

POLICY BRIEF
3-2019

Beneficios
contemplados
en la Ley de
Amnistía y algunas
dificultades en su
aplicación

Kai Ambos
Gustavo Emilio Cote Barco



Autores/investigadores

Kai Ambos

Profesor titular de la Georg-August-Universität Göttingen (Alemania) y Director General del Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL) de la misma universidad. Magistrado del Tribunal Especial para Kosovo, La Haya y *amicus curiae* de la JEP.
lehrstuhl.ambos@jura.uni-goettingen.de

Gustavo Emilio Cote Barco

Profesor asociado, Departamento de Derecho Penal, Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá.
gcote@javeriana.edu.co

Este Policy Brief fue apoyado y patrocinado

por el Instituto Colombo-Alemán para la Paz – CAPAZ y el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad-Adenauer

Corrección de estilo

Juliana González Villamizar

Diseño y diagramación

Leonardo Fernández

Bogotá, Colombia, mayo de 2019

La expedición de la Ley 1820 del 30 de diciembre de 2016 o Ley de Amnistía (LA) fue pactada por el Gobierno Nacional y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC-EP) en el acuerdo de paz, como parte del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No-Repetición (SIVJRNR).¹ Es decir, la LA fue concebida como uno de los mecanismos de *justicia transicional* que no solo debería permitir el tránsito de los integrantes de las FARC-EP a la vida civil, sino también facilitar la reconciliación. Por esta razón, la LA no se dirige únicamente a los antiguos rebeldes, ahora desmovilizados, sino también a todos los que participaron directa o indirectamente en el conflicto armado,² lo cual incluye agentes del Estado, tanto miembros como no miembros de la Fuerza Pública, y civiles que apoyaron a las partes antes enfrentadas. Incluso, la LA tiene aplicación frente a personas (civiles) que, si bien no participaron en el conflicto armado, incurrieron en hechos punibles en el marco de disturbios internos o en el ejercicio de la protesta social. Dada la complejidad de esta ley, el objetivo de este *Policy Brief* es presentar un breve resumen explicativo de su contenido, para, posteriormente, señalar algunos puntos críticos que deben ser objeto de una reflexión cuidadosa

por parte de quienes participan en su aplicación. Sobre esta base, finalmente, se propondrán algunas recomendaciones.

Beneficios contemplados en la Ley de Amnistía

La LA contempla varios beneficios, dependiendo, por ejemplo, del sujeto y del tipo de responsabilidad penal en la que este pueda haber incurrido. En términos generales, la LA prevé los siguientes cuatro tipos de tratamientos penales especiales, siempre que se trate de conductas ocurridas antes del 24 de noviembre de 2016, fecha en la que se suscribió la versión final del acuerdo de paz.³

Amnistía

La LA establece dos tipos de amnistías, la amnistía *de iure* y la amnistía que otorga la Sala de Amnistía e Indulto de la JEP. La amnistía *de iure* es aquella amnistía que se concede a nacionales o extranjeros, con fundamento directo en esta ley, que hayan pertenecido a las FARC-EP y tengan responsabilidad penal por los tipos penales mencionados en el art. 15 LA como delitos políticos (rebelión, sedición, asonada, conspiración y seducción, usurpación

- 1 Ver Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, 24 de noviembre de 2016, p. 279 ss. y 288 ss., disponible en: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf> (fecha de consulta: 18 de mayo de 2019). Para un análisis detallado de la LA, artículo por artículo, ver *Ley de Amnistía. Comentario completo y sistemático (Ley 1820 de 2016)*, Ambos y Cote (eds.), Bogotá, Temis, 2019.
- 2 Sobre la relación entre la conducta y el conflicto armado ver Aponte, Artículos 2º y 3º, en: *Ley de Amnistía*.

- 3 Ver CSJ, Auto del 16 de agosto de 2017 (rad. 36487), p. 9 y 11; al respecto existen posiciones encontradas, dado que el proceso de referendación del Acuerdo culminó el 30 de noviembre de 2016 al ser aprobado por la Cámara de Representantes, lo cual ha sido interpretado como momento en el cual el Acuerdo realmente entró en vigor. Los delitos que admiten los beneficios de la LA serían entonces aquellos cometidos antes del 1 de diciembre de 2016 y no antes del 24 de noviembre de ese mismo año. Ver Cote, Artículo 9º, en: *Ley de Amnistía*, p. 108 ss.; Sánchez y Jiménez, Artículo 52, en: *ibíd.*, p. 519.



y retención ilegal de mando).⁴ Esta amnistía es otorgada por el Presidente de la República mediante decreto, cuando se trata de miembros de las FARC en contra de los cuales no existe proceso penal, o por el juez penal competente en cada caso, cuando existan causas criminales en contra del desmovilizado o este ya haya sido condenado en la justicia penal ordinaria.⁵ La amnistía *de iure* tiene como efecto “la declaración de la extinción de la acción penal, de las sanciones principales y accesorias [...], así como de la acción civil y de la condena indemnizatoria, por parte del funcionario judicial competente”.⁶ La amnistía *de iure* también cobija los delitos conexos a los delitos políticos, para lo cual la LA incluye una lista amplia y taxativa de delitos que en este contexto se consideran como tal -art. 16 LA-.⁷ La amnistía *de iure* se otorga conforme al procedimiento establecido en el art. 19 LA y el Decreto 277 de 2017.

La segunda clase de amnistía contemplada en esta ley es la que otorga la Sala de Amnistía e Indulto, cuando no es procedente la amnistía *de iure*, es decir, en aquellos casos en los que la persona desmovilizada, además de haber cometido un delito político, también tiene responsabilidad penal por delitos diferentes a los mencionados en el art. 16 LA como delitos conexos. Para esto, en el art. 23 LA se enuncian tres criterios⁸ y la Sala de Amnistía o Indulto de la JEP debe valorar en cada caso si es posible hablar de conexidad entre esos otros delitos cometidos por el desmovilizado y el o los delitos políticos en los que este haya incurrido. La diferencia con la amnistía *de iure* está determinada por los delitos (conexos) cometidos por quien pretende recibir este beneficio, pero el ámbito de aplicación personal, definido para este tipo de amnistía en el art. 22, es prácticamente el mismo; al respecto vale la pena destacar que el art. 22 menciona expresamente la posibilidad de que la Sala conceda la amnistía por delitos “cometidos en el marco de disturbios públicos o el ejercicio de la protesta social, siempre y cuando sean conexos con el delito político conforme a los criterios

establecidos en el artículo 23”. El párrafo del art. 23, a su turno, establece los delitos frente a los cuales no es procedente el examen de conexidad y por lo tanto impiden conceder la amnistía. Entre ellos se mencionan los crímenes internacionales,⁹ varios delitos que constituyen violaciones graves de derechos humanos¹⁰ y se hace referencia genérica a todos los delitos comunes que carezcan de relación con la rebelión. Se debe resaltar que, según el art. 21 LA, este tipo de amnistía se debe aplicar conforme al art. 6.5 del Protocolo Adicional II de las Convenciones de Ginebra, es decir que se debe conceder de la manera más amplia posible.

Renuncia a la persecución penal o extinción de la acción y responsabilidad

La renuncia a la persecución penal constituye un beneficio que, como la amnistía, extingue tanto la acción como la sanción penal y la responsabilidad civil derivada de la conducta punible.¹¹ Sin embargo, la renuncia es concedida por un órgano distinto, la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas.¹² Este beneficio se aplica a diferentes personas, entre ellos a agentes del Estado,¹³ bien sean miembros o no de la Fuerza Pública, a terceros civiles que hayan participado en los crímenes de competencia de la JEP, pero no hayan tenido una participación activa o determinante en su consumación,¹⁴ y a civiles que hayan cometido delitos “en el marco de disturbios públicos o el ejercicio de la protesta social” –aunque la LA en estos casos no se refiere a la renuncia a la persecución penal sino a la “extinción de la acción y la responsabilidad”-.¹⁵ La existencia de

4 Ver Tarapués, Artículo 15, en: *Ley de Amnistía*, p. 169 ss.; Tarapués, Artículo 16, en: *ibíd.*, p. 174 ss.

5 Ver art. 19 LA; al respecto Suelte, Artículo 19, en: *Ley de Amnistía*, p. 190 ss.

6 Ver art. 5º Decreto 277 de 2017.

7 Ver, en este sentido, Tarapués, Artículo 16, en: *Ley de Amnistía*, p. 178 ss.

8 Ver Tarapués, Artículo 23, en: *Ley de Amnistía*, p. 22 ss.

9 Sobre la inexecutable de la expresión “graves” contenida originalmente en esta disposición con relación a los crímenes de guerra ver Corte Constitucional, Sentencia C-007 de 2018, párr. 512 ss.; al respecto Tarapués, Artículo 23, en: *Ley de Amnistía*, p. 226-227; también Cote, Artículo 46, en: *ibíd.*, p. 456 ss.

10 Por ejemplo, tortura, ejecuciones extrajudiciales y desaparición forzada.

11 Ver art. 42 LA.

12 Ver art. 28 y 44 LA.

13 La definición de agentes del Estado se encuentra en el segundo inciso del art. transitorio 17 Acto Legislativo (AL) 01 de 2017, en concordancia con lo establecido en el Acuerdo Final (nota al pie 1), p. 149.

14 Ver art. 28 (8) LA.

15 Ver art. 28 (9) y 29 (2) LA; al respecto Zuluaga, Artículo 29, en: *Ley de Amnistía*, p. 320 ss.



este beneficio y su ámbito de aplicación personal obedece al objetivo propuesto en el acuerdo de paz, en el sentido de brindar una alternativa jurídica a todas las personas que participaron directa o indirectamente en el conflicto armado. Aunque, más concretamente, la concesión de este beneficio a los agentes del Estado se explica a partir del principio consagrado en el art. 9 LA, en donde se prevé su tratamiento penal especial, simétrico, simultáneo, equilibrado y equitativo.¹⁶

La renuncia a la persecución penal no solo tiene consecuencias frente a la responsabilidad penal y civil de quien comparece a la JEP. Este beneficio tiene un alcance mayor que la amnistía. Esta diferencia encuentra explicación en el ámbito de aplicación personal de la renuncia a la persecución penal, dado que los agentes del Estado, al cometer delitos, incurrir en diferentes tipos de responsabilidad. De acuerdo con los art. 42 y 48 (5) LA, la renuncia a la persecución penal también extingue la acción de repetición que puede ejercer el Estado cuando las actuaciones de los funcionarios públicos le causan detrimento patrimonial.¹⁷ Además, de acuerdo con el art. 48 (3) y (4) LA, este beneficio también “[e]limina los antecedentes penales de las bases de datos” y “[a]nula o extingue la responsabilidad o la sanción disciplinaria, fiscal o administrativa derivada de la conducta penal”.

La renuncia a la persecución penal también se encuentra excluida cuando se trata de delitos graves. Los crímenes mencionados en el literal “a” del parágrafo del art. 23 LA se repiten en varias normas que regulan las funciones de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas y la renuncia a la persecución penal,¹⁸ de manera que este beneficio tampoco es procedente ante crímenes internacionales ni violaciones graves a los derechos humanos. Pero, adicionalmente, la LA precisa que la renuncia a la persecución penal no es admisible al tratarse de miembros de la Fuerza Pública, ante “delitos contra el servicio, la disciplina, los intereses de la Fuerza Pública, el honor y la seguridad de la Fuerza Pública, contemplados en el Código Penal Militar”.

Libertad condicionada

La LA establece un régimen especial de libertades para definir cuándo una persona, privada de la

libertad por delitos cometidos en relación directa o indirecta con el conflicto armado, puede recuperarla. Estas normas se encuentran divididas en dos grupos. Por un lado, se encuentran algunas normas generales –art. 34 a 40– y, por otro, algunas normas dirigidas específicamente a agentes del Estado –art. 51 a 55–. En los dos casos se contempla la posibilidad de recuperar la libertad tanto si la persona no tiene responsabilidad penal por delitos graves y puede beneficiarse de la amnistía o de la renuncia a la persecución penal, como también si la persona tiene responsabilidad por esta clase de delitos y debe ser juzgada en la JEP.

La concesión de amnistía o renuncia a la persecución penal debe tener como efecto inmediato la puesta en libertad cuando la persona ha sido previamente privada de esta.¹⁹ Según el art. 37 (cuarto párrafo) LA, también quienes hayan sido privados de la libertad por conductas desplegadas en contextos relacionados con el ejercicio del derecho a la protesta o disturbios internos deben ser excarcelados “a la mayor brevedad”.²⁰ Para obtener la libertad se debe suscribir el acta formal de compromiso, como lo exige el art. 36. Este beneficio también lo pueden recibir aquellos ex combatientes que cometieron delitos frente a los cuales no procede la amnistía *de iure*, siempre que hayan estado privados de la libertad por esos hechos “cuando menos 5 años”.²¹ En caso contrario, la privación de la libertad tendría lugar por el tiempo restante en las Zonas Veredales Transitorias de Normalización, ahora Espacios Territoriales de Capacitación y Reincorporación.²² Lo mismo aplica para las personas procesadas o condenadas por delitos no amnistiables, hasta que la JEP imponga las sanciones correspondientes.²³ El procedimiento para otorgar la libertad condicional se encuentra regulado en el art. 37 LA.

Como parte del tratamiento penal especial diferenciado que deben recibir los agentes del Estado, la LA contempla también la libertad transitoria condicionada y anticipada. Este beneficio

16 Al respecto Cote, Artículo 9, en: *Ley de Amnistía*, p. 108 ss.

17 Ver art. 90 de la Constitución Política y Ley 678 de 2001.

18 Ver art. 30 (1), 46 (1) y 47 LA.

19 Ver art. 34 LA; al respecto Guerrero, Artículo 34, en: *Ley de Amnistía*, p. 358 ss.

20 Ver art. 37 LA en concordancia con el art. 29 (2) LA; también ver art. 35 LA.

21 Ver art 35 LA; al respecto Guerrero, Artículo 35, en: *Ley de Amnistía*, p. 366 ss.

22 Ver Guerrero, *ibíd.*

23 Ver art. 37 (cuarto párrafo) LA; al respecto Guerrero, Artículo 37, en: *Ley de Amnistía*, p. 378 ss.



aplica a los agentes del Estado que manifiesten su intención de comparecer ante la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas y aspiren a recibir la renuncia a la persecución penal.²⁴ En caso de miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, la concesión de la libertad implica el levantamiento de la suspensión del ejercicio de funciones y atribuciones, siempre que el proceso penal en curso no tenga como fundamento un tipo penal con pena privativa de la libertad de cinco o más años.²⁵ Los miembros de la Fuerza Pública que ya hayan sido condenados o sancionados, en cambio, no serán reintegrados al servicio activo.²⁶ Para recibir la libertad transitoria, condicionada y anticipada, los agentes del Estado deben ser procesados o estar condenado por conductas punibles cometidas “por causa, con ocasión, o en relación directa o indirecta con el conflicto armado interno”,²⁷ sin que dichas conductas constituyan crímenes internacionales o violaciones graves a los derechos humanos, “salvo que el beneficiario haya estado privado de la libertad un tiempo igual o superior a cinco (5) años”.²⁸ En estos casos, quienes aspiren a beneficiarse de la libertad también deben asumir varios compromisos, entre ellos, contribuir a la verdad, a la no repetición, a la reparación inmaterial de las víctimas, así como atender los requerimientos del SIVJRN. El procedimiento para recibir este beneficio se encuentra regulado en el art. 53 LA. Una vez un miembro de la Fuerza Pública se vea beneficiado con la renuncia a la persecución penal, recibirá la libertad definitiva e incondicional.²⁹

Privación de la libertad en unidad militar o policial para integrantes de las fuerzas militares y policiales

La LA autoriza, finalmente, la privación de la libertad en unidad militar o policial para integrantes de las Fuerzas Militares y Policiales, detenidos o condenados, que acepten someterse a la JEP.³⁰ Este beneficio procede ante personas que lleven privadas de la libertad menos de cinco años y hayan

sido condenadas o estén siendo procesadas por delitos cometidos “por causa, con o en relación directa o indirecta con el conflicto armado interno”,³¹ cuando dichos delitos constituyan crímenes internacionales o violaciones graves de derechos humanos, en los términos del art. 57 (2) LA.³² Si se trata de miembros de la Fuerza Pública que tienen responsabilidad penal por crímenes de esta clase, pero que han estado privados de la libertad por más de cinco años, procede el beneficio de la libertad transitoria, condicionada y anticipada, según el art. 52 (2) LA. En todo caso, se debe manifestar la voluntad de someterse a la JEP y, en general, de atender los requerimientos del SIVJRN.³³

Algunos aspectos problemáticos

La expedición de la LA plantea varios interrogantes, no solo por su complejidad, sino también porque esta fue la primera de las distintas leyes y reformas normativas en ser proferida entre las que se debían adoptar con el fin de implementar el acuerdo de paz. En consecuencia, la LA fue aplicada por los jueces penales ordinarios, por ejemplo, concediendo la libertad condicionada incluso antes de que comenzara a funcionar la JEP. A continuación, se hará entonces una breve referencia a tres problemas que se han presentado en la aplicación de la LA y que están relacionados, al menos en parte, con el hecho de que el SIVJRN se ha construido paulatinamente.

Relación con el conflicto armado como requisito de competencia de la JEP

De acuerdo con el art. 3 LA, la Ley 1820 de 2016 se debe aplicar a personas que han cometido conductas punibles “por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado”. Este criterio define desde el punto de vista material el ámbito de competencia de la JEP, tanto para la concesión de beneficios, con base en la LA, como para el juzgamiento de conductas graves que no admiten amnistía ni renuncia a la persecución penal. En consecuencia, todas las conductas sobre las que se pronuncien los órganos de la JEP deben cumplir con este requisito. El problema se encuentra en su concreción, ya que dicho criterio se ha definido, en

24 Ver art. 51 LA; al respecto Sánchez y Jiménez, Artículo 51, en: *Ley de Amnistía*, 503 ss.

25 Parágrafo 1° del art. 51 LA.

26 Parágrafo 2° del art. 51 LA.

27 Ver art. 52 (1) LA; al respecto Sánchez y Jiménez, Artículo 52, en: *Ley de Amnistía*, p. 517 ss.

28 Ver art. 52 (2) LA.

29 Ver art. 55 LA.

30 Ver art. 56 LA; al respecto Sánchez y Jiménez, Artículo 56, en: *Ley de Amnistía*, p. 540 ss.

31 Ver art. 57 LA.

32 Al respecto ver Sánchez y Jiménez, Artículo 57, en: *Ley de Amnistía*, p. 544 ss.

33 Ver art. 57 (4) LA.



principio, a través de los factores que en el derecho internacional han sido propuestos para establecer si una conducta cumple con el elemento contextual de los crímenes de guerra.³⁴ Es decir, se han utilizado los mismos criterios para definir elementos en contextos diferentes, que cumplen funciones distintas.

Para que una conducta constituya un crimen de guerra, debe haber “tenido lugar en el contexto de un conflicto armado [...] y [debe haber] estado relacionada con él”.³⁵ Pero, el objetivo de este elemento, así como el de los elementos contextuales de los demás crímenes internacionales, es diferenciar las conductas cuyo juzgamiento interesa a la comunidad internacional de aquellas cuya persecución penal solo le interesa al Estado respectivo. La literatura especializada ha reclamado, en consecuencia, una interpretación restrictiva de estos elementos, con el fin de que el derecho penal internacional y el derecho internacional humanitario (DIH) no invadan injustificadamente el ámbito propio del derecho interno.³⁶ Por esto, la relación de la conducta con el conflicto armado colombiano, en cuanto criterio para definir la competencia de la JEP, mencionada por ejemplo en los art. 2 y 3 LA, no debe interpretarse de la misma manera como lo ha sido internacionalmente, ya que este criterio cumple en cada ámbito funciones distintas. No debe perderse de vista que la JEP no solo es competente para juzgar crímenes de guerra, sino también otro tipo de crímenes. Además, con la JEP no solo se pretende juzgar delitos sino también otorgar beneficios que extinguen la responsabilidad o las sanciones penales.

34 Ver art. transitorio 23 AL 01 de 2017; también Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, *Prosecutor v. Kunarac et al.* (IT-96-23 & IT-96-23/1-A), Appeals Chamber, Judgment, 12 de junio de 2002, párr. 82 ss.

35 Ver *Elementos de los Crímenes* (Documentos Oficiales de la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Kampala, 31 de mayo a 11 de junio de 2010), por ejemplo, p. 39, disponible en: <https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/a851490e-6514-4e91-bd45-ad9a216cf47e/283786/elementsofcrimesspaweb.pdf> (fecha de consulta: 18 de mayo de 2019).

36 Ver Bock, *Imputación en Derecho Penal Internacional*, en: *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 9, 2017, p. 517; Ambos, *Treatise on International Criminal Law, Vol II*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 140 ss. y 152 ss.

El espíritu del acuerdo de paz y de las normas que lo implementan -no solo de la LA- es que no todos los delitos cometidos en conexión con el conflicto armado sean juzgados, sino solo los más graves. La interpretación de la expresión “por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado” no debe ser entonces tan estricta como para llegar a sancionar conductas que podrían admitir amnistía o renuncia a la persecución penal; por el contrario, su interpretación debe ser lo suficientemente amplia como para captar la complejidad del conflicto armado colombiano, en donde se han cometido conductas relacionadas, por ejemplo, con tráfico de estupefacientes o con ejercicio de la política o algunas actividades económicas mediante acuerdos con grupos armados. Esto, sin embargo, no debe llevar a desbordar los límites del acuerdo e interferir en la competencia de la justicia ordinaria. Podría decirse, por consiguiente, que la relación entre la conducta y el conflicto armado, como criterio de competencia de la JEP, puede abarcar los factores definidos en el derecho internacional para establecer el elemento contextual de los crímenes de guerra, pero sin limitarse a ellos; estos factores permitirían, en el contexto de la JEP, definir, por ejemplo, la relación directa de la conducta con el conflicto, pero las expresiones “con ocasión” o “relación indirecta” sugieren algo más que lo requerido para la configuración de los crímenes de guerra.

Amnistía, renuncia a la persecución penal y selección de casos en la JEP

Con el SIVJNR y, más concretamente, con la JEP, no se quiso sancionar todos los delitos relacionados con el conflicto armado. En la JEP confluyen dos ejes del sistema de justicia transicional diseñado en el acuerdo de paz, la imposición de sanciones y la concesión de beneficios. Si bien el criterio diferenciador entre lo que se debe juzgar y lo que se debe amnistiar es el tipo de crímenes en los que incurrió la persona y, en este sentido, ya se mencionó que ni la amnistía ni la renuncia a la persecución penal proceden ante crímenes internacionales ni violaciones graves de derechos humanos, cabe preguntarse si este criterio debe aplicarse siempre, sin tener en cuenta otro tipo de consideraciones. Para ilustrar el punto es posible pensar en el tratamiento que debe recibir, por ejemplo, un miembro “raso” de las FARC, cuyo rol, además de ser combatiente, incluía custodiar personas secuestradas. Este miembro de las FARC, desde el punto de vista estrictamente penal, tendría



responsabilidad por el secuestro de esas personas,³⁷ pero ¿esto hace que se le deba negar la amnistía?³⁸ De contestarse afirmativamente a esta pregunta, es probable que una buena cantidad de miembros de las FARC, que no tuvieron un rango alto o ninguna posición de mando, deban comparecer ante la Sala de Reconocimiento Verdad y ser sancionados, con importantes consecuencias para el volumen de trabajo de la JEP y el logro de metas realistas. Sin embargo, ¿interesa realmente sancionar a estas personas?

El texto original de la LA daba algunas pistas al respecto, al calificar los crímenes de guerra que impedían conceder la amnistía o la renuncia a la persecución penal como graves.³⁹ De acuerdo con el sentido original de esta ley, los tratamientos penales especiales eran admisibles en casos de crímenes de guerra que no fueran considerados graves. La LA definía los crímenes de guerra graves como infracciones al DIH cometidas de manera sistemática,⁴⁰ lo cual, sin embargo, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional. Empero, la existencia inicial de esta distinción permite inferir que detrás de la LA se encontraba la idea de que habría conductas que, a pesar de ser graves en términos generales –pues un crimen de guerra siempre lo es–, no tendrían que ser juzgadas en la JEP. El criterio de gravedad de los crímenes de guerra, entendida como sistematicidad, era coherente, además, con la intención de concentrar la persecución penal en los máximos responsables,⁴¹ ya que serían estos, al tener poder de decisión sobre las actuaciones del grupo armado, los llamados

a responder por este tipo de conductas –no quienes simplemente seguían órdenes–.

Se debe tener en cuenta, de todas maneras, que en el contexto de la JEP es admisible tanto la priorización como la selección de casos. Los órganos de la JEP no solamente pueden establecer un orden en su agenda de trabajo –priorización–,⁴² sino que también pueden escoger, dentro del universo de casos que podrían juzgar, aquellos frente a los cuales exista mayor interés en que sean sancionados –selección–.⁴³ Por esta línea, la LA autoriza a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas para determinar criterios de selección y priorización, coordinadamente con la Sala de Reconocimiento de Verdad, y así concentrar el ejercicio de sus funciones en los casos más graves y representativos.⁴⁴ De hecho, la Sala de Reconocimiento ya ha formulado un documento en donde establece su estrategia de priorización y en ella se incluye como criterio la gravedad de los hechos, determinada entre otros factores a partir de su sistematicidad y masividad.⁴⁵ Lo mismo ocurre con el texto de la Ley Estatutaria de la JEP, conciliado en el Congreso Nacional, en cuyo art. 19 se mencionan estos mismos criterios para la selección (este es uno de los puntos sobre los que el Presidente de Colombia formuló varias objeciones y por los que se negó a sancionar la Ley Estatutaria).⁴⁶ Lo que interesa resaltar aquí es que en los casos no seleccionados para juzgar, como podría ocurrir en el ejemplo del guerrillero raso mencionado arriba, se debe proporcionar de todas maneras una solución jurídica, pues esos casos no deben quedar en una especie de limbo.

37 Como autor o como partícipe, ver art. 29 y 30 del Código Penal colombiano.

38 La misma reflexión se puede plantear frente a otro tipo de casos, como por ejemplo lo hizo Dejusticia en su intervención ante la Corte Constitucional en el examen del texto conciliado de la Ley Estatutaria de la JEP. Dejusticia plantea este interrogante con ocasión de la discusión sobre selección de casos, refiriéndose a guerrilleros rasos que pudieran haber participado en tomas de rehenes. Ver Corte Constitucional, Sentencia C-080 de 2018, p. 371-372.

39 Lo cual fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, ver nota al pie 9.

40 Así lo disponía el último inciso del párrafo del art. 23 LA.

41 Ver art. 3 AL 01 de 2017 y art. transitorio 66 (cuarto párrafo) AL 01 de 2012; al respecto

también Corte Constitucional, Sentencia C-579 de 2013, apartado 8.2.3. Los máximos responsables.

42 Ver Corte Constitucional (nota la pie 38), p. 372 ss.

43 *Ibíd.*

44 Ver art. 28 (3) y (7).

45 Ver Criterios y metodología de priorización de casos y situaciones en la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, del 28 de junio de 2018, p. 12-13, disponible en: <https://www.jep.gov.co/Documents/CriteriosyMetodologiaDePriorizacion.pdf> (fecha de consulta: 18 de mayo de 2019).

46 Artículo declarado exequible de manera condicionada por la Corte Constitucional (nota al pie 38), p. 780.



La solución podría buscarse entonces en la LA. El mismo art. 19 del texto conciliado de la Ley Estatutaria de la JEP afirma en este sentido que “[c]on respecto a las personas y hechos que no sean objeto de selección, se podrá renunciar al ejercicio de la acción penal”. Incluso, la Corte Constitucional, en el examen que realizó del texto conciliado de la Ley Estatutaria, condicionó la prohibición de renunciar al ejercicio de la acción penal frente a delitos no amnistiables contenida en el parágrafo segundo del art. 19 y aclaró, con razón, que es precisamente frente a este tipo de crímenes que tiene sentido hablar de selección.⁴⁷ La Corte concluye entonces que es admisible no seleccionar casos de crímenes de guerra que no sean “graves, por no haber sido cometidos sistemáticamente, frente a cualquiera de las personas sobre las que tiene competencia la JEP –miembros de las FARC, agentes del Estado, etc.–, a pesar de que, según la Corte, no se debe equiparar la renuncia al ejercicio de la acción penal, resultado de la no selección, con la amnistía ni con la renuncia a la persecución penal prevista en la LA como tratamiento penal especial para agentes del Estado.⁴⁸ La posibilidad de no sancionar conductas como las del guerrillero raso que custodia a un secuestrado, aunque parecería quedar excluida a partir de una interpretación gramatical de la LA, en los términos como fue declarada exequible por la Corte Constitucional, es admisible conforme al desarrollo que ha tenido, incluso a instancias de la misma Corte, la idea de selección.⁴⁹

Régimen de condicionalidades

Uno de los aspectos más importantes de la LA es el régimen de condicionalidades que se establece en varias de sus normas.⁵⁰ Para acceder a cualquiera de los tratamientos especiales previstos en esta

ley, y para mantenerlos, es necesario que quienes aspiran a beneficiarse de ellos cumplan con una serie de condiciones. Empezando, por supuesto, por la dejación de las armas, en el caso de los miembros de las FARC-EP. En general, el régimen de condicionalidades apunta a que todas las personas frente a las cuales el Estado deja de ejercer su poder (legítimo) de castigar contribuyan, como contrapartida, a la satisfacción de los derechos de las víctimas. Esto puede entenderse como resultado de las lecciones que dejó en Colombia la desmovilización de grupos paramilitares, en donde no se previó desde el principio que quienes no fueran a ser juzgados contribuyeran, por ejemplo, a la verdad y a la reparación.⁵¹

En cumplimiento del régimen de condicionalidades, quienes reciben los beneficios previstos en la LA asumen el compromiso de atender los requerimientos del Tribunal para la Paz de participar en programas de contribución a la reparación de las víctimas, o acudir ante la Comisión de Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición, o ante la Unidad de Búsqueda de Personas Desaparecidas, lo cual también incluye a quienes reciben amnistías *de iure*.⁵² Sin embargo, una primera dificultad consistió en que varias de las normas a través de las cuales este régimen se estructura presentaban diferencias importantes –principalmente relacionadas con el tiempo que deberían durar los compromisos y las razones que darían lugar a su incumplimiento–,⁵³ de las que se derivaban varias contradicciones. Esto generaba un alto grado de incertidumbre sobre el alcance de los compromisos que asumían quienes accedían a los beneficios previstos en esta ley. Por esta razón, la Corte Constitucional unificó algunos criterios, al

47 Ibid., p. 372-385.

48 De acuerdo con la Corte Constitucional, la renuncia a la persecución penal producto de la no selección de un caso es una renuncia condicionada, mientras que la renuncia a la persecución penal como tratamiento penal especial previsto en la LA es definitiva, ver *ibíd.*

49 Aunque en casos como el del guerrillero raso el criterio de selección aplicable, en estricto sentido, no sería el de la sistematicidad o no de la conducta, sino el de “máximo responsable”.

50 Ver art. 10, 14, 18, 33, 35 (parágrafo) y 50 LA; al respecto ver comentarios de Acosta y Arévalo, en: *Ley de Amnistía*, p. 110 ss. (art. 10), 150 ss. (art. 14), 347 ss. (art. 33) y 491 ss. (art. 50).

51 Ver Corte Constitucional, Sentencia C-936 de 2010; también Ley 1424 de 2010.

52 Ver Corte Constitucional (nota al pie 9), párr. 677 ss.

53 Entre, por un lado, los art. 14 y 33 LA y, por otro lado, los art. 35 y 50 LA existían dos grandes diferencias. De acuerdo con los art. 14 y 33 LA, el tiempo durante el cual se debían cumplir las condiciones del SIVJRNR era de cinco años, mientras que los art. 35 y 50 LA hablaban del tiempo en que estuviera vigente la JEP. Además, los art. 14 y 33 LA hacían referencia a “rehusarse de manera reiterada e injustificada” como criterio para establecer el incumplimiento, mientras que los art. 35 y 50 LA solo decían “rehusarse”. Ver *ibíd.*, cuadro 5 y párr. 689 ss.



afirmar que en todos los casos los compromisos se asumen durante el tiempo en que esté vigente la JEP y que lo relevante para determinar el incumplimiento es la falta de justificación.⁵⁴ Para esto, afirmó la Corte, en cumplimiento del art. transitorio 12 (primer párrafo) del AL 01 de 2017, en la Ley de Procedimiento de la JEP se deberían especificar los criterios que permitieran definir cuándo un incumplimiento sería injustificado, para poder analizar caso a caso.⁵⁵ De todas maneras, el cumplimiento de la condicionalidad debe ser estrictamente supervisado por la JEP, incluyendo los casos en que se haya otorgado amnistía *de iure*, la cual, como ya se explicó, no la conceden los órganos de esta jurisdicción, lo que permite preguntarse si existe algún sistema de monitoreo por parte de la JEP de las personas que han recibido este tipo de amnistía.

Sin embargo, en la Ley 1922 de 2018, al definir el procedimiento para declarar el incumplimiento del régimen de condicionalidad y de las sanciones, solo se estableció de manera genérica que el incumplimiento se verificará “con base en criterios de proporcionalidad y razonabilidad, de conformidad con la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia de la [JEP]”.⁵⁶ Esto deja abierto el interrogante sobre cuáles criterios, en concreto –y no cuáles principios generales–, serán utilizados para definir “caso a caso” si ha existido incumplimiento del régimen de condicionalidad.⁵⁷

Conclusión y recomendaciones

La LA constituye un eje fundamental en la implementación del acuerdo de paz, debido a que es el mecanismo que debe facilitar el tránsito de los

desmovilizados a la vida civil. Parte de lo novedoso de este mecanismo es que sus beneficios se aplican a varios tipos de personas y que son condicionados. Sin embargo, el éxito de la LA depende en buena medida de los avances que realice la JEP en el cumplimiento de sus demás funciones, ya que la concesión de beneficios debe estar articulada con el juzgamiento de las conductas más graves cometidas en el contexto del conflicto armado, al igual que con los demás componentes del SIVJRN.

Sobre esta base, es posible formular las siguientes tres recomendaciones relacionadas con los tres aspectos problemáticos aquí reseñados:

- Es importante unificar y consolidar la jurisprudencia sobre la relación de las conductas con el conflicto armado, como criterio de competencia de la JEP, sin confundirlo con el elemento contextual de los crímenes de guerra –la Sala de Apelaciones ha realizado avances en este sentido–.⁵⁸ Esto con el fin de darle a la JEP sus justas proporciones, sin que invada el terreno de la justicia ordinaria, pero al mismo tiempo sin llegar a juzgar lo que, de acuerdo con el espíritu del acuerdo de paz, no se debe sancionar.
- Los órganos que integran la JEP, no solo la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas y la de Reconocimiento de Verdad, deben definir una posición clara sobre los criterios de selección, con base en lo establecido en su Ley Estatutaria –así todavía no esté vigente– y lo dicho por la Corte Constitucional. Se requieren posiciones coordinadas entre estos órganos, incluyendo, claro está, a la Sala de Amnistía e Indulto, sobre todo cuando se trata de crímenes no amniables, más allá de la idea de graves crímenes de guerra.
- Es importante definir criterios más precisos para establecer cuándo se está ante el incumplimiento del régimen de condicionalidades y por consiguiente se deben revocar los beneficios concedidos con fundamento en la LA. La sola referencia genérica a principios como el de proporcionalidad, gradualidad y razonabilidad no brinda la suficiente claridad sobre las reglas de juego en un aspecto fundamental para la correcta implementación del acuerdo de paz.

58 Ver, por ejemplo, Tribunal Para la Paz, Sección de Apelación, Auto TP-SA n.º 020, 21 de agosto de 2018, párr. 40 y 47 y, más recientemente, Auto TP-SA 140, 10 de abril de 2019, párr. 16 ss.

54 Corte Constitucional (nota al pie 9), párr. 695 y 696.

55 Ver art. 66 y ss. de la Ley 1922 de 2018.

56 Ver art. 68 Ley 1922 de 2018; esta fórmula, sin embargo, recoge lo dicho por la Corte Constitucional sobre proporcionalidad, gradualidad y razonabilidad, como principios orientadores del régimen de condicionalidad, pero no lo concretan, como parece ordenarlo el AL 01 de 2017.

57 Para una primera decisión en este sentido ver Auto 061 del 26 de abril 2019 de la Sala de Reconocimiento de Verdad, párr. 77 ss.; sobre los compromisos que integran este régimen ver Corte Constitucional, Sentencia C-674 de 2017, nm. 5.5.1.



Instituto Colombo-Alemán para la Paz – CAPAZ

El Instituto CAPAZ es una plataforma de cooperación entre Colombia y Alemania que promueve el intercambio de conocimientos y experiencias en temas de construcción de paz, mediante la conformación de redes entre universidades, centros de investigación, organizaciones de la sociedad civil y entidades gubernamentales que actúan en el ámbito territorial. La consolidación de dichas redes permite el análisis, la reflexión y el debate académico interdisciplinario sobre las lecciones del pasado y los desafíos de la construcción de una paz sostenible. CAPAZ promueve actividades de investigación, enseñanza y asesoría, las cuales permiten nuevas aproximaciones a la comprensión de la paz y el conflicto, transmiten conocimiento a la sociedad y plantean respuestas a los múltiples desafíos de una sociedad en transición.

Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer

El Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer brinda apoyo sostenido al desarrollo y a la profundización de un orden jurídico justo y eficiente en esta región, basado en el principio del Estado de Derecho. Dentro de las áreas temáticas del fortalecimiento de estructuras e instituciones claves para el Estado de Derecho, la división de poderes, la protección de los derechos humanos y la promoción de procesos de integración regional; el Programa Estado de Derecho organiza, conjuntamente con contrapartes locales en todos los países latinoamericanos seminarios, talleres, congresos nacionales e internacionales, foros de diálogo y cursos de capacitación. En estos eventos se invita a expertos nacionales e internacionales a brindar asesoría y capacitación, así como a fomentar contactos y el intercambio entre profesionales de distintos países. Adicionalmente, el Programa Estado de Derecho edita regularmente publicaciones jurídicas sobre temas relacionados con nuestras actividades.

Serie Policy Briefs del Instituto CAPAZ

La serie Policy Briefs del Instituto CAPAZ busca visibilizar propuestas y recomendaciones formuladas por investigadores e investigadoras frente a temáticas puntuales relacionadas con los retos de la construcción de paz en Colombia, de acuerdo con los resultados de sus trabajos. Esta serie brinda herramientas de gran utilidad para la comprensión y el abordaje de problemáticas concretas que enfrentan las sociedades en transición. Va dirigida de manera particular a quienes diseñan, formulan, proponen y tienen poder de decisión sobre políticas públicas que responden a estas problemáticas. La serie Policy Briefs del Instituto CAPAZ es de acceso público y gratuito, y se rige por los parámetros del Creative Commons Attribution. Los derechos de autor corresponden a los(as) autores(as) del documento y cualquier reproducción total o parcial del policy brief (de sus herramientas visuales o de los datos que brinda el documento) debe incluir un reconocimiento de la autoría del trabajo y de su publicación inicial. La reproducción del documento solo puede hacerse para fines investigativos y para uso personal. Para otros fines se requiere el consentimiento de los(as) autores(as). El Instituto CAPAZ no se responsabiliza por errores o imprecisiones que los(as) autores(as) hayan plasmado en el policy brief, ni por las consecuencias del uso del mismo. Las opiniones y juicios de los(as) autores(as) no son necesariamente compartidos por el Instituto CAPAZ.

www.instituto-capaz.org
info@instituto-capaz.org
(+57 1) 342 1803 Extensión
29982
Carrera 8 No. 7-21
Claustro de San Agustín
Bogotá - Colombia

Programa Estado de Derecho
para Latinoamérica
Fundación Konrad Adenauer
www.kas.de/web/rspla
iusla@kas.de
(+57 1) 7430947
Calle 90 No. 19C-74
Bogotá - Colombia