



Bogotá D.C., 24 de marzo de 2017

Honorable

José Antonio Cepeda Amaris

Magistrado Sustanciador

Corte Constitucional de Colombia

E. S. D.

REF. Concepto Ley 1820 de 2016 “por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones.”

Expediente: RPZ-001

JOMARY LIZ ORTEGÓN OSORIO, presidenta de la Corporación Colectivo de Abogados “José Alvear Restrepo”, Organismo no Gubernamental de derechos humanos, de conformidad con lo prescrito en el Acto Legislativo 01 de 2016 que establece el Procedimiento Legislativo Especial para la Paz y el Decreto 121 de 2017, presentamos ante la Honorable Corte Constitucional **concepto técnico** respecto de la Ley 1820 de 2016 “por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones.”

La presente intervención es coadyuvada por SORAYA GUTIÉRREZ ARGUELLO, Vocera del Movimiento de Víctimas de Crímenes de Estado (MOVICE) y FRANKLIN CASTAÑEDA, Vocero de la Coordinación Colombia Europa Estados Unidos CCEEU) colombianos y colombianas mayores de edad, vecinos de Bogotá, identificados como aparece al pie de nuestras respectivas firmas.

La presente intervención estará dirigida a: **(I)** presentar las disposiciones que se solicita sean declaradas inconstitucionales **(II)** y las normas transgredidas **(III)**; realizar un contexto en el que se da cuenta de la importancia de estas disposiciones



para salvaguardar los derechos fundamentales en una sociedad que está haciendo tránsito al post-conflicto **(IV)**; presentar los cargos de inconstitucionalidad.

CONTENIDO

I. Consideraciones generales:	5
II. Normas de la Ley 1820/2016 sobre las que se solicita control de constitucionalidad.	9
III. Normas constitucionales vulneradas:	21
IV. Análisis de constitucionalidad:	22
A. Artículo 14 y Artículo 33. Sobre la contribución a la satisfacción de los derechos de las víctimas.	22
1. Síntesis del cargo	22
2. Alcance de la disposición	23
3. Concepto de la violación	25
Problemas jurídicos	25
Reglas jurídicas de decisión.	25
Cargo de exequibilidad condicionada sobre la reparación integral	26
Conclusión	29
Cargo de armonización normativa sobre término de verificación de compromisos con el Sistema Integral:	29
Conclusión	34
B. Artículo 24.	35
4. Síntesis del cargo	35
5. Alcance de la disposición	35
6. Concepto de la violación	36



Problema jurídico	36
Regla de decisión	36
Conclusión	43
B. Artículo 42 y 43: Efectos renuncia a la acción penal y suspensión provisional de la pena.	44
7. Síntesis del cargo	44
8. Alcance de la disposición	45
9. Concepto de la violación	45
Problema jurídico	45
Reglas de decisión	45
Cargos de inexecutableidad de disposiciones que limitan acceso a la administración de justicia (reparación judicial).	46
Conclusión	56
Cargo de executableidad condicionada sobre la reparación integral	57
C. Artículo 9, 44, 45, 46 y 47. Tratamientos penales especiales diferenciados para agentes del Estado:	57
10. Síntesis del cargo	57
11. Alcance de la disposición	58
12. Concepto de la violación	59
Problema jurídico	59
Cargo de inexecutableidad condicionada de la “expresión tratamiento diferenciado a agentes de Estado”:	59
Conclusión:	71
D. Art. 47, 49, 53, 58 y 60 Participación efectiva de las víctimas en las instancias procesales y extraprocesales de la JEP.	72
13. Síntesis del cargo:	72



14. Alcance de la disposición	73
15. Concepto de la violación	73
Problema jurídico:	73
Regla de decisión:	73
Cargo de exequibilidad condicionada a garantía de participación de las víctimas	74
Conclusión	80
E. Artículos 48, 51 y 52. Otros efectos de la renuncia a la persecución penal y de la libertad transitoria condicionada y anticipada.	81
16. Síntesis del cargo	81
17. Alcance de la disposición	82
18. Concepto de la violación	83
Problemas Jurídicos	83
Reglas de decisión	84
Cargo de inexequibilidad de “beneficios” a Agentes Estatales por violación de obligaciones internacionales, constitucionales y derechos de las víctimas.	84



I. Consideraciones generales:

1. **Valoración general-** La ley 1820 del 30 de diciembre del 2016 , por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones (En adelante Ley 1820/2016), en términos generales es conexas, desarrolla y facilita la implementación efectiva del Acuerdo Final firmado entre las FARC-EP y el Gobierno Nacional el pasado 24 de noviembre de 2016 de acuerdo al principio de centralidad de las víctimas y el paradigma de justicia restaurativa. No obstante, algunas de sus disposiciones contravienen los principios de bilateralidad y autenticidad, lo que constituye un exceso de las facultades dadas al Congreso y Gobierno Nacional por el Acto Legislativo 01 de 2016 para implementar legislativamente de buena fe el Acuerdo Final. Por tanto, en uso de un juicio estricto de necesidad, conexidad y finalidad, respetuosamente pretendemos que la Corte declare inconstitucionales aquellos apartes y expresiones de la Ley 1820 de 2016 en los que el legislativo y Gobierno Nacional excedieron sus competencias para implementar el Acuerdo Final (defecto formal) y aquellos que contravienen normas constitucionales (defecto sustantivo), además de declarar la omisión legislativa correspondiente según sea pertinente para integrar la Ley 1820 de 2016 a los estándares nacionales e internacionales de participación de las víctimas.

2. **Justicia restaurativa (concepto) / Beneficios punitivos orientados a satisfacer derechos de las víctimas-** Histórica y jurídicamente, la Ley 1820/2016 comporta un avance fundamental para la terminación del conflicto armado colombiano y la realización de los derechos de las víctimas. Dicha norma establece una serie de tratamientos penales alternativos para quienes se acojan los compromisos establecidos por los mecanismos del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y Garantías de No Repetición (SIVJRNR o Sistema Integral). La prioridad será entonces la satisfacción de los derechos de las víctimas, y tanto los beneficios punitivos que se concedan, como los procedimientos que se definan, deberán estar supeditados y orientados hacia la realización efectiva, plena y no regresiva de estos derechos.

3. **Escrutinio constitucional estricto / Déficit de participación**



ciudadana: A su vez, la Ley 1820/2016 es la primera norma promulgada en el curso del Procedimiento Legislativo Especial para la Paz del Acto Legislativo 01 de 2016. Al tratarse de la única oportunidad que tendrá la ciudadanía para pronunciarse, las reglas jurídicas de decisión que establezca y el escrutinio que haga la Corte Constitucional deberá ser el más estricto, puesto que este definirá los límites del Legislador y del Gobierno Nacional en la implementación del Acuerdo Final de acuerdo a un procedimiento especial y extraordinario que implica un gran déficit de participación democrática.

Justamente, la Ley 1820/2016 se surtió en el Congreso de la República sin la participación de ninguna organización o representante de los derechos de las víctimas en sesión informal o audiencia pública, aunque allí se disponen medidas que restringen y comprometen seriamente la garantía de sus derechos -y en especial los de las víctimas de crímenes de Estado. Incluso, aunque se hubieran realizado Audiencias, dada la disminución del número de debates y de los términos para su convocatoria, el escrutinio constitucional debería mantenerse en el nivel más estricto.

4. **Límites a la potestad de configuración legislativa / Juicio de necesidad estricta (analogía)**- Al respecto, consideramos respetuosamente que de manera prioritaria y al igual que en la Sentencia C-160 de 2017¹, sobre el Decreto Ley 2204 de 2016, debe la Corte Constitucional estudiar en este caso igualmente la competencia material, conexidad, finalidad y necesidad estricta de tramitar vía procedimiento legislativo especial, en lugar del ordinario, cada una de las disposiciones desarrolladas en la Ley 1820/2016. Así como al Presidente de la República le fueron concedidas facultades extraordinarias para emitir decretos con fuerza de ley, también le fueron concedidas facultades extraordinarias para intervenir dentro del Procedimiento Legislativo Especial en los términos del Acto Legislativo 01 de 2016.

¹ Sentencia C-160 de 2017. M.P. María Stella Ortiz.



Las normas que se emanen dentro de este procedimiento no surtirán los tiempos y debates ordinarios establecidos en la Ley 5 de 1992, y afectarán transitoria y excepcionalmente el principio de separación de poderes. De modo que se dan presupuestos similares a aquellos bajo los cuales la Corte evaluó la constitucionalidad de las facultades extraordinarias otorgadas al Gobierno Nacional para emitir decretos con fuerza de ley. En el procedimiento legislativo especial, la libertad de configuración legislativa estará restringida en la iniciativa porque le corresponde de manera exclusiva al Gobierno Nacional (Artículo 1 Lit. a. del A.L.01/16) y, también, respecto de la posibilidad de realizar proposiciones a las normas porque su aprobación estará sujeta al aval del Gobierno Nacional (Artículo 1 Lit. h. y j. del A.L.01/16). Esta facultad extraordinaria y especial del Gobierno de intervenir en el trámite legislativo requiere entonces de un juicio de necesidad estricta en el que la Corte valore si la medida es adecuada, conducente y necesaria para la implementación efectiva del Acuerdo Final según los principios que lo inspiran. Se debe verificar que “la medida adoptada por el legislador debe ser la mejor entre otras posibles, o ser tan idónea como otras de su clase, y adicionalmente debe ser la menos lesiva con el derecho intervenido”².

Más allá de sólo invocar el Acto Legislativo 01 de 2016, el Gobierno Nacional y Congreso sólo tienen la competencia para tramitar por esta vía rápida medidas estrictamente necesarias, del mismo modo que “la Corte consideró que la habilitación legislativa no sustituía la separación de poderes y funciones, justamente porque procedía solo en casos limitados, en que fuera estrictamente necesario utilizar las facultades extraordinarias”³. El juicio de la Corte para la Ley 1820/2016 entonces deberá ser el más estricto, ya que “[l]a Corte, en su concepto, debe aplicar este principio [el de necesidad estricta] con sumo rigor, pues fue precisamente un fundamento esencial en la sentencia C- 699 de 2016, para concluir que no hubo sustitución. Si se hace una interpretación laxa de este principio de estricta necesidad, se le reconocerían judicialmente al Presidente de la República funciones de las que

² Sentencia C 586 de 2016.

³ Comunicado de Prensa No. 10 de Marzo 9 de 2017- Sentencia C 160 de 2017.



objetivamente carece, pues ni siquiera el poder de reforma podía conferírseles.” (Acentos fuera)⁴

5. **Vicio de procedimiento (Competencia) / Principio de bilateralidad / Principio de autenticidad.** Dentro del análisis sobre la competencia del Congreso de la República para emitir normas en el marco del procedimiento legislativo especial, sugerimos respetuosamente que se evalúe el respeto de los principios de bilateralidad y autenticidad inspirados en la garantía de buena fe de cumplimiento del Acuerdo Final.

El principio de bilateralidad hace referencia a que en la implementación del Acuerdo Final el Estado Colombiano y las FARC-EP deben atenerse a lo que se pactó con la mutua comparecencia de la voluntad de ambas partes en la Mesa de Conversaciones de la Habana, siempre que se respete el orden constitucional y legal. Dicha obligación surge del texto mismo del Acuerdo Final y del Acuerdo General para la Terminación del Conflicto suscrito el 26 de agosto de 2012, hoja de ruta de las negociaciones de paz. En el Acuerdo Final se señala que este fue fruto de “**la libre manifestación de la voluntad** del Gobierno Nacional y de las FARC-EP” (pág. 1), posición que se reitera cuando afirman que “el Gobierno de la República de Colombia y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo, **hemos acordado** [...]” (pág. 3), aunque lo allí pactado beneficie a la sociedad en general. En el Acuerdo General para la terminación del conflicto también se refiere a la bilateralidad cuando se dice que esto se hace “[c]on la **decisión mutua** de poner fin al conflicto como condición esencial para la construcción de la paz estable y duradera.” En esa medida, todo lo que se haya establecido de manera unilateral, sea a través de compromisos del Gobierno Nacional por fuera de la Mesa de Diálogos o medidas de innovación legislativa por fuera de lo acordado, no forma parte integral del Acuerdo Final.

Por otra parte, el principio de autenticidad remite a la idea de que la reglamentación e implementación del Acuerdo de paz debe estarse estrictamente al

⁴ *Ibíd.*



espíritu y límites de lo pactado de buena fe, siempre y cuando no vulnere el orden constitucional y legal. El principio de buena fe ha inspirado e irradia las Conversaciones de paz de la Habana y el texto del Acuerdo Final. Incluso, en la propuesta de Acto Legislativo para la incorporación del Acuerdo al ordenamiento jurídico colombiano se establece que todas las autoridades estarán obligadas de buena fe a cumplir lo que se pactó. Por ende, durante la implementación los órganos del Estado están obligados a atenerse estrictamente a lo que se acordó, pero sobre todo a no contravenir dichas cláusulas del Acuerdo final.

Sin embargo, según hemos evidenciado que algunas de las medidas legislativas de la Ley 1820/2016 no solo no estaban en los Acuerdos, como la exclusión de acción de repetición y del llamamiento en garantía para los miembros de la Fuerza pública, sino que ponen en riesgo la finalidad restaurativa de los mismos. Así, estas disposiciones contradicen el espíritu del Acuerdo final y el objetivo fundamental de garantizar el pleno cumplimiento de las obligaciones adquiridas por el Estado en este pacto de paz, donde las víctimas deberían ser el centro.

En suma, el principio de bilateralidad y el de autenticidad son dos desarrollos que están fundamentados bajo la figura del principio de buena fe. El primero espera que se respete el hecho de que este fue un acuerdo entre ambas partes, donde las actuaciones unilaterales están fuera del Acuerdo Final; el segundo exige que se respete y desarrolle estrictamente el contenido de lo pactado. La vulneración de alguno de estos dos principios constituye un vicio de procedimiento por falta de competencia, toda vez que el Legislador con el aval del Gobierno Nacional estaría excediendo las facultades dadas por el Acto Legislativo 01 de 2017 para implementar los Acuerdos de paz.

II. Normas de la Ley 1820/2016 sobre las que se solicita control de constitucionalidad.

ART. 9º—**Tratamiento penal especial, simétrico, simultáneo, equilibrado y equitativo.** Los agentes del Estado no recibirán amnistía ni indulto. Los agentes del Estado que hubieren cometido delitos con ocasión, por causa, o en relación directa o indirecta con el conflicto armado antes de la entrada en vigor del acuerdo final de paz,



recibirán un **tratamiento penal especial diferenciado, simétrico, equitativo, equilibrado y simultáneo de conformidad con esta ley.**

ART. 14. — Contribución a la satisfacción de los derechos de las víctimas. La concesión de amnistías o indultos o de cualquier tratamiento especial, simétrico, simultáneo, equilibrado y equitativo no exime del deber de contribuir individual o colectivamente al esclarecimiento de la verdad o del cumplimiento de **las obligaciones de reparación que sean impuestas por la Jurisdicción Especial para la Paz.**

Si durante los cinco años siguientes a la concesión de la amnistía, indulto o de cualquier tratamiento especial, simétrico, simultáneo, equilibrado y equitativo, se rehusaran de manera reiterada e injustificada a cumplir los requerimientos del Tribunal para la Paz de participar en los programas de contribución a la reparación de las víctimas, o acudir ante la Comisión de Esclarecimiento de la Verdad de la Convivencia y No Repetición, o ante la Unidad de Búsqueda de las Personas Dadas por Desaparecidas cuando exista obligación de comparecer ante las anteriores, perderán el derecho a que se les apliquen las sanciones propias de la Jurisdicción Especial para la o equivalentes previstas en cualquier tratamiento de los definidos como especial, simultáneo, equilibrado y equitativo, en el evento de que llegaran a ser declarados responsables por algunas de las conductas que se atribuyan al interior de la misma.

ART. 24.—Cuando reciba traslado de la Sala de definición de situaciones jurídicas, la Sala de amnistía e indulto otorgará el indulto que alcance la extinción de las sanciones impuestas, por los siguientes delitos u otros, 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: 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 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 del Código Penal colombiano.

ART. 33. —**Contribución a la satisfacción de los derechos de las víctimas.** La adopción de alguna de las resoluciones indicadas en el artículo 31 de esta ley no exime del deber de contribuir individual o colectivamente al esclarecimiento de la verdad o del cumplimiento de las obligaciones de reparación que sean impuestas en cumplimiento de lo establecido en el sistema integral de verdad justicia reparación y no repetición.

Si durante los cinco años siguientes a la adopción de alguna de las resoluciones indicadas en el artículo 31 de esta ley, se rehusaran de manera reiterada e injustificada 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 las personas dadas por desaparecidas de existir la obligación de acudir o comparecer ante las anteriores, perderán el derecho a que se les apliquen las sanciones propias de la jurisdicción especial para la paz, en el evento de que llegaran a ser declarados responsables por algunas de las conductas que se les atribuyan al interior de la misma.

ART. 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 indemnización de perjuicios derivada de la conducta punible y la responsabilidad derivada de la acción de repetición. Lo anterior, sin perjuicio del deber del Estado de satisfacer el derecho de las víctimas a la reparación integral en concordancia con la Ley 1448 de 2011. Todo ello sin perjuicio de las obligaciones de reparación que sean impuestas en cumplimiento de lo establecido en el sistema integral de verdad justicia reparación y no repetición.

Si por los hechos o conductas objeto de la renuncia a la persecución penal hubiera investigaciones disciplinarias o fiscales en curso o sanciones impuestas como resultado de las mismas, la renuncia las cobijará; el funcionario competente deberá adoptar a la mayor brevedad la decisión que extinga tanto la acción como la sanción, a través de los mecanismos jurídicos



correspondientes. En caso de que esto último no ocurra en un plazo de tres meses contados a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, el interesado podrá solicitar la extinción de la acción o sanción ante la Sala de definición de situaciones jurídicas de la jurisdicción especial para la paz, sin perjuicio de la utilización de otros recursos o vías legales que considere.

ART. 43.—Efectos de la cesación de procedimiento y la suspensión condicional de la ejecución de la pena. La cesación de procedimiento, la suspensión de la ejecución de la pena y demás resoluciones o decisiones necesarias **para definir la situación jurídica no extinguen la acción de indemnización de perjuicios. Se extinguirá la anterior o la acción penal cuando así se acuerde de forma expresa por la Sala de definición de situaciones jurídicas, la cual también deberá pronunciarse sobre la extinción de la responsabilidad disciplinaria y fiscal.**

TÍTULO IV

Tratamientos penales especiales diferenciados para agentes del Estado

CAPÍTULO I

Competencia y funcionamiento de la Sala de definición de situaciones jurídicas

ART. 44.—Sala de definición de situaciones jurídicas. La Sala de definición de situaciones jurídicas también tendrá la función de conceder a los agentes del Estado la renuncia a la persecución penal, como uno de los **mecanismos de tratamiento penal especial diferenciado**, de acuerdo con lo establecido en la presente ley.

Las competencias de la Sala de definición de situaciones jurídicas previstas en el título III de esta ley también se aplicarán en lo pertinente a los agentes del Estado para hacer efectivo lo establecido en el presente título.

CAPÍTULO II

Mecanismos de tratamiento especial diferenciado para agentes del Estado



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

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

Este mecanismo no procede cuando se trate de:

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

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

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

ART. 47.—**Procedimiento para la aplicación de la renuncia a la persecución penal para los agentes del Estado. La Sala de definición de situaciones jurídicas, a petición del interesado o de oficio, resolverá la situación**



jurídica del agente del Estado con la aplicación o no de la renuncia a la persecución penal.

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

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

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

Una vez proferida la resolución que otorgue la renuncia a la persecución penal, será remitida a la autoridad judicial que esté conociendo de la causa penal, para que dé cumplimiento a lo decidido por la Sala de definición de situaciones jurídicas y materialice los efectos de extinción de la acción penal, de la responsabilidad penal y de la sanción penal según corresponda.

ART. 48.—Otros efectos de la renuncia a la persecución penal. La renuncia a la persecución penal también genera los siguientes efectos: 1. Impide que se inicien nuevos procesos por estas conductas.



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

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

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

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

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

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

ART. 49.—Recursos contra las resoluciones de la Sala de definición de situaciones jurídicas. Las resoluciones adoptadas por la Sala de definición de situaciones jurídicas podrán ser recurridas en reposición ante la misma Sala, y en apelación ante la sección de apelaciones del tribunal para la paz **únicamente a solicitud del destinatario de la resolución.**

ART. 50.—**Contribución a la satisfacción de los derechos de las víctimas.** La adopción de alguno de los mecanismos de **tratamiento especial diferenciado para agentes del Estado** de que trata el título IV de la presente ley no exime del deber de



contribuir individual o colectivamente al esclarecimiento de la verdad o del **cumplimiento de las obligaciones de reparación que sean impuestas en cumplimiento de lo establecido en el sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición.**

Si durante la vigencia de la jurisdicción especial para la paz, los beneficiarios de mecanismos de **tratamiento especial diferenciado para agentes del Estado** de que trata el título IV de la presente ley, se rehusaran a cumplir los requerimientos del tribunal para la paz para participar en **los programas de contribución a la reparación de las víctimas**, o a acudir ante la comisión de esclarecimiento de la verdad, de la convivencia y no repetición, o ante la unidad de búsqueda de personas dadas por desaparecidas, perderán el derecho a que se les apliquen los beneficios previstos en cualquier tratamiento de los definidos como especial, simultáneo, equilibrado y equitativo.

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

CAPÍTULO III

Régimen de libertades

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

Este beneficio se aplicará a los agentes del Estado, que al momento de entrar en vigencia la presente ley, estén detenidos o condenados que manifiesten o acepten su sometimiento a la Sala de definición de situaciones jurídicas de la jurisdicción especial para la paz, con el fin de acogerse al mecanismo de la renuncia a la persecución penal.



Dicha manifestación o aceptación de sometimiento se hará ante el secretario ejecutivo de la jurisdicción especial para la paz, en caso de que no haya entrado en funcionamiento la Sala de definición de situaciones jurídicas.

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

PAR. 1º—Para el caso de los miembros de la fuerza pública en servicio activo, la libertad transitoria condicionada y anticipada implica el levantamiento de la suspensión del ejercicio de funciones y atribuciones, salvo que se trate de homicidio, tráfico de armas, concierto para delinquir o los demás delitos del artículo 46 de la presente ley. En todo caso, el levantamiento de la suspensión del ejercicio de funciones y atribuciones no procede para quienes se encuentren investigados por delitos con una pena mínima privativa de la libertad de 5 o más años. Para todos los efectos de administración de personal en la fuerza pública la libertad transitoria condicionada y anticipada tendrá las mismas consecuencias que la libertad provisional, salvo que se trate de homicidio, tráfico de armas, concierto para delinquir o los demás delitos del artículo 46 de la presente ley o de los delitos con una pena mínima privativa de la libertad de 5 o más años.

Los miembros de la fuerza pública investigados de que trata el presente parágrafo, una vez levantada la suspensión de funciones y atribuciones y cuando la jurisdicción especial para la paz haya declarado su competencia para conocer del caso, **tendrán derecho a que se compute para efecto de la asignación de retiro el tiempo que te 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.

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



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

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

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

3. Que solicite o acepte libre y voluntariamente la intención de acogerse al sistema de la jurisdicción especial para la paz.

4. Que se comprometa, una vez entre a funcionar el Sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición, a contribuir a la verdad, a la no repetición, a la **reparación inmaterial de las víctimas**, así como atender los requerimientos de los órganos del sistema.

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

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

PAR. 2º—En caso de que el beneficiado sea requerido por el Sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición y no haga presentación o incumpla



alguna de las obligaciones contraídas en el compromiso, se le revocará la libertad. **No habrá lugar a la revocatoria por circunstancias diferentes a las aquí señaladas.**

ART. 53.—Procedimiento para la libertad transitoria condicionada y anticipada. El Ministerio de Defensa Nacional consolidará los listados de los miembros de la Fuerza Pública que prima facie cumplan con los requisitos para la aplicación de la libertad transitoria condicionada y anticipada. Para la elaboración de los listados se solicitará información a las jurisdicciones penal ordinaria y penal militar, las que deberán dar respuesta en un término máximo de 15 días hábiles.

Una vez consolidados los listados serán remitidos al secretario ejecutivo de la jurisdicción especial para la paz quien verificará dichos listados o modificará los mismos en caso de creerlo necesario, así como verificará que se haya suscrito el acta de compromiso de que trata el artículo anterior. El secretario ejecutivo de la jurisdicción especial para la paz comunicará al funcionario que esté conociendo la causa penal sobre el cumplimiento de los requisitos por parte del beneficiado, para que proceda a otorgar la libertad transitoria condicionada y anticipada a que se refiere el artículo anterior, funcionario quien de manera inmediata adoptará la acción o decisión tendiente a materializar la misma.

El incumplimiento de lo aquí dispuesto constituye falta disciplinaria.

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

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

2. Que se trate de delitos de lesa humanidad, el genocidio, los graves crímenes de guerra, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las



ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma.

3. Que solicite o acepte libre y voluntariamente la intención de acogerse al sistema de la jurisdicción especial para la paz.

4. Que se comprometa, una vez entre a funcionar el sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición, a contribuir a la verdad, a la no repetición, a la **reparación inmaterial de las víctimas**, así como atender los requerimientos de los órganos del sistema.

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

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



ART. 60.—**Sistema de defensa jurídica gratuita.** El Estado ofrecerá un sistema de asesoría y defensa gratuita **para los beneficiarios de esta ley** que aleguen carecer de recursos suficientes para una defensa idónea, respecto a los trámites y actuaciones previstas en ella, sistema que será integrado por abogados defensores debidamente cualificados. A decisión del interesado se podrá acudir a los sistemas de defensa judicial ya existentes en Colombia, a abogados miembros de la fuerza pública, empleados civiles del Ministerio de Defensa, a los servicios jurídicos de las organizaciones de derechos humanos que brindan asistencia a personas acusadas o condenadas por hechos o conductas relacionados con el conflicto o a los servicios jurídicos de las organizaciones de derechos humanos que hayan brindado la asistencia jurídica al beneficiario durante su proceso penal o su condena. El Estado establecerá los necesarios convenios de financiación con las organizaciones de derechos humanos designadas por los beneficiarios con el fin de que todos los destinatarios de esta ley disfruten de un sistema de defensa con la misma idoneidad.

PAR.—Los miembros de la fuerza pública, podrán acudir, además, al Fondo de Defensa Técnica Fondetec o a abogados miembros de la fuerza pública.

III. Normas constitucionales vulneradas:

Los artículos 14, 33, 41, 42 y 43: “Reparación Integral” vulneran:

- El artículo 90 de la Constitución Política de Colombia.
- La Convención Americana de Derechos Humanos (Art. 25, Art. 63.1)
- Resolución 56/83 de Naciones Unidas relativa a la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente ilícitos.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, relativos a la existencia de un recurso judicial efectivo (Artículo 2.1. y 2.3, artículo 9.5)
- Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial.
- Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas (art.19)



El Artículo 24: “Protesta Social” vulnera:

- Convención Americana de Derechos Humanos (Artículo 13, 15, 16 y 23)
- Constitución Política de Colombia (artículo 37, 28, 13)
- Declaración Universal de Derechos Humanos (Artículo 20)
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (artículo 5)
- Convención sobre los Derechos del niño (artículo 15)
- Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del hombre (Artículo 21)

Los artículos 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 51, 52, 58, 59, 60 sobre la “renuncia a la persecución penal” y tratamientos diferenciados:

- Constitución Política de Colombia (Artículos 228, 229 relativos al acceso a la administración de justicia)
- Constitución Política de Colombia (Preámbulo, arts. 2, 4, 13, 28, 90, 91, 93, 258)
- Convención Americana de Derechos Humanos (Artículo 1 y 2, 217, 218)

IV. Análisis de constitucionalidad:

A. Artículo 14 y Artículo 33. Sobre la contribución a la satisfacción de los derechos de las víctimas.

1. Síntesis del cargo

Sobre el presente artículo respetuosamente realizamos dos peticiones.

Primero, que se declare la **exequibilidad condicionada**, bajo el entendido de que la expresión “las obligaciones de reparación que sean impuestas por la Jurisdicción Especial para la Paz” hace referencia al cumplimiento pleno de la obligación constitucional de reparación integral a las víctimas. La Jurisdicción Especial Para La Paz (JEP) y demás componentes del Sistema Integral tienen la obligación de



reparar integralmente a las víctimas, y esta no puede ser suspendida, limitada arbitrariamente o satisfecha con estándares inferiores a los constitucionales y legales que han sido establecidos. El aparte subrayado debe ser entendido en un sentido amplio en favor de los derechos de las víctimas en virtud de la centralidad de éstas dentro del Acuerdo Final. Así, no puede permitirse bajo ninguna circunstancia que las obligaciones de reparación impuestas por la JEP u otros mecanismos del Sistema Integral desconozcan el deber de reparar integralmente a las víctimas.

Segundo, que se **armonicen normativamente** las expresiones “Si durante los cinco años siguientes a la concesión de la amnistía, indulto o de cualquier tratamiento especial, simétrico, simultáneo, equilibrado y equitativo” (Art. 14) y “Si durante los cinco años siguientes a la adopción de alguna de las resoluciones indicadas en el artículo 31 de esta ley” (Art. 33) a favor de las víctimas en concordancia con los artículos 35 y 50 de la misma Ley 1820/2016, que establecen un término más amplio para verificar el cumplimiento de los compromisos de reparación integral, a saber “durante la vigencia de la jurisdicción especial para la paz”. Existe una antinomia y tratamiento diferente en los artículos 14, 33 frente a los artículos 35 y 50 de la Ley 1820/2016 acerca de cuál es el término legal para revocar los beneficios punitivos en caso de incumplimiento. Dicho problema de técnica legislativa supone una incertidumbre para todas las partes.

Lo más garantista para las víctimas, como criterio orientador de interpretación, será que la verificación se surta siempre que esté vigente la JEP hasta la satisfacción plena de sus derechos, por el término más amplio. En todo caso, en cualquier momento durante el transcurso de dicho término se podrán revocar los beneficios de manera inmediata o luego de una renuencia de hasta 6 meses, como un plazo razonable para cumplir con los requerimientos del Sistema Integral.

2. Alcance de la disposición

La expresión “las obligaciones de reparación que sean impuestas por la Jurisdicción Especial para la Paz” puede ser entendida en dos sentidos. El primero de ellos lo consideramos inconstitucional, puesto que le otorga la facultad a la JEP de establecer obligaciones de reparación a los beneficiarios de la Ley 1820/2016 que no necesariamente garantizan el presupuesto de reparación integral, sino sólo alguna



forma de reparación. De esta lectura del artículo se podría entender que los beneficiarios no están obligados a una reparación integral, sino sólo a cumplir aquello por lo cual sean requeridos por la JEP. El segundo sentido que sí consideramos exequible es que la referencia a “obligaciones de reparación” se debe leer como obligaciones de reparación integral, las cuales vinculan a todos los beneficiarios y a la JEP en cuanto a los requerimientos que realice.

La expresión “Si durante los cinco años siguientes a la concesión de la amnistía, indulto o de cualquier tratamiento especial, simétrico, simultáneo, equilibrado y equitativo se rehusaran de manera reiterada e injustificada a cumplir los requerimientos del Tribunal para la Paz” define un término máximo de cinco años para hacer exigibles las obligaciones impuestas por el Tribunal de paz, so pena de perder los beneficios otorgados.

Si bien estos artículos suponen efectos diferentes: así el artículo 14 y 33 se refieren a la pérdida del derecho a que se le apliquen las sanciones más favorables de la JEP en caso de que sea declarado responsable, si incumple con los requerimientos del Sistema Integral. Mientras el artículo 35 habla de que “se les revocará el derecho a que se les apliquen los beneficios de la libertad condicional o las sanciones establecidas en la JEP” y el artículo 50 se refiere a “los beneficios previstos en cualquier tratamiento de los definidos como especial, simultáneo, equilibrado y equitativo”. Todos comportan una situación fáctica asimilable, por cuanto se refiere a durante cuánto tiempo está facultada la JEP para revocar beneficios punitivos, sean sanciones, libertades condicionales o tratamientos especiales, en caso de que el beneficiario incumpla con los requerimientos de todo el Sistema Integral.

En todo caso, dicha revocatoria de verificarse el incumplimiento debe suceder de manera inmediata o máximo en 6 meses, según entienda la Corte que es un plazo razonable a disposición de la JEP, aunque no haya sido establecido expresamente en la Ley 1820/2016. Consideramos que bajo ningún caso podría interpretarse esta norma como que sólo pueden ser revocados los beneficios luego de que el beneficiario incumpla los compromisos durante cinco o quince años. Esto llevaría a un absurdo jurídico, de tener que esperar a que el beneficiado incumpla por 15 años sus compromisos, y pasado este tiempo sí proceder a revocarselos.



3. Concepto de la violación

Problemas jurídicos

El primer problema jurídico a considerar es ¿sí o no el Art. 14 de la Ley 1820/2016 en su expresión “las obligaciones de reparación que sean impuestas por la Jurisdicción Especial para la Paz” viola el ordenamiento legal y constitucional colombiano respecto de la obligación de lucha contra la impunidad y derechos de las víctimas, cuando se interpreta como una facultad para la JEP de imponer compromisos de reparación a los beneficiarios que no garanticen todos los componentes de la reparación integral?

En segundo lugar, ¿El término concedido a la JEP en la Ley 1820/2016 para verificar el cumplimiento de las obligaciones quienes se acojan a los requerimientos del Sistema Integral so pena de revocatoria de los beneficios es de cinco años (Arts. 14 y 33) o, en su lugar, corresponde a todo el periodo de vigencia de la JEP (Arts. 35 y 50) como un término más garantista para los derechos de las víctimas?

Reglas jurídicas de decisión.

Respecto del primer problema, se sugiere respetuosamente a la Corte que se atenga a lo dicho en oportunidades anteriores en el sentido de que cuando se haga referencia a la necesidad de reparación a las víctimas dentro de la Ley 1820/2016 debe entenderse por dicha reparación una reparación integral bajo todos los estándares definidos en normas nacionales e internacionales que delimitan los derechos de las víctimas.

Ante dicha regla, la expresión: “obligaciones de reparación que sean impuestas por la jurisdicción especial para la paz” debe ser interpretada en el sentido de que debe garantizarse siempre la reparación integral de las víctimas.

Sobre el segundo asunto, se sugiere a la Corte que defina que, dada la falta de seguridad jurídica por un vicio en la configuración legislativa que establece dos términos diferentes para el mismo presupuesto fáctico, se armonicen estas normas bajo un criterio favorable a los derechos de las víctimas y de la sociedad en general considerando el plazo más amplio de verificación del cumplimiento de compromisos con el Sistema Integral como el más garantista. En consecuencia, que la JEP podrá



revocar los beneficios en caso de incumplimiento de quien se acoja durante todo el periodo de su vigencia.

Cargo de exequibilidad condicionada sobre la reparación integral

Exequibilidad condicionada (Presupuestos)- Para analizar la Constitucionalidad el Art. 14 y demás disposiciones de la presente Ley, es preciso el estudio de cada uno de los efectos o interpretaciones a los que dan cabida. A este respecto, se hace relevante recordar que la facultad de ejercer el control constitucional, reconoce el deber de modular los efectos de una disposición legal, cuando alguno de estos está en contravía de la supremacía de la Constitución. Así, se afirmó que “dentro de las múltiples alternativas disponibles, la Corte puede decidir cuál es el efecto que mejor protege los derechos constitucionales y garantizan la integridad y supremacía de la constitución”⁵. Por lo tanto, si se identifica que alguno de ellos contraviene abiertamente la Carta política, la Corte deberá emitir un fallo de exequibilidad condicionada, aclarando cuáles interpretaciones quedan expresamente fuera del ordenamiento jurídico, o de inexecutable, si todas las interpretaciones y efectos de dicha disposición violan la Constitución⁶.

Reparación integral / Límites al legislador. El derecho a la reparación integral de las víctimas se encuentra definido tanto en la jurisprudencia nacional como internacional, especialmente en virtud de las obligaciones adquiridas en materia de derechos humanos, integradas dentro de la normativa interna por vía del bloque de constitucionalidad (art. 93 C.P.). La supremacía de esta norma constitucional no puede ser desconocida o restringida dentro del Procedimiento Legislativo Especial a través de una legislación contraria o que establezca medidas regresivas a los estándares nacionales e internacionales.

Reparación integral (elementos) / obligación internacional. Es clara y uniforme la jurisprudencia de la Corte Constitucional (Sentencia SU -254 de 2013) al establecer que el derecho de las víctimas a obtener una reparación integral incorpora los siguientes elementos:

⁵ Sentencia C 203 de 2002. M.P. Manuel José Cepeda.

⁶ Sentencia C 496 de 1994. Alejandro Martínez Caballero.



El reconocimiento expreso del derecho a la reparación del daño causado que le asiste a las personas que han sido objeto de violaciones de derechos humanos.

El respeto a los estándares definidos por el derecho internacional relativos al alcance, naturaleza, modalidades y la determinación de los beneficiarios del derecho a la reparación.

El derecho a obtener una reparación integral, que implica el deber de adoptar distintas medidas orientadas a la dignificación y restauración plena del goce efectivo de los derechos fundamentales de las víctimas. Tales medidas han de incluir cinco componentes básicos: (1) la restitución plena, que hace referencia al restablecimiento de la víctima a la situación anterior al hecho de la violación, entendida ésta como una situación de garantía de sus derechos fundamentales, y dentro de estas medidas se incluye la restitución de tierras usurpadas o despojadas a las víctimas. De no ser posible, tal restablecimiento pleno, es procedente (2) la compensación a través de medidas como la indemnización pecuniaria por el daño causado. Pero además de éstas, la reparación integral incluye otras medidas como (3) la rehabilitación por el daño causado, mediante la atención médica y psicológica, así como la prestación de otros servicios sociales necesarios para estos fines; (4) la satisfacción, a través de medidas simbólicas destinadas a la reivindicación de la memoria y de la dignidad de las víctimas; al igual que (5) garantías de no repetición, para asegurar que las organizaciones que perpetraron los crímenes investigados sean desmontadas y las estructuras que permitieron su comisión removidas, a fin de evitar que las vulneraciones continuas, masivas y sistemáticas de derechos se repitan.

El derecho a la reparación desborda el campo de la reparación económica e incluye además de las medidas ya mencionadas, el derecho a la verdad.

Tiene tanto una dimensión individual como colectiva. En su dimensión individual la reparación incluye medidas tales como: la restitución, la indemnización y la readaptación o rehabilitación; en su dimensión colectiva la reparación se obtiene también a través de medidas de satisfacción y carácter simbólico o de medidas que se proyecten a la comunidad;



Una medida importante de reparación integral es el reconocimiento público del crimen cometido y el reproche de tal actuación. La víctima tiene derecho a que los actos criminales sean reconocidos y a que su dignidad sea restaurada a partir del reproche público de dichos actos.

El ordenamiento ha previsto dos vías principales – judicial y administrativa – para hacer efectivo el derecho a la reparación de las víctimas individuales y colectivas de delitos en general, así como de graves violaciones a los derechos humanos y del desplazamiento forzado en particular.

La reparación integral a las víctimas debe diferenciarse de la asistencia y servicios sociales y de la ayuda humanitaria brindada por parte del Estado, de manera que éstos no pueden confundirse entre sí, en razón a que difieren en su naturaleza, carácter y finalidad.

Las acciones de atención humanitaria y las medidas de reparación integral, deben estar articuladas y complementadas. El Estado debe garantizar todas las medidas, tanto de atención como de reparación a la población desplazada y, en general a las víctimas de graves violaciones de derechos humanos, hasta el restablecimiento total y goce efectivo de sus derechos.

En el ámbito internacional se ha establecido que “los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”⁷

Así las cosas, la reparación debe consistir en la plena reparación del derecho violado (*restitutio in integrum*), concepto que incluye el restablecimiento de la situación anterior (cuando esto sea posible) y la reparación de las consecuencias producidas por el incumplimiento del deber del Estado de respetar los derechos

⁷ Corte Interamericana. Caso Velásquez Rodríguez. Indemnización Compensatoria (art. 63.1 Cadh). Sentencia del 21 de julio de 1989. Caso El Amparo, Reparaciones. (art. 63.1 Cadh). párr. 14; Caso Cesti Hurtado, Reparaciones, (art. 63.1 Cadh), párr. 166.



humanos.⁸ Es decir, se puede aducir que el término de “reparación” alude a las diferentes formas en que un Estado puede hacer frente a la responsabilidad en que ha incurrido, en incluye la restitución in integrum, indemnización, satisfacción, garantías de no repetición, entre otras.⁹

Conclusión

Sobre la norma en cuestión, habida cuenta de que cada uno de los componentes de la reparación integral han sido definidos de manera clara y profunda como un derecho fundamental, que se encuentra además en concordancia con obligaciones del Estado colombiano de luchar contra la impunidad y no otorgar autoamnistías, no cabe en el ordenamiento colombiano una interpretación en la JEP pueda asignar compromisos que no se acojan a dichos elementos. No es discrecional a la JEP decidir qué elementos o no de la reparación integral decide asignar como compromisos al beneficiado. Por ejemplo, la JEP no podría imponer sólo obligaciones de reparación inmaterial a los beneficiarios, tal como se establece en otras disposiciones de la misma Ley 1820/2016 (Arts. 52 No. 4 y 67 No. 4).

Es más, cada vez que en la Ley 1820/2016 se haga mención a la reparación, se debe entender por esta una reparación integral según los elementos que la componen. Este derecho fundamental si bien no tiene un carácter absoluto, cuando se valore su colisión con otros derechos o garantías constitucionales debe hacerse según una lectura integral de la norma y limitarse bajo la justificación de una estricta necesidad. Situación que no se observa en este artículo que otorga una facultad amplia a la JEP.

Cargo de armonización normativa sobre término de verificación de compromisos con el Sistema Integral:

Armonización normativa. Se deben armonizar normativamente las expresiones “Si durante los cinco años siguientes a la concesión de la amnistía, indulto o de cualquier tratamiento especial, simétrico, simultáneo, equilibrado y equitativo” (Art. 14) y “Si durante los cinco años siguientes a la adopción de alguna de las

⁸ *Ibíd.*

⁹ Corte Interamericana, Caso Garrido y Baigorria. Reparaciones (art. 63.1 Cadh). Sentencia del 27 de agosto de 1998. Serie C No. 39. párr. 41.



resoluciones indicadas en el artículo 31 de esta ley” (Art. 33) a favor de las víctimas en concordancia con los artículos 35 y 50 de la misma Ley 1820/2016 y los principios orientadores del Acuerdo Final. Estos últimos artículos establecen un término más amplio para verificar el cumplimiento de los compromisos de reparación integral, a saber “durante la vigencia de la jurisdicción especial para la paz”.

La Corte ha entendido en virtud del valor normativo de la Carta (artículo 4 C.P.) que es necesario “hacer frente a las inevitables indeterminaciones de orden legal”.¹⁰ Para ello, además de la integración normativa, en varias oportunidades la Corte ha armonizado distintos principios constitucionales en la aplicación de normas jurídicas. Así, por ejemplo, en la C 225 de 1991 armonizó el principio de obediencia debida de los militares con el de la dignidad e integridad humanas, donde estableció la necesidad de determinar el sentido de las normas no de manera aislada, sino de manera sistemática. Justamente, el principio de armonización define que “[u]na norma constitucional no debe ser interpretada de forma aislada; la constitución constituye una unidad...Las normas constitucionales están en una relación de tensión recíproca, tienen que ser ‘armonizadas’, ser puestas en concordancia la una con la otra...De la unidad de la constitución se deduce la tarea de optimización o armonización de las normas constitucionales...”¹¹.

Dicho presupuesto de lectura sistémica y unidad normativa no se predica únicamente de principios o normas propias de la Constitución Política, sino que es extensivo a normas de carácter legal que promulgue el Congreso y que sean objeto de revisión de constitucionalidad por parte de la Corte.

Antinomias. Especialmente, cuando se configura el fenómeno de antinomia jurídica, el juez constitucional se ve forzado a interpretar de manera sistémica e integral las instituciones jurídicas de modo que las armonice y defina con certeza las consecuencias jurídicas de un hecho. La antinomia jurídica “en el ámbito de la teoría jurídica puede describirse como aquella situación en la que en un sistema jurídico dos

¹⁰ Sentencia C 539 de 1999.

¹¹ Klaus Stern, *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1987. p. 291-192



normas establecen consecuencias jurídicas distintas para el mismo supuesto de hecho.”¹²

Existen unos criterios para solucionar antinomias de acuerdo a los principios generales del derecho: “lex posterior, lex superior, lex especial, favorabilidad (principalmente en materia penal, laboral y en normas de orden público como las de familia, entre otras), aplicación de principios generales, entre otros.”¹³ Cuando existe una duda en la interpretación y se comprometen derechos de una población sujeta a especial protección existe además una autonomía judicial relativa para interpretar las normas¹⁴. Un claro ejemplo de esto es la interpretación de normas en materia laboral, donde ha indicado la Corte que “[e]s forzoso que el fallador entienda la norma de manera que la opción escogida **sea la que beneficie en mejor forma y de manera más amplia** al trabajador, por lo cual, de acuerdo con la Constitución, es su deber rechazar los sentidos que para el trabajador resulten desfavorables u odiosos. **El juez no puede escoger con libertad entre las diversas opciones por cuanto ya la Constitución lo ha hecho por él y de manera imperativa y prevalente.** No ha dudado la Corte en afirmar que toda transgresión a esta regla superior en el curso de un proceso judicial constituye vía de hecho e implica desconocimiento flagrante de los derechos fundamentales del trabajador, en especial el del debido proceso.”

Víctimas / Sujeto de especial protección constitucional. Ha sido uniforme la jurisprudencia que reconoce las víctimas de este país como sujetos de especial protección. Por ejemplo, sobre la población desplazada la Corte en Sentencia T-239 de 2013 afirmó lo siguiente:

La especial protección constitucional que la jurisprudencia de la Corte ha otorgado a la población desplazada no es más que la materialización de las diferentes garantías constitucionales que tienen como fin la protección de la persona humana, que se armoniza **con el deber que recae en todas las autoridades del Estado de emprender acciones afirmativas a favor de la población que se encuentra en circunstancia de debilidad manifiesta.** Así entonces, debido a la situación de

¹² Sentencia C 185 de 2011

¹³ Sentencia C-318 de 2007.

¹⁴ Sentencia T 800 de 1999.



vulnerabilidad en que se encuentra esta población, en sentencia T-025 de 2004 la Corte declaró un estado de cosas inconstitucional. La jurisprudencia ha considerado que el concepto de “desplazado” debe ser entendido desde una perspectiva amplia toda vez que por la complejidad y las particularidades concretas del conflicto armado existente en Colombia, no es posible establecer unas circunstancias fácticas únicas o parámetros cerrados o definitivos que permitan configurar una situación de desplazamiento forzado por tratarse de una situación cambiante. **Por lo tanto, en aquellos eventos en los que se presente duda resulta aplicable el principio pro homine.** De otra parte, debido a los numerosos derechos constitucionales afectados por el desplazamiento y en consideración a las especiales circunstancias de debilidad, vulnerabilidad e indefensión en la que se encuentran los desplazados, la jurisprudencia constitucional les ha reconocido, con fundamento en el artículo 13 constitucional, **el derecho a recibir de manera urgente un trato preferente por parte del Estado,** el cual se caracteriza por la prontitud en la atención de sus necesidades, puesto que “de otra manera se estaría permitiendo que la vulneración de derechos fundamentales se perpetuara, y en muchas situaciones, se agravara.” La jurisprudencia constitucional ha sostenido también que este deber estatal además de encontrar soporte en el artículo 13 de la Carta, tiene su fundamento último en la imposibilidad del Estado para cumplir con la obligación básica de preservar las condiciones mínimas de orden público necesarias para prevenir el desplazamiento forzado de personas y garantizar la seguridad de todos sus asociados. (Negritas fuera)

Ante la duda de los funcionarios judiciales sobre la consecuencia jurídica, en tratándose de población sujeta a especial protección, esta interpretación siempre debería resolverse a favor de ejercer una acción afirmativa a favor de esta. De esta manera, se estaría satisfaciendo plenamente el derecho a “a recibir de manera urgente un trato preferente por parte del Estado”.

En casos anteriores, la Corte ha reconocido esta interpretación favorable a las víctimas en sede de constitucionalidad y de tutela. En especial, se han establecido, por ejemplo, límites para el cobro de honorarios en el curso de los procesos tendientes a garantizar sus derechos, como el caso de la restitución de tierras:



“El establecimiento de límites a los honorarios de los abogados que apoderen víctimas del conflicto armado interno en procesos de tutela y en procesos ante la jurisdicción contencioso administrativa, sí constituye una medida necesaria para evitar los abusos a que han estado sometidas este tipo de víctimas por parte de los abogados, por cuanto ninguna otra medida podría sustituir el efecto que esta tendría **en prevenir este tipo de actos atentatorios contra los derechos de esa población manifiestamente débil**. Cualquier otra medida, además de ser posterior al abuso, traería el riesgo de que la víctima no conociera el límite impuesto a los profesionales de la abogacía ni el derecho que pueden exigir respecto de estos”. (Negritas fuera)¹⁵

Así mismo, se ha dicho que se pueden tutelar, como sujetos de especial protección, la protección de sus derechos incluso cuando los presupuestos fácticos versan sobre acreencias económicas:

Excepto cuando se pretende por sujetos de especial protección Si bien, la Sala ha precisado, que la acción de tutela resulta improcedente para reclamar acreencias económicas, de acuerdo con la anterior jurisprudencia, es oportuno el estudio de la acción de tutela que ejerció la actora por su condición de sujeto de especial protección.¹⁶

El deber del Estado de proteger a dicha población se materializa expresamente limitando las arbitrariedades que se pueden presentar al negarle el acceso a la reparación integral a las víctimas. En los casos en los que alguien que se benefició punitivamente de la Ley 1820/2016 se rehúse a cumplir con los requerimientos fuera de los cinco años, pero dentro de la Vigencia de la JEP se vulneran múltiples derechos de las víctimas y deberes del Estado, entre ellos, el derecho a saber la verdad de lo sucedido, los responsables o el paradero de quienes se vieron sometidos a la desaparición forzada.

¹⁵ Sentencia C-609 de 2012

¹⁶ Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo. Seccion Cuarta. Consejera Ponente: Martha Teresa Briceño De Valencia. 7 de mayo de dos mil catorce (2014) Radicación número: 25000-23-42-000-2014-00353-01(AC).



Conclusión

Existe una antinomia en los artículos 14, 33, 35 y 50 de la Ley 1820/2016 sobre cuál es el término legal para revocar los beneficios en caso de incumplimiento. Dicho problema de técnica legislativa supone una incertidumbre para todas las partes. En aplicación del criterio de favorabilidad para las víctimas, habida cuenta de que cada uno de los beneficios otorgados debe estar orientado a la satisfacción de sus derechos, lo más garantista para estas será que la verificación se surta siempre que esté vigente la JEP hasta la satisfacción plena de sus derechos, por el término más amplio.

Dicha prevalencia de sus derechos está destinada a “supone **un tratamiento diferencial favorable para las víctimas**, destinado a recuperar el equilibrio roto por la violencia, mediante un conjunto de reglas probatorias favorables para las víctimas, en lo que tiene que ver con las cargas procesales y probatorias, y uno exigente para los demás actores. Pero, además de esos propósitos, explícitos en el trámite legislativo y en la regulación de la Ley, (...) deben interpretarse y aplicarse de manera que satisfagan otro conjunto de principios, lo que hace este tipo de casos particularmente complejos (...) su aplicación debe ser favorable a la transición y a una expectativa de paz estable”¹⁷

Por tanto, el término para verificar el cumplimiento de los compromisos asignados por el Sistema Integral y requeridos por el Tribunal de paz deberá ser el de “**la vigencia de la jurisdicción especial para la paz**”, según se establece en los artículos 35 y 50, en lugar de ser “**durante cinco años**” como rezan los artículos 14 y 33 de la Ley 1820/2016. Interpretación que armoniza las normas de amnistía, indulto y tratamientos penales simétricos y diferenciados de acuerdo a una lectura integral de la Ley 1820/2016 con el Acuerdo Final y la Constitución política.

En todo caso, en cualquier momento durante el transcurso de dicho término se podrán revocar los beneficios de manera inmediata ante la renuencia de cumplir con los requerimientos del Sistema integral. Este es un presupuesto básico del paradigma de la justicia restaurativa, que el cumplimiento de las obligaciones sea pleno y lo más expedito posible. Por ende, los compromisos de acudir al Sistema Integral deben ser

¹⁷ Sentencia C 330 de 2016



cumplidos en un tiempo razonable o del contrario se revocará la libertad y se ordenará la recaptura inmediata de las personas y revocatoria de los demás incentivos previstos. Justamente, en aras de complementar este problema jurídico, el H.S. Alexander López, según consta en Informe de Ponencia de Segundo Debate realizó una proposición que no contó con el aval del Gobierno Nacional para que se adicionara “un párrafo al artículo 14. [mediante el cual] en todo caso, y en relación de los delitos más graves, el Tribunal Especial para la Paz podrá establecer un término mayor para que las personas sujetas deban asistir ante el Sistema Integral”.

B. Artículo 24.

4. Síntesis del cargo

El artículo 24 de la Ley 1820/2016 cuando le confiere facultades a la Sala de Amnistía e Indulto en caso de recibir traslado de la Sala de Definición de Situaciones jurídicas para extinguir sanciones por los delitos cometidos en el marco de la protesta social, que dependen de la la conexidad en todos los casos con el delito político en los términos que establece el artículo 23 de la misma ley, viola la Constitución Política en la medida en que desconoce la naturaleza de la protesta social como derecho fundamental y la diferencia entre los bienes jurídicamente tutelados de los delitos establecidos en la ley de seguridad ciudadana y el delito político.

5. Alcance de la disposición

El artículo 24 le confiere facultades a la Sala de Amnistía e Indulto cuando reciba traslado de la Sala de Definición de Situaciones jurídicas para extinguir sanciones por los delitos cometidos en el marco de la protesta social, pero supedita dicho beneficio a la conexidad en todos los casos con el delito político en los términos que establece el artículo 23 de la misma ley 1820/2016. Esto quiere decir, que restringe la facultad de extinguir la persecución del Estado por delitos cometidos en el marco de la protesta social a que se reconozca que ellos se trataron de delitos políticos como si protegieran los mismos bienes jurídicos tutelables.



6. Concepto de la violación

Problema jurídico

¿Sí o no cuando el indulto para los delitos cometidos en el marco de la protesta social del art. 24 de la Ley 1820/2016 se supedita a que en cualquier caso se verifique la conexidad con el delito político, como lo señala la expresión “siempre y cuando sean conexos con el delito político”, se está vulnerando el núcleo esencial del derecho a la protesta social y desconociendo las diferencias en los bienes jurídicamente tutelados?

Regla de decisión

Protesta social (Núcleo esencial) - El espíritu del constituyente fue claro al denunciar que bajo el amparo del estado de sitio y de la constitución del 86, las graves restricciones o incluso las suspensiones totales de los derechos individuales y la represión de la protesta social se convirtieron en rasgos característicos de la vida política. Para combatir este hecho los constituyentes consagraron como derecho fundamental el derecho a reunirse y manifestarse pública y pacíficamente, donde, además, la Constitución también incorpora el derecho a la libertad de expresión, cada uno de los cuales conforman el núcleo esencia del derecho a la protesta social. La protesta social es un ejercicio de múltiples derechos reconocidos y protegidos por la Constitución Política de Colombia de 1991 (C.P.C.) y tratados internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad¹⁸. El ejercicio de los derechos de movilización y protesta, se relaciona con la libertad de expresión (artículo 20), el derecho de petición (artículo 23), el derecho de asociación (artículo 38), la libertad de locomoción (artículo 24), y el derecho de participación (artículo 40), entre otras garantías consideradas como fundamentales.

¹⁸ La Corte Constitucional ha definido el bloque de constitucionalidad como aquella unidad jurídica compuesta por normas y principios que sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Hacen parte del bloque de constitucionalidad aquellos tratados de derechos humanos no susceptibles de suspensión en estados de excepción. Ver entre otros: Corte Constitucional, Sentencia C- 067 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra



En consonancia con lo anterior, la Corte Constitucional ha hecho referencia a la importancia de este derecho como una libertad pública fundamental, al ser esta una manifestación del derecho a la libertad de expresión:

“[...] El derecho de reunión que se encuentra consagrado en el artículo 37 de la Ley Suprema, según lo ha dicho esta Corporación, “ha sido concebido como una libertad pública fundamental pues constituye una manifestación colectiva de la libertad de expresión y un medio para ejercer los derechos políticos. Esta libertad es la base de la acción política en las campañas electorales y también de los movimientos cívicos y otras manifestaciones legítimas de apoyo y protesta.”¹⁹

Con frecuencia, es casi la única herramienta que tienen sectores a los cuales les han sido vulnerados sus derechos. Así lo considero la Relatora para la Libertad de expresión de la CIDH:

“Los sectores más empobrecidos de nuestro hemisferio confrontan políticas y acciones discriminatorias, su acceso a la información sobre la planificación y ejecución de medidas que afectan sus vidas diarias es incipiente y en general los canales tradicionales de participación para hacer públicas sus denuncias se ven muchas veces cercenados. Ante este escenario, en muchos países del hemisferio, la protesta y la movilización social se han constituido como herramienta de petición a la autoridad pública y también como canal de denuncias públicas sobre abusos o violaciones a los derechos humanos”²⁰

Así, el derecho a la protesta social es inherente a la existencia de un país democrático, su ejercicio ha sido históricamente una forma colectiva mediante la cual se ha ejercido el derecho a la libertad de expresión.

¹⁹ Sentencia C-024 de 1994. MP. Alejandro Martínez Caballero.

²⁰ OEA, 2010, Una agenda hemisférica para la defensa de la libertad de expresión, Relatora Especial para la Libertad de Expresión Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/cd/sistema_interamericano_de_derechos_humanos/index_AHDL E.htm



Por su parte, con relación a los acuerdos de paz, en su momento el jefe negociador del gobierno, Humberto de la Calle Lombana aseguró que, dado que este proceso no conduciría inmediatamente a la paz, “el compromiso del Gobierno es tramitar leyes que permitan la transformación social del país, en la que las Farc podrán participar como opositores, pero desde la democracia²¹”.

Así, el Acuerdo Final dedicó el Punto 2 “Participación política: apertura democrática para construir paz”, incluye entre otros, el compromiso de crear una Comisión Especial para “definir las medidas y ajustes necesarios” para garantizar el pleno ejercicio del derecho a la protesta. Se trata de establecer las condiciones de fortalecimiento de la democracia a partir de las garantías a la oposición política y al fortalecimiento de los movimientos sociales, siendo la manifestación social y la protesta una de las expresiones más recurrentes de la sociedad civil para expresar sus reclamos frente a la administración pública.

Límites a la protesta social. Es por este motivo que, aunque la protección de este Derecho no puede ser de carácter absoluta, su limitación solo puede darse siempre y cuando ello resultare necesario para proteger otros bienes sociales o individuales de la misma relevancia y siempre en observancia de los estándares internacionales en materia de derechos humanos.

Plantea la Corte igualmente que por lo general las limitaciones al ejercicio del derecho de reunión y manifestación se han pretendido vincular al mantenimiento del orden público²² y precisa que “no se puede considerar el derecho de reunión y manifestación como sinónimo de desorden público para restringirlo per se”.²³

De igual manera, se ha protegido la protesta social en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos. La limitación del derecho a la protesta debe ser excepcional y en situaciones estrictamente necesarias, asegurándose que no exista otro medio menos lesivo para que una medida que limite el derecho pueda ser

²¹ Cfr. Caracol Radio, Cronología del proceso de paz. Disponible en: http://caracol.com.co/radio/2013/10/18/nacional/1382097060_997459.html (Consultado 26/08/15)

²² Ibid.

²³ Sentencia T-456/92, MP Jaime Sanín Greiffenstein y Eduardo Cifuentes Muñoz.



adoptada. Al ser la limitación del derecho a la protesta excepcional, "la libertad será la regla y la restricción su excepción"²⁴. A su vez, la Relatora Especial para la libertad de Expresión de la CIDH, ha dicho que no pueden existir límites desproporcionados de la protesta, pues las "restricciones desproporcionadas terminan generando un efecto de silenciamiento, censura e inhibición en el debate público que es incompatible con los principios de pluralismo y tolerancia, propios de las sociedades democráticas"²⁵.

Sobre este tema la Corte Constitucional ha elaborado una jurisprudencia que se encuentra dentro del mismo camino:

“En suma, la exequibilidad de los artículos demandados constituye una afrenta contra el ideal democrático por doble vía. Primero porque criminalizar la protesta en términos tan indeterminados constituye una estrategia para prevenir y suprimir las declaraciones de las partes más frágiles y olvidadas de la ciudadanía y, en la práctica, se convierte en una vía para impedir que determinadas partes del pueblo, particularmente las que tienen restricciones para acceder a los medios de información, den a conocer sus carencias así como sus necesidades y presionen la formulación e implementación de las políticas públicas correspondientes.”²⁶

“Conforme a lo expuesto, concluyendo que la criminalización de la protesta conlleva el cierre de unos de los medios más importantes para la expresión de las carencias sociales y que lo mismo constituye una peligrosa fuente de generación de violencia, me permitiré precisar las razones que fundamentan la inexequibilidad de las normas demandadas.”²⁷

²⁴ Maina Kiai, Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación. A/HRC/20/27, 21 de mayo de 2012. III.A.16.

²⁵ OEA, 2010, Una agenda hemisférica para la defensa de la libertad de expresión, Relatora Especial para la Libertad de Expresión Comisión Interamericana de Derechos Humanos, pág.- 26.

http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/cd/sistema_interamericano_de_derechos_humanos/index_AHDL E.htm

²⁶ Sentencia C-742/12

²⁷Ibid.



Dentro del mismo caso, la Corte se había pronunciado sobre este particular de manera clara, limitando el derecho constitucional de la protesta solo en el caso en que se presente por un medio ilícito:

“El artículo 45 dice que es típico de perturbación en el servicio de transporte público, colectivo u oficial, el comportamiento de quien “por cualquier medio ilícito” imposibilite la circulación. Recurrir a medios ilícitos, que conllevan violencia, sustrae en principio los comportamientos resultantes, del ámbito de protección del derecho a la manifestación”.²⁸

Es necesario aclarar además que, en una de sus primeras sentencias en 1992, la Corte Constitucional advirtió que “no se puede considerar el derecho de reunión y manifestación como sinónimo de desorden público para restringirlo per se”,²⁹ pues para que las limitaciones a este derecho sean viables constitucionalmente y aceptables por su principio deben estar orientadas a evitar perturbaciones graves e inminentes en materia de orden público.

En ese sentido, es preciso señalar sobre el concepto amplio de orden público que la Corte ha vinculado su interpretación como garantía o presupuesto de la dignidad humana:

“Pero el orden público no debe ser entendido como un valor en sí mismo sino como el conjunto de condiciones de seguridad, tranquilidad y salubridad que permiten la prosperidad general y el goce de los derechos humanos. El orden público, en el Estado social de derecho, es entonces un valor subordinado al respeto a la dignidad humana, por lo cual el fin último de la Policía, en sus diversas formas y aspectos, es la protección de los derechos humanos. Estos constituyen entonces el fundamento y el límite del poder de policía”³⁰

²⁸ Ibid.

²⁹ Sentencia T-456/92, MP Jaime Sanín Greiffenstein y Eduardo Cifuentes Muñoz.

³⁰ Sentencia C-024 de 1994



En otras palabras, dice la Corte que no pueden suprimirse los derechos humanos y libertades en nombre de la preservación del orden público en abstracto, pues ello iría en contra de la democracia.

Delito político (Naturaleza). Como contrapartida, al delito político se le otorga un tratamiento distinto del aplicable al delito común, “en razón de los móviles de beneficio social que eventualmente pueden anidar en el alma de los rebeldes (...)”³¹

Se encuentra compuesto por aquellos delitos que atentan contra el régimen constitucional y legal. De acuerdo al Código Penal Colombiano vigente (L. 599/2000) se encuentran ubicados en el Título XVIII el cual establece que cometen el delito de rebelión los que mediante el empleo de las armas pretendan derrocar al Gobierno Nacional, o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente (art. 467), cometen el delito de sedición los que mediante el empleo de las armas pretendan impedir transitoriamente el libre funcionamiento del régimen constitucional o legal vigentes (art. 468) y cometen el delito de asonada los que en forma tumultuaria exigieren violentamente a la autoridad la ejecución u omisión de algún acto propio de sus funciones (art. 469)³².

Son muy diferentes a la naturaleza de los delitos cometidos en el marco de la protesta social, ya que su configuración no exige la pretensión de derrocar el gobierno o afectar el orden constitucional, sino afectar la convivencia ciudadana.

Delito político / Amnistías. Como resultado de la anterior definición, el Delito Político goza de un trato diferenciado en la Constitución Política, dada la naturaleza de sus móviles: i) Al señalar los delitos políticos como merecedores de los beneficios de amnistía e indulto (arts. 150, num. 17, y 201, num. 2º). ii) Al excluir la condena por sentencia judicial a pena privativa de la libertad por la comisión de delitos políticos como causal de inhabilidad para ser congresista (art. 179, num. 1º), magistrado de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado (art. 232,

³¹ Sentencia C 456 de 1997.

³² *Ibíd.*



num. 3º) o diputado (art. 299). iii) Al establecer que la extradición no procederá por delitos políticos (art. 35, modificado A.L. 1/97, art. 1º)³³.

La Corte ha considerado como una expresión de dicho tratamiento benévolo justamente la amnistía e indulto que se le otorga al delito político:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 150, numeral 17, superior, corresponde al Congreso de la República, por medio de las leyes, “conceder, por mayoría de los dos tercios de los votos de los miembros de una y otra cámara y por graves motivos de conveniencia pública, amnistías o indultos generales por delitos políticos. En caso de que los favorecidos fueren eximidos de la responsabilidad civil respecto de particulares, el Estado quedará obligado a las indemnizaciones a que hubiere lugar”.

A su vez, el artículo 201, numeral 2º, ibídem, establece que corresponde al Gobierno Nacional, en relación con la rama judicial, “conceder indultos por delitos políticos, con arreglo a la ley, e informar al Congreso sobre el ejercicio de esta facultad. En ningún caso estos indultos podrán comprender la responsabilidad que tengan los favorecidos respecto de los particulares”.

Con base en estos preceptos, cuyo texto es sustancialmente igual a los contenidos respectivamente en los artículos 76, numeral 19, y 119, numeral 4º, de la Constitución de 1886, la doctrina y la jurisprudencia nacionales han indicado que la amnistía y el indulto son dispositivos jurídicos extraordinarios orientados a la superación de situaciones de conflicto social y a restablecer el orden jurídico; que la primera es el olvido de la comisión del delito político y técnicamente la extinción de la acción penal respectiva, y tiene carácter general o abstracto, y que el segundo es el perdón de la sanción aplicable por dicha comisión y técnicamente la extinción de la pena impuesta por las autoridades judiciales mediante sentencia ejecutoriada, y tiene carácter particular o concreto.

³³ Ibíd.



Por su parte, el Código Penal vigente consagra la amnistía como causal de extinción de la acción penal (art. 82) y el indulto como causa de extinción de la sanción penal (art. 88).

No obstante, la amnistía e indulto conferida a los delitos cometidos en el marco de la protesta social encuentra fundamento en los desarrollos del Acuerdo Final, y no en la base de un tratamiento diferenciado por tratarse de conductas cometidas como un delito político contra el orden constitucional y legal.

Conclusión

Con todo, la exigencia de que los delitos en el marco de la protesta social sean conexos al delito político no es consecuente con el espíritu de las normas que fundamentan ambas instituciones. La inclusión de delitos relacionados con la protesta social en los Acuerdos de Paz, se debe a la constatación de la existencia de un número importante de integrantes del movimiento social investigados, acusados y judicializados por estos delitos. De ello no se deriva que tengan relación directa o indirecta con grupos alzados en armas, y la ley 1820/2016 parte de esta falsa suposición.

Esta consideración es acorde el Acuerdo Final para la terminación del conflicto el cual es parámetro de interpretación de las normas que implementen dichos acuerdos y particularmente con el punto 5 sobre Víctimas, que en su No 35, establece que la protesta pacífica, la defensa de los derechos humanos, y el liderazgo de grupos de la sociedad civil, no pueden ser por sí mismos tipificados penalmente, ni penados. Así como el No. 64, y otras disposiciones establecidas en el punto 2 sobre participación política y particularmente en las disposiciones tendientes a ofrecer garantías a la movilización y la protesta social. Por tanto, las conductas acaecidas en el marco de la protesta social, no pueden entenderse análogas al delito político, puesto que esto significaría aceptar que tales conductas se cometieron por personas que ostentaban la calidad de combatiente y no de personas pertenecientes a la sociedad civil.



Por lo tanto, el esfuerzo de la ley 1820/2016 por limitar dicha amnistía e indulto a la conexidad con el delito político trae con sí una vulneración constitucional de los principios expuestos en los artículos 37 y 38³⁴. Por la prevalencia constitucional de la libre expresión de las voluntades, toda norma que evite su cabal cumplimiento normativo, debería ser procesada como inexecutable. Las consecuencias jurídicas de este tipo de propuestas son de vital importancia dado que se promueve una forma de criminalización de la protesta por parte de las medidas legislativas. Donde cualquier forma de alteración del orden público en el marco de la protesta social se asimila a delito conexo al delito político, situación que desalienta la protesta y estigmatizar a los manifestantes.

B. Artículo 42 y 43: Efectos renuncia a la acción penal y suspensión provisional de la pena.

7. Síntesis del cargo

Se solicita respetuosamente, primero, **la inexecutable** de las expresiones en los artículos 42 y 43 que disponen como efectos renuncia a la acción y cesación de procedimiento la extinción igualmente de “la acción de indemnización de perjuicios derivada de la conducta punible, y la responsabilidad derivada de la acción de repetición cuando el amnistiado haya cumplido funciones públicas”, así como de “la responsabilidad disciplinaria y fiscal”, puesto que vulneran los presupuestos constitucionales orientados a sancionar la comisión de graves crímenes contra el DIH y DIDH, así como los derechos de las víctimas a una reparación integral que incluya la vía judicial de reclamación, y la naturaleza diferenciada de dichas acciones.

Segundo, la declaratoria de **executable condicionada** del artículo en los mismos términos de la realizada respecto del Art.14 supra, toda vez que la mención a la reparación integral no puede limitarse a una ayuda administrativa que menoscabe los derechos a la tutela judicial efectiva vía reparación judicial.

³⁴ “Artículo 37. Toda parte del pueblo puede reunirse y manifestarse pública y pacíficamente. Sólo la ley podrá establecer de manera expresa los casos en los cuales se podrá limitar el ejercicio de este derecho.” Y “Artículo 38. Se garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad. “



8. Alcance de la disposición

El artículo 42 establecen la extinción de “la acción de indemnización de perjuicios derivada de la conducta punible, y la responsabilidad derivada de la acción de repetición cuando el amnistiado haya cumplido funciones públicas. Lo anterior, sin perjuicio del deber del Estado de satisfacer el derecho de las víctimas a la reparación integral en concordancia con la Ley 1448 de 2011. Todo ello sin perjuicio de las obligaciones de reparación que sean impuestas en cumplimiento de lo establecido en el sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición.” El alcance de esta disposición es que el deber de reparar a las víctimas integralmente no será extensivo a los beneficiarios de amnistía. En cambio, las víctimas no podrán reclamar vía judicial la reparación de perjuicios, repetición o llamamiento en garantía cuando sea funcionario público, de todos aquellos que se vean beneficiados por la ley de amnistía.

Igualmente, el artículo 43 sobre los efectos de la cesación de procedimiento o suspensión condicional de la ejecución de la pena le confiere efectos sobre “investigaciones disciplinarias o fiscales en curso o sanciones impuestas como resultado de las mismas”

9. Concepto de la violación

Problema jurídico

¿Sí o no la atribución de los efectos renuncia a la acción y cesación de procedimiento de los arts. 42 y 43 de la ley 1820/2016 que extingue “la acción de indemnización de perjuicios derivada de la conducta punible, y la responsabilidad derivada de la acción de repetición cuando el amnistiado haya cumplido funciones públicas”, así como de “la responsabilidad disciplinaria y fiscal” vulneran los derechos a una reparación integral y acceso a la administración de justicia?

Reglas de decisión

Se sugiere respetuosamente a la Corte que se atenga a lo dicho en oportunidades anteriores en el sentido de que cuando se haga referencia a la necesidad de reparación a las víctimas dentro de la Ley 1820/2016 debe entenderse por dicha reparación una reparación integral bajo todos los estándares definidos en normas nacionales e internacionales que delimitan los derechos de las víctimas.



Un elemento esencial de la reparación integral es el acceso a la administración de justicia a través de la reparación por vía judicial.

Los beneficios punitivos que no estén orientados a garantizar plenamente la reparación integral a las víctimas deben considerarse inexequibles de acuerdo al sentido de la Justicia Restaurativa y los principios de autenticidad y bilateralidad.

Cargos de inexecutable de disposiciones que limitan acceso a la administración de justicia (reparación judicial).

Si bien ya desarrollamos los elementos centrales de la reparación integral, en el presente cargo nos concentraremos en la reparación vía judicial y su obligatoriedad.

Responsabilidad del Estado. La responsabilidad extracontractual del Estado encuentra su fundamento dentro del artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, el cual preceptúa que “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, aquel deberá repetir contra éste.”

Es insistente la jurisprudencia constitucional al precisar que se configura responsabilidad patrimonial del Estado cuando concurren tres presupuestos fácticos a saber. De un lado “un daño antijurídico o lesión, definido como el menoscabo o perjuicio que sufre la víctima en su patrimonio o en sus derechos personalísimos, sin tener el deber jurídico de soportarlo; una acción u omisión imputable al Estado, que se presenta cuando la Administración Pública no satisface las obligaciones a su cargo dentro de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que han sido fijadas; y una relación de causalidad, para que el daño antijurídico atribuido al Estado sea indemnizable, que exige que éste sea consecuencia del incumplimiento de las obligaciones de la Administración, esto es, desde una perspectiva negativa, que el daño sufrido por la víctima no se derive de un fenómeno de fuerza mayor o sea atribuible a su conducta negligente.”³⁵

³⁵ Sentencia C- 644 de 2011. Magistrado Ponente: Jorge Iván Bula Palacio.



Así, es la Carta Política la que da cabida dentro del ordenamiento jurídico interno a la existencia de mecanismos como el medio de control de reparación directa, la acción de repetición y por qué no, el llamamiento en garantía que forman parte del núcleo esencial del derecho a la reparación integral.

Reparación Integral / Acceso a la administración de justicia. Debe atenderse a que éste derecho se encuentra consagrado en el artículo 25 de la Ley 1448 de 2011, en donde se establece que “[l]as víctimas tienen derecho a ser reparadas de manera adecuada, diferenciada, transformadora y efectiva por el daño que han sufrido como consecuencia de las violaciones de que trata el artículo 3o de la presente Ley.” En este sentido, la ley prevé los principios de adecuación y efectividad de la reparación, así como el enfoque diferencial y carácter transformador con que se debe llevar a cabo.

Por su parte, la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en cabeza del Consejo de Estado, ha entendido la reparación integral como “(...) aquel precepto que orienta el resarcimiento de un daño, con el fin de que la persona que lo padezca sea llevada, al menos, a un punto cercano al que se encontraba antes de la ocurrencia del mismo.”³⁶ Estimando además respecto de la reparación en escenarios de justicia transicional que:

En el marco del conflicto armado, el derecho a la reparación, que puede ser individual o colectivo dependiendo del sujeto victimizado, se otorga a quienes han sufrido un daño resultante de una conducta antijurídica que no se encontraban en el deber de soportar. De esta manera se reconoce el daño sufrido por las víctimas de graves y masivas violaciones de derechos humanos y de derecho internacional humanitario, el cual debe ser resarcido a través de medidas de justicia distributiva y restaurativa, encaminadas a restituir a la víctima a la situación anterior a la vulneración de sus derechos.

³⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de octubre de 2007, exp. 29.273, C.P. Enrique Gil Botero.



En caso de no ser posible la restitutio in integrum, serán necesarias estrategias orientadas a compensar la pérdida material –tanto por daño emergente como por lucro cesante- y moral de acuerdo con el principio de equidad, a través de la indemnización. Adicionalmente, hacen parte de la reparación, la rehabilitación referida a la recuperación física o mental de las personas afectadas con la conducta ilícita y violatoria de los derechos humanos; la satisfacción que supone el reconocimiento público del crimen cometido y el reproche de tal actuación para restablecer la dignidad de las víctimas y reivindicar la memoria histórica; las garantías de no repetición que representan las acciones tendientes a hacer cesar las violaciones flagrantes de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. Así, aunque difícilmente es posible la restitución plena e integral de los derechos de las víctimas, la reparación busca restaurar su dignidad reprochando públicamente las conductas que las afectaron, por lo cual se relaciona íntimamente con la verdad y la justicia, los otros componentes de la justicia transicional.

De un lado, la Corte ha considerado que el derecho a la reparación se hace efectivo garantizando el derecho a la justicia que supone la posibilidad de contar con un recurso ágil y sencillo para obtener la satisfacción del mismo a través de recursos como la investigación, juzgamiento y sanción adecuada y proporcional de los responsables de los crímenes investigados, en el marco de un proceso eficaz e imparcial, que garantice la participación efectiva de las víctimas. En relación con la verdad, el derecho a la reparación requiere que se establezcan las causas y hechos generadores de la violación de los derechos de las víctimas, y determinar quiénes son los responsables de los hechos ilícitos.

La Corte ha recordado que, conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la interdependencia entre verdad, justicia y reparación, realiza el derecho de las víctimas a conocer lo que sucedió, a conocer los agentes de los hechos, a conocer la ubicación de los restos de sus familiares, así como también el derecho a la investigación de los respectivos hechos y la sanción de los responsables, hace parte integral de la reparación de las víctimas y constituye un



derecho que el Estado debe satisfacer a las víctimas, a sus familiares y a la sociedad como un todo.³⁷

En consecuencia:

Las restricciones impuestas al derecho a la reparación, se traducen en limitaciones a los derechos a la verdad y a la justicia. En estos términos, la Corte ha señalado que la verdad y la justicia deben entenderse como parte de la reparación, en razón a que no puede existir una reparación integral sin la garantía respecto del esclarecimiento de los hechos ocurridos y de la investigación y sanción de los responsables. Así mismo, esta Corporación resalta que los derechos fundamentales a la verdad, a la justicia y a la reparación de las víctimas de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos como el desplazamiento forzado, dan lugar a una serie de obligaciones inderogables a cargo del Estado, como la de prevenir estas violaciones, y una vez ocurridas éstas, la obligación de esclarecer la verdad de lo sucedido, la investigación y sanción de este delito sistemático y masivo en contra de la población civil, y la reparación integral a las víctimas tanto por la vía judicial **-penal y contencioso administrativa-** como por la vía administrativa, así como el deber de garantizar y facilitar el acceso efectivo de las víctimas a estas diferentes vías.

En todos los casos, la jurisprudencia ha reiterado que las disposiciones legales relacionadas con las víctimas de la violencia, deben ser interpretadas a la luz de los principios de favorabilidad hacia el entendimiento y restablecimiento de sus derechos, la buena fe, la confianza legítima, la preeminencia del derecho sustancial y el reconocimiento de la condición de especial vulnerabilidad y debilidad manifiesta de las víctimas. Cabe destacar que, tal y como lo ha reiterado la Corte en varios pronunciamientos, la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas de las actuaciones de grupos armados en el marco del conflicto armado, tienen un contenido propio y un sustento constitucional diferente al que fundamenta el gasto social del Estado y que se traduce en medidas, servicios y programas en materia de políticas

³⁷ Sentencia C- 753 de 2013.



públicas de vivienda, educación y salud que se deben prestar a toda la población en general, en virtud del denominado principio de distinción.³⁸

En contextos de justicia transicional:

La reparación es por consiguiente un derecho complejo que tiene un sustrato fundamental, reconocido por la Constitución, las normas internacionales de derechos humanos, los organismos internacionales y la jurisprudencia. Así, la reparación se cataloga como un derecho fundamental porque: 1) busca restablecer la dignidad de las víctimas a quienes se les han vulnerado sus derechos constitucionales; y 2) por tratarse de un derecho complejo que se interrelaciona con la verdad y la justicia, que se traduce en pretensiones concretas de restitución, indemnización, rehabilitación, medidas de satisfacción y no repetición. De esta manera, el reconocimiento de la reparación como derecho fundamental se ajusta a los estándares internacionales en la materia y hace posible su amparo por vía de tutela.

En esta línea, la Corte ha reconocido en sentencias de tutela, que el daño resultante de la violación de los derechos humanos de las víctimas, genera a su favor el derecho fundamental a la reparación a través de la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y la garantía de no repetición consagradas en el Derecho Internacional, que se desprenden de la condición de víctimas y que deben ser salvaguardados por el Estado independientemente de la identificación, aprehensión, enjuiciamiento o condena de los victimarios. Es importante anotar que, los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas, a pesar de ser fundamentales, no pueden considerarse absolutos.

De otro lado, es importante destacar que en escenarios de transición y en contextos de escasez de recursos, es necesario hacer ciertas concesiones para lograr la reconciliación y la paz definitiva. No obstante lo anterior, dichas restricciones nunca podrán traducirse en una afectación excesiva o en una negación o desnaturalización los derechos de las víctimas.³⁹

³⁸ *Ibíd.*

³⁹ *Ibíd.*



De esta manera, en primer lugar, la jurisprudencia hace un recuento de los estándares en materia de reparación a graves violaciones de derechos humanos establecidos en los sistemas universal e interamericano de protección de derechos humanos, así como en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, para concluir que, según estos, existe la obligación de reparar de manera integral a las víctimas de graves violaciones de derechos humanos, sin que ninguna disposición de derecho interno pueda servir como justificación para modificar o, de alguna forma, permitir que el Estado evada sus obligaciones internacionales. Tal obligación comprende la de garantizar la verdad, la justicia y la reparación integral, conteniendo esta última la obligación de establecer garantías de no repetición.

En segundo lugar, se refiere a las obligaciones internacionales en materia de cumplimiento de derechos sociales, económicos y culturales a cargo de los Estados. Señala que dichas obligaciones son universales, lo que implica que existe el deber de garantizar a todas las personas los mínimos de protección establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Sociales Económicos y Culturales (PIDESC), atendiendo además a los principios de no discriminación y de progresividad. Para ello el Estado tiene la obligación de destinar el máximo de recursos disponibles para la satisfacción de estos derechos para toda la población, sin que la falta de recursos sea, en sí misma, una justificación admisible para el incumplimiento de estas obligaciones. Igualmente, los Estados han de adoptar medidas para corregir las disparidades que se encuentran en la sociedad, atendiendo de manera prioritaria a los miembros más vulnerables de la sociedad.

Finalmente sostiene que, respecto de la población víctima de desplazamiento forzado, la Corte Constitucional ha sido enfática en distinguir las medidas de protección y atención urgente, orientadas al restablecimiento socioeconómico de estas personas, de las medidas de reparación a las que tienen derecho por su condición de víctimas de un delito. Estas últimas deben ser diferenciadas y específicas, considerando que las medidas sociales y humanitarias tienen como fin lograr la estabilización socioeconómica, mientras que las segundas persiguen un fin distinto, como es resarcir el daño ocasionado por el delito.



Medios de control / Acción de repetición. Por su parte, el medio de control de reparación directa consagrado en el artículo 140 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso administrativo manifiesta la clara posibilidad que poseen los particulares para demandar directamente la reparación de los daños antijurídicos causados con ocasión de las acciones u omisiones de agentes estatales. La Declaración Universal de los derechos del hombre y del ciudadano establece en su artículo 8 que “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.”

En el decreto 01 de 1984, Código Contencioso Administrativo, la acción de repetición se encontraba regulada en el artículo 78, sin embargo, en este código no se dio una regulación específica a esta acción. Fue la ley 1437 de 2011 Código De Procedimiento Administrativo Y De Lo Contencioso Administrativo, el cual derogó al decreto 01 de 1984 el que le da al medio de control de repetición una consagración acorde a la Constitución Nacional.

De acuerdo con la Ley 678 de 2001, la acción de repetición es el medio judicial que la Constitución y la ley le otorgan a la administración pública para obtener de sus funcionarios o ex funcionarios el reintegro del monto de la indemnización que ha debido reconocer a los particulares como resultado de una condena de la jurisdicción de lo contencioso administrativo por los daños antijurídicos causados en ejercicio de funciones públicas o con ocasión a ellas, haya actuado con dolo o culpa grave, descartando así la responsabilidad por culpa leve o levísima. Halla sustento lo anterior en que se deben castigar las actuaciones reprochables, pero no se puede llegar al extremo de causar temor para que el particular acceda a los cargos públicos por los eventuales perjuicios que en ejercicio de estos pueda causar.

La finalidad de la acción de repetición de acuerdo con la legislación, es el interés público, comprendido como protección del patrimonio estatal, siendo un mecanismo útil para el control de la corrupción. Puede entenderse como un control por vía negativa, ya a través del castigo pecuniario a personas que ejercen o ejercieron funciones públicas se va obteniendo que las mismas eviten cometer conductas



representativas de daño a los particulares que requieren de indemnización por parte del Estado.

Así, la jurisprudencia nacional de las altas Cortes ha sido uniforme en considerar la importancia y características de la acción de repetición, la cual tiene fundamento en el texto mismo de la Carta Magna.

La acción de repetición es una acción de responsabilidad patrimonial que permite recuperar u obtener ante la jurisdicción el reembolso o reintegro de lo pagado por las entidades públicas en virtud del reconocimiento indemnizatorio impuesto judicialmente al Estado en una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto, como consecuencia de la acción u omisión gravemente culposa o dolosa de un servidor o ex servidor público suyo o de un particular investido de una función pública.

El inciso primero del artículo 90 de la Constitución Política, consagró la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, en virtud de la cual éste responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. Como lo ha manifestado la Sala, la citada disposición superior no sólo establece la responsabilidad patrimonial en el ámbito extracontractual, sino que fijó un régimen general, según el cual la noción de daño antijurídico, entendido como “el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo” y, por ende, contrario a la igualdad frente a las cargas públicas, es aplicable en materia pre-contractual y contractual, fundamentando así la totalidad de la responsabilidad patrimonial del Estado.

Y en el inciso segundo del canon constitucional, se reguló la responsabilidad de los agentes del Estado que con su comportamiento doloso o con culpa grave ocasionen el daño por el cual aquél está en el deber de reparar, pero a la vez, en los términos de la disposición en cita, la obligación de repetir por las referidas circunstancias frente a éste. Es decir, el hecho de que el daño haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del agente estatal, compromete su responsabilidad patrimonial, la cual se determina mediante la acción de repetición que la entidad debe instaurar en su contra en los términos del artículo 90 de la Constitución Política o a través del



llamamiento en garantía formulado en su contra dentro del juicio que busca la responsabilidad del Estado. En el primer evento, la responsabilidad se edifica en la antijuridicidad del daño que le es imputable al Estado, y que deriva en una relación obligacional entre la víctima (acreedor) y el Estado (deudor), y en el segundo, la responsabilidad se estructura en la acción u omisión a título de dolo o culpa grave que le es imputable al agente público en nexa con el servicio, o sea en ejercicio o con ocasión de sus funciones, y de la cual se desprende una relación obligacional entre el Estado (acreedor) y su agente (deudor).

En resumen, el primer inciso de la norma constitucional (artículo 90), regula la responsabilidad patrimonial e institucional del Estado frente a la víctima; y en el inciso segundo, la responsabilidad patrimonial y personal del agente público frente al Estado. La acción de repetición, indiscutiblemente animada en el interés público, en el ámbito administrativo tiene una doble finalidad, de una parte, por su carácter resarcitorio o retributivo, busca la recuperación de los dineros pagados por el Estado a la víctima de un daño antijurídico ocasionado por la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente público, con lo cual se protege el patrimonio público, porque ese reconocimiento indemnizatorio constituye un menoscabo o detrimento económico que en los precisos términos de la Constitución Política está en el deber de reparar dicho agente a la entidad pública que canceló la condena.

De otra parte, persigue prevenir conductas constitutivas de daño antijurídico, por las que a la postre deba responder el Estado, con lo cual se erige como una herramienta para conseguir la moralidad y la eficiencia de la función pública, como garantía de los asociados ante el eventual ejercicio desviado y abusivo de las personas que investidas de autoridad o función pública, utilicen indebidamente el poder en nombre de aquél. En otros términos, la acción de repetición, sin perjuicio de los fines retributivo y preventivo inherentes a ella, tiene por finalidad garantizar los principios de moralidad y eficiencia de la función pública, en la medida en que se constituye en un instrumento jurídico con que cuenta el Estado para disuadir e intimidar a los servidores públicos y demás agentes suyos, con el objetivo de que no obren de manera ostensiblemente negligente (culpa grave) o dolosamente y, por ende, no infieran daños a las personas o a su patrimonio o vulneren sus derechos, en absoluto



desconocimiento de la misión y funciones que les asignan la Constitución Política y la ley.

En relación con la responsabilidad patrimonial del Estado y la acción de repetición la Corte Constitucional en la Sentencia C-484 de 2002, indicó que son dos procesos independientes: “el primero, instaurado por la víctima del daño antijurídico contra el Estado; el segundo, luego de la sentencia condenatoria contra éste, incoado por el Estado contra el servidor público que actuó con dolo o culpa grave. En tales procesos son distintos los sujetos y diferente la posición del Estado, que en el primero actúa como demandado y en el segundo como demandante. Son también distintas las pretensiones, pues en el primero el actor persigue que se deduzca judicialmente una declaración de responsabilidad patrimonial a cargo del Estado, al paso que en el segundo lo pretendido es el reembolso de lo que hubiere sido pagado como consecuencia de la sentencia condenatoria del primer proceso, cuando el servidor público con su conducta dolosa o gravemente culposa dio lugar a ello.”

Medios de control / llamamiento en garantía. Fue en los artículos 77 y 78 del Código Contencioso Administrativo (Decreto - ley 01 de 1984) en los que se consagró como vía judicial la posibilidad de que la entidad pública condenada en un proceso de responsabilidad tanto contractual como extracontractual (actos, hechos o contratos), pudiera repetir contra el funcionario que con su conducta dolosa o gravemente culposa hubiera ocasionado la condena y además se dispuso que en el evento de la declaratoria de responsabilidad, la sentencia siempre dispondría que los perjuicios sean pagados por la entidad, rompiendo con el concepto de la responsabilidad solidaria de la normativa anterior.

Persiguiendo los mismos fines de la norma constitucional (artículo 90), la jurisprudencia de Sala, con fundamento en el artículo 217 del Código Contencioso Administrativo y en desarrollo del principio de economía procesal, permitió que dentro del proceso de responsabilidad contra el Estado pudiera vincularse mediante la figura del llamamiento en garantía al funcionario que, con su conducta dolosa o gravemente culposa, había comprometido la responsabilidad de la entidad pública. La Ley 80 de 1993, se ocupó igualmente en el artículo 54 de esta figura al facultar a la entidad, al Ministerio Público, a cualquier persona, o al juez en forma oficiosa, para



que iniciaran la acción de repetición en contra del servidor público que hubiera dado lugar a una condena a cargo de una entidad pública por hechos u omisiones de aquél, imputables a título de dolo o culpa grave, siempre y cuando no hubiera sido llamado en garantía de conformidad con las normas procesales respectivas.

De la misma forma, la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, estableció en el artículo 71 la responsabilidad de los funcionarios y empleados judiciales por los daños antijurídicos a cuya reparación sea condenado el Estado. Y el artículo 31 de la Ley 446 de 1998, que adicionó el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, retomó la jurisprudencia de la Corporación en relación con el carácter de acción de reparación directa de aquella impetrada por la administración en contra del agente que ha causado el daño con su actuación dolosa o gravemente culposa (Auto de 8 de abril de 1994, Rad. AR-001), para determinar que las entidades públicas debían promover la acción de reparación directa cuando resultaban condenadas o hubieran conciliado por una actuación administrativa originada en culpa grave o dolo de un servidor o exservidor público que no estuvo vinculado al proceso respectivo, o cuando resultaban perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública.

Conclusión

En consecuencia, las vías judiciales que fueron perfilándose en el orden legal para la repetición ordenada en el inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política son la acción de repetición y el llamamiento en garantía, ésta última regida por las normas del Código de Procedimiento Civil, tal y como lo señaló en su momento la jurisprudencia de esta Corporación.

Así, la Carta Política en su cuerpo y bloque de constitucionalidad ha sido absolutamente clara en prohibir aquellas medidas tendientes a restringir el acceso a la administración de justicia vía reparación directa o mediante las figuras de llamamiento en garantía o acción de repetición. A lo cual se suma que esta modificación sobre efectos de la renuncia a la acción y cesación de procedimiento fueron introducidas vía proposición en el Informe de Ponencia de Primer Debate. En cambio, el Gobierno Nacional de manera sistemática como consta en el informe de ponencia de segundo debate negó las proposiciones de los Congresistas que



advirtieron sobre la prohibición de limitar la reparación integral a las víctimas negando absolutamente el derecho al acceso a la administración de justicia por intermedio de la acción de indemnización de perjuicios, de repetición y llamamiento en garantía.

Esta circunstancia en el trámite legislativo lo que demuestra es el uso exorbitante de las facultades del Ejecutivo, contrario al espíritu de autenticidad y bilateralidad del acuerdo, para auto-restringir las obligaciones internacionales que ha contraído en materia de reparación integral a las víctimas. Situación que configura, por demás, una medida velada de auto-amnistía que también se encuentra proscrita.

De ahí que la extinción de los apartes señalados de los arts. 42 y 43 deban ser declarados inconstitucionales puesto que vulneran los presupuestos constitucionales orientados a sancionar la comisión de graves crímenes contra el DIH y DIDH, así como los derechos de las víctimas a una reparación integral que incluya la vía judicial de reclamación y la naturaleza diferenciada de dichas acciones.

Cargo de exequibilidad condicionada sobre la reparación integral

Segundo, la declaratoria de **exequibilidad condicionada** del artículo sobre la expresión “Lo anterior, sin perjuicio del deber del Estado de satisfacer el derecho de las víctimas a la reparación integral en concordancia con la Ley 1448 de 2011. Todo ello sin perjuicio de las obligaciones de reparación que sean impuestas en cumplimiento de lo establecido en el sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición” la realizamos exactamente en los mismos términos del cargo de exequibilidad condicionada respecto del Art.14 supra. Toda vez que la mención a la reparación no puede limitarse a una ayuda administrativa que menoscabe los derechos a la tutela judicial efectiva vía reparación judicial y todos los elementos esenciales de la reparación integral, según se ha argumentado extensamente.

C. Artículo 9, 44, 45, 46 y 47. Tratamientos penales especiales diferenciados para agentes del Estado:

10. Síntesis del cargo

Se solicita respetuosamente **la exequibilidad condicionada** de las expresiones en los artículos 9, 41, 43 y 46 que disponen “tratamientos penales



especiales diferenciados” para agentes del Estado. Esta expresión puede interpretarse en dos sentidos. Por un lado, que los tratamientos penales son diferenciados en la medida en que deben armonizarse con la posición de garantes de los agentes del Estado, su mayor grado de responsabilidad y deber de diligencia, como las circunstancias de agravación punitiva que esto implica. Esta interpretación es la que acogemos en el presente concepto pues es acorde a la posición doctrinal y jurisprudencias sobre los deberes de diligencia, protección y agravación punitiva en delitos cometidos por agentes del estado. Por el otro, puede entenderse que los tratamientos penales diferenciados deben ser en cualquier caso más favorables a los que se les otorgue a los miembros de las FARC-EP que se acojan al Sistema Integral. Esta última posición ha sido defendida por Congresistas y ciudadanos en Audiencia Pública sobre los Actos Legislativos 02 y 03 de 2017, pero desconoce que la diferenciación jurídica que se ha realizado la naturaleza distinta del delito político, que tiene fines altruistas, y el de agentes de estado.

De lo anterior, se solicita igualmente que **se integre normativamente** el artículo 46 y 47 de la Ley 1820 de 2016 en su expresión “1. Delitos de lesa humanidad, el genocidio, los graves crímenes de guerra, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma.”, de modo que se adopte el más alto estándar respecto de cuáles son los delitos que se considerarán de la mayor gravedad para los Agentes del Estado. En concordancia con los términos del artículo 23 sobre delitos no amniables y según el ordenamiento nacional e internacional, donde el concierto para delinquir con fines de paramilitarismo también es delito de lesa humanidad.

11. Alcance de la disposición

Los artículos 9, 44, 45 y 46 que se refieren a los mecanismos de tratamiento penal diferenciado para agentes de estado pueden leerse como: 1. los tratamientos penales son diferenciados en la medida en que deben armonizarse con la posición de garantes de los agentes del Estado, su mayor grado de responsabilidad y deber de diligencia, como con las circunstancias de agravación punitiva que esto implica. 2. los



tratamientos penales diferenciados deben ser en cualquier caso más favorables a los que se les otorgue a los miembros de las FARC-EP que se acojan al Sistema Integral.

Los artículos 46 y 47 cuando establecen las circunstancias de exclusión del mecanismo penal diferenciado para agentes de Estado no incluye necesariamente otros delitos de mayor gravedad o lesa humanidad que han sido reconocidos por normas y jurisprudencia nacional e internacional. Pareciera una formulación taxativa, pero debería ser leída en un sentido enunciativo, bajo el cual, por ejemplo, también cabe la exclusión de quienes sean condenados “en el evento de que alguna sentencia penal hubiere utilizado los términos ferocidad, barbarie u otro equivalente” (Art. 23 Ley 1820/2016).

12. Concepto de la violación

Problema jurídico

¿Cuándo en la Ley 1820 de 2016 se emplea un tratamiento diferenciado para los agentes estatales esto tiene como consecuencia jurídica que se les otorgarán mayores beneficios punitivos o que serán juzgados con el más estricto y alto estándar dada su posición de garantes?

¿La caracterización de los delitos de mayor gravedad excluidos de un tratamiento penal diferenciado para los agentes de Estado que establece el artículo 46 y 47 de la Ley 1820/2016 configuran una lista taxativa o, en cambio, es enunciativa por cuanto incluyen otros crímenes graves o de lesa humanidad, como el concierto para delinquir con fines de paramilitarismo?

Cargo de inexequibilidad condicionada de la “expresión tratamiento diferenciado a agentes de Estado”:

Agentes de Estado como servidores públicos / Moralidad administrativa.
La Corte Constitucional ha expresado que el tratamiento diferenciado para agentes del estado y/o servidores públicos, parte de una consideración sobre la distinta posición que ocupan en la sociedad los particulares y los servidores públicos. El Artículo 6 de la Constitución establece que los particulares sólo son responsables ante las autoridades



por infringir la Constitución y las leyes, mientras los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. (...) “la diferente situación en la que se encuentran quienes tienen a su cargo deberes jurídicos específicos que los vinculan con los tipos especiales, porque de ellos se espera una actitud de compromiso especial frente a su protección, y quienes no los tienen. La diferencia de pena para el extraño se explica, entre otras razones, porque éste no infringe el deber jurídico especial que vincula al servidor público, o porque el servidor público se encuentra, en relación con el bien jurídico tutelado, en una situación de poder que implica, a su vez, mayor riesgo para el bien jurídico; o porque con su conducta, el servidor público ha defraudado la confianza pública depositada en él, todo lo cual conduce a que sea merecedor de un mayor reproche penal (...)”

Una sentencia condenatoria contra un servidor público, por la comisión de un delito ocasionado en relación directa o indirecta con el conflicto, así sea de menor entidad, y que sería competencia de la JEP, compromete los intereses de la comunidad en general y la moralidad administrativa, entendida esta como:

“toda actuación que no responda al interés de la colectividad y específicamente, al desarrollo de los fines que se buscan con las facultades concedidas al funcionario que lo ejecuta. Se advierte, por tanto, una estrecha vinculación entre este principio y la desviación de poder. Para la Corte Constitucional, la moralidad, “en su acepción constitucional, no se circunscribe al fuero interno de los servidores públicos, sino que abarca toda la gama del comportamiento que la sociedad en un momento dado espera de quienes manejan los recursos de la comunidad y que no puede ser otro que el de absoluta pulcritud y honestidad” (CE. Sección tercera. Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque. 31 de octubre de 2002. Rad.: 52001-23-31-000-2000-1059-01 AP-518)

Posición de garante / tratamiento diferenciado a agentes de Estado- Lejos de reconocerle a los agentes de estado un tratamiento punitivo mucho más laxo con las obligaciones de reparar a las víctimas o en los criterios para asignar responsabilidades, el ordenamiento colombiano e internacional ha estimado que las violaciones a los derechos humanos están revestidas de mayor gravedad cuando son



cometidas por quienes se supone que son los garantes del orden constitucional, los agentes estatales.

La posición de garante en Sentencia de la Corte Constitucional SU 1184 del 2001 fue definida en los siguientes términos:

En una grave violación a los derechos fundamentales, la conducta del garante que interviene activamente en la toma de una población, es similar a la de aquel que no presta la seguridad para que los habitantes queden en una absoluta indefensión. En virtud del principio de igualdad, cuando la acción y la omisión son estructural y axiológicamente idénticas, las consecuencias deben ser análogas: Si la conducta activa es ajena al servicio, también deberá serlo el comportamiento omisivo.

Un miembro de la fuerza pública puede ser garante cuando se presenten cualquiera de los dos fundamentos de la responsabilidad explicados: creación de riesgos para bienes jurídicos o surgimiento de deberes por la vinculación a una institución estatal.

Las fuerzas militares tienen la obligación absoluta de impedir el desconocimiento del derecho internacional humanitario (restricción absoluta aun frente a los estados de excepción según lo dispone el artículo 214 de la Constitución) y los derechos que, conforme a los tratados internacionales ratificados por Colombia, no pueden ser suspendidos durante tales estados.

Permitir que ocurran, sea porque activamente intervienen en ellas o porque omiten el deber estatal de proteger a los asociados en sus derechos, constituye una flagrante violación a la posición de garante de las condiciones mínimas y básicas de la organización social y, por lo mismo, nunca podrán considerarse como un acto relacionado con el servicio.

En suma, desde el punto de vista estrictamente constitucional, resulta claro que las Fuerzas Militares ocupan una posición de garante para el respeto de los derechos fundamentales de los colombianos. La existencia de esa posición de garante significa que el título de imputación se hace por el delito de lesa humanidad, o en general por las graves violaciones a los derechos humanos, sin importar la forma de intervención



en el delito (autoría o participación), o el grado de ejecución del mismo (tentativa o consumación) o la atribución subjetiva (dolo o imprudencia).

Las estructuras internas de la imputación no modifican la naturaleza del delito realizado; estas no cambian porque el interviniente (para el caso, quien omite) se limite a facilitar la comisión de un hecho principal, o porque no se alcance la consumación del hecho.

Una vez se verifica la posición de garante, “el título de imputación **corresponde a la violación grave de los derechos humanos**, sin que ésta se modifique por la forma de intervención en el hecho punible (autoría o participación), el grado de realización de la conducta (tentativa o consumación) o la imputación subjetiva (dolo o imprudencia) (...)”

Comisión de graves crímenes (no taxativa) / Posición de garante / Paramilitarismo.

En sede de constitucionalidad ya se interpretado que dada la posición de garante, no se “excluye la aplicación de otros tipos penales de mayor gravedad que pudieran derivarse de dicha omisión, como quiera que a los miembros de la fuerza pública les corresponde el deber constitucional de proteger a la población, erigiéndose entonces en posición de garante, consecuente con su misión de defensa de la soberanía, la integridad territorial, el orden constitucional y el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y asegurar la convivencia pacífica, según lo consagran los artículos 217 y 218 de la Carta Política

(...) Encontrando esta corporación que constitucional y legalmente se ha impuesto a los miembros de la fuerza pública una serie de obligaciones, que al ser desatendidas dan lugar a la imposición de la sanción contenida en el artículo 424 del Código Penal, al concurso con otros tipos penales, o la aplicación única de aquéllos, cuando el funcionario judicial al momento de analizar los supuestos fácticos relevantes para el derecho penal, considere y debidamente argumente que no existe



un eventual concurso, acorde con los desarrollos jurisprudenciales y doctrinarios existentes para desatar el tema de la unidad o pluralidad de conductas.”⁴⁰

Posición reiterada en Tutela, donde se entiende por ocurrencia de hechos graves de violación de derechos constitucionales por parte de agentes del estado, “en particular conductas calificables de lesa humanidad, como i) las violaciones a las prohibiciones fijadas en el protocolo II a los acuerdos de Ginebra –y en general al derecho internacional humanitario- o a los tratados sobre restricciones al uso de armas en la guerra (o en conflictos armados internos), ii) las acciones contra bienes culturales durante la guerra y los conflictos armados internos, iii) o los actos de barbarie durante la guerra y los conflictos armados internos -tales como la mutilación, tortura, asesinatos, violaciones, prostitución y desaparición forzada y otros tratos crueles e inhumanos, incompatibles con el sentimiento de humanidad-, pues las fuerzas armadas tienen la obligación de evitar que tales hechos se produzcan.”⁴¹

Un claro ejemplo de aquellas conductas que podrían integrarse normativamente a esta disposición como delitos de lesa humanidad es el paramilitarismo o concierto para delinquir con fines de paramilitarismo. “Esta es la razón por la que la jurisprudencia de esta Corporación⁴², con criterio invariable, ha sostenido que la modalidad paramilitar del concierto para delinquir, debe ser catalogada como una infracción de lesa humanidad, siempre que se cumplan unos específicos supuestos, como pasa a verse:

Teniendo en cuenta que los reatos ejecutados por los postulados se refieren a desapariciones forzadas, desplazamiento forzado, torturas, homicidios por razones políticas, etc., y como dichos punibles se entienden comprendidos dentro de la calificación de delitos de lesa humanidad, tal valoración se debe extender al denominado concierto para delinquir agravado en tanto el acuerdo criminal se perfeccionó con tales propósitos.

⁴⁰ Sentencia SU-1184 de 2001, MP, doctor Eduardo Montelegre Lynett

⁴¹ Sentencia T 327 de 2004

⁴² CSJ AP, 10 abr. 2008, rad. 29.472, reiterado en CSJ AP 31, ag. 2011, rad. 36.125, CSJ AP, 7 nov. 2012, rad. 39.665



Destaca la Sala que el Estatuto de Roma que dio origen a la Corte Penal Internacional ha tenido en cuenta no sólo la conducta del autor o de los partícipes sino que también ha considerado en especial la existencia de propósitos dirigidos a cometer delitos de lesa humanidad, lo cual significa que también deben ser castigadas en igual medida aquellas conductas preparatorias para la comisión de los delitos que incluyen tanto el acuerdo como el tomar parte en una actividad dirigida a ese fin, como ocurre con el concierto para delinquir agravado. Para llegar a considerar a los responsables de concierto para delinquir como autores de delitos de lesa humanidad deben estar presentes los siguientes elementos:

- (i) Que las actividades públicas de la organización incluyan algunos de los crímenes contra la humanidad;
- (ii) Que sus integrantes sean voluntarios;
- (iii) y que la mayoría de los miembros de la organización debieron haber tenido conocimiento o ser concientes de la naturaleza criminal de la actividad de la organización, Bases a partir de las cuales varios tribunales internacionales y nacionales consideran que el concierto para cometer delitos de lesa humanidad también debe ser calificado como punible de la misma naturaleza, como lo determina la Corte en este momento para el caso colombiano y con todas las consecuencias que ello implica.

Ha de agregarse que al ordenamiento jurídico nacional han sido incorporados diferentes tratados y convenciones, bien por anexión expresa o por vía del bloque de constitucionalidad (artículo 93 de la Constitución Política), que permiten constatar que el concierto para delinquir sí hace parte de los crímenes de lesa humanidad. (CSJ AP, 10 abr. 2008, rad. 29.472)

Este es el caso de múltiples decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ha condenado al Estado colombiano por conductas asociadas al paramilitarismo donde ha incumplido múltiples deberes de protección del orden constitucional y de bienes convencionalmente protegidos como la vida y la integridad física. A continuación, resaltamos las consideraciones más importantes de dichas providencias:



“Corte IDH. Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163

78. Este Tribunal recuerda que ya se ha pronunciado sobre la responsabilidad internacional de Colombia por haber emitido un marco legal a través del cual se propició la creación de grupos de autodefensa que derivaron en paramilitares⁴³ y por la falta de adopción de todas las medidas necesarias para terminar de forma efectiva con la situación de riesgo creada por el propio Estado a través de dichas normas⁴⁴. Además, ha declarado la responsabilidad de Colombia por el incumplimiento de su deber de garantía por no haber adoptado medidas efectivas de prevención y protección de la población civil que se encontraba en una situación de riesgo razonablemente previsible por parte de miembros de las Fuerzas Armadas o de seguridad del Estado respecto de grupos paramilitares⁴⁵. Asimismo, en varias oportunidades la Corte ha determinado la responsabilidad de Colombia en casos de violaciones cometidas por grupos paramilitares con el apoyo, aquiescencia, participación y colaboración de miembros de la Fuerza Pública⁴⁶.

79. Resulta de gran relevancia destacar que uno de los principales factores que **determinan la gravedad de los hechos de este caso es que el Estado es responsable de una masacre perpetrada contra sus propios funcionarios judiciales cuando se encontraban cumpliendo con su deber de investigar graves violaciones de derechos humanos**, y que en dicha masacre inclusive participaron agentes estatales pertenecientes a las fuerzas armadas.

Corte IDH. Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109

⁴³ Cfr. Caso 19 Comerciantes, supra nota 33, párrs. 115 a 124.

⁴⁴ Cfr. Caso de las Masacres de Ituango, supra nota 15, párrs. 134 y 135; y Caso de la Masacre de Pueblo Bello, supra nota 12, párrs. 125 a 127, 139 y 140

⁴⁵ Cfr. Caso de la Masacre de Pueblo Bello, supra nota 12, párrs. 126 y 140

⁴⁶ Cfr. Caso de las Masacres de Ituango, supra nota 15, párrs. 125.1, 125.25 y 133; Caso de la "Masacre de Mapiripán", supra nota 12, párrs. 121 a 123; y Caso 19 Comerciantes, supra nota 33, párrs. 84.b), 115, 134, 135, 137 y 138



116. Ha quedado demostrado que en el marco de la lucha contra los grupos guerrilleros, Colombia emitió legislación (supra párr. 84.a) con el propósito de organizar la defensa nacional, para lo cual se requería de “un esfuerzo coordinado de todos los órganos del poder público y de las fuerzas vivas de la Nación” y, al respecto, se estipulaba que “[t]odos los colombianos, hombres y mujeres, no comprendidos en el llamamiento al servicio militar obligatorio, pod[í]an ser utilizados por el Gobierno en actividades y trabajos con los cuales contribuy[eran] al restablecimiento de la normalidad”. Asimismo, se dispuso que “[e]l Ministerio de Defensa Nacional, por conducto de los comandos autorizados, podrá amparar, cuando lo estime conveniente, como de propiedad particular, armas que estén consideradas como de uso privativo de las Fuerzas Armadas”. Estas normas emitidas en 1965 y 1968 se encontraban vigentes en octubre de 1987, época en la cual ocurrieron los hechos del presente caso.

(...)

122. En el presente caso, las violaciones en perjuicio de los 19 comerciantes fueron perpetradas por uno de esos grupos de “autodefensa” que derivó en un grupo “paramilitar”, en una época en que el Estado no había tomado las medidas necesarias para prohibir, prevenir y castigar adecuadamente las actividades delincuenciales de tales grupos, a pesar de que ya eran notorias tales actividades.

123. Aunado a lo anterior, **las propias autoridades militares de Puerto Boyacá incentivaron a tal grupo de “autodefensa” a desarrollar una actitud ofensiva ante los grupos guerrilleros.** (...)

124. A pesar que Colombia alega que no tenía la política de incentivar la constitución de tales grupos delincuenciales, ello no libera al Estado de la responsabilidad por la interpretación que durante años se le dio al marco legal que amparó a tales grupos “paramilitares”, por el uso desproporcionado dado al armamento que les entregó y por no adoptar las medidas necesarias para prohibir, prevenir y castigar adecuadamente las referidas actividades delincuenciales, aunado a que las propias autoridades militares de Puerto Boyacá incentivaron al grupo de “autodefensa” que tenía control en dicha zona a desarrollar una actitud ofensiva ante los guerrilleros, tal y como sucedió en este caso, pues se consideraba que los comerciantes brindaban colaboración a los grupos guerrilleros.



Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148

125.24 A partir de 1997, se ha documentado en Colombia la existencia de numerosos casos de vinculación entre paramilitares y miembros de la fuerza pública en relación con hechos similares a los ocurridos en el presente caso, así como actitudes omisivas de parte de integrantes de la fuerza pública respecto de las acciones de dichos grupos. Según el informe de 1997 de la Oficina de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, los actos cometidos por paramilitares constituyeron el mayor número de violaciones de derechos humanos reportados en el país en 1997, incluidas masacres, desapariciones forzadas y toma de rehenes.

125.25 La impunidad de las violaciones de derechos humanos y derecho internacional humanitario cometidas por los paramilitares y la connivencia entre estos grupos y la fuerza pública, es consecuencia de procesos penales y de investigaciones disciplinarias abiertos en su contra que no desembocan en el establecimiento de responsabilidades ni en las correspondientes sanciones.

133. Tal y como reconoció el Estado (supra párrs. 63 y 64), está comprobado que agentes estatales tenían pleno conocimiento de las actividades de terror realizadas por estos grupos paramilitares sobre los pobladores de La Granja y El Aro. Lejos de tomar acciones para proteger a la población, miembros del Ejército nacional no sólo prestaron su aquiescencia a los actos perpetrados por los paramilitares, sino que también se produjeron instancias de participación y colaboración directa. Efectivamente, la participación de agentes del Estado en la incursión armada no se limitó a facilitar el ingreso de los paramilitares a la región, sino que también omitieron asistir a la población civil durante el desarrollo de aquélla, resultando así en la total indefensión de éstos. Dicha colaboración entre paramilitares y agentes del Estado resultó en la muerte violenta de diecinueve pobladores de La Granja y El Aro.

134. La Corte reconoce que el Estado ha adoptado determinadas medidas legislativas para prohibir, prevenir y castigar las actividades de los grupos de autodefensa o paramilitares (supra párr. 125.3 a 125.22). Sin embargo, **esas medidas no se vieron traducidas en la desactivación concreta y efectiva del riesgo que el**



propio Estado había contribuido a crear. Con la interpretación que durante años se le dio al marco legal, el Estado propició la creación de grupos de autodefensas con fines específicos, pero éstos se desbordaron y empezaron a actuar al margen de la ley. De este modo, al haber propiciado la creación de estos grupos el Estado creó objetivamente una situación de riesgo para sus habitantes y no adoptó todas las medidas necesarias ni suficientes para evitar que éstos puedan seguir cometiendo hechos como los del presente caso. La declaratoria de ilegalidad de éstos debía traducirse en la adopción de medidas suficientes y efectivas para evitar las consecuencias del riesgo creado. Esta situación de riesgo, mientras subsista, acentúa los deberes especiales de prevención y protección a cargo del Estado en las zonas en que exista presencia de grupos paramilitares, así como la obligación de investigar con toda diligencia actos u omisiones de agentes estatales y de particulares que atenten contra la población civil.

136. La Corte considera que es dentro del contexto descrito en que sucedieron los hechos del caso, que debe determinarse la observancia por parte del Estado de sus obligaciones convencionales de respeto y garantía de los derechos de las víctimas.

Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140

125. En el presente caso, la Corte reconoce que el Estado adoptó varias medidas legislativas para prohibir, prevenir y castigar las actividades de los grupos de autodefensa o paramilitares (supra párrs. 95.8 a 95.20) y, en atención a la situación particular del Urabá antioqueño, región donde está ubicado el corregimiento de Pueblo Bello, el conocimiento de la situación de riesgo y de la necesidad de controlar la zona se materializó en la adopción de una serie de medidas en este sentido, a saber: la creación en 1988 de la Brigada XI en Montería y la Brigada Móvil Número Uno, y la emisión del Decreto No. 0678 de 14 de abril de 1988 para el “restablecimiento del orden público” en esa zona y que creó la Jefatura Militar del Urabá Antioqueño (supra párrs. 95.6, 95.7 y 95.26). Por ende, es claro que las autoridades estatales tenían conocimiento de la posibilidad de que aquél riesgo específico derivado de las actividades de personas o grupos paramilitares, se viera concretado en situaciones que afectaran a la población civil.



126. Sin embargo, esas medidas no se vieron traducidas en la desactivación concreta y efectiva del riesgo que el propio Estado había contribuido a crear. Con la interpretación que durante años se le dio al marco legal, el Estado propició la creación de grupos de autodefensas con fines específicos, pero éstos se desbordaron y empezaron a actuar al margen de la ley. De este modo, al haber propiciado la creación de estos grupos el Estado creó objetivamente una situación de riesgo para sus habitantes y no adoptó todas las medidas necesarias ni suficientes para evitar que éstos puedan seguir cometiendo hechos como los del presente caso. La declaratoria de ilegalidad de éstos debía traducirse en la adopción de medidas suficientes y efectivas para evitar las consecuencias del riesgo creado. Esta situación de riesgo, mientras subsista, acentúa los deberes especiales de prevención y protección a cargo del Estado en las zonas en que exista presencia de grupos paramilitares, así como la obligación de investigar con toda diligencia actos u omisiones de agentes estatales y de particulares que atenten contra la población civil.

140. La Corte observa que si bien la masacre de Pueblo Bello ocurrida en enero de 1990 fue organizada y perpetrada por miembros de grupos paramilitares, **aquella no habría podido ejecutarse si hubiere existido protección efectiva de la población civil en una situación de riesgo razonablemente previsible por parte de miembros de las Fuerzas Armadas o de seguridad del Estado.** Ciertamente no existen pruebas ante este Tribunal que demuestren que el Estado dirigiera directamente la ejecución de la masacre o que existiese un nexo entre miembros del Ejército y los grupos paramilitares o una delegación de funciones públicas de aquél a éstos. No obstante, la responsabilidad por los actos de los miembros del grupo paramilitar en este caso en particular es atribuible al Estado en la medida en que éste no adoptó diligentemente las medidas necesarias para proteger a la población civil en función de las circunstancias descritas. Por las razones expuestas en los párrafos anteriores, la Corte concluye que el Estado no cumplió con su obligación de garantizar los derechos humanos consagrados en los artículos 4, 5 y 7 de la Convención, por haber faltado a sus deberes de prevención y protección, en perjuicio de las personas desaparecidas y privadas de su vida en este caso.



Corte IDH. Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134

121. La colaboración de miembros de las fuerzas armadas con los paramilitares se manifestó en un conjunto de graves acciones y omisiones destinadas a permitir la realización de la masacre y a encubrir los hechos para procurar la impunidad de los responsables. En otras palabras, las autoridades estatales que conocieron las intenciones del grupo paramilitar de realizar una masacre para infundir temor en la población, no sólo colaboraron en la preparación para que dicho grupo pudiera llevar a cabo estos actos delictuosos, sino también hicieron parecer ante la opinión pública que la masacre fue perpetrada por el grupo paramilitar sin su conocimiento, participación y tolerancia, situaciones que están en contradicción con lo ya acreditado en los hechos probados y reconocidos por el Estado (supra párrs. 34, 96.29 a 96.47).

122. Asimismo, toda vez que su responsabilidad internacional por violaciones de la Convención Americana ha sido parcialmente reconocida, no podría el Estado excluir válidamente del contenido de su declaración algunos de los extremos reconocidos. De tal manera, la pretensión del Estado de que no se le considere responsable por los actos cometidos por los paramilitares o grupos de auto defensa en la masacre de Mapiripán no puede ser aceptada, pues ello implicaría vaciar de contenido el reconocimiento previamente formulado y caer en una contradicción sustancial con algunos de los hechos que ha reconocido.

123. En síntesis, una vez establecida la vinculación de las Fuerzas Armadas con ese grupo de paramilitares al perpetrar la masacre cometida con base en el reconocimiento estatal de los hechos y en el conjunto de pruebas allegadas al expediente, **la Corte ha llegado a la conclusión de que la responsabilidad internacional del Estado se ha generado por un conjunto de acciones y omisiones de agentes estatales y de particulares realizadas en forma coordinada, paralela o concatenada con el propósito de perpetrar la masacre.** En primer lugar, dichos agentes colaboraron en forma directa e indirecta en los actos cometidos por los paramilitares y, en segundo lugar, incurrieron en omisiones en su deber de protección de las víctimas contra dichos actos y en su deber de investigar éstos efectivamente, todo lo cual ha desembocado en violaciones de derechos



humanos consagrados en la Convención. Es decir, puesto que los actos cometidos por los paramilitares contra las víctimas del presente caso no pueden ser caracterizados como meros hechos entre particulares, por estar vinculados con conductas activas y omisivas de funcionarios estatales, la atribución de responsabilidad al Estado por dichos actos radica en el incumplimiento de sus obligaciones convencionales erga omnes de asegurar la efectividad de los derechos humanos en dichas relaciones inter-individuales.”

Conclusión:

Primero, las reglas jurídicas expuestas sobre la responsabilidad de los agentes estatales de proteger el orden constitucional y a la población civil, las cuales derivan en circunstancias de agravación punitiva, valoración de la responsabilidad objetiva y una mayor gravedad de la comisión de dichos delitos, difiere notoriamente con el carácter y naturaleza del delito político, para quienes sí se ha instituido un tratamiento jurídico en ocasiones más favorable habida cuenta de los fines altruistas que comporta dicha conducta delictiva (según se explicó antes). De ahí que siempre que se aluda al tratamiento diferenciado, debe interpretarse esta expresión en el sentido de un mayor escrutinio y gravedad de los hechos, en lugar de aquella que lo entiende como un tratamiento más favorable que el concedido a quienes se beneficien de amnistía o indulto.

Pese a la claridad de dicha regla jurídica de decisión y la consecuente declaratoria de exequibilidad condicionada que podría derivar, en múltiples oportunidades el Congreso de la República con el aval del Gobierno Nacional, en especial del Ministerio de Defensa, ha extendido un trato punitivo mucho más favorable a los agentes del Estado como supuesto desarrollo del principio de diferenciación. Con estas medidas, que como se verá a continuación, eliminan antecedentes o restringen el deber de reparación integral, se están excediendo las facultades dadas al legislador para implementar normativamente el acuerdo y las dadas a Gobierno Nacional para participar excepcionalmente con facultades extraordinarias en el curso de dicho proceso, aunque se limite así el principio de separación de poderes.



La Corte Suprema ha considerado el concierto para delinquir con fines de paramilitarismo como crimen de lesa humanidad e internacionalmente se ha constatado la gravedad de los crímenes cometidos por los paramilitares por los cuales ha sido declarado responsable el Estado colombiano en numerosas ocasiones, así como amplia jurisprudencia que reconoce un estándar más amplio que el del texto de los artículos 46 y 47 de la Ley 1820/2016. Considerar si quiera la no inclusión del delito de concierto para delinquir con fines de paramilitarismo en la lista de delitos de mayor gravedad dentro de la Ley 1820/2016 configura un vicio legislativo que el juez constitucional debe complementar a través de una lectura armónica que reconozca el carácter enunciativo de dicha lista, para evitar así la inconstitucionalidad de la norma.

Esto se colige, por demás, con las múltiples menciones en el Acuerdo Final a la necesidad de incluir en el texto de la Constitución la prohibición del paramilitarismo y establecer todas las medidas necesarias para su desmonte efectivo, como una realización de las garantías de no repetición para las víctimas.

D. Art. 47, 49, 53, 58 y 60 Participación efectiva de las víctimas en las instancias procesales y extraprocesales de la JEP.

13. Síntesis del cargo:

Sobre este conjunto de artículos se hacen diversas solicitudes a la Corte Constitucional en el sentido de garantizar la participación efectiva de las víctimas como intervinientes en todas las etapas, procesales y extraprocesales, ante la JEP. Sobre el artículo 47, 49, 53 y 58 se solicitará respetuosamente a la Corte la declaratoria de exequibilidad condicionada, bajo el entendido de que, tanto en procedimiento para la aplicación de la renuncia a la persecución penal para los agentes del Estado y para la para la libertad transitoria condicionada y anticipada, como respecto de la facultad de manifestarse contra las resoluciones de la Sala de definición de situaciones jurídicas, las víctimas podrán intervenir con todas las garantías que quienes sean procesados por la JEP y que, en general, le son conferidas por el ordenamiento nacional e internacional. Esto incluye la obligación de proveerle a las víctimas una asistencia judicial como garantía básica de acceso a la justicia la cual debe ser integrada en el artículo 60 de la presente.



14. Alcance de la disposición

En estos artículos no se menciona ni contempla la participación de las víctimas en cada uno de los procedimientos extra judiciales y judiciales de la JEP tendientes a asignar responsabilidades. Así, se estableció en el título IV que hace relación a tratamientos penales especiales diferenciados para Agentes del Estado que las resoluciones adoptadas por la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas consistente en: 1) Renuncia a la persecución penal 2) Cesación de procedimiento. 3) Suspensión de la ejecución de la pena, 4) Extinción de responsabilidad por cumplimiento de la pena y 5) Las demás resoluciones necesarias para definir la situación jurídica, podrán ser recurridas ante la misma Sala, y en apelación ante la Sección de Apelaciones del Tribunal para la Paz únicamente a solicitud del destinatario.

De igual forma, en el art. 60 de la Ley 1820/2016 se crea el derecho a la asistencia legal, pero este se les reconoce **únicamente** a los beneficiarios de la ley, entendidos estos como los procesado, sin hacer ninguna mención al derecho que le asiste a las víctimas a recibir igualmente dicha asistencia.

15. Concepto de la violación

Problema jurídico:

¿Es necesario integrar a estas disposiciones estándar de participación de las víctimas, nacional e internacional, en todos los procedimientos judiciales y extrajudiciales de la JEP o es válido restringir la participación de modo que únicamente pueden intervenir ante la JEP los beneficiarios de la ley 1820/2016?

¿Tienen las víctimas derecho a la asistencia legal dentro de la JEP en los términos del artículo 60 de la Ley 1820/2016 o este es un beneficio exclusivo de los beneficiarios?

Regla de decisión:

Tendrán una participación, según los estándares nacionales e internacionales, en el curso de todo el proceso en cada una de sus etapas como intervinientes con la posibilidad de allegar pruebas y controvertir procedimientos con los recursos establecidos. Esto incluye la posibilidad de objetar listados y allegar pruebas al



Secretario de la JEP o a quien corresponda disponer sobre los listados de beneficiarios que se acogerán a amnistías, indultos o tratamientos especiales.

Se les debe garantizar el derecho a la asistencia legal a las víctimas dentro de la JEP

Cargo de exequibilidad condicionada a garantía de participación de las víctimas

Acuerdo final (Principios) / Participación de las víctimas (estándar). Los principios establecidos en el Acuerdo Final se constituyen un criterio orientador de interpretación y desarrollo del Sistema Integral. Entre estos principios se destacan: i) El reconocimiento de las víctimas como ciudadanos y ciudadanas, ii) La verdad plena sobre lo ocurrido, iii) El reconocimiento de responsabilidad por parte de todos los que participaron directa o indirectamente en el conflicto; y iv) La satisfacción de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la no repetición, así como la búsqueda de sus seres queridos desaparecidos con ocasión del conflicto armado interno y de la violencia política.

En consecuencia y en virtud del principio de centralidad de los derechos de las víctimas, este debe proyectarse en el sentido de garantizar que se cumpla el estándar internacional de participación de estas en todas las fases del proceso ante la JEP.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que “se debe garantizar que, en todas las etapas de los respectivos procesos, las víctimas puedan formular sus pretensiones y presentar elementos probatorios y que éstos sean analizados de forma completa y seria por las autoridades antes de que se resuelva sobre hechos, responsabilidades, penas y reparaciones”.

Por tanto, en la JEP, la participación de las víctimas y organizaciones de derechos humanos es fundamental, tanto en casos de reconocimiento de verdad como en los que no lo haya. En el caso concreto de la JEP, dicha participación deberá incluir, entre otros aspectos, los siguientes:

- La publicidad y conocimiento de las decisiones que les afectan



- La capacidad de interponer recursos frente a decisiones que les sean desfavorables proferidas por cualquiera de las Salas o el Tribunal para la Paz
- Participación con cuestiones en la Sala de Reconocimiento de Responsabilidad
- Ser escuchadas en foro público
- Participar y ser informadas de las decisiones proferidas por la Sala de Definición de Situación Jurídica
- Ser representadas por el sistema público de asesoría y defensa
- Ser tenidas en cuenta y consultadas al momento de establecer las sanciones restaurativas y las reparaciones asignadas
- Contar con condiciones y medidas efectivas de protección y seguridad

Acceso a la justicia / Debido proceso. Es importante referir también las obligaciones internacionales que ha adquirido el Estado colombiano en materia de debido proceso y acceso a la justicia a las víctimas, así como la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En sentencia C-516 del 2007 la Corte expuso frente al derecho de las víctimas a participar activamente en los acuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y la defensa del acusado lo siguiente:

- Las víctimas de los delitos son titulares del derecho a un recurso judicial efectivo que les garantice sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación integral; intervención que debe ser compatible con los rasgos esenciales del sistema de tendencia acusatoria introducido en la Constitución Política por el Acto Legislativo 03 de 2002.

- Conforme con los derechos que les asisten, las normas que regulan los preacuerdos y las negociaciones, deben contemplar mecanismos de participación de las víctimas en estas instancias procesales.



- No existe una razón objetiva y suficiente que justifique la exclusión de la víctima de la facultad de intervención en los preacuerdos y las negociaciones, como quiera que se trata de actuaciones que se desarrollan en una fase previa al juicio oral, justamente con el propósito de evitar esa etapa mediante una sentencia anticipada que debe ser, en lo posible, satisfactoria para todos los actores involucrados en el conflicto.

- La garantía de intervención de la víctima en la fase de negociación no tiene la potencialidad de alterar los rasgos estructurales del sistema adversarial, ni modifica la calidad de la víctima como interviniente especialmente protegido, pues con su intervención en esta fase no se auspicia una acusación privada paralela a la del fiscal, dado que el acuerdo se basa en el consenso, el cual debe ser construido tomando en cuenta el punto de vista de la víctima.

- Aun cuando la Constitución radicó en la Fiscalía la titularidad de la acción penal, y la ley le asigne un cierto nivel de discrecionalidad, el propiciar la fijación de una posición por parte de la víctima frente a los preacuerdos y las negociaciones, no afecta la autonomía del Fiscal para investigar y acusar, ni lo desplaza en el ejercicio de las facultades que le son propias. Por el contrario, la intervención de la víctima le permite a la justicia contar con una información valiosa para determinar si la pena propuesta es aceptable o no, y si hay lugar a rectificar información aportada por la defensa y por la fiscalía que puede conducir a evitar una sentencia injusta que no se adecue a la verdad de los hechos y su gravedad.

- No permitir la participación de la víctima en los preacuerdos y negociaciones, genera una desigualdad injustificada entre los distintos actores del proceso penal, que deja en manifiesta desprotección los derechos de las víctimas. Tal situación implica, a su vez, un incumplimiento por parte del legislador del deber de configurar una intervención efectiva de la víctima en el proceso penal que le impide asegurar el derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación integral.



- La exclusión de las víctimas de los procesos de negociación, no contribuye a la humanización de la actuación procesal, pues implica prescindir del punto de vista del agraviado o perjudicado en la construcción de un consenso que puede llevar a la terminación del proceso, escenario en el que se deben hacer efectivos sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación.

- La eficacia del sistema penal no es un asunto que involucre únicamente los derechos del acusado y los intereses del Estado; pues también están de por medio los derechos de las víctimas del ilícito. En ese sentido, no se puede predicar la eficacia del sistema si se priva a la víctima de acceder a un mecanismo que pone fin al único recurso judicial efectivo para hacer valer sus derechos a la verdad y a la justicia. Ello, teniendo en cuenta que la titularidad del derecho de participación en las decisiones que los afectan reposa tanto en el imputado o acusado como en la víctima o perjudicado.

- No es posible activar de manera adecuada la solución del conflicto social que genera el delito, y propiciar una reparación integral de la víctima, si se ignora su punto de vista en la celebración de un preacuerdo o negociación.

Garantía de gratuidad en la asistencia legal a víctimas. Ahora bien, es preciso apuntar que la obligación del Estado de proveer dicha asistencia gratuita también se encuentra protegida por disposiciones internacionales. Consideramos importante traer esto a colación, puesto que bien haría el Juez constitucional, no sólo imponiendo la obligación del Estado de garantizarle el acceso a la justicia a las víctimas cuando así lo requieran, sino también indicando cuáles son las condiciones específicas y estándares para la satisfacción de este derecho, en uso de su facultad integradora de la disposición con el ordenamiento constitucional y ante la omisión de dicho deber por parte del órgano legislativo.



Tal como lo recoge íntegramente el Documento sobre “Minimum Standards on the Right to Legal Aid”, el derecho a la asistencia jurídica ha sido desarrollado ampliamente por normativas internacionales, en especial en materia penal, pero cuyos presupuestos son aplicables, por la naturaleza de las condiciones de vulneración de derechos de las víctimas en Colombia. Para ilustrar el punto:

“El derecho a la asistencia jurídica se recoge expresamente en el artículo 6(3)(c) del Convenio Europeo de Derechos Humanos (“CEDH”) y en el artículo 14(3)(d) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (“PIDCP”). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (“TEDH”) ha desarrollado normas detalladas sobre la forma en que ha de prestarse la asistencia jurídica, muchas de las cuales han sido ratificadas por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en aplicación del PIDCP.

Otros organismos europeos e internacionales también han establecido normas sobre la asistencia jurídica. El Comité Europeo para la Prevención de la Tortura (“CPT”) y el Subcomité de las Naciones Unidas para la Prevención de la Tortura (“SPT”) han hecho hincapié de forma reiterada en la importancia de la asistencia jurídica como salvaguarda fundamental contra la intimidación, el maltrato o la tortura.”⁴⁷

De estos destaca especialmente que la Asamblea General de Naciones Unidas ha adoptado el instrumento internacional dedicado a la prestación de asistencia jurídica el pasado diciembre de 2012. En este, reconoce el carácter esencial de la asistencia jurídica:

“Reconociendo que la asistencia jurídica es un elemento esencial de un sistema de justicia penal funcional que tenga como base el estado de derecho, de la base sobre la que se sustenta el ejercicio de otros derechos, incluyendo el derecho a un juicio justo, y una importante salvaguarda que garantiza la imparcialidad fundamental y la

⁴⁷ Documento de Open Society Foundation. *Normativa europea e internacional relativa al derecho a asistencia jurídica gratuita*, diciembre de 2014.

https://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/Normativa%20europea%20e%20internacional%20relativa%20al%20derecho%20a%20asistencia%20jur%C3%ADdica%20gratuita_OSJI_Spanish_2.pdf



confianza pública en el proceso de justicia penal; los Estados deben garantizar el derecho a la asistencia jurídica en sus sistemas jurídicos nacionales, al máximo nivel posible, incluyendo, cuando proceda, en la constitución"⁴⁸.

En especial, indica que es un deber de los estados garantizar dicha asistencia, sin dejar lugar a arbitrariedades. De acuerdo a esto, se deben establecer condiciones claras para comprobar la necesidad económica de la persona a quien se le provea dicha asistencia. De estas personas se debe presumir legalmente que son sujetos de protección, y la carga de demostrar que no son personas de escasos recursos económicos estará en el Estado. Así ha sido afirmado por estos estándares internacionales, a saber:

Cuando una persona no tenga medios suficientes para pagar a su propio abogado, dará cumplimiento a la primera de las condiciones previstas en el artículo 6(3) del CEDH. El TEDH no ha ofrecido una definición de “recursos suficientes”. En su lugar, el TEDH tiene en cuenta todas las circunstancias particulares de cada caso a la hora de determinar si las circunstancias económicas del acusado precisan el reconocimiento de la asistencia jurídica.

Como norma general, el TEDH ha sostenido que corresponde a las autoridades locales definir el umbral económico para comprobar la existencia de recursos económicos. Aunque el TEDH permite a los estados miembros cierto margen de maniobra a la hora de elegir la forma en la que llevar a cabo la comprobación de los recursos económicos, deben existir garantías suficientes contra la arbitrariedad en la determinación de la elegibilidad (analizada más adelante).⁴⁹

Por último, valga reiterar que esta es una obligación del Estado, especialmente en lo que corresponde a víctimas en conflicto, como es el caso en estudio. Así lo ha establecido también la normativa en casos ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Bien lo ha recogido el texto del Centro por la Justicia y el Derecho

⁴⁸ Principios y directrices de las Naciones Unidas sobre el acceso a la asistencia jurídica en los sistemas de justicia penal https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/13-86673_ebook-Spanish.pdf

⁴⁹ Ver Santambrogio v Italy, TEDH, Sentencia de 21 de septiembre de 2004, párr. 55. Pakelli v Germany, TEDH, Sentencia de 25 de abril de 1983, párr. 34.



Internacional, CEJIL, “Debida Diligencia en la Investigación de Graves Violaciones a Derechos Humanos”:

En la medida en que existen derechos fundamentales que se encuentran protegidos por la posibilidad de participar en el proceso, es posible colegir la obligación del Estado de, en la medida en que la víctima o sus familiares no cuenten con los recursos suficientes, proveer a los mismos de asistencia jurídica gratuita

Y en el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁵⁰: “Las víctimas tienen el derecho de tener asistencia legal apropiada durante todo el proceso judicial.”

Conclusión

En consecuencia, se debe cumplir con los estándares nacionales e internacionales de participación de las víctimas que les permita una la intervención activa en los procedimientos de la JEP sin ningún tipo de exclusión injustificada. Una lectura de las anteriores disposiciones que desconozca el igual derecho que le asiste a las víctimas de participar como intervinientes en todas las etapas, judiciales y extrajudiciales, contraría las obligaciones internacionales del Estado colombiano y el derecho de las víctimas a interponer recursos frente a las decisiones que adopten todas las instancias de la JEP. Esto ofrece un trato discriminatorio hacía las víctimas respecto los que se hayan sometido a la JEP, por haber cometido crímenes graves en el marco del conflicto, quienes sí disponen de este derecho en forma exclusiva desde una interpretación de los citados artículos. Dicha participación debe garantizar igualmente la asistencia legal a las víctimas como población sujeta a especial protección constitucional.

⁵⁰ 421. ECHR, Airey v. Ireland case, Judgment of 9.10.79, para. 24. 422. Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, supra nota 381, punto 6. c.



E. Artículos 48, 51 y 52. Otros efectos de la renuncia a la persecución penal y de la libertad transitoria condicionada y anticipada.

16. Síntesis del cargo

Solicitamos respetuosamente que se declare la **inexequibilidad** de las expresiones del artículo 48: “3. Elimina los antecedentes penales de las bases de datos. 4. Anula o extingue la responsabilidad o la sanción disciplinaria, fiscal o administrativa derivada de la conducta penal. 5. Impide el ejercicio de la acción de repetición y del llamamiento en garantía contra los agentes del Estado, sin perjuicio del deber del Estado de satisfacer el derecho de las víctimas a la reparación integral”, porque dichas prerrogativas vulneran el principio de bilateralidad y autenticidad del Acuerdo final, toda vez que contradicen sus principios y espíritu sobre la centralidad de los derechos de las víctimas, además que imponen medidas de autoamnistías para restringir la responsabilidad de agentes del Estado, la depuración de la fuerza pública como garantía de no repetición y su contribución a la justicia, verdad y reparación.

Segundo, que se declare **la inexequibilidad** del artículo 51 en la expresión “tendrán derecho a que se compute para efecto de la asignación de retiro el tiempo que te estuvieron privados efectivamente de la libertad con anterioridad a la entrada en funcionamiento de la JEP”, por cuanto les confiere a los agentes estatales la potestad de que se cuente el tiempo en el que estuvieron privados de la libertad por la comisión de un delito como si hubiera sido tiempo efectivo de servicio a la función pública, situación que contraviene la moralidad administrativa.

Tercero, que se declare **inexequibilidad** del artículo 52 en las expresiones “salvo que el beneficiario haya estado privado de la libertad un tiempo igual o superior a cinco (5) años, conforme a lo establecido para las sanciones alternativas en la jurisdicción especial para la paz”; “reparación inmaterial de las víctimas” y “No habrá lugar a la revocatoria por circunstancias diferentes a las aquí señaladas” teniendo en cuenta: primero, que el tratamiento diferenciado para Agentes de Estado implica un estándares de exigencia mayores respecto de las obligaciones de colaborar con la justicia por lo cual este término debería ser de 8 y no de 5 años; segundo, que por eso mismo, no se les debería contar de ninguna manera como tiempo efectivo de ejercicio de la función pública el tiempo que duraran privados de la libertad; tercero,



sobre la reparación inmaterial, que nos debemos atener a la regla expresada que le asiste a las víctimas el derecho a una reparación integral, no sólo moral o no judicial; y, por último, ya que la norma sugiere que solo será causal de revocatoria de la libertad transitoria condicionada y anticipada el incumplimiento de las obligaciones contraídas en el acta de compromiso, obligaciones que se circunscriben genéricamente en contribuir a la verdad, a la no repetición, a la reparación **inmaterial** de las víctimas, y a atender los requerimientos de los órganos del Sistema, esto desconoce el régimen constitucional y legal interno sobre medidas de aseguramiento.

17. Alcance de la disposición

El Art. 48 establece efectos adicionales de la renuncia a la persecución penal para agentes del Estado. Dentro de estos efectos, el Numeral 3, habla de la eliminación de antecedentes penales. Por eliminación, comprendemos que se desaparezca de todas las bases de datos oficiales cualquier referencia a la responsabilidad de quien sea beneficiado por la renuncia a la persecución. Esto implica la imposibilidad de identificar en casos futuros si fue o no responsable o sindicado de algún tipo de delito. Además, el numeral 4 extingue toda responsabilidad o sanción disciplinaria, fiscal o administrativa derivada de la acción penal. A nuestro modo de ver, la naturaleza de estas instituciones jurídicas es diferente; aunque complementaria, es autónoma. En esa medida, la norma lo que está haciendo es subsumir todas las formas de responsabilidad fiscal, disciplinaria o administrativa a la responsabilidad penal, como si esta per se incluye las demás y su extinción de iure implicara la extinción de las otras. Por último, el numeral 5 elimina la responsabilidad del Estado de acudir ante el agente del daño a través de la acción de repetición o el llamamiento en garantía para exigirle que contribuya con su propio patrimonio a la reparación del daño por su conducta grave y dolosa. Dice sin perjuicio de la reparación integral, como si esta restricción injustificada no afectara el derecho a la reparación integral.

El artículo 51 le confiere el derecho a quienes sean beneficiarios de la Ley 1820/2016 de que el tiempo en el que estuvieron privados de la libertad se les cuente como tiempo de servicio el cual será efectivo para el conteo de la asignación de retiro.

En el artículo 52, la expresión “No habrá lugar a la revocatoria por circunstancias diferentes a las aquí señaladas” es considerada por nosotros como



inconstitucional, en tanto no contempla otras formas de revocar los beneficios otorgados que resultan de vital importancia para proteger los derechos de las víctimas, en virtud del principio de autenticidad que debe regir lo aquí normado. Al manifestar que únicamente el incumplimiento de los compromisos adquiridos en el marco del funcionamiento del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, no especifica cuáles son los parámetros de cumplimiento, ni bajo qué circunstancias se entenderán insatisfechos, dejando una amplitud en el concepto que puede ir en detrimento de los derechos de las víctimas. Igualmente, que luego de 5 años de haber estado privados de la libertad quienes hayan cometido los crímenes más graves tendrán la posibilidad de salir en libertad transitoria condicionada y anticipada.

18. Concepto de la violación

Problemas Jurídicos

¿Es constitucional la medida del art. 48 de la Ley 1820/2016 de eliminar los antecedentes penales o, al contrario, se debe garantizar en todo tiempo la conservación de archivos y acceso a la verdad sobre los responsables de crímenes en el marco del conflicto armado y social?

¿Sí o no la atribución de los efectos renuncia a la acción penal del artículo 48 de la ley 1820/2016 que “anula o extingue la responsabilidad o la sanción disciplinaria, fiscal o administrativa derivada de la conducta penal”, así como la acción de repetición o llamamiento en garantía de agentes estatales, vulnera los derechos a una reparación integral y acceso a la administración de justicia?

¿Puede contarse el tiempo de privación de la libertad por la comisión de un punible como tiempo efectivo de prestación de la función pública para efectos de la asignación del retiro de los Agentes del Estado?

En el artículo 52, ¿la expresión “No habrá lugar a la revocatoria por circunstancias diferentes a las aquí señaladas” es inconstitucional puesto que no contempla otras formas de revocar los beneficios otorgados que resultan de vital importancia para proteger los derechos de las víctimas o impone una restricción acorde a la Carta sobre las causales de revocatoria de la libertad?



Reglas de decisión

No es acorde a la Constitución, derechos de las víctimas a la verdad y garantías de no repetición, la eliminación de los antecedentes penales de quienes se acojan a la JEP y se les conceda el beneficio del artículo 48 de la Ley 1820/2016.

Se sugiere respetuosamente a la Corte que se atenga a lo dicho en oportunidades anteriores en el sentido de que cuando se haga referencia a la necesidad de reparación a las víctimas dentro de la Ley 1820/2016 debe entenderse por dicha reparación una reparación integral bajo todos los estándares definidos en normas nacionales e internacionales que delimitan los derechos de las víctimas.

Los beneficios punitivos que no estén orientados a garantizar plenamente la reparación integral a las víctimas deben considerarse inexecutable de acuerdo al sentido de la Justicia Restaurativa y los principios de autenticidad y bilateralidad.

Un elemento esencial de la reparación integral es el acceso a la administración de justicia a través de la reparación por vía judicial, lo que incluye la posibilidad de que el agente del daño responda con su propio patrimonio para efectos de la reparación integral, vía llamamiento en garantía o acción de repetición.

Es inconstitucional que se restrinjan las causales de revocatoria de la libertad al incumplimiento de compromisos genéricos con el Sistema Integral, sin consideración de la reincidencia del procesado o el peligro que este pueda representar para la sociedad y/o los derechos de las víctimas.

Cargo de inexecutable de “beneficios” a Agentes Estatales por violación de obligaciones internacionales, constitucionales y derechos de las víctimas.

Beneficios en la justicia restaurativa- Los beneficios otorgados por la Ley 1820/2016 se enmarcan en la idea de una justicia restaurativa que ha desarrollado de manera amplia la jurisprudencia nacional e instrumentos internacionales. Justicia restaurativa se ha entendido como un “mecanismo alternativo para la resolución de



conflictos”⁵¹ o, mejor, “todo proceso en el que la víctima y el imputado o acusado participan conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito”⁵². El objetivo de este proceso es lograr un resultado restaurativo, lo cual significa que se atiendan las responsabilidades y necesidades individuales y colectivas de las partes, y se logre “la reintegración de la víctima y del infractor en la comunidad en busca de la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad (art. 518 [Ley 906/04]).”⁵³

Dicha participación conjunta implica unos mínimos o garantías básicas para las partes, en especial para los derechos de las víctimas, los cuales establecen límites a la potestad de configuración legislativa, que se derivan del “mandato constitucional de asegurar la vigencia de un orden justo (preámbulo y art. 2º superior) y de los compromisos internacionales en materia de acceso a la administración de justicia para la defensa de los derechos humanos. Particularmente, el asegurar la efectividad de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas y del correlativo deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar la grave criminalidad.”⁵⁴

Esta perspectiva que ha sido respaldada por la comunidad internacional:

“[e]l 27 de julio de 2000 el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas expidió la Resolución 2000/14 que establece los “Principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal”. Adicionalmente, del informe del Grupo de Expertos creado por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas a la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal, se destaca: (i) la importancia que reviste en el concierto internacional el tema de la justicia restaurativa como mecanismo complementario de la justicia penal; (ii) la revaluación que este instituto plantea en las relaciones entre la víctima, el ofensor y el Estado; (iii) la necesidad de que los mecanismos de justicia restaurativa, no obstante la flexibilidad que introducen, se manejen dentro del imperio de la ley y su supervisión siempre esté

⁵¹ Sentencia C-979 de 2005.

⁵² Sentencia C-387 de 2014.

⁵³ Sentencia C-387 de 2014.

⁵⁴ Sentencia C-979 de 2005.



a cargo del Estado; y (iv) la importancia de que su instauración atienda las particularidades de cada sistema jurídico, y los rasgos culturales de la sociedad en que se aplica.”⁵⁵

Por su parte el Acuerdo Final de paz establece que “(...) uno de los paradigmas orientadores del componente de justicia del SIVJRNR será la aplicación de una justicia restaurativa que preferentemente busca la restauración del daño causado y la reparación de las víctimas afectadas por el conflicto, especialmente para acabar la situación de exclusión social que les haya provocado la victimización. La justicia restaurativa atiende prioritariamente las necesidades y la dignidad de las víctimas y se aplica con un enfoque integral que garantiza la justicia, la verdad y la no repetición de lo ocurrido”.⁵⁶ Más adelante el Acuerdo señala que: “Las sanciones tendrán como finalidad esencial satisfacer los derechos de las víctimas y consolidar la paz. Deberán tener la mayor función restaurativa y reparadora del daño causado, siempre en relación con el grado de reconocimiento de verdad y responsabilidad que se haga ante el componente de Justicia del SIVJRNR mediante declaraciones individuales o colectivas”.⁵⁷

Derechos de las víctimas / Derecho a la verdad. El Relator Espacial para la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff en varios de sus informes presentados al Consejo de derechos humanos⁵⁸, ha expresado que los objetivos de la búsqueda de la verdad, las iniciativas de justicia reparación, y las garantías de no repetición deben contribuir a la consecuencia de varios objetivos a saber. i) Dar reconocimiento a la víctimas, ii) fomentar la confianza, iii) Contribuir a la reconciliación y iv) Consolidar el estado Social de Derecho.

⁵⁵

⁵⁶ Ver Acuerdo Final para la construcción de una paz estable y duradera. . Pg. 144

⁵⁷ Ver Acuerdo Final para la terminación del conflicto armado

⁵⁸ Consejo de Derechos humanos. 21 periodo de sesiones. Tema 3. Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Agosto 9 del 2012.



En relación con el reconocimiento, expresa que una de las principales reivindicaciones de las víctimas es que se reconozca el daño causado, que va más allá del reconocimiento del sufrimiento, en este sentido las medidas y normas de justicia transicional tienen como objetivos el **reconocimiento de la víctima** como titular de derechos. Esto implica no solo el derecho de buscar vías de reparación que puedan atenuar su sufrimiento, sino el restablecimiento de los derechos tan brutalmente vulnerados de la víctima y la afirmación de su condición de persona con derecho a hacer demandas o reclamaciones en virtud de sus derechos y no simplemente gracias a la empatía suscitada o a cualquier otro tipo de consideración. En cuanto al objetivo de fomentar la confianza, significa “restaurar la confianza en las instituciones”, es decir confiar en una institución equivale a saber que sus miembros o participantes comparten y consideran vinculantes sus reglas, valores y normas constituyentes.

La **construcción de esta confianza** en el marco de la justicia transicional, implica que por ejemplo en las medidas de justicia que se reafirme las normas transgredidas por los infractores, normas que elevan a las personas naturales al rango de titulares de derechos. “ Las instituciones judiciales, sobre todo cuando hasta ahora han sido fundamentalmente instrumentos de poder, logran ser dignas de confianza cuando pueden demostrar que no hay nadie por encima de la ley. La **búsqueda de la verdad** puede fomentar la confianza si responde a la zozobra de aquellas personas cuya confianza fue destruida por experiencias de violencia y/o abuso y que temen que el pasado pueda repetirse. Quienes han sufrido la violencia pueden percibir el esfuerzo institucional por enfrentar el pasado como un intento sincero de admitir la verdad de los hechos y comprender los patrones de larga data de socialización y reparto del poder y las oportunidades, con vistas a articular un nuevo proyecto político en torno a normas y valores verdaderamente compartidos⁵⁹.

La **reparación** puede fomentar la confianza poniendo de manifiesto la seriedad de las instituciones frente a las vulneraciones de derechos. La confianza sale reforzada cuando, aun en condiciones de escasez y competencia por los recursos, el Estado responde a la obligación de financiar programas destinados a las personas que han

⁵⁹ Véase Pablo de Greiff, "Truth Telling and the Rule of Law" en Telling the Truths: Truth Telling and Peace Building in Post-Conflict Societies, Tristan Anne Borer, ed. (Notre Dame, University of Notre Dame, 2006).



sido víctimas no solo de marginación sino también de abusos⁶⁰ Finalmente, la **depuración del personal** de las instituciones públicas puede infundir confianza demostrando que cumple normas sistémicas en materia de contratación y retención de personal, control disciplinario y prevención del favoritismo⁶¹. Tanto el reconocimiento como la confianza son condición y consecuencia de la justicia.

En relación con la **Reconciliación**, el relator destaca que las comisiones de la verdad deben contribuir con este mandato. Entre estas iniciativas es fundamental la presentación de disculpas oficiales que vayan más allá de un reconocimiento general de responsabilidad, que pueden contribuir significativamente a la necesaria modificación de las actitudes. Otras medidas que pueden resultar positivas son las conmemoraciones, el levantamiento de monumentos y, lo que es muy importante, una reforma del sistema educativo. Por último está el **Fortalecimiento del estado de derecho**, en las que puede contribuir las medidas de justicia transicional, el relato señala que los **juicios penales** que ofrecen sólidas garantías procesales y que no eximen de la justicia a los poderosos demuestran la universalidad de la ley; los **procesos de búsqueda de la verdad** que permiten entender los numerosos aspectos en los que los sistemas jurídicos han sido ineficaces para proteger los derechos de los ciudadanos determinan, a contrario, los criterios por los cuales esos sistemas jurídicos deben regirse en el futuro; **los programas de reparación** que intentan subsanar las violaciones de derechos sirven de ejemplo, aunque a posteriori, de la importancia de las normas jurídicas; las **medidas de reforma institucional y referidas a los funcionarios**, incluso aquellas reformas básicas que no abarcan sino la investigación y el despido de quienes han abusado de su cargo, aumentan la integridad de los sistemas del estado de derecho. Además las medidas de transición sirven de importante catalizador del proceso de organización de la sociedad civil, y en la

⁶⁰ Véase De Greiff, "Justice and Reparations".

⁶¹ Véase Pablo de Greiff, "Vetting and Transitional Justice" en Justice as Prevention: Vetting Public Employees in Transitional Societies, Alexander Mayer-Rieckh y Pablo de Greiff, eds. (Social Science Research Council, 2007).



condiciones que garanticen a las personas la participación en procesos legislativos que permitan dar sentido a la noción de justicia.

Víctimas en el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y Garantías de No Repetición del Acuerdo Final. El Acuerdo final establece en el punto (5.1) la creación del Sistema integral de Verdad, Justicia, Reparación y No repetición . Se señala en este acápite que el Sistema Integral parte del **principio de reconocimiento de las víctimas como ciudadanos con derechos**; del reconocimiento de que debe existir verdad plena sobre lo ocurrido; del principio de **reconocimiento de responsabilidad por parte de todos quienes participaron de manera directa o indirecta en el conflicto y se vieron involucrados de alguna manera en graves violaciones a los derechos humanos y graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario**; del **principio de satisfacción de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición**, sobre la premisa de no intercambiar impunidades, teniendo en cuenta además los principios básicos de la Jurisdicción Especial para la Paz, entre los que se contempla que **“deberá repararse el daño causado y restaurarse cuando sea posible”**.

Así mismo se señala que el fin del conflicto debe contribuir a garantizar que cesen las violaciones e infracciones, y es también una oportunidad para garantizar la satisfacción de los derechos de las víctimas. La terminación definitiva de las hostilidades brinda condiciones para que las víctimas se expresen sin miedo y reciban el reconocimiento que les corresponde; una oportunidad para que todos a quienes les quepa responsabilidad por violaciones a los derechos humanos o infracciones al DIH hagan el correspondiente reconocimiento; y en consecuencia, una oportunidad para aplicar con mayor efectividad medidas que garanticen la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición.

En relación con la **Integralidad** del Sistema , se reitera en el Acuerdo final, que la experiencia internacional ah demostrado que la efectividad de estas medidas es mayor si se aplican de manera articulada y complementaria. Por eso el Sistema pretende ser integral, para que las medidas logren un máximo de justicia y de rendición de cuentas sobre las violaciones a los derechos humano e infracciones al



DIH ocurridas a lo largo del conflicto. La integralidad del Sistema contribuye también al esclarecimiento de la verdad del conflicto y la construcción de la memoria histórica. Entendiéndose que una respuesta amplia y genuina a los derechos de las víctimas –en el marco de la implementación de todos los demás acuerdos, que también garantizan derechos– es la base de la justicia, y además contribuye a sentar las bases para la recuperación de la confianza, para la convivencia en un escenario de construcción de paz, y para una verdadera reconciliación entre todos y todas los colombianos y las colombianas.

Lucha contra la impunidad (Reparación) / Prohibición de autoamnistías.

Por demás, la Corte Constitucional ha reconocido la relevancia de las decisiones de la CIDH en materia de investigación y sanción de crímenes contra el Derecho Internacional Humanitario (DIH) y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH). Específicamente, la CIDH ha considerado como inadmisibles leyes de amnistía, cuando estas sean eximentes de responsabilidad “respecto de graves atentados contra los derechos fundamentales reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos.”⁶²

Así “esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.”⁶³

Como parte del deber de luchar contra la impunidad violar estas obligaciones constituye sin lugar a dudas una afrenta directa contra la Convención Americana:

Es por ello que los Estados Partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de autoamnistía, incurren en una violación de

⁶² Caso Barrios Altos vs. Perú. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 14 de marzo de 2001.

⁶³ *Ibíd.*



los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente.

Ha sido un criterio recurrente y consolidado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que toda disposición que tenga como propósito sustraer a los responsables de graves violaciones a derechos humanos de la acción penal, son contrarias al orden internacional. Así, desde el caso Barrios Altos la Corte consideró:

“que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”⁶⁴

Eliminación de antecedentes / Derecho a la verdad. La Corte Constitucional en Sentencia de Unificación SU- 458 de 2012 sobre el Habeas data y de manera especial sobre las bases de datos de antecedentes penales, definió como regla de decisión en la consideración No. 35, el impedimento para “que terceros sin un interés legítimo, previamente definido en la ley, conozcan que los peticionarios A, B, C, D, E, F, G, H, I, J, K, L y M fueron condenados alguna vez por la comisión de un delito.” De esta manera, la Corte Constitucional ofrece un remedio a la necesidad de administrar y guardar un registro de los antecedentes penales, el derecho al habeas data y “que terceros tengan acceso indiscriminado, inorgánico y no acorde con una finalidad clara y precisa establecida en la Constitución o la Ley”.

⁶⁴ Corte IDH. Caso Barrios Altos vs. Perú, Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párr. 41



Sin embargo, una cosa es la existencia de límites razonables para que terceros tengan acceso a la información sobre los antecedentes penales de determinadas personas, y otra la posibilidad que ofrece la norma para la eliminación de los antecedentes penales. Su eliminación es inconstitucional pues existen estándares internacionales que confieren al Estado la obligación de salvaguardar la verdad sobre las graves violaciones a los derechos humanos, que abarca conocer quiénes fueron los autores de los hechos de mayor gravedad. De igual manera, un escenario de justicia transicional implica la integralidad de sus componentes que permita ponderar los diferentes derechos y fines legítimos que están en juego. Así por ejemplo, si bien es legítimo en algunos casos renunciar a la acción penal, no lo sería la eliminación de los antecedentes penales, disciplinarios o fiscales, en tratándose de Agentes del Estado, pues justamente estos operan como garantía de no repetición de los hechos violatorios a los DIDH y al DIH, tanto para la víctima como para la sociedad en general.

Libertad transitoria en el Acuerdo Final. De todas formas, el beneficio de la libertad transitoria, condicionada y anticipada y las sanciones que se impongan para Agentes del Estado en el marco de la JEP, debe establecer en la respectiva acta de compromiso, condiciones adicionales. Entre otras:

- Que no pongan en riesgo a las víctimas ni el desarrollo de los procedimientos establecidos por el SIVJRNR
- Que, tratándose de agentes estatales, las sanciones contribuyan a la depuración del servicio público estableciendo restricciones para el ejercicio de funciones públicas.
- Las decisiones de los órganos del sistema deben establecer además como un límite razonable al derecho al trabajo, la prohibición de ejercer cargos relacionados con actividades de inteligencia, seguridad y vigilancia. Está prohibición será mayor para quienes hayan ocupado cargos de alto nivel.

Libertad provisional / Causales de Revocatoria. La libertad provisional como mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad encuentra su fundamento en el artículo 64 de la ley 599 de 2000, modificado por el artículo 30 de la Ley 1709 de 2014, que indica que “El juez, previa valoración de la conducta punible,



concederá la libertad condicional a la persona condenada a pena privativa de la libertad cuando haya cumplido con los siguientes requisitos:

1. Que la persona haya cumplido las tres quintas (3/5) partes de la pena.
2. Que su adecuado desempeño y comportamiento durante el tratamiento penitenciario en el centro de reclusión permita suponer fundadamente que no existe necesidad de continuar la ejecución de la pena.
3. Que demuestre arraigo familiar y social.

Corresponde al juez competente para conceder la libertad condicional establecer, con todos los elementos de prueba allegados a la actuación, la existencia o inexistencia del arraigo.

En todo caso su concesión estará supeditada a la reparación a la víctima o al aseguramiento del pago de la indemnización mediante garantía personal, real, bancaria o acuerdo de pago, salvo que se demuestre insolvencia del condenado.

El tiempo que falte para el cumplimiento de la pena se tendrá como periodo de prueba. Cuando este sea inferior a tres años, el juez podrá aumentarlo hasta en otro tanto igual, de considerarlo necesario.”

De otra parte y atendiendo a pasadas experiencias, se hace necesario analizar el artículo 5 de la Ley 1592 de 2012, mediante la cual se introdujeron modificaciones a la Ley 975 de 2005. La citada disposición incorpora a la Ley de Justicia y Paz luego de 7 años de su promulgación un artículo relativo a “Causales de terminación del Proceso de Justicia y Paz y exclusión de la lista de postulados” en el cual se establece lo siguiente:

“los desmovilizados de grupos armados y organizados al margen de la ley, que hayan sido postulados por el gobierno nacional para acceder a los beneficios previstos en la presente serán excluidos de la lista de postulados previa decisión motivada proferida en audiencia pública por la correspondiente Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Distrito Judicial, en cualquiera de los siguientes casos, sin perjuicio de las demás que determine la autoridad judicial competente:



1. Cuando el postulado sea renuente a comparecer al proceso o incumpla los compromisos propios de la presente Ley.
2. Cuando se verifique que el postulado ha incumplido alguno de los requisitos de elegibilidad establecidos en la presente Ley.
3. Cuando se verifique que el postulado no haya entregado, ofrecido o denunciado bienes adquiridos por él o por el grupo armado organizado al margen de la Ley, durante y con ocasión de su pertenencia al mismo, de forma directa o por interpuesta persona.
4. Cuando ninguno de los hechos confesados por el postulado haya sido cometido durante y con ocasión de su pertenencia a un grupo armado organizado al margen de la Ley.
5. Cuando el postulado haya sido condenado por delitos dolosos, cometidos con posterioridad a su desmovilización o habiendo sido postulado estando provado de la libertad, se compruebe que ha delinquido desde el centro de reclusión.
6. Cuando el postulado incumpla las condiciones impuestas en la audiencia de sustitución de medida de aseguramiento de que trata el artículo 18 a de la presente Ley.”

Como se observa, si bien el panorama indicado anteriormente no es el ideal, se establecen claras circunstancias en las cuales los beneficiarios de medidas sustitutivas incurrir en faltas que les acarreen la pérdida de éstos, sin desconocer la posibilidad de que haya factores como la renuencia a comparecer, la reincidencia, entre otros.

Libertad/Autoamnistías. Al respecto, es necesario evocar la sentencia proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos dentro del Caso de La Masacre de la Rochela vs Colombia, en donde claramente dicho Tribunal declaró al Estado responsable por la violación de los artículos 8.1. y 25 de la Convención en relación con el artículo 1.1. de la misma, ello debido al análisis realizado relativo al cumplimiento de la obligación de investigar los hechos que generaron las violaciones del presente caso a identificar, juzgar y, en su caso sancionar a los responsables.



En dicha providencia, la Corte estableció “que los procedimientos internos seguidos en el caso bajo examen no han constituido recursos efectivos para garantizar un verdadero acceso a la justicia por parte de las víctimas sobrevivientes y de los familiares declarados víctimas, dentro de un plazo razonable, que abarque el esclarecimiento de los hechos, la investigación y sanción de todos los responsables y la reparación de las violaciones.

(...) La Corte reitera que el Estado está obligado a combatir esta situación de impunidad por todos los medios disponibles, ya que ésta propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares, quienes tienen derecho a conocer la verdad de los hechos. El reconocimiento y el ejercicio del derecho a la verdad en una situación concreta constituyen un medio de reparación. Por tanto, en el presente caso, el derecho a la verdad da lugar a una expectativa de las víctimas, que el Estado debe satisfacer

(...) La concesión de beneficios legales para miembros de organizaciones armadas al margen de la ley (como se encuentra establecido en el Decreto 128 de 2003) que son señaladas de involucrar una compleja estructura de ejecución de graves violaciones a los derechos humanos pero que alegan no haber participado en tales violaciones, exige la mayor debida diligencia de las autoridades competentes para determinar si realmente el beneficiario participó en dicha compleja estructura de ejecución de tales violaciones.

Al respecto, la Corte recuerda su jurisprudencia constante sobre la inadmisibilidad de las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad, que pretendan impedir la investigación, y en su caso, la sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”

En ese sentido, es claro que existen parámetros que deben ser respetados dentro del tratamiento especial de libertad que se pretende materializar. Es de necesaria aclaración que en el caso citado anteriormente, se hacía evaluación sobre



beneficios concedidos a Paramilitares; ahora, dentro de la norma que se analiza (ley 1820 de 2006) se han establecido estas prerrogativas para agentes estatales “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” Así pues, debe tenerse en cuenta la posición de garante de la que gozan dichos agentes y debe ser éste un motivo para que los parámetros que se fijan sean un poco más estrictos a los existentes.

Conclusión:

En consecuencia, cada una de las medidas legislativas que otorguen beneficios punitivos debe tener la finalidad de desarrollar y garantizar la autenticidad de lo pactado de forma bilateral en el Acuerdo Final, y, especialmente, debe garantizar plenamente los derechos de las víctimas. Hacemos énfasis en la anterior regla jurídica puesto que evidenciamos como organización defensora de derechos humanos que, en el trámite del procedimiento legislativo con el aval del Gobierno Nacional, fueron aprobadas algunas proposiciones que desconocen el Acuerdo final y los derechos de las víctimas como las que aquí se estudian.

Contrario al sentido constitucional de la justicia restaurativa, algunos parlamentarios entendieron los beneficios punitivos como un fin en sí mismos y no como un medio para alcanzar un resultado restaurativo.

Así se ampliaron los beneficios, especialmente para agentes estatales, en contravía directa de los derechos de las víctimas a participar e intervenir en el proceso, a una reparación integral, entre otros, según se sustenta en la presente. Esto cuando, sobre todo con agentes estatales dada su posición de garantes, debería existir un mayor grado de escrutinio y juicio estricto de necesidad de dichas concesiones, supeditadas a la efectividad plena de los derechos de las víctimas.

El Art. 48 establece efectos adicionales de la renuncia a la persecución penal para agentes del Estado. Dentro de estos efectos, el Numeral 3, habla de la eliminación de antecedentes penales. Dicha medida contradice el núcleo esencial del derecho a la verdad de las víctimas y otorgar garantías de no repetición, así como la esencia del



Acuerdo Final mismo. Las víctimas tienen derecho a saber quiénes fueron los responsables de las conductas cometidas en el marco del conflicto armado y social colombiano, y la Ley 1820 de 2016 de ninguna manera puede ser una ley de olvido si su objetivo es contribuir a la construcción de una paz estable y duradera.

Sobre el numeral 4 que extingue toda responsabilidad o sanción disciplinaria, fiscal o administrativa derivada de la acción penal. A nuestro modo de ver, la naturaleza de estas instituciones jurídicas es diferente; aunque complementaria, es autónoma. En esa medida, la norma lo que está haciendo es subsumir todas las formas de responsabilidad fiscal, disciplinaria o administrativa a la responsabilidad penal, como si esta per se incluye las demás y su extinción de iure implicara la extinción de las otras. Por último, el numeral 5 elimina la responsabilidad del Estado de acudir ante el agente del daño a través de la acción de repetición o el llamamiento en garantía para exigirle que contribuya con su propio patrimonio a la reparación del daño por su conducta grave y dolosa. Dice sin perjuicio de la reparación integral, como si esta restricción injustificada no afectara el derecho a la reparación integral.

Sobre esto queremos reiterar que la reparación integral comprende el respeto a cada uno de los elementos esenciales que se han incorporado al entendimiento sobre qué implica dicha reparación, dentro de los cuales el derecho al acceso a la justicia se materializa en la posibilidad de acudir a la jurisdicción para reclamar la reparación a la que haya lugar, y así mismo para dar cuenta de los responsables de las conductas que vulneraron los derechos de las víctimas.

Proponemos la eliminación de la posibilidad de extinguir las otras formas de responsabilidad, además de la vulneración de la reparación integral y del acceso a la justicia, en tanto que, frente a la ineficacia de la acción de la Fiscalía General de la Nación, las investigaciones y sanciones disciplinarias y fiscales han contribuido al reconocimiento de la comisión de violaciones a derechos humanos. Así ha sido reconocido por la Corte IDH quien ha expresado la importancia de “las decisiones que pueda emitir la jurisdicción disciplinaria en cuanto al valor simbólico del mensaje de reproche que puede significar este tipo de sanciones respecto a funcionarios públicos y miembros de las fuerzas armadas”, al tiempo que ha resaltado su importancia “en orden a controlar la actuación de dichos funcionarios públicos, particularmente en



situaciones donde las violaciones de derechos humanos responden a patrones generalizados y sistemáticos”.

El requisito establecido en el numeral 4 del Art 51 sobre los compromisos que una vez entre a funcionar el SIVJRNR a contribuir a la verdad, a la no repetición, a la reparación inmaterial de las víctimas, así como atender los requerimientos de los órganos del sistema, debe ser inexequible en la medida en que se debe aludir a la reparación integral con todos sus componentes, conforme los principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones graves a los DH y el DIH, a interponer recursos y obtener reparaciones.

El art 51 establece los requisitos que deben cumplir los agentes del Estado para hacerse acreedores al beneficio de la libertad transitoria condicionada y anticipada. El numeral 2, señala que no se trate de delitos graves (los mencionados en el Art 46), salvo que el beneficiario haya estado privado de la libertad un tiempo igual a cinco (5) años, conforme lo establecido para la sanción alternativa en la JEP.

Tal y como lo establece el Acuerdo Final en relación con el listado de sanciones, se señala que estas se establecerán teniendo en cuenta:

1. El grado de verdad otorgado por la persona
2. La gravedad de la conducta sanción
3. El nivel de participación y responsabilidad, las circunstancias de mayor y menor punibilidad, y
4. Los compromisos en materia de reparación a las víctimas y garantías de no repetición

Considerando la calidad de garante del Estado y la sanción agravada que establece la Constitución Nacional y el Código Penal, cuando se trata de agentes del estado comprometidos en graves violaciones a los derechos humanos o crímenes de guerra, el beneficio de la libertad transitoria, condicionada y anticipada se podrá otorgar si se demuestra el cumplimiento mínimo de la privación efectiva de la libertad de 8 años, dado que es la sanción máxima establecida frente a infracciones muy graves en el No. 60 del Acuerdo Final para la terminación del conflicto armado.



Al tiempo, el artículo 51 le confiere el derecho a quienes sean beneficiarios de la Ley 1820/2016 de que el tiempo en el que estuvieron privados de la libertad se les cuente como tiempo de servicio el cual será efectivo para el conteo de la asignación de retiro. Bajo ninguna circunstancia debería considerarse el tiempo de privación de la libertad como de efectiva prestación del servicio público para efectos de asignación del retiro, dados los argumentos expuestos sobre la naturaleza del servicio público y la moralidad administrativa.

Ahora bien, el aparte señalado atinente a que “No habrá lugar a la revocatoria por circunstancias diferentes a las aquí señaladas” constituye una vulneración clara, en tanto el aparte subrayado permite inferir que únicamente el incumplimiento de los compromisos suscritos será causal de revocatoria de la medida de libertad provisional, dejando de lado la importancia de establecer como causales taxativas la reincidencia, la posibilidad de que el beneficiado constituya un grave peligro para la sociedad o para las víctimas, y que resulte probable que no comparecerá al proceso, lo que para el caso concreto constituiría la no comparecencia ante los llamados del Sistema integral de verdad, justicia, reparación y no Repetición.

Lo anterior en armonía con lo dispuesto en el artículo 308 del Código de Procedimiento Penal que establece los requisitos para la imposición de medida de aseguramiento, los cuales deben dar luces sobre cuáles son los escenarios bajo los que **no** se debe conceder la libertad provisional, la libertad transitoria condicionada y la libertad anticipada. Dicha norma se enmarca, en que debe decretarse la correspondiente medida de aseguramiento cuando se pueda inferir razonablemente que:

- (i) La medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.
- (ii) Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.
- (iii) Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.

Establece por su parte el artículo 52 que el agente que sea beneficiario de la libertad provisional debe comprometerse “una vez entre a funcionar el Sistema



integral de verdad, justicia, reparación y no repetición, a contribuir a la verdad, a la no repetición, a la reparación inmaterial de las víctimas, así como atender los requerimientos de los órganos del sistema” pues de no hacerlo se encontrará incurso en la única causal que se ha contemplado para la suspensión de los beneficios.

Como se observa, al ser una causal genérica no habla del carácter de la reparación que se debe garantizar a las víctimas, es decir, una vez más se deja de lado lo preceptuado de bulto en la normativa nacional e internacional relativo a la integralidad de la reparación, pues no es esta un mero requisito formal, argumentación que fue esgrimida con anterioridad; se dejan al azar cuáles serán los requerimientos que deben atender realizados por los diferentes órganos del sistema; y adicionalmente no establece cuál es el índice de cumplimiento de esos compromisos, poniendo en inminente riesgo el derecho a la justicia y a la verdad, en virtud de la no observancia de la obligación de investigación de los hechos que generaron las violaciones que se investigan, impidiendo que se identifiquen, juzguen y sancionen a los responsables.

Es preciso analizar que la libertad provisional como mecanismo necesario para la construcción de confianza dentro de la transición, no puede ser óbice para el normal curso de los procesos dentro de la Jurisdicción Especial para la paz, es decir, deben quedar claras cuáles serán las herramientas para que no se favorezca la obstrucción de la justicia por parte de los Agentes Estatales que se verán beneficiados con dicha prerrogativa. Deben evaluarse circunstancias especiales en las cuales existan motivos serios y fundados para inferir que el beneficiario podrá destruir, modificar, dirigir, ocultar o falsificar elementos de prueba; que constituirá un grave peligro para la sociedad o las víctimas; o que no acudirá a los llamados necesarios, para con base en ello tomar las decisiones correspondientes.



Agradeciendo la invitación a presentar concepto sobre la presente.

JOMARY ORTEGÓN OSORIO

Presidenta

Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo

SORAYA GUTIÉRREZ ARGUELLO

Vocera del Movimiento de Víctimas de Crímenes de Estado (MOVICE)

FRANKLIN CASTAÑEDA VILLACOB

Vocero de la Coordinación Colombia Europa Estados Unidos (CCEEU)