

**LEY DE AMNISTÍA
Y DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS
EN LA IMPLEMENTACIÓN
DEL ACUERDO DE PAZ EN COLOMBIA**

6

Papeles para la Incidencia No. 6

Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento -CODHES
Programa de Participación y Reparación Colectiva a las Víctimas
Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional -USAID

Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento – CODHES
Programa de Participación y Reparación Colectiva a las Víctimas en Colombia

Papeles para la Incidencia No. 6

Marco Romero Silva
Director CODHES

Jorge Durán Pinzón
Director Programa CODHES-USAID

Documento elaborado por:

Fernando Vargas Valencia*
Coordinador
Equipo Jurídico de Incidencia

Carlos Enrique Núñez
Luis Fernando Sánchez
Emilio Lagos Bruce
Investigadores
Equipo Jurídico de Incidencia

Comunicaciones

Francy Barbosa Maldonado
Oficial de Información Pública
Programa de Participación y Reparación Colectiva

Diagramación
Reves Diseño Ltda. | contacto@revesdiseno.com

Impreso en Colombia

[@Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento – CODHES](#)

Marzo de 2017

Esta publicación es posible gracias al generoso apoyo del pueblo estadounidense a través de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID). Los contenidos son responsabilidad de CODHES y no reflejan necesariamente las opiniones de USAID o del Gobierno de los Estados Unidos.

* El coordinador agradece la colaboración de Josué David Soto, Investigador Junior del Equipo Jurídico de Incidencia.

CONTENIDO

5	INTRODUCCIÓN
7	1. AUSENCIA DE PARTICIPACIÓN DE LAS VÍCTIMAS EN EL TRÁMITE Y LAS DECISIONES DE AMNISTÍA, INDULTO Y OTROS TRATAMIENTOS PENALES ESPECIALES Y DIFERENCIALES
13	2. LA LEY 1820 DE 2016 Y EL DERECHO A LA REPARACIÓN DE LAS VÍCTIMAS
21	3. CONFUSIÓN ENTRE RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA DEL ESTADO Y SU DEBER DE REPARAR POR LA DECISIÓN DE EXTINGUIR LA ACCIÓN CIVIL
25	4. LA EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL PARA AGENTES DEL ESTADO RESPECTO DE LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS
29	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

INTRODUCCIÓN

El 30 de diciembre de 2016, el Congreso de la República, en el contexto de implementación del Acuerdo de Paz entre el Gobierno nacional y las FARC-EP por la *vía rápida* (o de *fast track*), aprobó la Ley 1820 del 30 *“por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones”*.

Por su parte, de conformidad con el artículo 4 transitorio del Acto Legislativo 01 de 2016, el propio Acuerdo Final de Paz de Noviembre de 2016 ha dispuesto lo siguiente: (a) que el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (en adelante, SIVJRNR), en el que se insertan los trámites de amnistía, indulto y tratamientos penales especiales, tiene dentro de sus finalidades primordiales *“la garantía de los derechos de las víctimas”*; (b) que en cuanto al SIVJRNR en el que se insertan la amnistía, indulto y tratamientos penales especiales, los marcos jurídicos de referencia incluyen principalmente el Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos (DIDH) y el Derecho Internacional Humanitario (DIH); (c) que las víctimas gozan de los derechos a la verdad, justicia, reparación, y garantías de no repetición, para lo cual se deberá garantizar su participación en el SIVJRNR, lo que significa que, entre otros, deberán ser oídas en los distintos trámites que se surtan en el marco de dicho sistema desde la perspectiva de la satisfacción de su derecho a la justicia.

En el presente documento, se comparten algunas líneas generales de argumentación jurídica y jurisprudencial que alertan sobre los aspectos problemáticos que la Ley 1820 de 2016 presenta en relación con la garantía de los derechos de las víctimas, a la luz de la línea programática anteriormente destacada. En particular, se hace referencia a tres circunstancias:

- (1) La ausencia de garantías de participación de las víctimas en el trámite y las decisiones de amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y diferenciales, lo que afecta sus derechos a la verdad, a la justicia, a la reparación y a la no repetición.
- (2) Los obstáculos que trae la norma para la reparación material e integral de las víctimas en casos de amnistía e indulto por cuanto direcciona el deber del Estado de reparar a un mecanismo administrativo, parcial e incompleto, de acceso a dichas medidas.
- (3) Los obstáculos que en materia de reparación material e integral de las víctimas de manera adicional presenta la Ley 1820 en los casos que serían objeto de tratamientos penales especiales para miembros de la Fuerza Pública o agentes del Estado.

I. AUSENCIA DE PARTICIPACIÓN DE LAS VÍCTIMAS EN EL TRÁMITE Y LAS DECISIONES DE AMNISTÍA, INDULTO Y OTROS TRATAMIENTOS PENALES ESPECIALES Y DIFERENCIALES

En un Estado de derecho en el que la libertad se configura como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, la función del proceso penal no puede limitarse a la aplicación del *ius puniendi* entendido como el derecho público a castigar, sino que, por el contrario, ha de comprender también la defensa de los derechos humanos. Se trata entonces de instaurar un esquema procesal al servicio de los derechos y libertades constitucionalmente consagrados.

Por consiguiente, si el proceso es el único medio a través del cual se puede declarar la culpabilidad de una persona e imponerle una pena, y si al mismo tiempo se configura como instrumento de tutela de los derechos y garantías fundamentales, habrá que

terminar aceptando un mayor protagonismo de la víctima en un contexto que hasta hace poco venía siendo prácticamente acaparado por el imputado y por el catálogo de garantías jurisdiccionales derivadas de las exigencias del derecho a un proceso justo. (Chocrón Giráldez, 2008).

Así, uno de los cometidos del proceso penal actual es la defensa de los derechos de la víctima del delito y en definitiva su protección, es claro que el ordenamiento jurídico debe responder a esa nueva configuración, estableciendo en las leyes procesales los mecanismos necesarios para otorgar la tutela de los derechos y garantías fundamentales que se reclama (Chocrón Giráldez, 2008).

Es precisamente que aceptando la anterior premisa, la Corte Constitucional colombiana ha establecido *la importancia de la participación de las víctimas dentro del proceso penal, de conformidad con los artículos 29, 229 de la Constitución y 8 y 25 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos* (Corte Constitucional, Sentencia T-655 de 2015, C-579 de 2013, C-099 de 2013). En ese orden de ideas, debe entenderse que la participación de la víctima en los procesos penales – destinados a definir la responsabilidad penal de una persona- debe entenderse de una manera amplia en el sentido de incluir los distintos momentos procesales en los que se toman decisiones sobre la responsabilidad penal del investigado¹ (p. e. audiencias preparatorias, de juzgamiento etc.), por supuesto esta participación debe extenderse al procedimiento para definir la aplicación de un indulto o amnistía al ser una decisión de carácter sustancial sobre la aplicación o no de un castigo.

En efecto, por los impactos que tiene la aplicación de una amnistía o un indulto es que distintos instrumentos internacionales se han pronunciado sobre la subsistencia de algunas de las obligaciones del Estado, aun en casos de amnistía o indulto por ejemplo, el “Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos

humanos mediante la lucha contra la impunidad”² de las Naciones Unidas (2005) señala que incluso cuando tenga por finalidad crear condiciones propicias para alcanzar un acuerdo de paz o favorecer la reconciliación nacional, la amnistía y demás medidas de clemencia se aplicarán dentro de los siguientes límites:

- A. Los autores de delitos graves conforme al derecho internacional no podrán beneficiarse de esas medidas mientras el Estado no cumpla las obligaciones enumeradas en el principio 19³ o los autores hayan sido sometidos a juicio ante un tribunal competente, sea internacional o internacionalizado o nacional, fuera del Estado en cuestión.

1 “Una de las posiciones más firmes en contra de las leyes de amnistía y otras medidas que tratan de evitar la persecución penal ha venido de la mano de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En el emblemático caso *Barrios Altos vs. Perú*, la Corte señaló: ... son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretenden 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 [...]. 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 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.”

2 Sobre la obligatoriedad de estos principios es bueno recordar que la Corte Constitucional ha afirmado que: “En concordancia con lo anterior, recuerdan que el Estado colombiano está en la obligación internacional de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de delitos atroces, y de garantizar a las víctimas de tales delitos un recurso adecuado. Citan en este sentido las disposiciones convencionales que consagran el derecho a un recurso judicial efectivo y el derecho a las garantías judiciales (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 2.1., 2.3. y 14; Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 2, 8 y 25; Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 8 y 10; Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, arts. 1, 6 y 8; Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, arts. 1 y 3; Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio, arts. 1, 4, 5 y 6). También en la sentencia mencionada se citan algunos casos resueltos por cortes internacionales en los que se ha resaltado este deber del Estado ante casos de violaciones graves de los derechos humanos, entre ellos los casos Velásquez Rodríguez y “19 comerciantes” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Para recapitular las obligaciones internacionales de Colombia en materia del derecho a la justicia en sentido estricto, la Corte transcribe el Principio 19 del “Conjunto de Principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad” (Corte Constitucional, Sentencia C 370 de 2006).

3 Los Estados emprenderán investigaciones rápidas, minuciosas, independientes e imparciales de las violaciones de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario y adoptarán las medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia penal, para que sean procesados, juzgados y condenados debidamente. Aunque la iniciativa del enjuiciamiento es en primer lugar una de las misiones del Estado, deberán adoptarse normas procesales complementarias para que las propias víctimas, sus familiares o herederos puedan tomar esa iniciativa, individual o colectivamente, en particular como partes civiles o como personas que inician un juicio en los Estados cuyo derecho procesal penal contemple esos procedimientos. Los Estados deberán garantizar la amplia participación jurídica en el proceso judicial a todas las partes perjudicadas y a toda persona u organización no gubernamental que tenga un interés legítimo en el proceso.

- B. La amnistía y otras medidas de clemencia *no afectan al derecho de las víctimas a reparación* previsto en los principios 31 a 34, *y no menoscabarán en el derecho a saber*.
- C. Como la amnistía puede interpretarse en tanto que un reconocimiento de culpa, no podrá imponerse a las personas enjuiciadas o condenadas por hechos acaecidos durante el ejercicio pacífico del derecho a la libertad de opinión y de expresión. Cuando esas personas no hayan hecho más que ejercer ese derecho legítimo, garantizado por los artículos 18 a 20 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y 18, 19, 21 y 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, una ley deberá considerar nula y sin valor respecto de ellas toda decisión judicial o de otro tipo que les concierna; se pondrá fin a su reclusión sin condiciones ni plazos.
- D. Toda persona condenada por infracciones que no sean las previstas en el apartado c) del presente principio y que entren en el ámbito de aplicación de la amnistía podrá rechazar la amnistía y solicitar que se revise su proceso si no ha tenido un juicio imparcial y con las debidas garantías, previstas en los artículos 10 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los artículos 9, 14 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, o si ha sido condenada sobre la base de una declaración que, según se haya establecido, ha sido hecha como resultado de interrogatorios inhumanos o degradantes, especialmente bajo la tortura.

El mismo principio 19 del “Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad” de las Naciones Unidas (2005), destaca el derecho a participar al indicar que los Estados deberán garantizar *la amplia participación jurídica en el proceso judicial a todas las partes perjudicadas* y a toda persona u organización no gubernamental que tenga un interés legítimo en el proceso.

En ese sentido, investigaciones recientes han indicado cómo los asuntos de justicia distributiva - proporcionar compensación a las víctimas- aumentan la percepción de que la amnistía es justa. Pero también lo hace la justicia procesal (voz) y reparadora (disculpas) para los juicios de amnistía (Gibson, 2002). En ese sentido, su participación en los procesos de aplicación de amnistías es un derecho de las víctimas, pero al mismo tiempo contribuye a la legitimidad y aceptación de la amnistía, en perspectiva de reconciliación y justicia restaurativa (esta última asumida por el acuerdo como uno de sus puntos focales).

En ese orden de ideas, como reconoce la práctica internacional, la participación de las víctimas en los procesos de toma de decisión sobre la responsabilidad penal de una persona es un elemento esencial de los derechos de las víctimas por al menos dos razones: a) sirve de instrumento para que la víctima defienda otros derechos como el de reparación o el de saber la verdad, y b) contribuye a superar la impunidad en un contexto de reconocimiento de la víctima como sujeto de derecho y no meramente como “objeto” de un delito.

En efecto, sobre este último punto, se afirma que la víctima pasó de ser *protagonista*, en la época de la justicia privada, hasta *neutralizada*, con la justicia pública y *redescubierta* desde mediados del siglo pasado hasta la actualidad (Ferrer C. & Lejed C., 2011) (Hartog, 2012). De tal forma que si durante décadas ha sido examinado desde la perspectiva de las garantías constitucionales de defensa del imputado y de las exigencias derivadas del derecho a un proceso justo, asistimos en la actualidad a la reivindicación de un espacio efectivo para la víctima dentro de la definición de la responsabilidad penal (Chocrón Giráldez, 2008).

Inclusive en el ámbito nacional en la Sentencia C-228 de 2002, la Corte Constitucional precisó que se configura una vulneración a los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación, cuando *en el proceso penal se adoptan decisiones que conducen a la obstrucción de la participación de las víctimas y a la impunidad, lo cual puede ocurrir, entre otras situaciones:*

“(i) si se les impide solicitar el control de legalidad de las decisiones que adopten los funcionarios judiciales sobre la imposición de medidas de aseguramiento al procesado; (ii) si no se les permite solicitar la revisión de sentencias judiciales absolutorias en casos de violaciones de derechos humanos o de infracciones al derecho internacional humanitario, cuando un pronunciamiento judicial interno o de una instancia internacional reconocida por Colombia constata la existencia de una prueba nueva o de un hecho nuevo no conocidos al momento del juzgamiento, o la omisión del Estado colombiano de investigar con seriedad e imparcialidad los hechos; (iii) si se les restringe la posibilidad de acceder a las diligencias previas del proceso penal; (iv) si se les niega el derecho a intervenir en procesos disciplinarios que se instauren por violaciones del derecho internacional de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario; (v) si se impide la constitución de parte civil exigiendo requisitos o condiciones no previstos en la ley, o desconociendo la jurisprudencia constitucional sobre los derechos de las víctimas; (vi) si se precluye la investigación penal sin haber respondido a la solicitud de pruebas de la parte civil; (vii) si se declara la caducidad de la acción civil dentro del proceso penal, sin que se reunieran los supuestos legales para aplicar la norma que lo permitía; (viii) si se cumple con el deber de investigar tan sólo de manera puramente formal, o sin la seriedad y rigor requeridos para la defensa de los derechos de las partes procesales.”

Precisamente, la relevancia de los derechos de las víctimas en la definición de la responsabilidad penal se encuentra a la base de la evolución de la normativa sobre amnistía e indulto. Esta evolución ha pasado de amnistías absolutas a amnistías condicionadas. Las primeras otorgan el perdón y olvido de los delitos sin ninguna contraprestación y las segundas obligan al beneficiario a cumplir una serie de requisitos para mantener u obtener los beneficios del perdón judicial (Fundación Ideas para la Paz, 2015). En los últimos años, a nivel internacional, las amnistías para combatientes han condicionado los beneficios judiciales a la rendición de cuentas a las víctimas (Fundación Ideas para la Paz, 2015).

Incluso desde el punto de vista teórico autores como Louis Mallinder, profesora de la Universidad de Ulster, han acuñado el término de *amnistías restaurativas* para definir los mecanismos de perdón judicial con condiciones de satisfacción de los derechos de las víctimas (Fundación Ideas para la Paz, 2015). Estas amnistías restaurativas condicionan los beneficios judiciales de los excombatientes al cumplimiento de compromisos orientados a satisfacer la verdad, reparar a las víctimas y hacer justicia a partir del enfoque restaurador (Fundación Ideas para la Paz, 2015)

Ahora bien, puesto que los argumentos más sólidos a favor de la participación de la víctima en este ámbito provienen de los postulados de la justicia restaurativa, quizás para hallar una solución a este problema sea preciso regular su participación conforme a instituciones propias de ese modelo de Justicia, sin que por ello deba reconocérsele a la opinión de la víctima un poder de veto para la resolución de la amnistía (Díaz López, 2015).

A pesar del reconocimiento que se le ha dado al derecho a la participación de las víctimas en los procesos de terminación de responsabilidad penal, se evidencia que la ley de amnistía objeto de estudio no contempla ningún mecanismo de participación por parte de las víctimas en el

proceso de decisión sobre la aplicación de una amnistía o indulto o la aplicación de alguno de los mecanismos contemplados para funcionarios públicos; en ese orden de ideas se vulnera el derecho a la participación de las víctimas, a pesar que la ley de amnistía menciona varias veces que se deben respetar los derechos de las víctimas. Además, los beneficios de la amnistía e indulto, o los tratamientos especiales no se condicionan a la colaboración efectiva sino solo a la renuencia a cumplir las obligaciones impuestas en el Sistema Integral de Verdad, Justicia y no Repetición.

Precisamente, la calidad y atribuciones para la participación de las víctimas dentro de las actuaciones judiciales, ha venido sufriendo una franca y creciente mengua en el ordenamiento jurídico nacional en los últimos años. Así, la ley 600 de 2000 contemplaba a las víctimas en términos precarios, al verlas como solo titulares de una acción civil dentro del proceso penal, restringiendo su participación a aquellas que tuvieran finalidades resarcitorias. Sin embargo, en virtud de la sentencia C- 228 de 2002, se llegó a considerar a las víctimas con las mismas atribuciones de las partes procesales.

Por su parte, la ley 906 de 2005 recortó las facultades de las víctimas, propiciando ello pronunciamientos de la Corte Constitucional, entre otros, mediante la sentencia C- 454 de 2006 donde dispuso que la víctima debe poder intervenir en cualquier momento de la actuación (el alto tribunal encontró una omisión relativa en materia de participación de las víctimas); o la sentencia C- 209 de 2007 donde se dispuso que la víctima a pesar de no ser parte podía actuar dentro de la actuación sin desplazar al fiscal.

En sentencia C- 379 de 2016, la Corte Constitucional señaló que: *“... el poder judicial encuentra su rol en la ejecución de los mecanismos de justicia transicional que le fije el legislador y que cumplan con los fines constitucionales, en particular la protección de los derechos de las víctimas”*.

Igualmente, en la sentencia C- 699 de 2016, la Corte señaló que la paz no puede transgredir los derechos de las víctimas, siendo éstos un *límite infranqueable*.

La ley 975 de 2005 o de Justicia y Paz no contempló la participación de las víctimas, sin embargo, la ley 1592 de 2012, modificó el artículo 6 para disponer el derecho de las víctimas a participar en de manera directa o a través de un representante, en todas las etapas del proceso de justicia y paz. Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C- 370 de 2006 señaló lo siguiente:

“Es claro que actualmente se encuentra superada la concepción reductora de los derechos de las víctimas a una simple pretensión indemnizatoria. La adaptación de los derechos de las víctimas a los estándares internacionales a través de la jurisprudencia, comporta el reconocimiento de que los derechos universales a la verdad, la justicia y la reparación, llevan implícita la potestad de intervenir en todas las fases de la actuación, en desarrollo del derecho de acceder a la justicia en condiciones de igualdad. Este acceso, en condiciones de igualdad, se deriva del carácter bilateral del derecho a un recurso judicial efectivo en virtud del cual los derechos de las víctimas no pueden verse menguados en relación con los que asisten al procesado. La consideración contemporánea de la víctima como protagonista activo del proceso, conduce al goce de estándares de protección similares a los de otros intervinientes en el proceso. En consecuencia, el hecho de que la norma impugnada establezca explícitamente el derecho de las víctimas a tener representación judicial durante el juicio, no puede interpretarse como exclusión de ejercer el derecho de postulación en otras fases del proceso. Tal reconocimiento explícito del derecho a constituir representante letrado en el juicio, debe entenderse sin perjuicio de que designen representante judicial en otras fases del proceso.”

Justamente al respecto la ley 1820 carece de menciones a la participación de las víctimas en las instancias, procedimientos y etapas para la definición de las amnistías e indultos, con especial gravedad en los casos de amnistías *de iure*. En efecto, el artículo 28 de la Ley 1820, que establece el funcionamiento de la sala de definición de situaciones jurídicas de la Jurisdicción Especial para la Paz, contempla una serie de trámites y actividades que se realizan sin la participación de las víctimas. La única referencia en la materia es la potestad, a discreción de la sala, de tener en cuenta observaciones de las víctimas para adoptar criterios de priorización, selección y descongestión de casos.

El silencio en que incurre la ley, constituye una *omisión legislativa absoluta*, que contraviene el derecho a participar de las víctimas, y que puede afectar otros derechos de sus derechos fundamentales como la verdad, justicia y reparación, al excluirse sin una razón objetiva y suficiente, de la definición en la concesión de este tipo de medidas ante la sala de amnistías e indultos.

Es necesario otorgar un rol preponderante a las víctimas, el cual corrobore la centralidad que el propio Acuerdo de Paz atribuye a éstas y a sus derechos. Al respecto existen serios riesgos de menguasyretrocesos, incluso de los niveles precarios de participación que les fueron concedidos a las víctimas en justicia y paz, más cuando la Ley 1820 establece un sistema de defensa jurídica gratuita para sus beneficiarios, con la debida financiación, y ninguno de protección y asistencia judicial a las víctimas.

2. LA LEY 1820 DE 2016 Y EL DERECHO A LA REPARACIÓN DE LAS VÍCTIMAS

- **Incoherencia entre la norma y el Acuerdo Final de Paz en materia de contribución material de los amnistiados a la reparación de las víctimas**

El Acuerdo Final de Paz del 24 de noviembre de 2016, no solo tiene un contenido político, sino que se trata también de un conjunto de disposiciones que tienen alcance jurídico. Así lo estableció el Acto Legislativo 01 de 2016 en su artículo 4 transitorio:

“... el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera constituye un Acuerdo Especial en los términos del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949. Con el fin de ofrecer garantías de cumplimiento del Acuerdo Final, una vez éste haya sido firmado y entrado en vigor ingresará en estricto sentido al bloque de constitucionalidad para ser tenido en cuenta durante el periodo de implementación del mismo como parámetro de interpretación y referente de desarrollo y validez de las Normas y las Leyes de Implementación y Desarrollo del Acuerdo Final.”

En consideración a esa naturaleza dual del Acuerdo (contenido político pero a su vez su alcance jurídico), es necesario establecer que el sentido literal y teleológico de las disposiciones en él contenidas se encuentran en franca contradicción con las disposiciones contenidas en el artículo 41 y 42 de la ley 1820 de 2016, en lo referido a eximir a las personas amnistiadas de la obligación de contribuir materialmente a la reparación, ello en perjuicio de los derechos de las víctimas.

El Sub punto 5.1.2.II. denominado “*contenidos, alcances y límites de la concesión de amnistías e indultos así como de otros tratamientos especiales*”, dispuso los parámetros de la amnistía e indulto a ser otorgados a los combatientes desmovilizados, sin contemplación alguna a que se les eximiría de su deber de contribuir materialmente a la reparación de las víctimas. Por el contrario, el sub punto referido, sostiene que:

- A. La finalidad del SIVJNR es la garantía de los derechos de las víctimas y la consolidación de la paz.
- B. El reconocimiento del goce de los derechos a la verdad, justicia y reparación por parte de las víctimas.
- C. El deber del Estado de asegurar la verdad, justicia y reparación para las víctimas.
- D. La concesión de amnistías e indultos no extingue el derecho a las víctimas a recibir reparación.

Como expresó la Corte Constitucional en sentencia C- 370 de 2006, no existen razones constitucionales suficientes para que se deje de aplicar el principio general según el cual quien causa el daño debe repararlo, incluso en situaciones sistemáticas y masivas de violaciones. En sus palabras:

“Las normas, la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional han considerado que la reparación económica a cargo del patrimonio propio del perpetrador es una de las condiciones necesarias para garantizar los derechos de las víctimas y promover la lucha contra la impunidad. Sólo en el caso en el cual el Estado resulte responsable – por acción o por omisión – o cuando los recursos propios de los responsables no son suficientes para pagar el costo de reparaciones masivas, el Estado entra a asumir la responsabilidad subsidiaria que esto implica. Y esta distribución de responsabilidades no parece variar en procesos de justicia transicional hacia la paz. Resulta acorde con la Constitución que los perpetradores de este tipo de delitos respondan con su propio patrimonio por los perjuicios con ellos causados, con observancia de las normas procesales ordinarias que trazan un límite a la responsabilidad patrimonial

en la preservación de la subsistencia digna del sujeto a quien dicha responsabilidad se imputa, circunstancia que habrá de determinarse en atención a las circunstancias particulares de cada caso individual.”

Conforme a lo señalado por el alto tribunal constitucional colombiano, el sub punto 5.1.3.7. del aludido Acuerdo de Paz dispone diversas cláusulas sobre el deber de contribución material de los miembros de las FARC- EP para la reparación a las víctimas, entre ellas, las siguientes:

- A. La concurrencia subsidiaria del Estado para la reparación de las víctimas cuando los victimarios individualmente carezcan de recursos para hacerlo, deber ya analizado por la Corte Constitucional en la sentencia C- 370 de 2006⁴.
- B. El compromiso de las FARC- EP de contribuir a la reparación integral de las víctimas, debiendo inventariar sus bienes y activos.
- C. La reparación integral de las víctimas con tales bienes y activos, observando los parámetros de la jurisprudencia de la Corte Constitucional.
- D. Los bienes y activos no inventariados, serán tratados conforme a la legislación ordinaria.

4 En la citada sentencia, la Corte expresó: “La satisfacción del principio de reparación exige la observancia de un orden en la afectación de los recursos que integran el fondo. Así, los primeros obligados a reparar son los perpetradores de los delitos, en subsidio y en virtud del principio de solidaridad, el grupo específico al que pertenezcan los perpetradores. Antes de acudir a recursos del Estado para la reparación de las víctimas, debe exigirse a los perpetradores de los delitos, o al bloque o frente al que pertenecieron, que respondan con su propio patrimonio por los daños ocasionados a las víctimas de los delitos. El Estado ingresa en esta secuencia sólo en un papel residual para dar una cobertura a los derechos de las víctimas, en especial a aquellas que no cuentan con una decisión judicial que fije el monto de la indemnización al que tienen derecho (inciso segundo del artículo 42 de la Ley 975 de 2005) y ante la eventualidad de que los recursos de los perpetradores sean insuficientes.”

La ley 1820 de 2016 es fruto de un proceso abreviado, excepcional, especial y transitorio (C-699/2016), conforme a las facultades conferidas por el acto legislativo 01 de 2016, particularmente su artículo 1 transitorio señala que este mecanismo extraordinario y expedito, se da con la finalidad de agilizar y garantizar la implementación del Acuerdo final para la terminación del conflicto y de ofrecer garantías para su cumplimiento.

Sin embargo, a todas luces las disposiciones contenidas en los artículos 41 y 42 de la ley 1820 de 2016 se encuentran en contradicción manifiesta con el Acuerdo de Paz en el que dicha norma se sustenta razón por la cual no encajan dentro de los supuestos de implementación o garantías de cumplimiento del mismo, por el contrario, son una extralimitación y desviación de las facultades conferidas al legislador y al Gobierno nacional, al contravenir manifiestamente lo pactado.

En igual sentido, esta desviación y extralimitación de las funciones del Congreso y el Gobierno nacional, en contravención del Acuerdo de paz, ponen en entredicho disposiciones axiológicas del mismo Acuerdo, como las de:

- A. Centralidad de las víctimas y sus derechos,
- B. la finalidad de reparación de todas las víctimas del conflicto armado,
- C. la no limitación, anulación o restricción de los derechos consolidados de las víctimas.

No sobra recordar las serias dificultades que en materia de financiamiento han debido enfrentar las víctimas del Conflicto armado, empezando por las de desplazamiento forzado respecto de quienes se encuentra vigente la declaratoria de un Estado de Cosas Inconstitucional (ECI) por, entre otras razones, la ausencia de presupuesto suficiente por parte del Estado para enfrentar la magnitud y gravedad de dicho fenómeno (Cfr. Sentencia T-025 de 2004 y autos de seguimiento, en especial el Auto 393 de 2016).

En efecto, la ley 1448 de 2011 que, entre otras medidas, contempla mecanismos de reparación administrativa para las víctimas en el marco de la justicia transicional, se encuentra supeditada a la disponibilidad de recursos por parte del Estado (arts. 9 y 10), en un contexto en el que actualmente el Gobierno nacional no garantiza la financiación adecuada de dicha ley, como lo ha expuesto en sus más recientes informes la Comisión Legal de Seguimiento a la Implementación de la norma en mención, y particularmente la Contraloría General de la República⁵.

De esta manera, eximir a los victimarios de su deber legal y ético de contribuir a la reparación de las víctimas, para exigirlo de manera absoluta por parte del Estado, implica que el derecho a la reparación de las víctimas sea sometido a serios riesgos de precarización, postergaciones indefinidas e imposibilidad presupuestal de cumplirse. En atención a esta realidad, la Corte Constitucional en sentencia C- 370 de 2006 reconoció incluso la necesidad de que el Estado propicie y garantice la contribución de los perpetradores y beneficiarios a la reparación de las víctimas hasta con sus bienes lícitos.

Visto desde la anterior perspectiva, eximir de la exigencia de reparar materialmente las consecuencias de los ilícitos perpetrados por los responsables de delitos susceptibles de ser amnistiados o indultados se expresa como una concesión o beneficio para éstos que excede las facultades del Estado para el otorgamiento de amnistías e indultos, y que trasgrede lo pactado en el Acuerdo de Paz, por cuanto pone en serio riesgo las posibilidades de materialización del

5 Ver: <http://www.vanguardia.com/colombia/325369-ley-de-victimas-y-restitucion-esta-desfinanciada-comision-de-seguimiento>, <http://www.rcnradio.com/nacional/la-ley-victimas-esta-desfinanciada-advier-te-la-contraloria/>, <http://www.apuertacerrada.com/20-arena-politica/29580-la-ley-de-victimas-y-restitucion-de-tierras-esta-desfinanciada-comision-de-seguimiento>, https://www.procuraduria.gov.co/portal/La-Ley_de_Victimas_y_Restitucion_de_Tierras_esta_desfinanciada___senalala_informe_de_la_Comisi_n_de_Seguimiento_a_la_Ley_1448_de_2011_news

derecho fundamental a la reparación de las víctimas, además de conceder un trato favorable y central a los victimarios en perjuicio de las víctimas y sus derechos. La lógica de las medidas de justicia transicional, precisamente reconocen la posibilidad de tratamientos penales favorables,

pero condicionados a la existencia y aplicación de garantías para los derechos fundamentales de las víctimas a la verdad, justicia y reparación, circunstancia que precisamente contradicen los artículos 41 y 42 de la ley 1820 de 2016.

• Incompatibilidad de la norma respecto de los límites a las amnistías en materia de reparaciones

Frente a las amnistías concedidas a integrantes de las FARC-EP en el marco de la ley 1820 de 2016, es importante tener en cuenta el artículo 150.17 de la Carta según el cual al Congreso le corresponde hacer las leyes y por medio de ellas, *“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”*. También establece esta norma constitucional que *“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”*.

Como puede advertirse, ese enunciado normativo contiene múltiples reglas de derecho: Por una parte, le otorga al Congreso la facultad de conceder amnistías e indultos generales; por otra, califica la mayoría parlamentaria requerida pues ordena que ella sea de los dos tercios de los votos de los miembros de una y otra Cámara; además, condiciona la procedencia de tales beneficios a la existencia de graves motivos de conveniencia pública; también dispone que esos beneficios proceden por delitos políticos y, finalmente, *radica en el Estado la obligación de indemnizar a particulares si a los amnistiados o indultados se les exime de esa responsabilidad*.

Se precisa detenerse en esta última regla, es decir, en la obligación de indemnización que se transfiere al Estado al haber otorgado una amnistía o un indulto de carácter general. Un primer elemento que debe considerarse es que a la par del establecimiento de la amnistía o indulto, la ley 1820 de 2016 contempla una serie de efectos que acompañan el cese de la persecución penal. De estos elementos se destacan dos: a) la extinción de la acción de indemnización de perjuicios y b) la responsabilidad de reparar persiste pero en cabeza del Estado, pero, según la norma en estudio, en los términos de la Ley 1448 de 2011.

De lo anterior se extraen adicionalmente dos conclusiones: a) que las víctimas pierden la posibilidad de acudir a tribunales para exigir la reparación como efecto civil del delito objeto de amnistía o indulto, entendiendo la acción de indemnización de perjuicios como la vía judicial más idónea para reclamar el derecho a la reparación; b) que se remite a un proceso de reparación que es administrativo y no judicial, fundamentado en la responsabilidad subsidiaria que le compete al Estado por la imposibilidad de reparar, o falta de voluntad para hacerlo, de los particulares responsables de los delitos.

Ahora bien, la Corte Constitucional ha reconocido el derecho a acceder a la justicia, en estrecha relación con el derecho al recurso judicial efectivo como garantía necesaria para asegurar la garantía plena de los derechos, como quiera que *“no es posible el cumplimiento de las garantías sustanciales y de las formas procesales establecidas por el Legislador sin que se garantice adecuadamente dicho acceso”*.

Complementariamente, el alto tribunal constitucional colombiano ha señalado que en contextos de justicia transicional las limitaciones al ejercicio del derecho al acceso a la justicia no deben ser desproporcionados o irracionales, pues no se ha aceptado el sacrificio absoluto de los derechos a la paz, la verdad, la justicia y la reparación integral de las víctimas, como quiera que *“al valor de la paz no se le puede conferir un alcance absoluto, ya que también es necesario garantizar la materialización del contenido esencial del valor de la justicia y del derecho de las víctimas a la justicia, así como los demás derechos de las víctimas, a pesar de las limitaciones legítimas que a ellos se impongan para poner fin al conflicto armado.”* (Corte Constitucional, Sentencia C-099 de 2013).

En ese sentido, es necesario evaluar cuál es el grado de afectación del derecho a acceder a la justicia en este caso, y si tal restricción resulta desproporcionada. En este caso se encuentra que: a) se elimina totalmente la posibilidad de acudir a las acciones judiciales de indemnización, b) no se otorga ningún incentivo a la víctima al verse sometida al régimen de la Ley 1448 de 2011 que es de carácter administrativo, y por ende, limitado. Es decir, se le niega a la víctima el derecho al acceso a la justicia sin ninguna contraprestación que pudiera mejorar su situación en el esquema restringido de la ley 1448. Lo que constituye una restricción desproporcionada del derecho al acceso a la justicia.

En todo caso, es importante destacar que la obligación de reparación integral no debe desaparecer y si bien puede aceptarse que en el esquema de justicia transicional se den indemnizaciones menores a las que se reconocerían en otros contextos, esto no debe llevar al desconocimiento de los derechos de las víctimas. En esa vía, los Principios de Joinet señalan algunos límites que deben respetar las amnistías, específicamente en el sentido de que: (i) los autores de crímenes internacionales graves no pueden beneficiarse de dichas medidas mientras el Estado no haya cumplido sus obligaciones de investigación, detención y sanción, y (ii) las amnistías no tienen efectos sobre el derecho de las víctimas a la reparación (Corte Constitucional, Sentencia C-370 de 2006).

En el contexto anteriormente destacado, puede afirmarse que el artículo 150 núm. 17 de la Constitución, permite desplazar la *responsabilidad civil* en materia de amnistías al Estado, pero NO extingue el deber u obligación de los beneficiarios de las amnistías de contribuir material e inmaterialmente a la reparación integral de las víctimas, por cuanto en dicha norma el constituyente supedita *la extinción de la acción civil a la decisión del legislador siempre y cuando en caso que los favorecidos fueren eximidos de la responsabilidad civil respecto de particulares, el Estado quedará obligado a indemnizar* (Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-695 de 2002).

En este caso, el constituyente ha contemplado una directa referencia a los conceptos de *“responsabilidad civil”* e *“indemnización”*. Por un lado, la responsabilidad civil abarca según la propia Corte Constitucional, a la de carácter *extracontractual*, *“también denominada delictual o aquiliana”* entendida como *la que “no tiene origen en un incumplimiento obligacional, sino en un hecho jurídico, ya se trate de un delito o de un ilícito de carácter civil”* (Corte Constitucional, sentencia C- 1008 de 2010).

En materia de responsabilidad civil extracontractual, delictual o aquiliana, los artículos 2341 a 2360 del Código Civil son las normas relevantes. En efecto, el artículo 2341 del Código Civil, dispone que quien *“ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, **es obligado a la indemnización**, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”* (destacado propio).

Reiterando lo anterior, la Corte Constitucional en la ya citada sentencia C- 1008 de 2010, afirmó que la legislación civil colombiana *contiene “las reglas que gobiernan la **indemnización** de los perjuicios irrogados”* en lo que respecta a la responsabilidad. En este contexto, es de suma importancia acotar que en materia de serias y graves violaciones a los Derechos Humanos e Infracciones al Derecho Internacional Humanitario, no puede predicarse que el deber- obligación de los victimarios se reduzca a los términos de la “responsabilidad civil” (extra contractual), y que pueda satisfacerse el mismo en términos exclusivamente de “indemnización”. Por el contrario, las víctimas de graves violaciones a los Derechos Humanos e infracciones al DIH, ostentan un derecho a ser “reparadas integralmente”, concepto que desborda la concepción del código civil.

Esta primera noción de limitación de la reparación debida por conducto de la responsabilidad civil extracontractual, a una pretensión indemnizatoria, ha sido superada por la sólida línea jurisprudencial que la Corte Constitucional ha desarrollado sobre los derechos de las víctimas de los hechos punibles, *“a partir de los postulados del Estado social de derecho consagrados en la Constitución de 1991, así como de la expresa mención de las víctimas por el texto superior –art.250 CN–”,* lo que ha planteado *“un nuevo paradigma acerca de los derechos de las víctimas de delitos, que no se*

agota en la reparación económica de los perjuicios ocasionados por el delito” (Corte Constitucional, Sentencia SU-254 de 2013)⁶.

Ya desde la sentencia C- 228 de 2002, la Corte Constitucional estableció que las víctimas de cualquier hecho punible tienen un derecho de resarcimiento integral que va más allá de la mera reparación de los perjuicios económicos causados, y con base en dicho paradigma, en sentencia SU-254 de 2013 señaló que la reparación es integral en tanto *“no se agota, de ninguna manera, en el componente económico a través de medidas indemnizatorias de los perjuicios causados, sino que por el contrario... es un derecho complejo que contiene distintas formas o mecanismos de reparación como medidas de restitución, de rehabilitación, de satisfacción, garantías de no repetición, entre otras.”*

De la línea jurisprudencial en mención se desprende que si bien la disposición constitucional contenida en el artículo 150. 17 de la Carta política permite al Estado eximir a los amnistiados de la “responsabilidad civil” frente a los particulares, dicha eximente no puede ser asimilada a haberseles exonerado de su deber- obligación de contribuir material e inmaterialmente a la *reparación integral* de las víctimas, dado que *“los derechos de las víctimas de una conducta punible no se agotan en la reparación del daño patrimonial causado con el delito, pues un Estado constitucional de derecho es prioritariamente un Estado de justicia y la justicia, en el caso del delito, no se agota simplemente en esa reparación patrimonial”* (Corte Constitucional, sentencia C- 014 de 2004).

6 En la sentencia citada, la propia Corte sugiere ver las sentencias C-178, C-228, C-578, C-580, C-695 y C-916 todas del 2002, las sentencias C-004 y C-228 de 2003, la sentencia C-014 de 2004, las sentencias C-928, C-979 y C-1154 de 2005, las sentencias C-047, C-370, C-454, y C-575 de 2006, la sentencia C-209 de 2007 y la sentencia C-1199 de 2008, entre otras.

Por lo anterior, subsiste la obligación jurídica de los amnistiados de *contribuir material e inmaterialmente* a las demás medidas de *reparación integral* distintas de la indemnización (la que será asumida por el Estado), tales como la satisfacción, restitución, rehabilitación y garantías de no repetición, aspectos en los cuales debería entenderse la facultad referida, a las *“obligaciones de reparación que sean impuestas en cumplimiento de lo establecido en el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No repetición”* en los artículos 41 y 42 de la ley 1820 de 2016.

En esta materia, la redacción de los artículos destacados de la ley 1820 presenta una serie de imprecisiones o vaguedades jurídicas que pueden constituir graves obstáculos de acceso para las víctimas a su derecho a la reparación integral. En efecto, la norma analizada en dichos artículos exime no sólo de las obligaciones indemnizatorias a las personas favorecidas por la amnistía o indulto, sino también de sus deberes de reparar integralmente a las víctimas, por un lado. Por otro, desplaza al Estado la obligación de reparar integralmente, en el marco de la ley 1448 de 2011.

Ambas circunstancias son imprecisas por cuanto se hace necesario establecer explícitamente el deber de suministrar medidas de reparación integral diferentes a la indemnización en las personas beneficiadas por las decisiones de amnistía o indulto respecto de los daños ocasionados a particulares con ocasión de los delitos políticos, o de delitos comunes considerados conexos. De manera complementaria también es indispensable que el Estado asuma la responsabilidad derivada de la concesión de las amnistías e indultos, con especial énfasis en la indemnización de los perjuicios, pues es ese el sentido del artículo 150.17 constitucional.

Como se verá en el siguiente apartado, dicha indemnización debe ser proporcional al daño y equivalente a una indemnización judicial, en tanto el desplazamiento de la responsabilidad civil en lo referente a los daños materiales en cabeza del Estado no puede implicar un aminoramiento del contenido de la reparación para la víctima, pues la amnistía en dicha materia no puede ser una carga que el particular afectado por el delito político (o por los comunes conexos) no está en el deber de soportar.

En este caso, la referencia a la ley 1448 de 2011 problematiza los apartados aquí analizados de la ley 1820 a la luz de los derechos de las víctimas toda vez que al confundir el deber del Estado de indemnizarlas, basado en su decisión de amnistiar o indultar un delito, con el acceso a un programa administrativo de reparaciones, por lo demás contemplado para delitos diferentes a los que son objeto de amnistía e indulto, está reduciendo sustancial e injustificadamente el derecho de las víctimas a ser debidamente indemnizadas, entendiendo la indemnización de perjuicios, como aquí se ha planteado, como parte de un contexto más amplio de reconocimiento y entrega de medidas de reparación integral.

3. CONFUSIÓN ENTRE RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA DEL ESTADO Y SU DEBER DE REPARAR POR LA DECISIÓN DE EXTINGUIR LA ACCIÓN CIVIL

La referencia a la Ley 1448 de 2011 en los artículos 41 y 42 de la Ley 1820 de 2011 establece una confusión jurídica que compromete la constitucionalidad de dichos preceptos por cuanto establece: (a) el reconocimiento de medidas de reparación en cabeza del Estado a través de una fórmula que difumina el deber explícito de indemnizar los perjuicios derivados del delito amnistiado o indultado; (b) la confusión entre la responsabilidad subsidiaria que sustenta el programa administrativo de reparaciones establecido en la ley 1448 de 2011 que también se traduce en la confusión entre medidas de reparación judiciales y administrativas; (c) imposibilita el acceso de las víctimas de delitos susceptibles de amnistía

o indulto a medidas materiales de reparación proporcionales y ajustadas al daño, entre otras razones porque el programa administrativo de reparaciones contemplado en la ley 1448 no incluye la indemnización de delitos políticos ni de los delitos comunes que se consideren conexos.

En este contexto, como ya se ha afirmado, si bien es cierto que el artículo 150 numeral 17 de la Constitución permite que el Congreso otorgue una amnistía que puede extenderse hasta la extinción de las acciones de responsabilidad civil, no menos cierto es que en dicho caso la Constitución dispone que el Estado asumirá la obligación de indemnizar a las víctimas.

Sin embargo, conforme a los artículos 41 y 42 de la ley 1820 de 2016, el deber- obligación de indemnizar a las víctimas NO refleja el carácter principal de la obligación estatal como lo dispone el artículo constitucional 150.17, dado que la ley 1820 lo circunscribe únicamente a los programas de reparación individual administrativa de la ley 1448 de 2011, programas que la Corte Constitucional ha concluido que se cimientan en la responsabilidad subsidiaria del Estado ante la imposibilidad o falta de voluntad de los victimarios en reparar a sus víctimas (Ver, entre otras, las sentencias C-370 de 2006 , SU-254 de 2013 y C-280 de 2013) y que el artículo 46 de la propia 1448 reconoce expresamente.

La lógica de la ley 1448 de 2011 como una norma transicional y de carácter excepcional, es que la misma constituye un modelo administrativo para la reparación a las víctimas, siendo este modelo de reparación de índole complementario al judicial, por lo cual es optativo para las víctimas definir a cuál de estas vías acudir, con las fortalezas y deficiencias propias que cada uno de estos caminos presenta.

En sentencia SU-254 de 2013, la Corte Constitucional después de reflexionar sobre las particularidades de los mecanismos judiciales y administrativos de reparación, sostuvo que *“ambas vías deben estar articuladas institucionalmente, deben guiarse por el principio de complementariedad entre ellas, y deben garantizar en su conjunto una reparación integral, adecuada y proporcional a las víctimas”* (reiterándolo en términos textuales en la sentencia T- 197 de 2015).

En esta materia, los artículos 14, 33 y 50 de la Ley 1820 de 2016, por ejemplo, ofrecen un panorama minimalista de resarcimiento para las víctimas por cuando no condiciona la concesión de amnistías, indultos y otros tratamientos penales especiales a la satisfacción de los derechos de las víctimas, como ordena la normativa internacional, sino que establece que dicha concesión no exime a sus beneficiarios de *contribuir a dichos derechos*.

En este caso, dependerá en buena medida del criterio de las salas y magistrados de la Jurisdicción Especial para la Paz, la garantía de la integralidad de la reparación desde la perspectiva de las obligaciones que éstos impongan a quienes se sometan a la misma. De allí que haya sido necesario aclarar en la norma, que dichas obligaciones deben ser precisas, individualizadas y concretas, y *en particular*, articuladas con las que el Estado está en el deber de asumir en razón de su asunción de la indemnización de perjuicios por conducto del otorgamiento de las amnistías, indultos y demás tratamientos penales especiales en los casos concretos, más allá de lo establecido en la Ley 1448 de 2011.

Lo anterior por cuanto la responsabilidad del Estado de garantizar el goce efectivo del derecho a la Reparación en este caso, debe entenderse en el marco de los siguientes *criterios jurisprudenciales* mínimos:

- (1) *Restitutio in integrum*. La reparación ha de restituir el daño causado, de manera proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido; por lo que debe ser justa, suficiente, efectiva, rápida y proporcional a la gravedad de las violaciones y a la dimensión del daño sufrido⁷, con el propósito mínimo de retornar a las víctimas al estado anterior al hecho (Corte Constitucional, Sentencia SU-254 de 2013).
- (2) *Integralidad*. La Corte Constitucional señala, que la integralidad va más allá de la *Restitutio in integrum* y que exige la satisfacción moral, la indemnización, las garantías de no repetición y la reconstrucción psicosocial de las comunidades afectadas (Corte Constitucional. Sentencia T-458 de 2010).

⁷ Criterio auxiliar, Asamblea General de las Naciones Unidas. A/RES/60/147. Anexo, Capítulo IX, Numeral 15.

- (3) *Igualdad.* Implica el reconocimiento del derecho a la reparación integral y transformadora de todas las víctimas individuales y colectivas, y en tal sentido, se afirman acciones diferenciadas que garanticen a todas las víctimas individuales y colectivas el goce efectivo del derecho a la reparación.
- (4) *Progresividad.* En tanto la reparación integral y transformadora de las víctimas individuales y colectivas, es un derecho, ésta solo puede verse ampliada respecto de los referentes normativos actualmente vigentes e interpretados de manera sistemática en materia de reconocimiento, alcance de la reparación y dimensión transformadora de la misma.
- (5) *Transformación.* La reparación debe garantizar el tratamiento digno y la restitución plena del goce efectivo de los derechos violados, así como la modificación de las situaciones estructurales de abandono y exclusión que expusieron a la víctima individual o colectiva a las condiciones de vulnerabilidad (Cfr. Consejo de Estado, caso de la comunidad de Comerciantes de Pichilin).

De esta manera, el excluir la obligación de los victimarios amnistiados de contribuir materialmente a la indemnización de las víctimas, estableciéndose como exclusivo responsable de ello al Estado solamente en los términos de la ley 1448 de 2011, implica que el derecho a la reparación integral de las víctimas se convierte en una obligación precarizada en detrimento del propósito restaurativo del Acuerdo de Paz.

Lo anterior por cuanto como expresó la Corte Constitucional, los programas administrativos de reparación no logran una reparación plena del daño para las víctimas (Cfr. Sentencia T- 197 de

2015)⁸, y atendiendo a que, bajo los parámetros del Decreto 4800 de 2011 tan solo se reconocen ocho (8) hechos victimizantes como objeto de indemnización administrativa, ninguno referido a delitos políticos o comunes conexos, lo que excluye injustificadamente a las demás víctimas de acceder a la reparación, contraviniendo lo expresado por la Corte Constitucional en la sentencia C- 280 de 2013, en el sentido de permitir una inclusión del mayor número de escenarios posibles para el reconocimiento de las víctimas.

Precisamente, la existencia de estas diferenciaciones, fortalezas, deficiencias y complementariedades existentes entre los modelos de reparación judicial y administrativa, permitió que la Corte Constitucional avalara la exclusión de ciertos sujetos como beneficiarios de las medidas de asistencia, atención y reparación de la ley 1448 de 2011, dado que estos aún contaban con los mecanismos judiciales (Cfr. Sentencia C- 253A de 2012).

Conforme a lo señalado por los citados artículos 41 y 42 de la ley 1820 de 2016, al desplazar la responsabilidad patrimonial de indemnizar desde la esfera de las personas amnistiadas a exclusivamente la esfera Estatal, se rompe el equilibrio constitucional de tal figura, al condicionar que dicha responsabilidad se hará circunscrita únicamente en los términos de los programas de reparación administrativa de la ley 1448, desconociendo el carácter complementario y articulado que los mismos deben tener con las reparaciones judiciales.

8 En esta sentencia, la Corte sostuvo: “La **reparación en sede administrativa**, propia de contextos de justicia transicional, se adelanta a través de programas de carácter masivo, con los cuales se busca reparar a una gran cantidad de víctimas, atendiendo a criterios de equidad. En este ámbito, si bien se pretende una reparación integral, en cuanto comprende diferentes componentes o medidas de reparación, no es probable lograr una reparación plena del daño para cada víctima, ya que, a diferencia de la vía judicial, es difícil determinar con exactitud la dimensión, proporción o cuantía del daño sufrido. A cambio de esto, se ofrece una vía expedita que facilita el acceso de las víctimas a la reparación, por cuanto los procesos son rápidos y económicos y más flexibles en materia probatoria.”

En este sentido, el legislador omitió ordenar expresamente que el acceso a los programas de reparación administrativa es complementario al acceso a la reparación judicial de las víctimas, que en este caso, dada las características y extensión de la amnistía otorgada, asumió con carácter principal y directo el propio Estado.

En el mismo sentido y debido a que la ley 1448 de 2011 se encuentra entre las normas que serán objeto de modificación por medio del proceso del *"fast track"* es importante que se asuman algunos criterios de articulación entre la ley modificatoria de la 1448 y la de amnistía, indulto o renuncia a la acción penal entre ellas: la no regresividad frente a los derechos de las víctimas, la interpretación de las temporalidades, los hechos victimizantes y el concepto de víctima acorde con el Acuerdo de Paz, entre otros.

4. LA EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL PARA AGENTES DEL ESTADO RESPECTO DE LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS

De acuerdo con lo previsto en la Constitución Política, es el legislador quien por excelencia tiene la competencia para definir la política criminal del Estado, como una manifestación del principio democrático y de la soberanía popular (CP art. 1 y 3), en la que se entiende que son los representantes del pueblo en el Congreso de la República, quienes, de conformidad con la Sentencia C-259 de 2016, deben adoptar decisiones referentes a:

- A. Tipificar las hipótesis de comportamiento que ameritan sanción y reproche punitivo;
- B. seleccionar tanto los bienes jurídicos, como los instrumentos a través de los cuales se hace efectiva su protección;
- C. consagrar las circunstancias en las que cabe la privación de la libertad de las personas;

- D. disponer la forma como se hace efectiva la persecución de las distintas modalidades de delincuencia; y
- E. desarrollar las garantías que integran el derecho fundamental al debido proceso.

Igualmente, al hablar del principio de oportunidad como posibilidad de suspender, interrumpir o renunciar al ejercicio de la acción penal por parte del Estado, la Corte Constitucional indicó que este tipo de potestades presentan las siguientes características: (i) son de aplicación excepcional; (ii) sus causales de aplicación deben ser establecidas por el legislador de manera clara e inequívoca; (iii) deben ser aplicadas en el marco de la política criminal del Estado; y (iv) su ejercicio estará sometido a control de legalidad de carácter jurisdiccional (Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-095 de 2007).

Ciertamente, la Corte Constitucional ha entendido que la institucionalidad Estatal *“está obligada”* a ejercer la acción penal y a llevar a cabo la investigación de los delitos, por lo cual como regla general *“(n)o podrá, ... suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal.”* Empero, esta regla general contempla una excepción, que es introducida por el constituyente con la utilización de la expresión *“salvo en los casos que establezca la ley”*. De esta manera, si bien en principio el Congreso tiene un amplio margen para determinar en qué casos puede renunciarse al ejercicio de la acción penal, tal potestad encuentra algunos límites como son:

- Respeto por parámetros de razonabilidad frente al propósito de racionalizar la utilización del aparato estatal en la labor de persecución penal.
- Respeto por las obligaciones internacionales del Estado –entre ellas la garantía de los derechos a la verdad, justicia y reparación de las víctimas.
- Las causales que autorizan su aplicación deben ser definidas por el legislador *de manera clara y precisa*, de suerte que la discrecionalidad no se convierta en una posibilidad arbitraria.

De la misma manera, la Corte Constitucional indicó que la aplicación del principio de oportunidad – y dentro de él la renuncia al ejercicio de la acción penal, como es el caso del artículo 46 de la ley 1820 de 2016- *no implica el desconocimiento de los derechos de las víctimas*. En ese sentido, la aplicación de la renuncia a la acción penal debe ser compatible con el respeto a los derechos de las víctimas de las conductas delictivas.

Lo anterior se deduce con claridad del mismo texto del Acto Legislativo 03 de 2002, que de manera simultánea a su potestad de aplicar el principio de oportunidad, asigna al Fiscal la misión de *“Velar por la protección de las víctimas”* (C.P. Artículo 250, numeral 7) y también *“Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías para tomar las medidas necesarias que aseguren... la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas.”* (C.P. Artículo 250, numeral 1 y Corte Constitucional, Sentencia C-095 de 2007).

Ciertamente, una interpretación sistemática de la Carta implica aceptar que la conciliación entre los principios de celeridad y eficacia, y de alcanzar una paz estable y duradera, no puede dejar de lado la protección de los derechos fundamentales que obran simultáneamente como límites al diseño legal de las causales y también a la aplicación misma del principio de oportunidad y por tanto, de la renuncia a la acción penal de que trata el artículo 46 de la ley 1820 de 2016.

De lo anterior, se tiene entonces que: a) el Estado puede renunciar a la persecución penal; b) que al hacerlo tiene ciertos límites; y c) que uno de esos límites es el respeto por los derechos de las víctimas. En ese sentido, debe preguntarse si la configuración de la renuncia a la acción penal en este caso supone un sacrificio excesivo de los derechos de las víctimas.

Un primer elemento que debe considerarse es que a la par del establecimiento de la renuncia de la acción penal, la ley 1820 de 2016, particularmente en su artículo 48.5, contempla una serie de efectos que la acompañan como parte de los “tratamientos penales especiales diferenciados para agentes del Estado”. Entre ellos se destacan dos: a) la extinción de la acción de indemnización de perjuicios con la correlativa renuncia *de iure* al ejercicio de la acción de repetición; y b) el desplazamiento de la responsabilidad de reparar al Estado en los términos de la ley 1448 de 2011, en ausencia del ejercicio de la acción anteriormente destacada.

De lo anterior se desprende, de manera adicional a los planteamientos compartidos en el presente documento (en tanto el artículo 41 extiende la reducción de las medidas de reparación en el marco de la Ley 1448 de 2011 a los agentes del Estado), que extralimitándose en sus facultades, el legislador ha impedido en el numeral 5 del artículo 48 de la ley en estudio el ejercicio de la acción de repetición contra el agente del Estado beneficiario de la renuncia a la persecución penal, impidiendo al Estado obtener una fuente legítima de financiación de las medidas de reparación a las víctimas.

En ese orden de ideas, es necesario concluir que al tiempo que existe en el artículo 48 numeral 5 de ley 1820 una restricción excesiva del derecho al acceso a la justicia, se afecta gravemente el derecho de las víctimas de acciones u omisiones atribuibles a agentes del Estado a que se les garanticen medidas de reparación proporcionales e idóneas, toda vez que al establecer la renuncia a la acción de repetición (cuestión contemplada también en el artículo 42), el legislador ha limitado injustificadamente una fuente de financiación fundamental para la reparación de las víctimas a cargo del Estado.

De manera adicional, el legislador se ha extralimitado en las potestades establecidas por la Constitución en el artículo 150.17 superior, ya que dicha norma sólo autoriza al Congreso a extinguir eventualmente la acción civil a condición de que la indemnización sea asumida por el Estado, más no las acciones *obligatorias* de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición de que trata la Ley 678 de 2001, cuyos artículos 2 y 4 establecen el ejercicio de dicha acción como un *deber o carga* del propio Estado en tanto su finalidad es “*garantizar los principios de moralidad y eficiencia de la función pública, sin perjuicio de los fines retributivo y preventivo inherentes a ella*” (art. 3, Ley 678 de 2001). Lo cual se refuerza con la prohibición de desistimiento que pesa sobre esta acción de conformidad con el artículo 9 de la ley citada.

Lo propio sucede cuando la renuncia a la persecución penal se excede y abarca, de conformidad con el numeral 4 del artículo 48 de la ley 1820, la extinción de la responsabilidad fiscal o administrativa del agente del Estado beneficiado con el tratamiento penal especial.

Además, es importante indicar que también se puede estar ante una situación en la que sería conculcado el derecho de las víctimas a recibir garantías de no repetición, pues la reparación integral de las víctimas por parte del Estado se convierte en el verdadero estímulo para que éste adopte todos los correctivos que sean necesarios para sancionar a los responsables (potestad a la que está renunciando en la norma indicada).

Dada la visión gubernamental según la cual se da mayor relevancia a los costos de la reparación que a la efectividad de los derechos, por una supuesta afectación de la sostenibilidad fiscal, los riesgos de repetición de tales hechos podrían aumentar, así quepan medidas simbólicas de reparación (Ver: Corte Constitucional, Sentencia C-099 de 2013), más si se tiene en cuenta que el Ministerio de Hacienda ha dispuesto en el proyecto de Ley de Presupuesto General de la Nación (PGN) para la vigencia 2017, tan solo 700.000 millones de pesos para reparación de las víctimas en el marco de la Ley 1448 de 2011⁹.

Si se tiene en cuenta que se encuentran registradas 8.048.252 de víctimas con corte a febrero de 2017, de las cuales menos de un millón se encuentran reparadas según datos de la propia Unidad de Atención y Reparación a Víctimas¹⁰, le correspondería a cada víctima pendiente de reparar, a título de indemnización administrativa \$99.318, en la hipótesis de que dicho presupuesto se destinara exclusivamente a dicha medida de reparación, cifra claramente irrisoria y preocupante a la luz de la dimensión y gravedad de los hechos victimizantes reconocidos parcialmente por dicha norma¹¹.

9 http://www.minhacienda.gov.co/HomeMinhacienda/ShowProperty;jsessionid=P0lrVqkrvQoeuq2E_CbBEUDHn80TJzuFS9zqLws_o08i1S2ntiw3!971060202?nodeId=%2FOCS%2FP_MHCP_WCC-051685%2F%2FidcPrimaryFile&revision=latestreleased

10 <http://rni.unidadvictimas.gov.co/RUV> y <http://www.eluniversal.com.co/colombia/los-avances-y-retrocesos-en-la-reparacion-las-victimas-195648>

11 Para obtener dicha cifra, se supuso que a febrero de 2017, se encontraban reparadas administrativamente un millón de víctimas. En el cálculo no se excluyeron de la cifra global a las víctimas no activas (1.690.000 fallecidas o desaparecidas) en tanto sus familiares tienen derecho a ser reparados por los daños ocasionados a ellas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- **Bibliográficas**

CHOCRÓN GIRÁLDEZ, A. M. (2008). Fundamento constitucional de la protección a las víctimas en el proceso penal español. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLI, núm. 122*, 691-715.

DÍAZ LÓPEZ, J. A. (2015). La participación de la víctima en el indulto. *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario N°. 113*.

FERRER C., M. J., & LEJED C., J. A. (2011). Justicia para la víctima. *Revista Venezolana de Análisis de Coyuntura, vol. XVII, núm. 1*, 47-69.

FUNDACIÓN IDEAS PARA LA PAZ. (2015). *Reconciliar las amnistías con la justicia Área de postconflicto y construcción de paz*. Bogotá: FIP.

GIBSON, J. (2002). Truth, justice, and reconciliation: Judging the fairness of amnesty in South Africa. *American Journal Of Political Science Volume: 46*, 540-556.

HARTOG, F. (2012). El tiempo de las víctimas. *Revista de Estudios Sociales, núm. 44*, 12-19.

- **Jurisprudenciales**

Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 09 de julio de 2014, expediente. Radicación número: 70001-23-31-000-1998-00808-01(44333), C.P. Enrique Gil Botero.

Corte Constitucional

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA (2002), Sentencia C-178 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA (2002), Sentencia C-228 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, Eduardo Montealegre Lynett.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA (2002), Sentencia C-578 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA (2002), Sentencia C-580 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA (2002), Sentencia C-695 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA (2002), Sentencia C-916 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA (2003), Sentencia C-004 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA (2003), Sentencia C-228, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA (2004), Sentencia C-014 de 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA (2004), Sentencia T-025 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA (2005), Sentencia C-1154 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA (2005), Sentencia C-928 de 2005, M.P. Jaime Araujo Rentería.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA (2005), Sentencia C-979 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA (2006), Sentencia C-047 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA (2006), Sentencia C-370 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA (2006), Sentencia C-454 de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA (2006), Sentencia C-575 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA (2007), Sentencia C-095 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA (2007), Sentencia C-209 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA (2008), Sentencia C-1199 DE 2008, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA (2010), Sentencia C-1008 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA (2010), Sentencia T-458 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA (2013), Sentencia C-099 de 2013, M.P. María Victoria Calle Correa.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA (2013), Sentencia C-280 de 2013, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA (2013), Sentencia C-579 de 2013, M.P., Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA (2013), Sentencia SU-254 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA (2015), Sentencia T-197 de 2015, M.P. María Victoria Cachica Méndez.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA (2015), Sentencia T-655 de 2015, M.P., Luis Ernesto Vargas Silva.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA (2016), Auto 393 de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA (2016), Sentencia C-379 de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA (2016), Sentencia C-699 de 2016, M.P. María Victoria Calle Correa.