustrativo se plantea el siguiente ejemplo: Una persona que haya sido condenada por delitos no amnistiables, por los cuales ha cumplido 3 años de prisión, será trasladada a una ZVTN o a una Unidad Militar o Policial. Esta persona es luego llamada a comparecer ante la JEP por considerar que tuvo una participación determinante en los crímenes más graves y representativos. Asumamos en gracia de discusión que tal persona decide reconocer responsabilidad y contribuir a la satisfacción de los derechos de las víctimas. Según el Acuerdo Final, la sanción que tendría que imponer la JEP debe tener en consideración el tiempo cumplido estando en la ZVTN o en la Unidad Militar o Policial. Sin embargo, si durante su permanencia en dicha zona, esta persona no tuvo una restricción de su libertad mayor al resto de los miembros de las FARC o de las Fuerza Pública que allí se encuentren ubicados, este tiempo no podría ser contado como cumplimiento de la restricción efectiva de la libertad.

El problema jurídico objeto de decisión por parte de la Honorable Corte Constitucional, es cuáles deben ser las condiciones mínimas básicas de restricción efectiva de la libertad de las personas que habiendo cometido delitos no amnistiables sean puestas en libertad como resultado de la Ley y el Decreto-Ley objeto de revisión, para efectos de garantizar el cumplimiento del deber de sancionar. Específicamente corresponde a la Corte Constitucional establecer cuáles deben ser las condiciones de cumplimiento de esa sanción y a partir de cuándo podrá empezarse a descontar el tiempo de restricción efectiva de la libertad.

Para efectos de llevar a cabo este proceso de armonización, sugerimos a la Honorable Corte tener en cuenta los siguientes criterios al momento de acreditar que las condiciones de restricción efectiva de la libertad cumplen con el deber de sancionar: i) Interpretar la disposición del Acuerdo según la cual “se determinará el lugar de residencia de la persona que ejecutará la sanción acordada”, como el deber de aplicar los contenidos básicos de la sanción domiciliaria; ii) Imponer restricción al derecho de libre locomoción por fuera del lugar de residencia salvo para cumplir la función restaurativa de la sanción y bajo vigilancia de Naciones Unidas; iii) Establecer restricción del derecho a conducir vehículos automotores y motocicletas; iv) Definir una restricción del derecho de difusión de la información; v) Imponer restricción a los derechos

³⁵ Gobierno Nacional y FARC-EP, Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, 24 de noviembre de 2016, Listado de Sanciones, p. 171-172.



INSTITUTE FOR INTEGRATED TRANSITIONS

políticos durante el cumplimiento de la sanción; vi) Establecer restricción al acceso y abordaje a las víctimas, salvo para el desarrollo de los actos tempranos de reconocimiento de responsabilidad y de contribución a la reparación de las víctimas; vii) Garantizar que las acciones de carácter reparador y restaurativo de la sanción se enmarquen dentro del Programa de Atención y Reparación Integral a las Víctimas, y sean verificadas y certificadas (en horas o en proyectos) por una entidad del Estado, como la Unidad de Víctimas; viii) Establecer que las actividades voluntarias de contribución a la reparación ejecutadas de manera previa a la imposición de la sanción –a través de labores humanitarias de desminado o acciones concretas de contribución a la reparación entre otras-, se abonan al componente restaurativo y al cumplimiento de la condicionalidad del deber de reparar; ix) Definir que el tiempo de restricción efectiva de la libertad empieza a descontarse a partir del cumplimiento de las condiciones señaladas en los literales i-v antes mencionados, sin perjuicio de los descuentos adicionales por haber estado recluso previamente en establecimiento carcelario³⁶; x) Establecer que en aquellos casos en los que el sancionado no entregue bienes o valores ni ejecute acciones o labores voluntarias de reparación previa la imposición de la sanción, la persona conserva una carga adicional en cuanto a la reparación que deberá ser determinada por la JEP en el marco de la oferta institucional de reparación de víctimas.

4. El tratamiento de la protesta social

A la luz del artículo 3 de la Ley 1820 de 2016, que determina su ámbito de aplicación, esta normatividad se extiende también a “las conductas cometidas en el marco de disturbios públicos o el ejercicio de la protesta social”³⁷ en los términos que esta misma indica. Esta disposición se desprende directamente de lo establecido en el Acuerdo Final de Paz.

Si bien el artículo 24 determina que la Sala de Amnistías e Indultos deberá otorgar el indulto por las conductas³⁸ relacionadas con la protesta social y disturbios públicos siempre y cuando sean conexas con el delito político, más adelante, los artículos 28 y 29 plantean que la Sala de Definición de Situaciones jurídicas puede conocer y resolver la situación jurídica, aplicando mecanismos de cesación de procedimiento con miras a la extinción de la acción y la responsabilidad, de todas aquellas personas que se encuentren en procesos penales por

³⁶ Es importante recordar que la Corte Constitucional consideró inconstitucional, en la Sentencia C-370 de 2006, abonar el tiempo de permanencia en las zonas de concentración de los postulados a Justicia y Paz, sin que medie una imposición coercitiva de la restricción de derechos fundamentales, pues este tiempo era producto de un hecho voluntario.

³⁷ Ley 1820 de 2016, Art. 3.

³⁸ Ley 1820 de 2016, art. 24: “Cuando reciba traslado de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, a Sala de Amnistía e Indulto otorgará el indulto que la extinción de las sanciones impuestas, por siguientes delitos u otros cometidos en marco de disturbios públicos o el ejercicio de la protesta social, siempre y cuando sean conexas con el delito político conforme a los criterios establecidos en el artículo 23: lesiones personales con incapacidad menor a 30 días, daño en bien ajeno; perturbación en servicio de transporte público, colectivo u oficial; obstrucción a vías públicas que afecte orden público; disparo de arma de fuego; empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos; y violencia contra servidor público; perturbación de actos oficiales; y asonada del Código Penal colombiano”.



INSTITUTE FOR INTEGRATED TRANSITIONS

conductas relacionadas con la protesta o disturbios internos, citando algunos delitos de manera enunciativa³⁹ y sin requerir su relación directa o indirecta con el conflicto armado.

Finalmente, el artículo 37 de dicha Ley contempla la excarcelación de todas aquellas personas privadas de la libertad por unas conductas específicas⁴⁰ cometidas en relación con la protesta o disturbios internos y que manifiesten su voluntad someterse a la JEP para que la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas pueda aplicar mecanismos de cesación de procedimientos y de responsabilidad.

Por su lado, el Decreto 277 de 2017 regula, en el artículo 15, el procedimiento de libertad condicional otorgada a personas privadas de la libertad por conductas cometidas en relación con la protesta o disturbios internos por los siguientes delitos: “artículos 112 (lesiones personales con incapacidad menor a 30 días); (daño en bien ajeno); 353 (perturbación en servicio de transporte público, colectivo u oficial); 353A (obstrucción a vías públicas que el orden público); 356A (disparo de arma fuego); 359 (empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos); 429 (violencia contra servidor público); 430 (perturbación de actos oficiales) y 469 (asonada) del Código Penal” siempre y cuando manifiesten su voluntad de someterse a la JEP para que la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas aplique los mecanismos de cesación procedimientos.

Para ello, dicha disposición determina que el funcionario que otorgue la libertad condicional debe verificar únicamente que el delito se encuentre en el listado mencionado y haya sido cometido en relación con la protesta social y disturbios internos.

En nuestra opinión, la aplicación de mecanismos de renuncia a la acción penal y amnistía al conjunto indeterminado llamado “protesta social”, abre la puerta para que una multitud de delitos comunes sean cubiertos por una herramienta de justicia transicional. Pero más grave

³⁹ Ley 1820 de 2016, art. 28, # 9: “Recibir la información procedente de organizaciones sociales, sindicales y de derechos humanos y procesos que hacen parte de la Cumbre Agraria, Étnica y Popular, cuando se trate de los siguientes delitos, cometidos en el marco de disturbios públicos o el ejercicio de la protesta social: asonada, obstrucción de vías públicas, lanzamiento de sustancias peligrosas, violencia contra servidor público, perturbación del servicio de transporte público, daños en bien ajeno, lesiones personales y demás delitos ocasionados en el marco de la ley de seguridad ciudadana o en ejercicio de la protesta social. En estos casos, la Sala aplicará mecanismos de cesación de procedimiento con miras a la extinción de la acción y la responsabilidad o podrá remitir dicha información a la Sala de Amnistía e Indulto para lo de su competencia”; y art. 29, # 9: 2. Personas que, por conductas desplegadas en contextos relacionados con el ejercicio del derecho a la protesta o disturbios internos, hayan sido perseguidas penalmente, por los delitos contemplados en los artículos 112 (lesiones personales con incapacidad menor a 30 días), 265 (daño en bien ajeno), 353 (perturbación en servicio de transporte público, colectivo u oficial), 353A (obstrucción a vías públicas que afecte el orden público), 356A (disparo de arma de fuego), 359 (empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos), 429 (violencia contra servidor público), 430 (perturbación de actos oficiales) y 469 (asonada) del Código Penal colombiano. Otras personas condenadas por delitos diferentes a los anteriores como consecuencia de participación en actividades de protesta, podrán solicitar a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas el ejercicio de sus competencias respecto a sus condenas, si pudieran acreditar que las conductas por las que fueron condenados no son de mayor gravedad que las establecidas en los anteriores artículos del Código Penal.

⁴⁰ Ley 1820 de 2016, art. 37, inc. 4: “(...) delitos contemplados en los artículos 112 (lesiones personales con incapacidad menor a 30 días); 265 (daño en bien ajeno); 353 (perturbación en servicio de transporte público, colectivo u oficial); 353A (obstrucción a vías públicas que afecte el orden público); 356A (disparo de arma de fuego); 359 (empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos); 429 (violencia contra servidor público); 430 (perturbación de actos oficiales) y 469 (asonada) del Código Penal colombiano (...)”.



aún, la ausencia de relación entre las conductas cometidas en el marco de disturbios públicos o de la protesta social con el conflicto armado interno y con la rebelión, excede ampliamente las excepciones constitucionales al deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar los delitos. Se trata, en nuestra opinión, de una disposición del Acuerdo de Paz reiterada en la Ley y Decreto-ley objetos de revisión, que parece ser contraria a la Constitución Política.

4.1 Las excepciones al deber constitucional de ejercer la acción penal

A la luz del artículo 250 de la Carta, la Fiscalía General de la Nación tiene la obligación de investigar los hechos que puedan constituir delitos y de adelantar el ejercicio de la acción penal y no puede suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal.

Esta premisa general tiene tres excepciones constitucionales, a saber:

1. El principio de oportunidad consagrado en el artículo 250 de la Carta Política, que se aplica por parte de la Fiscalía General de la Nación por las causales establecidas en el artículo 324 de la Ley 905 de 2005, y es sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. (Principio que ha sido definido legal y jurisprudencialmente de aplicación para delitos menos gravosos y que no puede ser aplicado a contextos de justicia transicional)
2. La amnistía o el indulto que otorga el Congreso de la República a la luz del artículo 150 de la Constitución Política, por delitos políticos o conexos.
3. El tratamiento penal especial consagrado en el artículo 66 transitorio de la Constitución Política y en el Acto Legislativo que permite la renuncia al ejercicio de la acción penal se delitos cometidos en el conflicto armado, cuándo no se trate de los máximos responsables de los crímenes más graves y representativos.

De acuerdo con lo anterior se alcanzan las siguientes conclusiones. La aplicación del indulto y la amnistía para los rebeldes, encuentra justificación constitucional en el artículo 150. La aplicación de la renuncia a la acción penal de quienes no fueron los máximos responsables de crímenes internacionales (sean agentes del Estado, guerrilleros o terceros civiles que financiaron o colaboraron con grupos armados) encuentra justificación en el artículo 66 transitorio constitucional.

Pero la aplicación de la libertad condicional y de mecanismos de cesación de procedimiento con miras a la extinción de la responsabilidad por parte de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas respecto de delitos cometidos en el marco de protestas o disturbios públicos: a) no se encuadran en el mandato del artículo 66 transitorio de la Constitución Política y el acto legislativo que crea disposiciones transitorias para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, pues no se aplican a conductas relacionadas directa o indirectamente con el conflicto armado; b) no se encuadran en mandato del artículo 150 de la Constitución pues no se aplican a delitos políticos o conexos; y c) no se encuadran en la salvedad del artículo 250 de la Carta pues no materializan la aplicación del principio de oportunidad.

Por todo lo anterior, invitamos a la Corte considerar la idoneidad de declarar la inconstitucionalidad de la aplicación de mecanismos de tratamiento penal especial de la justicia



transicional a conductas que no están relacionadas, ni directa ni indirectamente con el conflicto armado interno y que tampoco se encuentran relacionadas con los delitos políticos.

5. La persecución de bienes para la reparación

Si bien el artículo 41 de la Ley de 1820 de 2016 establece que, la aplicación de la amnistía no tiene efectos sobre la acción de extinción de dominio, ejercida por el Estado de conformidad con las normas vigentes, sobre bienes muebles o inmuebles apropiados de manera ilícita, a paso seguido determina que “en aquellos casos en los que el bien inmueble afectado por la extinción de dominio sea propiedad del padre, madre, hermano o hermana o cónyuge del amnistiado y se hubiere destinado de forma prolongada y habitual desde su adquisición a su vivienda familiar, la carga de la prueba de la adquisición ilícita corresponderá al Estado”. En nuestra opinión, esta disposición, que se desprende del Acuerdo Final, resulta contraria a la Constitución.

La extinción de dominio ha sido definida por la Corte Constitucional como “El proceso de extinción de dominio es “una consecuencia patrimonial de actividades ilícitas o que deterioran gravemente la moral social, consistente en la declaración de titularidad a favor del Estado de los bienes a que se refiere esta ley, por sentencia, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para el afectado”⁴¹. El origen constitucional de esta figura es justamente el reconocimiento de que “(...) el enriquecimiento ilícito ha sido un factor de corrupción social en Colombia, no sólo por lo que implica el delito en sí mismo, sino porque quienes los cometen hacen ostentación ante los demás con bienes lujosos que en verdad no les pertenecen y que no fueron obtenidos como fruto del trabajo honrado.”⁴²

Esta figura, contenida y desarrollada por la Ley 1708 de 2014, que crea el Código de Extinción de Dominio, tiene como límite el derecho a la propiedad lícitamente obtenida de buena fe exenta de culpa y ejercida conforme a la función social y ecológica que le es inherente⁴³ por lo que se presume la buena fe en la adquisición o destinación de los bienes, siempre y cuando el titular del derecho proceda de manera diligente y prudente, exenta de toda culpa.

Sin embargo, el artículo 152, en concordancia con la jurisprudencia constitucional en la materia, establece una carga dinámica de la prueba de manera que los hechos, en materia de extinción de dominio, deben ser probados por la parte que esté en mejores condiciones de hacerlo.

La Corte Constitucional ha afirmado al respecto que la buena fe no predica la presunción de inocencia que rige la Ley penal por lo que el régimen probatorio de la extinción de dominio admite la aplicación del principio de carga dinámica de la prueba.⁴⁴

Por otro lado, la Corte Suprema de Justicia ha afirmado que la Justicia Transicional no puede ser indiferente a la tragedia humanitaria de los desplazados y ha reconocido, en varias, decisiones el

⁴¹ Sentencia T-821/14

⁴² Asamblea Constituyente, Gaceta Constitucional, lunes 15 de abril de 1991, página 27. Citado en la sentencia C-958 de 2014.

⁴³ Constitución Política, art. 58 y Ley 1709 de 2014, art. 3.

⁴⁴ Sentencia C-740 de 2003.



INSTITUTE FOR INTEGRATED TRANSITIONS

uso del testafarro por parte de miembros de grupos armados para defraudar los mecanismos legales de persecución de bienes, lo cual se constituye en una causal de exclusión del desmovilizado.⁴⁵

Finalmente, el artículo 77 de la Ley 1448 de 2011 contempla unas presunciones de despojo, de derecho y legales, en relación con los predios inscritos en el registro de tierras despojadas, invirtiendo así la carga de la prueba para la persona en contra de quien se ejerce la acción.

La inversión de la carga de la prueba es una respuesta al reconocimiento de la extrema situación de vulnerabilidad de las víctimas y las cargas y el sufrimiento desproporcionado que han debido soportar en el marco del conflicto armado⁴⁶ por lo que responde a los estándares internacionales sobre los derechos de las víctimas a la reparación integral.

La disposición del artículo 41 de la Ley de Amnistía modifica tácitamente la Ley 1708 de 2014, contradice abiertamente las presunciones contempladas en el artículo 77 de la Ley 1448 de 2011, contraría los planteamientos de la jurisprudencia constitucional al respecto, haciendo caso omiso de los reconocimientos logrados en cuanto a las prácticas de despojo y enriquecimiento de los actores armados en el conflicto y la adopción de prácticas jurídicas correspondientes, y perjudicando directamente los derechos de las víctimas.

En segundo lugar, artículo 41 de la Ley de Amnistía plantea que, en el evento en el que se hubiera extinguido el dominio sobre un inmueble adquirido con recursos provenientes de actividades de las FARC, cuando el anterior propietario declare bajo juramento que lo obtuvo con recursos lícitos, se puede solicitar la revisión de la sentencia ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito judicial competente, en un término de 2 años desde la vigencia de la Ley, siempre y cuando la solicitud venga suscrita por un plenipotenciario que haya firmado el acuerdo final.

Esta disposición rompe con el principio de cosa juzgada de un fallo judicial adoptado con base el procedimiento y ordenamientos legales vigentes, únicamente a partir de la declaración juramentada del anterior propietario, lo cual afecta desproporcionadamente la seguridad jurídica y los derechos de las víctimas.

La Corte Constitucional ha manifestado que la cosa juzgada “responde a la necesidad social y política de asegurar que las controversias llevadas a conocimiento de un juez tengan un punto final y definitivo, a partir del cual la sociedad pueda asumir sin sobresaltos la decisión así alcanzada, destacándose la sustancial importancia para la convivencia social al brindar seguridad jurídica, y para el logro y mantenimiento de un orden justo”⁴⁷ y por ello, únicamente cuando se presenta una violación manifiesta de los derechos se permite la interposición de la acción de tutela contra las decisiones que hayan hecho tránsito a cosa juzgada.

⁴⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 15 de septiembre de 2010. Rad. 34740. Sentencia 27 de abril de 2011. Rad. 34547

⁴⁶ Sentencia T-821 de 2007

⁴⁷ Sentencia C-522 de 2009



INSTITUTE FOR INTEGRATED TRANSITIONS

Si bien es cierto entonces que no es absoluta, la cosa juzgada es un elemento fundamental de la seguridad jurídica que se controvierte únicamente ante la vulneración de un derecho fundamental y por medio de una acción de tutela.

Por otro lado, esta disposición se puede constituir como una violación de los derechos de los destinatarios finales de los bienes, vulnerando no solo su seguridad jurídica sino su derecho al debido proceso.

Esto cobra aún más relevancia cuando se trata de bienes que han sido recuperados de testaferreros y destinados para la reparación integral de las víctimas. El artículo 177 de la Ley 1448 de 2011 establece que el Fondo para la Reparación de las Víctimas recibe, entre otros, el 5% de los bienes que entran al Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y Lucha contra el Crimen Organizado (Frisco) y aquellos bienes resultados de la extinción de dominio de los bienes de los postulados a la Ley de Justicia y Paz, de los cuales más de 328 son de las FARC⁴⁸. La revisión de estos procesos, en consecuencia, vulnera de manera directa los intereses de las víctimas en relación a su reparación integral.

Dadas las anteriores consideraciones, invitamos respetuosamente a la Corte que considere declarar inconstitucional la expresión “la carga de la prueba de la adquisición ilícita corresponderá al Estado” y el inciso “En el evento de que ya se hubiera extinguido el dominio sobre dicho inmueble antes de la entrada en vigor de esta ley y la decisión de extinción de dominio hubiere calificado el bien como adquirido con recursos provenientes de actividades de las FARC-EP, y el antiguo propietario declare bajo gravedad de juramento que el bien lo obtuvo con recursos lícitos, este podrá solicitar la revisión de la sentencia en la que se decretó la extinción de dominio, ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito judicial competente según el lugar donde esté ubicado el inmueble o ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia según el caso. Si la sentencia de revisión no ha sido proferida en el término de un año, deberá ser adoptada en dos meses con prelación a cualquier otro asunto. La solicitud de revisión podrá instarse en el término de dos años desde la entrada en vigor de esta ley. Toda solicitud de revisión deberá ser suscrita por un plenipotenciario que hubiere firmado el Acuerdo Final de Paz” ya que afectan desproporcionadamente el principio a la seguridad jurídica y cosa juzgada, y vulneran los derechos de las víctimas a la reparación integral.

6. La suspensión de procesos

El artículo 22 del Decreto 277 de 2017 consagra que los procesos en los se haya otorgado la libertad condicional o decidido el traslado a ZVTN, quedarán suspendidos hasta tanto entre en funcionamiento la JEP, momento en el cual las personas quedarán a su disposición.

La disposición en el acuerdo que determina lo anterior, se encuentra en el punto 4, referente a la reincorporación de las FARC a la vida social, y establece que “Conforme a lo establecido en el Acuerdo JEP, respecto a aquellas personas que pertenezcan a organizaciones rebeldes que hayan firmado un acuerdo de paz con el Gobierno, a efectos de reincorporación, quedarán en efecto suspensivo las condenas derivadas de delitos competencia del Tribunal para la Paz

⁴⁸ Ministerio de Justicia y del Derecho.



INSTITUTE FOR INTEGRATED TRANSITIONS

puestas por la justicia ordinaria o disciplinaria, hasta que estas condenas hayan sido tratadas por la JEP para lo de su competencia.”⁴⁹

Ahora bien, al referirnos al componente de justicia del SIVJNR, el texto del acuerdo indica que la Fiscalía General de la Nación, o cualquier órgano investigador competente, debe continuar adelantando las investigaciones de aquellos delitos que por su gravedad y representatividad no son objeto de amnistía o el indulto y que conocerá en una fase inicial la Sala de Reconocimiento de Responsabilidad y luego el Tribunal para la Paz.

Encontramos entonces dos disposiciones del acuerdo, de igual jerarquía y ambas fundamentales para el logro de la paz estable y duradera. La primera, como medida inmediata y temporal hasta que la persona quede puesta a disposición de la JEP que resulta necesaria para la construcción de confianza y el adecuado desarrollo del proceso de reintegración, base de la no repetición,⁵⁰ y la segunda, la continuidad del trabajo de la Fiscalía respecto de las investigaciones de crímenes más graves, con el fin del cumplir con el deber de investigar, juzgar y sancionar y satisfacer los derechos de las víctimas.

En este sentido invitamos a la Honorable Corte considerar condicionar el presente articulado de manera que garantice el adecuado desarrollo de las fases iniciales del proceso de reintegración, política y socialmente frágil por esencia, suspendiendo las ordenes de captura⁵¹, la citación del condenado o procesado a la práctica de diligencias judiciales (a la luz del artículo 13 del Decreto 277 de 2017), y las condenas, pero garantizando en todo caso la continuidad y estabilidad de las investigaciones de la Fiscalía u otras autoridades competentes.

Atentamente,

JUANITA GOEBERTUS

Senior Associate

Instituto para las Transiciones Integrales - IFIT

⁴⁹ Gobierno Nacional y FARC-EP, Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, 24 de noviembre de 2016, pág. 69.

⁵⁰ Gobierno Nacional y FARC-EP, Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, 24 de noviembre de 2016, pág. 69.

⁵¹ De acuerdo con el artículo 8 de la Ley 418 de 1997.