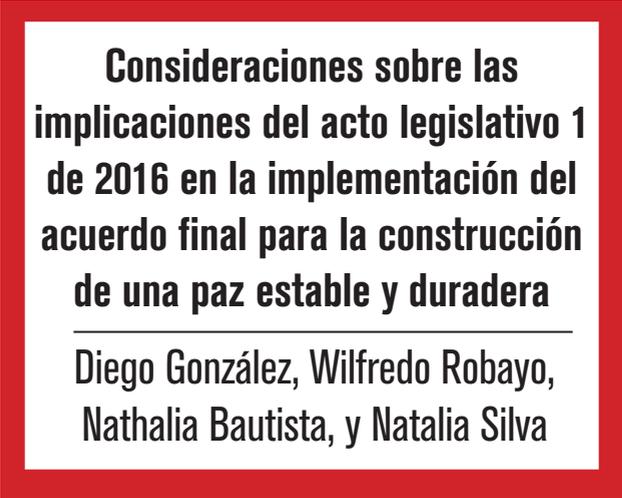




77

SERIE
DOCUMENTOS DE TRABAJO
DEPARTAMENTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL



**Consideraciones sobre las
implicaciones del acto legislativo 1
de 2016 en la implementación del
acuerdo final para la construcción
de una paz estable y duradera**

Diego González, Wilfredo Robayo,
Nathalia Bautista, y Natalia Silva



SERIE DOCUMENTOS DE TRABAJO

El Departamento de Derecho Constitucional es una de las unidades académicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Sus documentos de trabajo dan a conocer los resultados de los proyectos de investigación del Departamento, así como las ideas de sus docentes y de los profesores y estudiantes invitados. Esta serie reúne trabajos de cinco importantes áreas del conocimiento: el derecho constitucional, el derecho internacional, la sociología jurídica, la teoría y filosofía jurídica,

Las opiniones y juicios de los autores de esta serie no son necesariamente compartidos por el Departamento o la Universidad.

Los documentos de trabajo están disponibles en www.icrp.uexternado.edu.co/

Serie *Documentos de Trabajo*, n.º 77
***Consideraciones sobre las implicaciones del acto legislativo 1 de 2016
en la implementación del acuerdo final para la construcción de una paz
estable y duradera***

Diego González, Wilfredo Robayo, Nathalia Bautista, y Natalia Silva

Este documento puede descargarse de la página web del departamento solo para efecto de investigación y para uso personal. Su reproducción para fines diferentes, bien sea de forma impresa o electrónica, requiere del consentimiento del autor y la editora. La reproducción de los documentos en otros medios impresos y/o electrónicos debe incluir un reconocimiento de la autoría del trabajo y de su publicación inicial.

Los autores conservan los derechos de autor. La publicación de este texto se hace bajo los parámetros del *Creative Commons Attribution*. El autor del documento debe informar al Departamento de Derecho Constitucional si el texto es publicado por otro medio y debe asumir la responsabilidad por las obligaciones consecuentes.

Para efectos de citación, debe hacerse referencia al nombre completo del autor, el título del artículo y de la serie, el año, el nombre de la editora y la editorial.

© 2015, Departamento de Derecho Constitucional,
Universidad Externado de Colombia.
Paola Andrea Acosta, Editora
Calle 12 n.º 1-17 Este, Of. A-306. Bogotá, Colombia
www.icrp.uexternado.edu.co/

Presentación

Los *Documentos de Trabajo* son un espacio para la reflexión y el debate. A diferencia de otros formatos, esta serie ofrece un palco para los trabajos inacabados, para la discusión de las ideas en formación y el perfeccionamiento de los procesos de investigación. Se trata pues, de textos que salen a la luz para ser enriquecidos con la crítica y el debate antes de pasar por el tamiz editorial.

En esta colección se sumarán cinco grandes áreas del conocimiento: el derecho constitucional, el derecho internacional, la sociológica jurídica, la teoría y filosofía del derecho. Además, de poner a prueba nuestras ideas, el cometido principal de esta publicación es aportar a los debates actuales, tanto aquellos que se viven en la academia como los que resultan de la cada vez más compleja realidad nacional e internacional.

Esta publicación está abierta a todos los miembros de nuestra Casa de Estudios, profesores y estudiantes, así como a quienes nos visitan. Esperamos contar con el aporte de todos aquellos interesados en la construcción de academia.

MAGDALENA CORREA HENAO
*Directora del Departamento
de Derecho Constitucional*

PAOLA ANDREA ACOSTA A.
Editora

Consideraciones sobre las implicaciones del acto legislativo 1 de 2016 en la implementación del acuerdo final para la construcción de una paz estable y duradera

INTRODUCCIÓN

Desde sus inicios, los documentos de trabajo fueron concebidos como herramientas que propicien la reflexión y el debate, en el que los trabajos inacabados, con ideas en formación, pueden ser enriquecidos con la crítica y el debate resultante de esta.

En este sentido, el Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia ha decidido echar mano de los valiosos insumos contenidos en las intervenciones que ha realizado frente a los procesos de constitucionalidad que se siguen en la Corte Constitucional, para así hacer visible las ideas de nuestros docentes frente a importantes temas de trascendencia constitucional, sometiendo estas consideraciones a la crítica pública, siempre tan necesaria y enriquecedora.

La intervención que a continuación se presenta fue realizada en colaboración con el Centro de Investigación en Filosofía del Derecho. Participaron los docentes Diego González Medina, Wilfredo Robayo Galvis, Nathalia Bautista Pizarro y Natalia Silva Santaularia, quienes intervinieron en el trámite de control automático de constitucionalidad de la Ley 1820 de 2016, “por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones”, promulgada en ejercicio de las facultades otorgadas por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2016.

1. SOBRE EL PROBLEMA INTERPRETATIVO Y DE APLICACIÓN DEL DERECHO

Primea cuestión: Constitucionalidad del régimen de amnistías e indultos.

El recurso a las amnistías e indultos es frecuente en situaciones de conflicto y posconflicto; en concreto, Colombia ha concedido este tipo de beneficios en

múltiples ocasiones específicamente para delitos políticos¹. No obstante, es compleja la cuestión sobre los límites de las amnistías a nivel internacional. Aunque es ampliamente reconocido que las amnistías contravienen los deberes de investigar y perseguir crímenes internacionales específicos, como las graves violaciones de los Convenios de Ginebra, el genocidio, la tortura o la desaparición forzada; no existe ningún acuerdo internacional que prohíba específicamente la concesión de amnistías. Por ejemplo, las amnistías condicionales pueden poseer cierta legitimidad si van acompañadas de procesos de reconciliación o compensación a las víctimas. El análisis depende, en última instancia, de una serie de factores como el contexto, la forma y el objeto de las amnistías, las personas a las que acoge, sus condiciones, y su relación con la rendición de cuentas.

A continuación, se argumentará por qué la Corte Constitucional no debería declarar la inconstitucionalidad de la Ley 1820 de 30 de diciembre de 2016, que contiene las disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales.

Segunda cuestión: Bloque de Constitucionalidad y control de convencionalidad.

La doctrina del “bloque de constitucionalidad” es el punto de partida a la hora de explicar por qué los estándares internacionales son parámetro de interpretación de las leyes colombianas. Esta técnica jurídica con origen en la doctrina francesa² ha supuesto la incorporación a la legislación doméstica de todos los convenios, protocolos y pactos de derechos humanos que Colombia ha ratificado. En este sentido, es clave destacar la tendencia internacionalista de la Constitución Política que, a diferencia de la Constitución anterior, supuso un punto de inflexión en la jurisprudencia constitucional al incorporar los

¹Por ejemplo, las siguientes disposiciones: Ley 35 de 1982, reguló la amnistía y otras disposiciones para restablecer la paz; Ley 49 de 1985, que otorgó facultades especiales al Presidente para conceder indultos, la Ley 77 de 1989 que reguló el procedimiento para dar Indulto, los Decretos 206 de 1990 y 213 de 1991, mediante los cuales se adoptaron medidas para el restablecimiento del orden público, incluida la regulación de la figura de extinción de la acción penal para facilitar la reincorporación de Miembros del EPL, el PRT y el Quintín Lame; el Decreto 1943 de 1991, a través del cual se adoptaron medidas sobre Indulto y Amnistía; el Decreto 1059 del 26 de 1994, con el cual se dictaron normas encaminadas a facilitar la incorporación de milicias populares con carácter político; el Decreto 1387 de 1994, dirigido a facilitar la reincorporación de los miembros del Frente Francisco Garnica vinculados al proceso de paz; la Ley 104 de 1993, cuyos artículos 48 a 60 regulan la posibilidad de otorgar beneficios judiciales para facilitar la reinserción. En la Constitución Política, el artículo transitorio 30 autorizó al gobierno a conceder indultos o amnistías por delitos políticos y conexos cometidos con anterioridad a la promulgación de la Constitución de 1991.

²Ramelli, A., *Jurisprudencia penal internacional aplicable a Colombia*, Ediciones Uniandes, Bogotá, 2011, p. 29.

tratados de derechos humanos al ordenamiento jurídico. Se reconocieron dichos instrumentos internacionales mediante la inclusión de una cláusula de apertura al conjunto de derechos fundamentales en los artículos 93 y 94³.

La Corte Constitucional precisó cuáles son los requisitos necesarios para que un tratado internacional forme parte del ordenamiento normativo interno por el Bloque de constitucionalidad. Estableció que para la incorporación de una norma al Bloque debía existir un “fundamento expreso en la Carta”⁴; una norma constitucional que así lo ordenara y exigiera su integración⁵. Esto constituiría el límite a la creación jurisprudencial del Bloque y, a su vez, una cláusula habilitante para el juez cuando toma como parámetro una disposición que no se encuentra explícitamente mencionada en la Constitución Política al ejercer el control de constitucionalidad sobre las leyes⁶. En este sentido, el artículo 93 es ciertamente revelador ya que cuenta con dos incisos que permiten la incorporación de los tratados al Bloque de constitucionalidad cumpliendo con la condición que la Corte Constitucional ha desarrollado en numerosas sentencias⁷: que las disposiciones de los convenios solo podrán ser integradas en el bloque siempre y cuando reconozcan un derecho humano.

El primer párrafo del artículo 93 establece que los tratados y convenios internacionales de derechos humanos prevalecen en el ordenamiento interno, precisando que, para ello, los mismos deberán ser ratificados por el Congreso de la República, reconocer los derechos humanos y prohibir su limitación en los Estados de excepción. Por otro lado, el segundo apartado del artículo 93 declara que los derechos y deberes consagrados en la Magna Carta deberán interpretarse de acuerdo con los tratados internacionales ratificados por Colombia. Este inciso, de índole más bien interpretativa⁸, hace referencia a los restantes convenios internacionales de derechos humanos, que servirán como parámetros y criterios de interpretación de los derechos fundamentales contenidos en la Carta Política⁹.

En este sentido, la Corte Constitucional ha concretado que es esencial la jurisprudencia de los tribunales o cortes internacionales o regionales encargados de interpretar los derechos humanos y, en particular, la proveniente de la Corte IDH, “única instancia judicial del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”¹⁰. Por su parte, la Corte IDH, en la construcción de la

³RAMELLI, A. op.cit. p. 30.

⁴Sentencia C-358/1997.

⁵Sentencia C-578/1995, Consideración jurídica No. 3.

⁶RAMELLI, A. op.cit. p. 31.

⁷Entre otras: Sentencia C-295/1993, Sentencia C-179/1994 y Sentencia C-327/1997.

⁸QUINCHE RAMÍREZ, M. F. “El Control de Convencionalidad y el Sistema Colombiano”, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, No. 12, 2009, p. 172.

⁹RAMELLI, A. op. cit. p. 32.

¹⁰Sentencia C-355/2006, Consideración jurídica No. 8.4.

interpretación del artículo 2 de la Convención Americana fundó el concepto del “control de convencionalidad”, que consiste en la obligación de los juzgadores de los Estados Partes de efectuar no solo el control de legalidad y de constitucionalidad en sus asuntos, sino de “velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin”¹¹. En particular, cabe mencionar el Caso de la Masacre de la Rochela contra Colombia, donde la Corte IDH fijó unos estándares de juzgamiento a ser obedecidos por el Estado colombiano y donde señaló que “*es necesario indicar que los funcionarios y autoridades públicas tienen el deber de garantizar que la normativa interna y su aplicación se adecuen a la Convención Americana*”¹².

En conclusión, las disposiciones que configuran el Bloque son imprescindibles para realizar una interpretación omnicompreensiva de las normas que conforman el ordenamiento jurídico interno por parte de los jueces constitucionales y ordinarios¹³. Así, tanto la legislación como la jurisprudencia nacionales requieren de un enfoque holístico que incluya los desarrollos normativos del ámbito supranacional en sede de Derecho Internacional Humanitario, Derecho Internacional Penal y Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

A) *La Ley 1820 de 2016 no exime al Estado colombiano del deber de investigar, perseguir y castigar crímenes internacionales.*

De conformidad con diversas fuentes de derecho internacional y la política de las Naciones Unidas, puede afirmarse que las amnistías son impermisibles si:

*“(i) Impiden el enjuiciamiento de personas que pueden resultar penalmente responsables de crímenes de guerra, genocidio, crímenes de lesa humanidad o violaciones graves de derechos humanos, incluidos los delitos que afecten concretamente a la mujer y la violencia de género; (ii) 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”*¹⁴.

¹¹Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) contra Perú*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006, para. 128.

¹²Corte IDH. *Caso de la Masacre de La Rochela contra Colombia*. Sentencia de mayo 11 de 2007, para. 192.

¹³RAMELLI, A. op. cit. p. 65.

¹⁴Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumentos del Estado de Derecho para Sociedades que han salido de un conflicto, Amnistías*, Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas, 2009, p. 11.

Empero, la cuestión de si el derecho internacional prohíbe las amnistías ha sido objeto permanente de debate. La Sala de Apelaciones del Tribunal Especial para Sierra Leona debatió si la prohibición de amnistiar en su Estatuto¹⁵ constituía una regla de derecho internacional de aplicación general. Dispuso la Sala que la amnistía “*constituye una violación de una obligación del Estado con respecto a la comunidad internacional en su conjunto*”¹⁶. La Corte IDH, por su parte, se ha pronunciado en forma similar. Esta obligación del Estado se presenta más como un derecho de las víctimas que como un deber hacia la comunidad internacional. En esta línea, y teniendo en cuenta que no existe ningún tratado que declare que las amnistías son contrarias a derecho internacional, se ha hecho extensa referencia a los derechos de las víctimas, en particular a la reparación y al recurso efectivo. Así, por ejemplo, en el caso *Almonacid Arellano contra Chile*, la Corte IDH dispuso que “*los Estados no pueden sustraerse del deber de investigar, determinar y sancionar a los responsables de los crímenes de lesa humanidad aplicando leyes de amnistía u otro tipo de normativa interna*”¹⁷.

La existencia del deber de perseguir crímenes internacionales, no obstante, fue cuestionada reiteradamente con anterioridad a la adopción y entrada en vigor del Estatuto de Roma¹⁸. Y es que, aunque este deber podía desprenderse de las obligaciones de determinados tratados¹⁹, se limitaba únicamente a los Estados partes de esos tratados. Sin embargo, desde la creación del Estatuto de Roma puede afirmarse que los Estados están obligados a perseguir los crímenes previstos en el Estatuto: genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra; y que, desde el punto de vista del derecho consuetudinario, este deber se refuerza a medida que aumenta el número de Estados parte²⁰. En consecuencia, es evidente concluir que conceder una amnistía que exima de castigo ciertos crímenes internacionales iría en contravía del deber de perseguir de los Estados.

¹⁵Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, Art. 10.

¹⁶KALLON (SCSL-04-15AR72(E)) y KAMARA (SCSL-04-16-AR72(E)), Decision on Challenge to Jurisdiction: Lomé Accord Amnesty, 13 de marzo de 2004, para. 73.

¹⁷Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros contra Chile*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, para. 114.

¹⁸Ambos, K., MALARINO, E. Y ELSNER, G. (ed.), *Justicia de transición*, Konrad Adenauer Stiftung y Georg-August-Universität-Göttingen, 2009, p. 36.

¹⁹Por ejemplo, la Convención sobre la Prevención y el Castigo del Crimen de Genocidio de 1948 o la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes de 1984.

²⁰Ambos, K., MALARINO, E. Y ELSNER, G. (ed.); *Justicia de transición*, Konrad Adenauer Stiftung y Georg-August-Universität-Göttingen, 2009, p. 38.

La Corte Constitucional se ha pronunciado igualmente sobre el particular. En Sentencia C-370 de 2006, por ejemplo, dejó claro que:

“Las obligaciones de investigar, procesar y sancionar judicialmente los graves atentados en contra de los derechos humanos internacionalmente protegidos, tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, son incompatibles con leyes o disposiciones de cualquier índole que dispongan respecto de estos delitos amnistías, prescripciones o causales excluyentes de responsabilidad. Este tipo de leyes o disposiciones, por conducir a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, conllevan una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y generan la responsabilidad internacional del Estado. Además, por esas mismas razones, tal tipo de leyes “carecen de efectos jurídicos””²¹.

*B) Constitucionalidad de la renuncia a la persecución penal.
Adecuación de la Ley 1820 de 2016 a los estándares internacionales.*

El régimen de amnistías de la Ley 1820 de 2016 constituye una medida del “Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición”, cuyo contenido desarrolla el Punto No. 5 de los Acuerdos de La Habana. Así, es clave indicar que la integralidad es una característica esencial del sistema; sus componentes deben estar interconectados (Art. 6). Ello es clave para comprender, en primer lugar, que la amnistía es condicional y no general. La concesión de amnistías, indultos o de cualquier tratamiento especial no exime del deber de contribuir al esclarecimiento de la verdad o del cumplimiento de las obligaciones de reparación que imponga la Jurisdicción Especial para la Paz (Art. 14).

C) Alcance del delito político y de las conductas con tratamiento penal diferenciado en la Ley 1820 de 2016

A partir de un análisis estricto de la Ley 1820 del 2016 se puede encontrar un *sistema de amnistía e indulto* para los miembros de la Guerrilla de las FARC – EP y en general, para quienes hayan participado directa e indirectamente en todo lo concerniente a la actividad propia de la “rebelión”, así como un *sistema de tratamiento penal diferenciado de los agentes del Estado* respecto de las conductas penales cometidas en el desarrollo del conflicto armado, ésto

²¹Sentencia C-370/2006, Consideración jurídica No. 4.5.4.

último, con el fin de cumplir con un tratamiento equitativo e igualitario entre los participantes en las hostilidades. Los límites materiales a estos dos sistemas se encuentran específicamente en el deber del Estado de investigar, esclarecer, perseguir y sancionar las conductas penales especialmente graves y desconocedoras del sistema internacional de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, según lo establecido en su Artículo 10. En ese sentido y como se explicó, consideramos que la Ley 1820 de 2016 se enfoca en la renuncia a una imposición categórica de la pena en cumplimiento de los fines de la justicia transicional (Arts. 5 y 6) y con respeto a los mínimos de protección trazados por el sistema internacionalmente reconocido de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. Igualmente, se reconoce la renuncia a las sanciones administrativas, disciplinarias y fiscales relacionadas con las conductas penales en cuestión.

A partir de una interpretación sistemática se puede deducir, en primer lugar, el sentido y el alcance del *delito político y conexo*, criterio determinante para el reconocimiento de la *amnistía a los miembros del grupo armado rebelde de las FARC-EP*, siendo esto un cumplimiento del propósito mismo del Punto No. 5 de los Acuerdos de La Habana. En efecto, el Legislador establece que solo en el caso de los delitos políticos previstos en el Código Penal (Art. 2; Art. 8; Art. 15 rebelión, sedición, asonada, conspiración, seducción, usurpación ilegal del mando) y las conductas conexas son objeto de amnistía e indulto. Según la Ley 1820 las conductas conexas son aquellas que están encaminadas a “facilitar, apoyar, financiar u ocultar el desarrollo la rebelión” (Arts. 16 y 23 C.), como también aquellas que se entienden como parte esencial de la práctica propia de la rebelión (Art. 24; Art. 29, 2.; Art. 37, inciso 4). Igualmente, el Legislador establece que el alcance de la interpretación del contenido de estas conductas está limitado por el sentido de las “graves violaciones a los Derechos Humanos” y las “graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario” (Art. 10; Art. 23, a.- “grave crimen de guerra”-; Art. 30, 1.; Art. 46), así como por las conductas acreedoras de los calificativos de “ferocidad, barbarie u otro equivalente”(Art. 23, Parágrafo, a.). Dentro de la descripción de estos límites, se precisa que el “grave crimen de guerra” es aquel que se ha cometido de “forma sistemática” (Art. 23 inciso final). La Ley incluso contiene una categoría abstracta con respecto a los crímenes de violencia sexual expresada mediante la cláusula “otras formas de violencia sexual”. Ello implica que, en principio, cualquier conducta de esta naturaleza, con independencia de su gravedad, deberá ser perseguida y sancionada. Así, puede concluirse que lo previsto en la Ley 1820 no se opone al deber del Estado colombiano de investigar, esclarecer, perseguir y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y las graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario (Art. 10), y es, por lo tanto, constitucional (Art. 23; en el caso de la renuncia a la acción penal para los agentes del Estado, Art.

46).

Igualmente, el Legislador ha reconocido el sentido propio del delito político, el cual se enfoca en la dialéctica del rebelde y el Estado, en tanto que establece como requisito que, de un lado, se trate de conductas que representen una participación directa e indirecta en el conflicto armado (Art. 2), entendido como un aporte que no busca el beneficio propio o de un tercero (Art. 23, Parágrafo, b) y, de otro, que el sujeto pasivo sea precisamente el Estado (Art. 23, b.). En este contexto, se reconoce igualmente la posibilidad de otorgar *indulto* en el sentido del delito político, cuando las conductas sean conexas y no especialmente graves: “lesiones personales con incapacidad inferior a 30 días”, “daño en bien ajeno”, “perturbación en servicio de transporte público, colectivo u oficial”, “obstrucción a vías públicas que afecte el 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” (Art. 24).

Finalmente y siguiendo la perspectiva de la posición del rebelde, se rechaza la posibilidad de reconocer el beneficio de la amnistía o indulto ante la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la Jurisdicción Especial para la Paz respecto de quienes hayan tenido una “participación determinante” en una “conducta grave” en “*delitos de lesa humanidad, genocidio, graves crímenes de guerra, toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, tortura, ejecución extrajudiciales, desaparición forzada, acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, sustracción de menores, desplazamiento forzado o reclutamiento de menores conforme al Estatuto de Roma*” (Art. 30).

En segundo lugar, la ley reconoce la posibilidad de aplicar un *tratamiento diferenciado respecto de los agentes del Estado* que hayan participado en el conflicto armado, siempre que las conductas penales en cuestión no representen una grave violación a los Derechos Humanos o al Derecho Internacional Humanitario, en concreto: cuando no se trate de “*delitos de lesa humanidad, genocidio, graves crímenes de guerra, toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, tortura, ejecución extrajudiciales, desaparición forzada, acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, sustracción de menores, desplazamiento forzado o reclutamiento de menores conforme al Estatuto de Roma*” (Art. 46, también en el 47). Siguiendo el sentido de esta restricción, el Legislador prohíbe igualmente el beneficio de la libertad transitoria, condicionada y anticipada frente a este mismo conjunto de conductas penales, siempre que no se haya cumplido al menos 5 años de privación de la libertad determinada por la Jurisdicción Especial para la Paz (Art. 52, 2.).

D) Constitucionalidad de la renuncia de la pena frente al delito político y delitos conexos y en las conductas naturales al desarrollo del conflicto armado a manos de los agentes del Estado.

A partir de la interpretación del sistema que plantea la Ley 1820 de 2016 se deduce un marco de renuncia penal solo respecto de las conductas que son naturales al desarrollo del conflicto armado interno atendiendo a la posición de cada uno de los sujetos parte de las hostilidades, esto es, a manos de los rebeldes y quienes cooperaron con ellos (delitos políticos y conexos), así como de los agentes del Estado. El Legislador ha establecido igualmente unos límites materiales para la interpretación del alcance de dichas conductas atendiendo al sentido del Derecho Penal Internacional, del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. En otras palabras: Si bien el deber de persecución penal del Estado es un asunto propio de su soberanía, la comunidad internacional espera, no obstante, que se cumpla con el mínimo de punición frente aquellas conductas que han sido consideradas como especialmente graves y que, en este caso, se desarrollan en el contexto propio de un conflicto armado interno.

Este requerimiento de punición de las así llamadas “graves violaciones a los derechos humanos” y las “graves infracciones al derecho internacional humanitario” tiene vigencia en nuestro ordenamiento a través del artículo 93 de la Constitución Política. La posibilidad de renuncia de la pena puede, por ello, solamente proceder de conductas penales menos graves, siempre que esa decisión busque precisamente cumplir con la finalidad principal de la comunidad internacional de mantener un estado de “paz”, o bien, de garantizar la “seguridad de la humanidad”²².

La finalidad de la justicia transicional es precisamente superar un grave estado de crisis social y lograr la convivencia respetuosa de una sociedad, en nuestro caso, darle fin a un largo conflicto armado interno. En ese sentido y a partir del Acto Legislativo 01 de 2012, el modelo de justicia transicional adoptado por el Gobierno colombiano con la guerrilla de las FARC-EP se centra en la penalización de las conductas especialmente graves y, sobre todo, en la implementación de mecanismos que están encaminados a la determinación de la verdad y la efectiva reparación de las víctimas, así como a la solución de las causas del conflicto. La imposición de la pena no puede por ello ser el eje central de la justicia transicional y la posibilidad de renuncia está condicionada a la efectiva búsqueda de la paz.

La Corte Constitucional en Sentencia C-579 de 2013 se ha pronunciado ya

²²WERLE, G., “Menschenrechtsschutz durch Völkerstrafrecht”, en: ZStW (1997), p. 814 y s.; TEITEL, R., “Transitional Justice Globalized”, en: Globalizing Transitional Justice. Contemporary essays, Teitel (Editora), Oxford 2014, p. 6.

el respecto y, en particular, sobre el modelo de justicia transicional que se plantea con la Guerrilla de las FARC-EP. Según este fallo, las restricciones al deber de persecución penal en el marco de la justicia transicional son legítimas en tanto que se cumplan con las garantías de la verdad, justicia, reparación y no repetición. La búsqueda de la paz es deber del Estado y en razón de ella puede ponderarse la posibilidad de renunciar a la imposición de la pena, bajo el supuesto del mínimo de protección inderogable del sistema internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario²³.

Asimismo, los Acuerdos de la Habana han desarrollado un sistema integral de justicia transicional en el Punto No. 5. Ahí se conjuga el componente penal con la implementación de las garantías de verdad, justicia, reparación y no repetición. En cumplimiento de ese propósito de la justicia transicional, la Ley 1820 de 2016 condiciona el sistema de amnistía e indulto de las conductas penales de los rebeldes y el sistema de tratamiento penal diferenciado de los agentes del Estado a la efectiva colaboración de los responsables en este complejo sistema de justicia transicional (Art. 6), lo cual puede apreciarse en el reconocimiento de la obligación de cooperar en el esclarecimiento de la verdad y la reparación de las víctimas (Art. 14, Arts. 18, Art. 25 inciso 2, Art. 33, Art. 52, No. 4.: Art. 57, No. 4. de la Ley 1820 de 2016).

Igualmente, el tratamiento penal diferenciado frente a las conductas de los agentes del Estado que no constituyan graves violaciones a los Derechos Humanos o graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario obedece a un tratamiento equitativo e igualitario que se le ha querido dar a los sujetos parte de las hostilidades en el contexto propio de la justicia transicional.

En conclusión, la renuncia a la pena en conductas que no son especialmente graves, esto es, que no traspasan los límites de protección internacionales conforme al artículo 93 de la Constitución Política, encuentra legitimación en los fines propios de la justicia transicional, los cuales buscan, por su parte, darle cumplimiento al derecho a la paz de los ciudadanos. En este sentido, el Legislador es libre de determinar el alcance de las conductas que no son merecedoras de pena, en tanto que opere conforme a los límites de humanidad que deben ser siempre respetados en el marco de un conflicto armado. A partir de la interpretación sistemática de la Ley 1820 de 2016 se puede claramente apreciar un listado de conductas que realmente hacen parte de la naturaleza propia del desarrollo de la rebelión, así como la mención de criterios generales para la comprensión de las conductas que son naturales a un conflicto armado

²³ C-579/2013, Consideración jurídica No. 8.3.1 (respecto de la ponderación en la justicia transicional como mecanismo para desarrollar las obligaciones derivadas de las garantías de los derechos y en especial de la paz, Consideración jurídica No. 8.1. (i), (ii) y (iii) y siguientes, 8.1.3 respecto de los límites de protección inderogables en el sistema internacional de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario.

para el caso de los agentes del Estado y, finalmente, el reconocimiento de un límite material de interpretación del alcance de las mismas en el núcleo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario. Por esta razón, consideramos que el Legislador en la Ley 1820 de 2016 ha operado conforme al sentido trazado por la Corte Constitucional en Sentencia C-579 de 2013 referido a la ponderación del deber de persecución penal respecto del fin superior de la consecución de un estado de paz. En ese sentido, la Ley 1820 es constitucional.

Tercera cuestión: Inconstitucionalidad de la extinción de la acción de repetición y del llamamiento en garantía

La Ley 1820 de 2016 establece como uno de los efectos de la amnistía la extinción de la responsabilidad derivada de la acción de repetición (Art. 41). La misma Ley le otorga idéntico efecto a la renuncia a la persecución penal, incluso en relación con los agentes del Estado (Art. 42 y 48.5). Dichos artículos son del siguiente tenor:

Artículo 41. *Efectos de la amnistía. La amnistía extingue la acción y la sanción penal principal y las accesorias, la acción indemnización de perjuicios derivada de la conducta punible, y la responsabilidad derivada de la acción de repetición cuando el amnistiado haya cumplido funciones públicas.*

Artículo 42. *Efectos de la renuncia a la persecución penal. La renuncia a la persecución penal extingue la acción y la sanción penal, así como la acción de de perjuicios derivada de la conducta punible y la responsabilidad derivada de la acción de repetición.*

Artículo 48. *Otros de la renuncia a la persecución penal. La renuncia persecución penal también genera los siguientes efectos: (...) 5. **Impide el ejercicio de la acción de repetición y del llamamiento en garantía contra los agentes del sin perjuicio del deber del de el derecho víctimas a reparación integral.***

Pues bien, extinguir la acción de repetición o el llamamiento en garantía con fines de repetición como consecuencia de la amnistía o de la renuncia a la persecución penal vulnera abiertamente el artículo 90 de la Constitución Política. En efecto, este artículo constitucional dispone lo siguiente:

Artículo 90. *El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.*

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

Este último inciso establece directamente la denominada acción de repetición. Esta acción es entonces de origen constitucional y de carácter patrimonial, y deberá ejercerse contra el agente del Estado, siempre que, como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa, haya dado lugar a reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado (Art. 2 de la Ley 678 de 2001). Así, la acción de repetición se caracteriza por los siguientes elementos: (i) Que el Estado hubiere reconocido una indemnización como consecuencia de daños antijurídicos, (ii) que tales daños se hubieren causado como consecuencia de conductas dolosas o gravemente culposas de agentes estatales y, (iii) que, por virtud de la Constitución, el Estado deberá obligatoriamente ejercerla cuando se reúnan los anteriores elementos.

Por su parte, el llamamiento en garantía con fines de repetición consiste en la citación que puede hacer el Estado al agente que ha obrado con dolo o culpa grave y es responsable de daños antijurídicos para que reembolse el valor de la indemnización a cargo del Estado. Lo anterior tiene lugar en el mismo proceso en que se define la responsabilidad patrimonial del Estado. Es preciso resaltar que el llamamiento en garantía con fines de repetición previsto originalmente en los artículos 19 y 20 de la Ley 678 de 2001 fue declarado exequible mediante la Sentencia C-484 de 2002.

El ejercicio obligatorio de la acción de repetición por parte del Estado (o del llamamiento en garantía con tales fines), además de justificarse en el imperativo contenido en el artículo 90.2 de la Constitución Política, se funda en el deber constitucional de *“defensa de los intereses generales que se verían seriamente afectados si la comunidad tuviera que soportar la disminución patrimonial que se le ocasiona con la condena y nada pudiera hacer contra el responsable directo y personal que a ella dio origen por su actuar doloso o gravemente culposo.”*²⁴

En tales términos, salta a la vista que extinguir la responsabilidad derivada de la acción de repetición (Art. 41 y 42 de la Ley 1820 de 2016) o impedir el ejercicio de la misma o del llamamiento en garantía con tales fines (Art. 48.5 *ibídem*) representa un desconocimiento manifiesto del artículo 90.2 de la Constitución Política. Esta norma constitucional establece que el Estado, *sin excepción*, deberá ejercer la acción de repetición o llamar en garantía con tales fines, siempre que deba reparar patrimonialmente daños antijurídicos causados como consecuencia de acciones u omisiones dolosas o gravemente culposas cometidas por sus agentes.

Como consecuencia de lo anterior, respetuosamente se solicita a la Corte Constitucional que adopte una de las siguientes decisiones:

²⁴Sentencia C-484/2002, Consideración jurídica No. 4.2.

1. **DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD** de los fragmentos normativos resaltados de los artículos 41, 42 y 48.5 de la Ley 1820 de 2016, o,
2. **DECLARAR LA EXEQUIBILIDAD** de tales artículos bajo el entendido que “*siempre y cuando la reparación patrimonial a cargo del Estado no se hubiere derivado de acciones u omisiones dolosas o gravemente culposas de sus agentes.*”

Cuarta cuestión: Inconstitucionalidad del régimen de asignación de retiro a los agentes del Estado

Finalmente, en este apartado se buscará determinar si el inciso 2 del párrafo 1 del artículo 51 de la Ley 1820 de 2016 es constitucional a la luz de la Constitución Política y la jurisprudencia de la Corte Constitucional:

Artículo 51(...). Párrafo 1°. (...) Los miembros de la Fuerza Pública investigados de que trata el presente párrafo, una vez levantada la suspensión de funciones y atribuciones y cuando la Jurisdicción Especial para la Paz haya declarado su competencia para conocer del caso, tendrán derecho a que se compute para efecto de la asignación de retiro el tiempo que estuvieron privados efectivamente de la libertad con anterioridad a la entrada en funcionamiento de la JEP. Lo anterior, siempre y cuando hayan seguido efectuando sus respectivos aportes, sin que ello implique un reconocimiento para efecto de la liquidación de las demás prestaciones. (Negrita fuera de texto).

Consideramos que frente a esta disposición legal surge el siguiente problema jurídico: ¿Puede el Legislador ordinario incluir en una ley de amnistía e indultos y tratamientos penales diferenciados el beneficio en favor de los agentes del Estado consistente en la computación del tiempo de privación efectiva de libertad anterior a la entrada en funcionamiento de la Jurisdicción Especial para la Paz para efecto de asignar su retiro?

En primer lugar, cabe tener en cuenta que el Legislador posee amplios poderes en el marco de la configuración legislativa de la política criminal del Estado. Al respecto, la Corte Constitucional ha establecido que al “*Congreso de la República se le asigna competencia en la definición de la política criminal del Estado (Arts. 114 y 150 superiores), para determinar las conductas que constituyen delitos, las sanciones que deben imponerse y el procedimiento a cumplirse. Le asiste en materia penal una competencia amplia que encuentra respaldo constitucional en los principios democrático y de soberanía popular (Arts. 1° y 3° superior). Bien puede el Legislador penal*

crear, modificar y suprimir figuras delictivas; introducir clasificaciones entre las mismas; establecer modalidades punitivas; graduar las penas que resulten aplicables; y fijar la clase y magnitud de estas con arreglo a criterios de atenuación o agravación; todo ello de acuerdo con la apreciación, análisis y ponderación que efectúe sobre los fenómenos de la vida social y del mayor o menor daño que ciertos comportamientos ocasionen al conglomerado social”²⁵.

Asimismo, la Corte Constitucional entiende que la libertad de configuración legislativa en materia de política criminal se encuentra limitada por preceptos constitucionales e internacionales²⁶, como ya se ha mencionado en este documento. Además, incluye la potestad de otorgar beneficios penales²⁷. No obstante, en el ejercicio de esta facultad del Legislador, y teniendo en cuenta el problema jurídico planteado, es pertinente tener en cuenta que la existencia del límite material del principio de igualdad contemplado en el artículo 13 de la Constitución Política. Se observa que el beneficio previsto en el inciso 2 del párrafo 1 del artículo 51 de la Ley 1820 de 2016 contraviene este principio, entendido en el sentido de la justicia distributiva. Al respecto, la Corte Constitucional ha establecido que: *“La razón de ser de la justicia es darle a cada uno lo suyo, según una igualdad proporcional. La medida de lo que se debe dar a cada cual es según su merecimiento, que determina la acción de dar. Ese merecer no es señalado por factores de arbitrio sino descubierto por la razón de acuerdo con la necesidad objetiva: es impropio del artífice de la justicia dar con un criterio distinto al que viene fijado por el merecimiento, porque ello sería no tener en cuenta el bien común.*

²⁵Sentencia C-387/2014, Consideración jurídica No. 3.

²⁶ Sentencia T-718/2015, Consideración jurídica No. 4.1: *“De este modo, la potestad de configuración del legislador para diseñar la política criminal del Estado está limitada por la Constitución, por un lado, en lo que tiene que ver con derechos de las víctimas a que exista un recurso judicial efectivo, a acceder a la justicia, a la reparación, a la restauración de sus derechos y la garantía de no repetición; y de otro, el deber del Estado de prevenir, investigar, juzgar y sancionar la grave criminalidad, de acuerdo con los compromisos internacionales sobre derechos humanos, aplicables en el ordenamiento interno en virtud del artículo 93 Superior. En la Sentencia C-387 de 2014 esta Corporación reiteró su jurisprudencia en relación con los límites de la competencia asignada al Congreso de la República para definir la política criminal del Estado, en virtud de la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos que “constituyen un límite inalterable al ejercicio del poder público, al consagrar valores superiores, principios constitucionales y derechos fundamentales” , para lo cual el legislador debe atender, entre otros, los principios de necesidad de la intervención penal, de razonabilidad y proporcionalidad, y al deber de garantizar los derechos constitucionales y la aplicación de los convenios internacionales de derechos humanos.”*

²⁷Sentencia C-073/2010, Consideración jurídica No. 4: *“Con base en los precedentes jurisprudenciales se tiene que en materia de concesión de beneficios penales, (i) el Legislador cuenta con amplio margen de configuración normativa, en tanto que es una manifestación de su competencia para fijar la política criminal del Estado; (ii) con todo, la concesión o negación de beneficios penales no puede desconocer el derecho a la igualdad; (...)”*

Y todo lo que desconoce el bien común, tiene evidentemente una razón de injusticia. En este caso la injusticia consiste en la falta de proporcionalidad equitativa, pues se dan excepciones no debidas”²⁸.

En ese orden de ideas, es claro que el inciso 2 del párrafo 1 del artículo 51 de la Ley 1820 establece un beneficio exclusivo para los agentes del Estado: *“Este beneficio se aplicará a los agentes del Estado, que al momento de entrar en vigencia la presente ley, estén detenidos o condenados que manifiesten o acepten su sometimiento a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la Jurisdicción Especial para la Paz, con el fin de acogerse al mecanismo de la renuncia a la persecución penal.”* (Art. 51).

El reconocimiento de un beneficio debe, por consiguiente, operar conforme a los principios de la justicia distributiva. Según la interpretación de la Corte Constitucional, esto significa que no es dable otorgar beneficios que impliquen la exclusión ilegítima de un grupo de personas: *“Concederles a algunos ciudadanos una serie de beneficios (...), excluyendo de esos privilegios excepcionales a los demás individuos, significa establecer el principio conocido como la "acepción de personas", opuesto a la igualdad propia de la justicia. En efecto, la máxima antijurídica a que se ha hecho mención contradice a la justicia distributiva; pues esta consiste en distribuir los bienes y las penas a las distintas personas en proporción a su merecimiento. En consecuencia, cuando se considera dicha propiedad del ser humano, por la cual se le da lo que le es debido, no se observa tanto su individualidad como su merecimiento o dignidad. Por tanto, es evidente que la acepción de personas se opone a la justicia, puesto que al obrar sin proporción desconoce la igualdad. Y nada se opone tanto a la justicia como la desigualdad”²⁹.*

2. CONCLUSIONES.

En conclusión, consideramos que el inciso 2 del párrafo 1 del artículo 51 de la Ley 1820 de 2016, al conceder un beneficio *exclusivamente* en favor de los miembros de la Fuerza Pública, incumple manifiestamente el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política.

En concordancia con los argumentos esbozados en los párrafos precedentes, solicitamos a la Corte Constitucional:

DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD del inciso 2 del párrafo 1 del artículo 51 de la Ley 1820 de 2016.

²⁸Sentencia C-073/2010, Consideración jurídica No. 4.

²⁹Sentencia C-073/2010, Consideración jurídica No. 3.

