

# VICISITUDES DE LA LEY DE AMNISTÍA, INDULTO Y TRATAMIENTOS PENALES ESPECIALES

*Hernando Barreto Ardila\**

**Resumen:** En el marco de la justicia transicional posterior al conflicto deben equilibrarse las demandas de sanción y las exigencias de perdón, la legalidad y la consecución de la reconciliación, la justicia retributiva y la impunidad. No se trata de un dilema entre verdad y justicia, pues no hay duda de que la morigeración del *ius puniendi* en favor de los responsables solo tiene sentido si estos manifiestan voluntariamente, no solo su arrepentimiento, sino que suministren las informaciones y datos necesarios para que se sepa qué, cómo y por qué ocurrió y de qué manera se va a indemnizar pecuniaria o simbólicamente a los perjudicados.

**Palabras clave:** Justicia transicional; Ley de amnistía; Indulto; Postconflicto; Reparación y JEP.

---

\* Abogado de la Universidad Externado de Colombia, especialista y magíster en Derecho penal y criminología de la misma universidad. Especialista en derechos humanos de la Universidad Complutense de Madrid, Magistrado auxiliar de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, desde 1999. Profesor de Derecho penal de la Universidad Externado de Colombia, desde 1991. Bogotá, Colombia. El texto del presente artículo corresponde a la ponencia expuesta en las XXXIX Jornadas Internacionales de Derecho Penal. Correo-e: [hernandobarreto@gmail.com](mailto:hernandobarreto@gmail.com).

Fecha de recepción: 28 de junio de 2019. Fecha de aceptación: 9 de junio de 2020. Para citar el artículo: HERNANDO BARRETO ÁRDILA. “Vicisitudes de la ley de amnistía, indulto y tratamientos penales especiales”, *Revista Derecho Penal y Criminología*, Vol. 40, n.º 109, julio-diciembre de 2019, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 163-182. DOI: <https://doi.org/10.18601/01210483.v40n109.06>

## VICISSITUDES OF THE AMNESTY LAW, PARDON AND SPECIAL CRIMINAL TREATMENT

**Abstract:** Within the framework of post-conflict transitional justice, demands for sanctions and demands for forgiveness, legality and the achievement of reconciliation, retributive justice and impunity must be balanced. It is not a dilemma between truth and justice, since there is no doubt that the morbidity of the *ius puniendi* in favor of those responsible only makes sense if they voluntarily express, not only their repentance, but also provide the information and data necessary for it. Know what, how and why it happened and in what way you will be compensated pecuniary or symbolically to the injured.

**Keywords:** Transitional Justice; Amnesty Law; Pardon; Post-conflict, Reparation and JEP.

Sea lo primero agradecer al doctor Jaime Bernal Cuéllar la invitación a participar por quinta vez en estas jornadas, de tiempo atrás reconocidas como un singular suceso anual de invaluable aporte a la ciencia del Derecho penal. Confío en no defraudar las expectativas.

### 1. PROLEGÓMENOS<sup>1</sup>

La experiencia mundial contemporánea demuestra que siempre será preferible solucionar los conflictos de manera pacífica y consensuada. Hay conflictos armados culminados con la victoria militar, por ejemplo, la derrota del nazismo en Europa, pero en Cuba y Nicaragua los insurrectos triunfaron.

Según la Escuela de Cultura de Paz de Barcelona, más del 80% de los conflictos en los últimos 30 años ha culminado mediante un proceso de paz y menos del 20% con el triunfo militar.

La gran dificultad para conseguir soluciones consensuadas ha sido tildar a los contendientes de *terroristas*, sin inquirir por las causas de los conflictos y, por el contrario, postular en forma absoluta que con aquellos no puede haber diálogo y menos, acuerdo.

En el marco de la justicia transicional posterior al conflicto deben equilibrarse las demandas de sanción y las exigencias de perdón, la legalidad y la consecución de la reconciliación, la justicia retributiva y la impunidad. No se trata de un dilema entre verdad y justicia, pues no hay duda de que la morigeración del *ius puniendi* en favor de los responsables solo tiene sentido si estos manifiestan voluntariamente, no

---

1 Cfr. De Currea Lugo. Víctor. *Revista Diners*. Bogotá, junio de 2017.

solo su arrepentimiento, sino que suministren las informaciones y datos necesarios para que se sepa qué, cómo y por qué ocurrió y de qué manera se va a indemnizar pecuniaria o simbólicamente a los perjudicados.

No hay lugar en la justicia transicional a aplicar *in integrum* la justicia retributiva, pues esta supone el sometimiento efectivo de los criminales a la fuerza coercitiva del Estado, situación que no se presenta en nuestro medio.

No se aviene con los estándares internacionales involucrar en el caso colombiano *perdones amnésicos* como sin éxito ocurrió en el pasado, pero sí son precedentes los *perdones responsabilizantes*, en la medida en que hay una sanción inferior a la común para los infractores, se asegura la reparación de las víctimas y se procura esclarecer la verdad<sup>2</sup>.

La identificación de las causas de los conflictos permite crear mecanismos para removerlas, ya en el documento final o en la fase del posconflicto, pues de lo contrario, el retorno a la contienda es muy probable, como ocurrió con el rearme de *tamiles* en Sri Lanka.

Es claro que aquí o en cualquier lugar del mundo los involucrados en un conflicto no estarán de acuerdo con dejar las armas y sus proceder a cambio de internarse por varios años en una cárcel, pues lo que con seguridad pretenden es hallar caminos para participar políticamente en el marco de un debate democrático.

Después de la creación de la Corte Penal Internacional, todo proceso de paz debe sujetarse a los estándares internacionales del Tratado de Roma, así como al debido reconocimiento a las víctimas. Por ejemplo, en Ruanda y Sudáfrica cobraron especial valía los principios de verdad, justicia, reparación y no repetición.

Son de recibo las penas inferiores a las comunes o alternativas vinculadas con la confesión de la verdad, pues esta no puede ser objeto de negociación y, por el contrario, faltar a ella debe comportar la pérdida de beneficios y la imposición de sanciones severas (la gravedad de las penas debe ser inversamente proporcional a la rendición de cuentas: a más verdad, menos pena).

Los acuerdos son necesarios, pero no suficientes, pues debe cumplirse lo pactado para crear un ambiente de mutua confianza. Por ejemplo, un año antes de los cruentos sucesos de Ruanda en 1994, se suscribió el Acuerdo de Arusha entre los rebeldes tutsi y el gobierno hutu, pero a la vez, los enemigos organizaron grupos paramilitares,

---

2 Uprimny Yepes, Rodrigo. *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DeJusticia), 2006.

atacaron los acuerdos, usaron los medios de comunicación para promover el odio étnico y finalmente condujeron al pueblo al genocidio.

La paz no es la ausencia de guerra, se requiere de un contexto de desarrollo social, político y económico basado en el respeto de los derechos fundamentales.

Si bien la rendición de cuentas es el ideal a cumplir, esto rara vez es práctico o posible. Por esta razón, el éxito de la justicia transicional requiere de un compromiso creativo con la realidad política. Luego del conflicto, siempre deben buscarse estrategias para maximizar la rendición de cuentas y minimizar la impunidad.

Uno de los objetivos del movimiento por la justicia transicional y de los Principios de Chicago de 2007 es demostrar que la paz y la justicia son complementarias, ninguna puede arrasar con la otra, so pena de retornar al conflicto.

En el posconflicto surge una profunda necesidad humana de reconocer la verdad y reparar el sufrimiento por medio de la rendición de cuentas como proceso constructivo para el futuro, sin perjuicio de que la verdad judicial se complemente con otros medios no judiciales orientados a rehacerla, como puede ser el trabajo de historiadores y periodistas, investigaciones sociológicas de campo y las comisiones de la verdad, que pueden dentro de su informalidad brindar aportes invaluable en la reconstrucción del pasado.

La justicia transicional supone todo un *vademecun* de medidas judiciales y no judiciales dirigidas a garantizar la rendición de cuentas, hacer justicia, brindar vías de recurso a las víctimas, fomentar la cicatrización de las heridas y la reconciliación, establecer entidades independientes que supervisen los sistemas de seguridad, restablecer la confianza en las instituciones y promover el Estado de derecho.

La amnistía es más aceptable cuando se establece en beneficio de perpetradores de bajo rango, niños soldados, responsables de delitos menos graves y los que se ven obligados a cometer esas violaciones.

Según el artículo 3 del Acto legislativo 01 de 2017, se podrá “mediante ley estatutaria determinar criterios de selección que permitan centrar los esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables de todos los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio, o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática”. Ello denota que no todos los actores involucrados en el conflicto armado serán procesados, juzgados y condenados, aquí cobra especial valía el carácter simbólico del Derecho penal.

Es indeclinable sensibilizar a la sociedad para que pueda entender que la firma de un acuerdo de paz no comporta la solución a todos los problemas sociales, por ejemplo,

delincuencia común, tráfico de estupefacientes, corrupción, abuso sexual de menores, indigencia, analfabetismo, inmadurez política, etc.

## 2. EJEMPLOS DE SOLUCIONES NEGOCIADAS

Aunque hay quienes dicen que las comparaciones son odiosas, todo parece indicar que el cotejo corresponde a un importante elemento de juicio para saber dónde estamos ubicados. Revisemos unos datos de otras latitudes para ambientar el tema:

En *Sudáfrica*, luego de 4 años de negociación entre el Presidente Frederik de Klerk y el Congreso Nacional Africano liderado por Nelson Mandela, en 1994 se firmó un Acuerdo Nacional de Paz para poner fin a siglos de *apartheid*, se convocó a elecciones generales y Mandela fue el primer presidente no blanco.

En *Guatemala*, el 22 de diciembre de 1996, el gobierno y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca pusieron fin a un conflicto armado de 36 años que dejó un saldo de 250 mil víctimas, entre muertos y desaparecidos. Las partes crearon una Asamblea Permanente de la Sociedad Civil y una Comisión Internacional contra la Impunidad.

En *Nepal*, la guerrilla maoísta y la monarquía decidieron en noviembre de 2006 poner fin a un conflicto de 10 años, que dejó 13 mil muertos y 50 mil desplazados. Se realizaron elecciones supervisadas por la ONU y se convocó a una Asamblea Nacional Constituyente. En 2008, Nepal pasó de una monarquía hinduista a una república secular y democrática, y los maoístas llegaron al poder.

En *Indonesia*, el conflicto entre el gobierno y el Grupo Armado Independentista de Oposición se inició en 1976 y dejó 15 mil muertos. En agosto de 2006, firmaron un Memorando de Entendimiento para su culminación, acordaron el fin de las hostilidades, la retirada de las fuerzas militares y policiales y el desarme, amnistía y participación en política del grupo insurgente, así como la creación de una Comisión de la Verdad y la Reconciliación.

En *Salvador*, luego de 11 años de conflicto entre el gobierno y el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN), fue suscrito en 1991 un Acuerdo de Paz a partir de reformas constitucionales sobre la tenencia de la tierra, los sistemas judicial, militar y electoral, y los derechos humanos. Además, se creó la Comisión de la Verdad para investigar los hechos graves de violencia que dejaron más de 75 mil muertos. El 31 de diciembre de 1991, el Frente subversivo se convirtió en partido político.

En *Sudán del Sur*, el Ejército de Liberación del Pueblo se rebeló en 1983 contra las Fuerzas Armadas que se oponían a su independencia, conflicto que causó la muerte a más de un millón de personas. En enero de 2005, se acordó un Gobierno Autónomo

Sursudanes durante 6 años y en 2011, en un referendo, se votó mayoritariamente la opción independentista.

En *Irlanda del Norte*, después de 6 años de negociaciones y 30 de conflicto entre católicos y protestantes, que dejó más de 3.500 muertos, el 10 de abril de 1998 los rebeldes del Ejército Republicano Irlandés (IRA) y el gobierno británico firmaron el Acuerdo de Belfast, también conocido como el Tratado del Viernes Santo. 7 años después, en 2005, el IRA renunció a la lucha armada. Martin McGuinness, quien falleció el pasado 21 de marzo a los 66 años de edad, pasó de ser líder del IRA a convertirse en artífice del proceso de paz y luego se desempeñó como primer ministro adjunto, en un gobierno de coalición con el líder del Partido Unionista Ian Paisley, su principal enemigo político.

En *Angola*, el conflicto entre el Movimiento Popular de Liberación (MPLA) y los rebeldes de la Unión Nacional para la Independencia Total de Angola (Unita), que comenzó en 1975, culminó con el alto al fuego acordado en 2002, se conformó un gobierno de unidad nacional y en abril del mismo año, con el Memorando de Luena, la Unita se desmovilizó oficialmente, abandonó la lucha armada y se convirtió en partido político.

En *Bosnia*, en 1995, el serbio Slobodan Milosevic, el croata Franjo Tudjman y el bosnio Alija Izetbegovic firmaron ante Bill Clinton, Helmut Kohl, Jacques Chirac y John Major, el Acuerdo de Dayton que puso fin a 3 años del cruento conflicto que dejó más de 100 mil víctimas entre civiles y militares y 1,8 millones de desplazados.

*Pregunta:* ¿Cuántos cargos públicos fueron acordados para los desmovilizados en otros conflictos?<sup>3</sup>

En *Sierra Leona*: Vicepresidencia y 4 ministerios para los desmovilizados que firmaron la paz.

En *Nepal*: 83 escaños y 5 ministerios.

En *Angola*: 70 congresistas, 4 ministerios y 7 embajadas.

En *Sudán*: 126 curules en el Congreso para los insurgentes, 8 ministerios y la vicepresidencia.

En nuestro país se acordó conceder a las FARC-EP 10 curules, 5 en Senado y 5 en Cámara de Representantes, durante las legislaturas de 2018 y 2022.

---

3 *El Espectador*. 20 de septiembre de 2016.

*Pregunta:* ¿Cuántas personas han sido juzgadas al finalizar otros conflictos?

En la Segunda Guerra Mundial murieron más de 62 millones de personas, entre combatientes y civiles, entre ellos, 6 millones de judíos. Intervinieron aproximadamente 10 millones de militares alemanes. En el *Tribunal de Nuremberg* la Fiscalía solamente acusó a 24 líderes nazis, se condenó a muerte a 13, a cadena perpetua a 3, prisión de 20 años para 2, 15 años para uno y 12 años para 2, y 3 fueron absueltos.

En el genocidio cometido en Ruanda de abril a septiembre de 1994 murió cerca del 75% de tutsis, esto es, 800.000 personas, de 7 millones que componían la población total. El *Tribunal de Ruanda*, que culminó el 31 de diciembre de 2015, condenó a 61 individuos, 14 fueron absueltos, 10 remitidos a juzgados ruandeses; 3 fallecieron antes o durante el proceso y hubo 3 fugitivos.

El *Tribunal para la Exyugoslavia*, que se ocupa del genocidio en Bosnia, ha procesado a 161 personas. Condenó a 81, en 17 casos el investigado falleció antes de terminar el juicio, absolvió a 16, fueron retiradas 16 acusaciones. 13 asuntos están en juicio y 15 fueron transferidos a tribunales nacionales.

En el conflicto de Sierra Leona fallecieron cerca de 100.000 personas. 2 millones y medio fueron desplazadas. Su *Tribunal Especial* condenó a 9 personas a penas de prisión entre 15 y 52 años.

A marzo de 2017, la *Corte Penal Internacional*, que comenzó a funcionar en 2002, había proferido 4 sentencias, 3 condenatorias y una absolutoria. La primera del 10 de julio de 2012 contra Thomas Lubanga, líder de la Fuerza Patriótica para la Liberación del Congo por enrolamiento y utilización de niños en el conflicto armado, condenándolo a 14 años de prisión, decisión confirmada el 1 de diciembre de 2014.

La segunda, el 18 de diciembre de 2012, mediante la cual absolvió por duda razonable a Mathieu Ngudjolo, exlíder rebelde congoleño, acusado de haber ordenado la muerte de al menos 200 civiles indefensos, además de reclutamiento forzado, y los delitos de lesa humanidad de esclavitud y violación sexual.

El 7 de marzo de 2014, la CPI condenó a Germain Katanga, de la República del Congo, excomandante de la Fuerza de Resistencia Patriótica, a 12 años de prisión, por los delitos de asesinato, ataques a la población civil, destrucción de propiedades y saqueo.

El 21 de marzo de 2016, condenó a Jean-Pierre Bemba, exvicepresidente de la República Democrática del Congo por responsabilidad de mando, al haber permitido que más de 1.000 combatientes de sus filas, el Movimiento de Liberación del Congo, mataran, violaran y saquearan durante cinco meses en la vecina República Centroafricana entre 2002 y 2003. La condena se encuentra impugnada.

Traigo a colación los datos anteriores en procura de dotar de realidad nuestro panorama, a fin de no esperar más de lo posible, pero, desde luego, tampoco menos. Ahora sí, comencemos en forma.

*Pregunta:* ¿Qué mecanismos fueron dispuestos en la Ley 1820 de 2016 a favor de miembros de las FARC-EP?

*Respuesta:* Principalmente, el otorgamiento de amnistías, que extinguen la acción penal, las sanciones principales y accesorias, la acción civil y la condena indemnizatoria. Pueden ser de *iure* (rebelión, sedición, asonada, conspiración, seducción, usurpación y retención ilegal de mando y conexos que ejemplificativamente se relacionan en su artículo 16), o a través de la Sala de Amnistía de la JEP, para quienes sean o hayan sido procesados, investigados o condenados por pertenecer a las FARC-EP, que estén en listados entregados por ese grupo o que en decisiones judiciales se deduzca su pertenencia, por hechos cometidos antes de la firma del Acuerdo final. Se adopta mediante acto administrativo del Presidente de la República, preclusión dictada por juez de conocimiento, decisión del juez de ejecución de penas o providencia de la Sala de Amnistía de la JEP.

*Pregunta:* ¿Cuál es la estructura punitiva de la Ley 1820 de 2016?<sup>4</sup>

*Respuesta:* Si antes de dictarse sentencia se reconoce la verdad y la responsabilidad por conductas graves se retribuirá con una *sanción propia* de restricción efectiva de la libertad de 5 a 8 años, esto es, mecanismos idóneos de monitoreo y supervisión de los sancionados que en ningún caso se entenderán como cárcel o prisión, pero serán compatibles con el cumplimiento de otras tareas u obligaciones derivadas del Acuerdo Final de Paz.

Si el reconocimiento de la verdad es completo exhaustivo y detallado luego de la acusación, se aplicará una *pena alternativa* de 5 a 8 años de prisión y el destinatario se comprometerá a contribuir con su resocialización a través del trabajo, capacitación o estudio, además de promover actividades orientadas a la no repetición.

Para quienes no reconozcan verdad y responsabilidad en el proceso y resulten declarados culpables se impondrán las *sanciones ordinarias*, que no serán inferiores a 15 años de prisión ni superiores a 20 en caso de graves infracciones o violaciones.

*Pregunta:* ¿Es factible que la CPI considere que la Ley 1820 de 2016 no cumple con los estándares internacionales para la solución de conflictos?

---

4 Numeral 60 del Acuerdo Final de Paz.

*Respuesta:* No. La función retributiva de la pena aparece en el preámbulo del Estatuto de Roma al señalar que “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo” y más adelante dispone que se debe “poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes”.

También allí figura la función de prevención general negativa, al indicar que se deben “adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar” que los crímenes de competencia de la Corte “sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia” y que con la sanción de los responsables se contribuye a la “prevención de nuevos crímenes”.

La función de prevención general positiva se desentraña del preámbulo al expresar que se reconoce “que esos graves crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad”.

Finalmente, la función de prevención especial de la pena se ubica en el artículo 110 del Estatuto, el cual se ocupa del examen que debe efectuar la Corte en punto de reducir la sanción impuesta al infractor, en cuanto comporta valorar su cooperación con las investigaciones y enjuiciamientos, así como que haya facilitado la ejecución de las decisiones adoptadas.

La función retributiva de la pena se cumple en las sanciones regladas en la Ley 1820 de 2016, pues no hay lugar a la impunidad de los delitos cometidos.

Se cumple la función de prevención general negativa de la pena, pues, de una parte, la imposición de tales sanciones envía un mensaje a la sociedad en el sentido de que se ha condenado efectivamente a quienes han delinquirido y, de otra, que un tal beneficio solo tiene lugar en el marco de la justicia transicional y, por tanto, no tiene vocación de permanencia, en cuanto comporta una solución coyuntural, dado que si en el futuro se cometen comportamientos similares operarán los mecanismos sancionatorios comunes.

Satisface la función de prevención general positiva, pues la pena producto de la referida justicia transicional denota que es menester mediante el ponderado equilibrio entre sancionar a los responsables (justicia), pero aminorando las penas que ordinariamente les correspondería (paz), todo lo cual se hace por y para conseguir la reconciliación y la convivencia tolerante que beneficia a todos.

Cumple la función de prevención especial negativa, en la medida en que los infractores quedan advertidos de que los beneficios de tales penas propias, alternativas y ordinarias solo son producto del momento histórico de transición, pero que de incurrir en nuevos comportamientos delictivos como los juzgados, se someterán a las reglas punitivas corrientes.

Aquellas penas podrán cumplir con la función de prevención especial positiva, solo si se consigue efectuar un verdadero proceso de reinserción social de los condenados a través de una adecuada y ardua gestión estatal posconflicto y posfallo de responsabilidad, para que una vez cumplida la pena se les tenga, en verdad, como reinsertados a la sociedad.

En virtud de la competencia complementaria, la Corte Penal Internacional debe reconocer como válidas las decisiones adoptadas en el marco de la Ley 1820 de 2016, en cuanto se trata de medidas proferidas al amparo de la justicia transicional y de la justicia restaurativa, pero sin abandonar la función retributiva de la pena, esto es, sin que opere el perdón y olvido que conduce a la impunidad de los crímenes establecidos en el Estatuto de Roma.

En efecto, imponer penas propias, alternativas y ordinarias más cortas, definidas en el marco de la JEP, en procura de culminar un conflicto armado de más de 50 años no solo es válido sino legítimo y, en tal medida, debe ser respetado por la Corte Penal Internacional, en cuanto no comporta impunidad, por vía de que “la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de competencia de la Corte” (artículo 17-2-a. del Estatuto de Roma), sino racionalización del derecho penal como instrumento de control social formal que no se justifica por sí mismo, sino en la medida que cumpla unos cometidos, en este caso, frente a una situación coyuntural de poner fin a una contienda.

*Pregunta:* ¿Los miembros de las FARC-EP desmovilizados antes del Acuerdo Final pueden ser destinatarios de la Ley 1820 de 2016?<sup>5</sup>

*Respuesta:* En la Circular 002 del 10 de marzo de 2017, la Fiscalía General señaló a sus fiscales que “no es posible que los desmovilizados, postulados o no a la Ley 975 de 2005, antes de la suscripción del Acuerdo de Paz, resulten acogidos por las disposiciones de la Ley 1820 de 2016”.

A su vez, Tribunales como el de Bogotá, decidieron en su Sala de Justicia y Paz que quienes se acogieron a los beneficios de la Ley 975 de 2005 no hacían parte de las FARC-EP para cuando se suscribió el Acuerdo Final y no pueden ser destinatarios de la Ley 1820 de 2016 y sus desarrollos normativos<sup>6</sup>.

Al respecto, se tiene que si de conformidad con el artículo 3 de la Ley 1820 de 2016 esta se aplica a “todos quienes, habiendo participado de manera directa o indirecta en el conflicto armado, hayan sido condenados, procesados o señalados de cometer

---

5 Sala de Casación Penal. Auto del 19 de abril de 2017. Rad. 49979.

6 Autos del 2, 6 y 10 de marzo de 2017, Rad. 2014-00110, 2014-00111 y 2017-0056, respectivamente.

conductas punibles por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado cometidas con anterioridad a la entrada en vigor del acuerdo final”, es claro que son destinatarios de la libertad condicionada tanto los integrantes de las FARC-EP incluidos en los listados elaborados por los representantes de ese grupo subversivo para acceder a la amnistía e indulto, como quienes han sido condenados, procesados o investigados por su pertenencia o colaboración con esa organización, sin importar que su desmovilización haya sido anterior a la firma del Acuerdo Final, pues ni la ley ni tal pacto los excluye.

Además, el artículo 5° del Acto Legislativo 001 de 2017 establece que “La JEP también ejercerá su competencia respecto de las personas que en providencias judiciales hayan sido condenadas, procesadas o investigadas por la pertenencia a las FARC-EP, dictadas antes del 1° de diciembre de 2016, aunque no estuvieren en el listado de dicho grupo”.

Por su parte, el artículo 38 de la Ley 1820 de 2016 señala que “todo lo previsto en esta ley será de aplicación para las personas, conductas, delitos y situaciones en ella previstas, cualquiera que sea la jurisdicción ante la cual hayan sido condenados, estén siendo investigados o procesados”, mandato que incluye la jurisdicción de justicia y paz reglada en la Ley 975 de 2005.

Desde luego, los postulados de las FARC-EP que se desmovilizaron deben definir si permanecen en el trámite de la Ley 975 de 2005 o solicitan su inclusión en la Ley de Amnistía, pues aunque los dos sistemas tienen como finalidad terminar con el conflicto armado interno y lograr la reconciliación y la paz nacional, cada uno tiene sus autoridades, procedimientos, sanciones y mecanismos de implementación que no permiten un sistema híbrido.

Solo pueden acceder a la Ley 1820 de 2016 los postulados a la Ley 975 de 2005 vinculados con las FARC-EP, único grupo armado en rebelión que firmó el Acuerdo de Paz con el gobierno.

Entonces, la Fiscalía y el Tribunal de Bogotá deben modificar su posición.

*Pregunta:* ¿Qué decisión adoptar respecto de solicitudes de captura y guerrilleros de las FARC capturados con fines de extradición antes del Acuerdo Final?<sup>7</sup>

*Respuesta:* El numeral 72 del Acuerdo, texto similar al contenido en el artículo transitorio 19 del Acto Legislativo 01 de 2017, introdujo al ordenamiento jurídico la prohibición de conceder la extradición y adoptar “medidas de aseguramiento” con ese fin, respecto de los integrantes de las FARC-EP que cometieron conductas

---

7 Sala de Casación Penal. Auto del 31 de mayo de 2017. Rad. 50220.

delictivas durante el conflicto armado interno o con ocasión de este, con anterioridad a la firma del Acuerdo Final de Paz.

Entonces, la orden de captura o privación de libertad con fines de extradición en tales casos resulta contraria a la Carta Política por *inconstitucionalidad sobreviniente*, la cual tiene lugar cuando una nueva Constitución o la reforma de su texto, determina que una norma legal anteriormente exequible, ahora resulte inconstitucional por no ser compatible con el contenido del nuevo texto superior y por ello, si se advierte que se conculcan derechos y garantías constitucionales, se impone su inmediato restablecimiento, es decir, corresponde al Fiscal General de la Nación, en tales casos, abstenerse de librar orden de captura, cancelar la que haya expedido o disponer la libertad del miembro de las FARC-EP.

*Pregunta:* ¿Quiénes son beneficiarios de la libertad condicionada?

*Respuesta:* No es una medida definitiva sino transitoria, hasta que empiece a funcionar la JEP. Procede para integrantes de las FARC-EP que aparezcan en los listados entregados por dicho grupo, también para procesados o condenados por delitos políticos o conexos vinculados con su pertenencia o colaboración con las FARC-EP, que estén efectivamente privados de la libertad por tales conductas, cometidas antes del Acuerdo Final y que, si no procede la amnistía de *iure*, hayan estado reclusos por lo menos 5 años y suscriban la correspondiente acta de compromiso.

Si el tiempo de reclusión es inferior a 5 años, serán trasladados a las Zonas Veredales Transitorias hasta que entre en funcionamiento la JEP.

A Herminul Arellán Barajas, integrante de las Farc condenado como coautor del atentado al Club El Nogal, que el 7 de febrero de 2003 dejó 36 muertos, le fue concedida la libertad condicionada por haber estado en prisión más de 5 años. Si hubiera pasado menos tiempo habría sido trasladado a las zonas veredales.

*Pregunta:* ¿Qué mecanismos fueron establecidos en la Ley 1820 de 2016 en favor de los agentes del Estado?<sup>8</sup>

*Respuesta:* Varios mecanismos, algunos, de aplicación exclusiva de los miembros de la Fuerza Pública, como la suspensión de la ejecución de las órdenes de captura (Decreto 706/17); otros que cobijan a todos los agentes del Estado, como la libertad transitoria, condicionada y anticipada (art. 51 Ley 1820 de 2016); la libertad definitiva e incondicional (art. 55 *ídem*); la renuncia a la persecución penal (art. 46 *ídem*), y otros que cubren a todos los destinatarios de la JEP, como la revisión de sentencias

---

8 Sala de Casación Penal. Auto del 28 de junio de 2017. Rad. 49895.

y providencias (art. 10º transitorio del Acto Legislativo 01 de 201), y la sustitución de la sanción penal (art. 11 *ídem*).

La ley asignó transitoriamente a la justicia ordinaria la resolución de las peticiones de suspensión de las órdenes de captura (art. 6 del Decreto 706 de 2017) y de libertad transitoria, condicionada y anticipada (art. 53 Ley 1820 de 2016), mientras que en cabeza de la JEP dejó la resolución de las peticiones de libertad definitiva e incondicional (art. 55 *ídem*) y la renuncia a la persecución penal (art. 47 *ídem*).

La revisión de sentencias y providencias y la sustitución de la sanción penal previstas en el Acto Legislativo 01 de 2017, aunque a la fecha no han sido objeto de reglamentación, los artículos 10 y 11 señalan que estarán a cargo de la Sección de Revisión de la JEP y de la Sala de Revisión del Tribunal de Paz, a solicitud de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, respectivamente, con excepción de las condenas emitidas por la Corte Suprema de Justicia, de competencia exclusiva de esa Corporación, salvo que se trate de sentencias contra combatientes (inciso 3 del art. 10 transitorio del Acto Legislativo 01 de 2017).

*Pregunta:* ¿En qué consiste la renuncia a la persecución penal?<sup>9</sup>

*Respuesta:* Es un mecanismo de tratamiento especial diferenciado para agentes del Estado que comporta la resolución definitiva de la situación jurídica del procesado o condenado, puesto que extingue la acción, la responsabilidad y la sanción penal, diseñado para ser aplicado por la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la JEP, tal como lo establecen los artículos 44 y 47 de la Ley 1820 de 2016, de manera que el juez de la justicia ordinaria no tiene competencia para estudiarlo, cuya utilización efectiva será posible a partir de la entrada en funcionamiento de la JEP<sup>10</sup>.

Igual ocurre con la sustitución de las penas impuestas por la jurisdicción ordinaria, pues corresponde a la Sala de Revisión del Tribunal para la Paz, a solicitud de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, siempre y cuando el condenado reconozca verdad completa, detallada y exhaustiva, y cumpla las demás condiciones del sistema respecto de la satisfacción de los derechos de las víctimas a la reparación y a la no repetición, aspectos cuyo cumplimiento se acreditará ante el Tribunal para la Paz<sup>11</sup> (artículo transitorio 11 del Acto Legislativo 01 de 2017).

*Pregunta:* Las conductas cometidas por paramilitares ¿pueden ser tenidas como delitos políticos para beneficiarse de la Ley 1820 de 2006?<sup>12</sup>

---

9 Sala de Casación Penal. Auto del 28 de junio de 2017. Rad. 49875.

10 Sala de Casación Penal. Auto del 28 de junio de 2017. Rad. 49895.

11 Sala de Casación Penal. Auto del 28 de junio de 2017. Rad. 49895.

12 Sala de Casación Penal. Sentencia del 16 de diciembre de 2015. Rad. 45143.

*Respuesta:* No. Como no fueron ejecutadas con el propósito de atentar contra el régimen constitucional y legal vigente, con apoyo de importantes sectores institucionales y procurando obtener beneficios particulares, pretender que una norma identifique como delito político conductas claramente señaladas como delitos comunes resulta contrario a la Constitución vigente y desconoce la jurisprudencia patria e internacional.

Quienes hayan estado vinculados a los grupos paramilitares, cualquiera sea el grado de participación en la organización y en los delitos cometidos por cuenta de la misma, no pueden ser beneficiarios de amnistía, indulto, su extradición está permitida y, por regla general, no podrán acceder al servicio público por la inhabilidad derivada del antecedente penal.

Que la conducta punible haya sido cometida por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado interno, no la convierte automáticamente en delito político, presupuesto este sin el cual no se concibe la amnistía de *iure*.

*Pregunta:* ¿Cuál es la condición de la libertad condicionada (FARC-EP) y de la libertad transitoria, condicionada y anticipada (agentes del Estado)?

*Respuesta:* Consiste en que una vez se implemente la JEP el beneficiario debe contribuir con los requerimientos del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición. El deber de aportar verdad no implica la obligación de aceptar responsabilidades, pero si una vez entre a funcionar el sistema, el llamado no concurre, expresa que no tiene nada que contar o pese a disponer de los elementos para ello, no relata de manera exhaustiva y detallada las conductas cometidas y las circunstancias de su comisión, así como las informaciones necesarias y suficientes para atribuir responsabilidades, para así garantizar la satisfacción de los derechos de las víctimas a la reparación y a la no repetición o pretende un nuevo debate de su caso, deberá revocarse la libertad por incumplimiento de la condición (art. 35 inciso final y parágrafo 2 art. 52 y 52-4 Ley 1820 de 2016).

*Pregunta:* ¿En qué consiste la libertad transitoria, condicionada y anticipada?<sup>13</sup>

*Respuesta:* Es un beneficio temporal del Sistema Integral de Verdad Justicia, Reparación y No Repetición, propio de la JEP (artículo 51 de la Ley 1820 de 2016), previsto para ser solicitado en cualquier tiempo mientras subsista la privación efectiva de la libertad de agentes del Estado procesados o condenados, señalados de cometer conductas punibles por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado interno antes de la firma del Acuerdo Final (24 de noviembre de 2016).

---

13 Sala de Casación Penal. Auto del 21 de junio de 2017. Rad. 49470.

Es preciso que la privación de la libertad se haya dispuesto por delitos distintos a los de lesa humanidad, genocidio, graves crímenes de guerra, toma de rehenes u otras privaciones graves de la libertad, tortura, ejecuciones extrajudiciales, desaparición forzada, acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, sustracción de menores, desplazamiento forzado y reclutamiento de menores, todo lo anterior en los términos del Estatuto de Roma, o que habiéndose decretado la privación de la libertad por alguna de las conductas punibles antes señaladas, el solicitante haya estado detenido efectivamente por un tiempo igual o superior a 5 años (parágrafo del artículo 23 de la Ley 1820 de 2016) y suscriba acta de compromiso en la que manifieste libre y voluntariamente, ante el Secretario Ejecutivo, la intención de acogerse a la JEP y de que una vez entre a funcionar contribuirá con la verdad, la no repetición, la reparación inmaterial de las víctimas y atenderá los requerimientos de los órganos del sistema.

*Pregunta:* ¿Quién es el competente para resolver sobre la libertad transitoria, condicionada y anticipada?<sup>14</sup>.

*Respuesta:* Con fundamento en el artículo 53 de la Ley 1820 de 2016 se concluye que mientras entra en funcionamiento la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la JEP, la competencia radica en el funcionario judicial que esté conociendo de la “causa penal”, en el entendido que ello “depende de la fase en que se encuentre el proceso al momento de recibirse la comunicación del Secretario Ejecutivo, de manera que si está surtiéndose la etapa de juzgamiento le corresponderá al juez de primera instancia, si en trámite de apelación al de segundo grado y si en sede de casación a la Corte Suprema de Justicia. Si la sentencia ha cobrado ejecutoria, su conocimiento será de los jueces de ejecución de penas”<sup>15</sup>.

En las actuaciones tramitadas bajo la Ley 906 de 2004, la competencia en la etapa de la investigación será del juez de control de garantías hasta la presentación del escrito de acusación, oportunidad a partir de la cual será del juez de conocimiento.

*Pregunta:* ¿Qué trámite se debe impartir a la solicitud de libertad transitoria, condicionada y anticipada?<sup>16</sup>.

*Respuesta:* Una vez el Ministerio de Defensa Nacional consolide los listados de los miembros de la Fuerza Pública que *prima facie* cumplan con los requisitos para la aplicación de dicha libertad, a los que se refiere el artículo 53 de la Ley 1820 de 2016, se remiten al Secretario Ejecutivo, quien los verificará pudiéndolos modificar, constatando que hayan suscrito el acta de sometimiento a dicha jurisdicción, en

---

14 Sala de Casación Penal. Auto del 21 de junio de 2017. Rad. 49470.

15 Sala de Casación Penal. Auto del 10 de mayo de 2017. Rad. 49253.

16 Sala de Casación Penal. Auto del 21 de junio de 2017. Rad. 49470.

la cual también se comprometan a que una vez entre en funcionamiento el Sistema Integral contribuirán a la verdad, a la no repetición, a la reparación inmaterial de las víctimas y atenderán los requerimientos de los órganos del sistema.

Con tales documentos, el Secretario Ejecutivo enviará comunicación al funcionario que esté conociendo del proceso, quien por escrito y de inmediato, a través de decisión motivada, resolverá si otorga la libertad transitoria condicionada y anticipada, la cual se notificará bajo las reglas de la Ley 600 de 2000 por tratarse de un trámite escrito, determinación contra la cual proceden los recursos ordinarios.

*Pregunta:* ¿Debe prevalecer la suspensión de órdenes de captura sobre la revocatoria o sustitución de medidas de aseguramiento para miembros de la Fuerza Pública prófugos?<sup>17</sup>.

*Respuesta:* Sí. En el considerando 9 del Decreto 706 de 2017 se indica que así como los integrantes de las FARC-EP, a pesar de que aún no han hecho tránsito a la legalidad gozan de la libertad, por igual, los agentes del Estado que son objeto de investigación no pueden ser privados de ese derecho, pues ello envolvería un trato asimétrico contrario a los postulados del Sistema, fruto del Acuerdo Final.

En consecuencia, el efecto práctico pretendido, esto es, que los miembros de la Fuerza Pública prófugos no sean privados de la libertad hasta tanto sus casos sean asumidos por la JEP y se resuelvan con carácter definitivo, no se consigue con la revocatoria o sustitución de la medida de aseguramiento de detención preventiva, sino mediante la suspensión de la ejecución de la orden de captura, pues esta se libra con el propósito de hacer efectiva la primera.

*Pregunta:* ¿En qué consiste la suspensión de la ejecución de las órdenes de captura dictadas contra miembros de la Fuerza Pública prófugos?<sup>18</sup>.

*Respuesta:* Se trata de un beneficio de carácter temporal previsto en desarrollo del Sistema Integral de Verdad Justicia, Reparación y No Repetición, el cual se aplica dentro de la JEP en cualquier estado de la actuación (investigación, juzgamiento o ejecución de la sentencia) sin que importen las razones que sustenten las órdenes de aprehensión (vinculación al proceso, cumplimiento de la medida de aseguramiento o ejecución del fallo<sup>19</sup>), para facilitar el sometimiento de los miembros de la Fuerza Pública que han decidido acogerse a dicha jurisdicción, siempre y cuando estén en libertad pero señalados de cometer conductas punibles por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado interno y tengan órdenes de captura vigentes en su contra.

---

17 Sala de Casación Penal. Auto del 21 de junio de 2017. Rad. 49470.

18 Sala de Casación Penal. Auto del 21 de junio de 2017. Rad. 49470.

19 En los artículos 2 y 3 del Decreto 706 de 2017 se hace referencia a los condenados.

En los procesos tramitados con fundamento en la Ley 600 de 2000, la solicitud deberá presentarse a la Fiscalía que esté conociendo del asunto, antes de que cobre ejecutoria la resolución acusatoria; al juzgador de primera o segunda instancia que conozca de la etapa de la causa, a la Corte Suprema de Justicia si se está surtiendo recurso de casación, o al juez de ejecución de penas si ya hay fallo de condena en firme (art. 400 y 469 Ley 600 de 2000).

En las actuaciones tramitadas bajo la Ley 906 de 2004, la única diferencia radica en que durante la etapa de investigación y hasta antes de la presentación del escrito de acusación, los miembros de la Fuerza Pública deberán pedir al fiscal del caso que solicite ante el juez de control de garantías la suspensión de la ejecución de las órdenes de captura (art. 6 Decreto 706 de 2017), en cuanto la Fiscalía ha sido la que previamente las ha solicitado, bien para vincular al indiciado o para hacer efectiva la medida de aseguramiento de detención preventiva cuya imposición ha promovido. En los demás casos, la petición debe formularse a los jueces de conocimiento y de ejecución de penas, pues fueron ellos quienes libraron la correspondiente orden de captura.

Como los peticionarios se encuentran en la clandestinidad, la solicitud debe ser aceptada por la autoridad judicial competente como manifestación suficiente de sometimiento a la JEP para resolver de fondo. La decisión se adoptará sin dilaciones injustificadas, motivadamente y por escrito, se notificará conforme a las reglas de la Ley 600 de 2000 y será susceptible de los recursos ordinarios. Si se accediere a la petición, el beneficiado deberá ratificar dicho compromiso suscribiendo, dentro del plazo razonable que fije la autoridad judicial, el acta respectiva. Si no la suscribe, se perderá la eficacia de la decisión proferida y se reactivará la orden de captura que fue suspendida.

*Pregunta:* ¿Cómo opera la revocatoria o sustitución de la medida de aseguramiento de detención preventiva impuesta contra miembros de la Fuerza Pública prófugos?<sup>20</sup>.

*Respuesta:* Como el objetivo es que los miembros de la Fuerza Pública que estén en libertad, aunque fugitivos, puedan continuar libres transitoriamente hasta tanto la JEP examine sus casos y adopte la decisión que corresponda, como ya se advirtió, tal objetivo no se consigue con la revocatoria o sustitución de la medida de aseguramiento de detención preventiva, sino con la suspensión de las órdenes de captura, lo que en la práctica torna inoperante el artículo 7 del Decreto 706 de 2017, frente a la mayor efectividad que para dicho propósito comporta el artículo 6 del mismo ordenamiento.

*Pregunta:* Los *falsos positivos* tienen nexos con el conflicto armado?<sup>21</sup>.

---

20 Sala de Casación Penal. Auto del 21 de junio de 2017. Rad. 49470.

21 Sala de Casación Penal. Auto del 24 de julio de 2017. Rad. 43546.

*Respuesta:* No se puede establecer una regla general, debe resolverse caso a caso. Por ejemplo, si varios militares causaron la muerte a un desmovilizado que pertenecía a una organización armada al margen de la ley, reportando falsamente que disparó un arma de fuego contra la tropa y fueron acusados por el delito de homicidio en persona protegida, se tiene lo siguiente:

El artículo transitorio 23 del Acto Legislativo 01 de 2017, establece que la JEP es competente para conocer de los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública, que además de guardar vínculo con la contienda bélica, se hayan realizado sin “ánimo de obtener enriquecimiento personal ilícito, o en caso de que existiera, sin ser este la causa determinante de la conducta delictiva”.

En el caso propuesto se encuentra que si de conformidad con el artículo 135 del Código Penal, que corresponde al bien jurídico de las personas y bienes protegidos por el DIH, el delito de homicidio en persona protegida debe ser cometido “con ocasión y en desarrollo del conflicto armado”, es innegable su conexidad, máxime cuando no se advierte lucro personal para los ejecutores<sup>22</sup>.

Ahora, no debe olvidarse que según el artículo 46 del Acuerdo Final, se prohíbe de manera expresa la renuncia a la persecución penal cuando se trate, entre otros delitos, de “graves crímenes de guerra, las ejecuciones extrajudiciales y la desaparición forzada”.

No hay duda de que somos testigos de excepción respecto de un suceso con la mayor importancia histórica patria y mundial, muchas soluciones excederán en la realidad lo pensado, lo previsible y hasta lo soportable por muchos, pero la verdad es que estamos en un proceso para concluir un asunto —ni siquiera el más importante— de muchos otros, como la corrupción, que aquejan a Colombia.

En nuestras manos está que avancemos y aceleremos su culminación o que, por el contrario, lo prolonguemos y hagamos interminable su agonía, en perjuicio de todos.

## REFERENCIAS

De Currea Lugo, Víctor. *Revista Diners*. Bogotá, junio de 2017.

Uprimny Yepes, Rodrigo. *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DeJusticia), 2006.

*El Espectador*. 20 de septiembre de 2016.

---

22 Cfr. Sala de Casación Penal. Autos del 24 de julio de 2017. Radicados 43546 y 50301.

## **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

Sala de Casación Penal. Auto del 19 de abril de 2017. Rad. 49979.

Autos del 2, 6 y 10 de marzo de 2017, Rad. 2014-00110, 2014-00111 y 2017-0056, respectivamente.

Sala de Casación Penal. Auto del 31 de mayo de 2017. Rad. 50220.

Sala de Casación Penal. Auto del 28 de junio de 2017. Rad. 49875.

Sala de Casación Penal. Auto del 28 de junio de 2017. Rad. 49895.

Sala de Casación Penal. Sentencia del 16 de diciembre de 2015. Rad. 45143.

Sala de Casación Penal. Auto del 21 de junio de 2017. Rad. 49470.

Sala de Casación Penal. Auto del 10 de mayo de 2017. Rad. 49253.

Sala de Casación Penal. Auto del 24 de julio de 2017. Rad. 43546.

Sala de Casación Penal. Autos del 24 de julio de 2017. Rad. 50301.