



## ARTÍCULOS

UTOPIA Y PRAXIS LATINOAMERICANA. AÑO: 23, n° Extra. 1, 2018, pp.131-144  
REVISTA INTERNACIONAL DE FILOSOFÍA Y TEORÍA SOCIAL  
CESA-FCES-UNIVERSIDAD DEL ZULIA. MARACAIBO-VENEZUELA.  
ISSN 1315-5216 / ISSN-e: 2477-9555

# Selectividad penal en la legislación para la Paz de Colombia

*Penal Selectivity in the Legislations for Peace of Colombia*

**Pablo Elías GONZÁLEZ MONGUI**

ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-4096-5187>

[pegonzalez@ucatolica.edu.co](mailto:pegonzalez@ucatolica.edu.co)

Universidad Católica de Colombia, Colombia

Este trabajo está depositado en Zenodo:  
DOI: <http://doi.org/10.5281/zenodo.1773905>

### RESUMEN

El gobierno colombiano negoció un acuerdo de paz con la guerrilla más numerosa de Colombia, que fue legitimado constitucional y legalmente por el Congreso de la República. Se creó una Jurisdicción Especial para la Paz, autorizada para realizar procesos de selección penal (positiva y negativa), en relación con los grupos armados en rebelión que firmaran un acuerdo de paz, los agentes del Estado y los civiles que cometieron delitos en el conflicto armado interno. Desde un enfoque criminológico se analizan la *amnistía e indulto*, el *tratamiento diferenciado*, la *renuncia a la persecución penal* y la *priorización* como procesos de selección penal.

**Palabras clave:** Conflicto armado, justicia transicional, paz, selección penal.

### ABSTRACT

The Colombian government negotiated a peace agreement with the largest guerrilla group in Colombia, which was legitimated constitutionally and legally by the Congress of the Republic. A Special Jurisdiction for Peace was created, authorized to carry out criminal selection processes (positive and negative), in relation to armed groups in rebellion that signed a peace agreement, State agents and civilians who committed crimes in the internal armed conflict. From a criminological approach, amnesty and pardon, differential treatment, renounce to criminal prosecution and prioritization as criminal selection processes are analyzed.

**Key words:** Armed conflict, transitional justice, peace, criminal selection.

Recibido: 22-06-2018 • Aceptado: 15-07-2018



## 1. INTRODUCCIÓN

En Colombia se han llevado a cabo varios procesos de justicia transicional en la búsqueda por terminar con el conflicto armado interno de más de sesenta años y obtener una paz duradera.

Los más recientes son el que fue regulado por Ley 795 de 2005 conocida como “Ley de Justicia y Paz”, que estuvo dirigida fundamentalmente a la desmovilización de los grupos comúnmente denominados paramilitares (Pérez-Salazar: 2011), y en el año 2012, se introdujo una reforma a la Constitución Política mediante el Acto Legislativo 01 de 31 de julio, denominado “Marco jurídico para la paz”, el cual fue rechazado por la guerrilla y rigió sin trascendencia alguna. No obstante, es un antecedente importante en el que por primera vez se elevó a rango constitucional en Colombia los denominados *procesos de selección penal* y se autorizó la *priorización* de las investigaciones penales en relación con los *máximos responsables* de los delitos (González Monguí: 2014).

En el segundo semestre de 2012, delegados del gobierno del presidente Juan Manuel Santos y de la guerrilla denominada Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), comenzaron en Cuba un diálogo exploratorio con el objetivo de poner fin al conflicto armado colombiano y lograr una paz estable y duradera, que luego de prolongadas discusiones permitió suscribir un “acuerdo final” el 24 de noviembre de 2016. La reacción social informal no ha sido del todo favorable al acuerdo en materia de justicia, aunque en el legislativo ha existido una posición mayoritaria de apoyo. La actitud de rechazo probablemente puede ser entendida, en el contexto de procesos anteriores, donde la falta de voluntad política real de la guerrilla para negociar produjo una enorme frustración en las expectativas de la sociedad (Silva García: 2012a; 1985), generando posturas de algunos sectores traducidas en acciones jurídicas y políticas hostiles contra los acuerdos. Por ende, existen amenazas y ataques contra las disposiciones constitucionales y legales, cuyo futuro dependerá de quienes regenten el poder desde el segundo semestre del 2018.

Durante las negociaciones, el Congreso expidió el Acto Legislativo 01 del 7 de julio de 2016 que preparó el terreno para materializar la normatividad sobre los acuerdos con las FARC, mediante un procedimiento legislativo expedito conocido como “fast-track”. Posterior al acuerdo fueron expedidos, la Ley 1820 de 30 de diciembre de 2016 sobre amnistía e indulto, el Acto Legislativo 01 de 4 de abril de 2017 que creó un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera, la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz del 9 de octubre de 2017, y otros decretos del gobierno nacional con base en las facultades extraordinarias conferidas por el legislativo.

En la normatividad que tiene que ver con el acuerdo de paz se evidencia la selectividad penal y la disminución o supresión de los efectos de las normas sancionatorias penales, administrativas, disciplinarias y fiscales. Esto nos invita a reflexionar sobre ¿cómo se explican estos procesos de selección penal en la normatividad regulatoria del proceso de paz pactado por el gobierno colombiano con la guerrilla de las FARC?

Para comprender el alcance de las normas constitucionales y legales desde un enfoque criminológico, se realiza previamente un breve estudio de lo que son los *procesos de selección penal*, para luego analizar lo que tiene que ver con el *tratamiento diferenciado* que conduce a la *exclusión penal* (amnistía, indulto, renuncia de la acción penal) o a la disminución del rigor penal mediante la atenuación punitiva de los delitos y sus consecuencias jurídicas, con tal de lograr una paz estable y duradera.

El análisis se abordará desde el punto de vista criminológico con una metodología analítica, teniendo como base la normatividad jurídica expedida que regula lo atinente al acuerdo de paz.

## 2. LOS PROCESOS DE SELECCIÓN PENAL

La teoría acerca de los *procesos de selección penal* en las diferentes sociedades es un planteamiento original de sociólogos norteamericanos. Fue Frank Tannenbaum (1957) quien en 1938 planteó el “proceso de hacer al criminal” (p.19), entendido como la definición, identificación y segregación de las personas como delincuentes. Por su parte, Edwin M. Schur (1969) calificó ese proceso como “criminalización” (p. 117), el cual ha sido ampliamente analizado en Colombia por Jorge Restrepo Fontalvo (2014; 2015). También Howard Becker (2010) consideró que existe un proceso social en que son seleccionados ciertos individuos y comportamientos para imponerles la etiqueta de criminales, cometido por grupos con el poder para definir y calificar a los otros, que denominó “empresarios morales”.

De los anteriores planteamientos se deriva el concepto de *criminalización* y en consecuencia de los *procesos de selección penal*. Mediante estos, desde la creación de la norma penal se realiza la escogencia de los comportamientos que se definen como delitos (Kitsuse: 1962) y de los individuos que llevarán el marbete de *delincuentes* o *criminales*.

Con la *criminalización primaria*, mediante la creación de la norma penal, empieza la escogencia de conductas y de individuos para el sistema penal, la *selectividad penal positiva*. La selectividad también puede ser *negativa*, cuando el legislador se abstiene de crear nuevos tipos penales, no definiendo las conductas divergentes como punibles, aunque el grupo social las perciba como tales, o se abstiene de proteger determinados bienes jurídicos, cuando existen elementos de juicio que permiten inferir el daño social de los comportamientos y por tanto la necesidad de su criminalización (González Monguí: 2013). A su vez, del origen de la selectividad penal positiva en la historia de Colombia, de sus características y naturaleza, en virtud de un proceso de construcción social del imaginario de la criminalidad y sobre los criminales, se ha realizado una extensa y pormenorizada explicación (Silva García: 2011a).

En lo que concierne a la criminalización negativa, la abstención se debe a razones de poder y a la existencia de intereses que evitan la tipificación de una conducta como delictiva, por ejemplo, es el caso de la evasión de impuestos en Colombia. Como lo expone Zaffaroni (2011), tampoco se selecciona:

(...) como homicidio la guerra, las muertes por polución ambiental, las penas de muerte, el cierre de hospitales, la desidia en el cuidado de las rutas (carreteras), ni los fabricantes ni vendedores de armas son etiquetados como cómplices de homicidios, aunque sean sus cooperadores necesarios, ni siquiera cuando las venden a dos bandos en guerra” (p. 238).

También puede presentarse la selección penal negativa por la vía de la descriminalización de las personas y las conductas, mediante la aplicación de mecanismos como las amnistías o indultos, tratamientos diferenciados o las renunciaciones a la acción penal, lo que permite no seleccionar a determinados individuos o grupos sociales como destinatarios de las normas penales existentes o se les atenúa o disminuye el rigor penal, como lo veremos en relación con la legislación producto del acuerdo final de paz con las FARC.

Luego, el sistema judicial (criminalización secundaria) selecciona a unos sujetos para atribuirles la calidad de “delincuentes”, “criminales”, “desviados” o en un lenguaje más adecuado y comprensivo, la de “divergentes” como propone German Silva García, (2011b, p.115). La criminalización secundaria es “la acción punitiva ejercida sobre personas concretas” (Zaffaroni: 2002: 7) en la que se decide “cuándo se aplica y cuándo no” (Sandoval Huertas: 1985, p. 69) la normatividad penal, lo que se traduce en selecciones positivas o negativas.

En la divergencia social, los individuos o los grupos sociales comparecen a un *punto de encuentro* o escenario de interacción social, motivados por el ánimo de realizar sus intereses e imponer sus ideologías, lo cual genera una disputa con otros individuos o grupos que a su vez pretenden materializar los propios. De tal modo, los actores de la divergencia ejecutan unas *líneas de acción social* o interacciones, las cuales

generan un *campo de separación* en el que se localizan los intereses e ideologías en contradicción, todo lo cual produce una situación de *conflicto social*, cuya nota predominante es la *diversidad*. En seguida, es probable que acaezca una intervención del control social penal, que actúa como selección positiva o como selección negativa, el cual optará por censurar o validar a una de las líneas de acción social y a sus actores, junto a la diversidad que encarnan (Silva García: 2012b; 2011b; 1996).

El proceso de selección penal que examinaremos aquí ha sido por voluntad política del gobierno y del legislador, bajo la óptica de una justicia transicional producto del acuerdo final de paz (Bernal Castro: 2015; Gómez Jaramillo, Velandia Montes & Bayona: 2016; Moya Vargas: 2011). Las razones fundamentales que impulsaron la celebración del acuerdo final de paz fueron, desactivar la confrontación violenta con la guerrilla de las FARC y lograr una paz estable y duradera. De paso el ejecutivo y el legislativo aprovecharon la coyuntura para solucionarle la situación jurídica a cientos de agentes del Estado que cometieron delitos graves en el marco del conflicto armado interno.

La selectividad penal es utilizada como un instrumento para la justicia transicional, la verdad y la reconciliación. La combinación con la comisión de la verdad y otros mecanismos extrajudiciales, fueron utilizados exitosamente en Ruanda para impulsar la paz en el marco de un proceso de justicia transicional (Maguemat: 2013). En Colombia se dan los pasos para hacer algo similar.

Debe considerarse también que dentro de la dinámica del conflicto social, el derecho penal suele convertirse en un instrumento para descalificar a los adversarios, por medio de la criminalización, para lo cual es indispensable poseer el poder necesario para influir en las definiciones penales; sin embargo, cuando no se posee el poder suficiente para neutralizar (González Monguí: 2016) o eliminar al oponente, a fin de no volver eterno el conflicto con todos los daños que ello puede acarrear, las partes en una situación de equilibrio relativo en términos de poder, optan por negociar (Silva García: 2008). La primera parte descrita suele corresponder a la selectividad positiva, en la segunda el realismo impone una selectividad negativa.

Adicionalmente, según Pérez-Salazar (2015), en el caso colombiano resultaba en extremo difícil sostener el gasto militar requerido por el conflicto armado interno.

### **3. LA EXCLUSIÓN DEL ALCANCE PENAL O LA ATENUACIÓN O DISMINUCIÓN DEL RIGOR PENAL**

El acuerdo final de paz del gobierno con las FARC implica el establecimiento de un nuevo pacto social en que el Estado se compromete a realizar transformaciones sociales dentro del marco constitucional que tiene Colombia, con el objeto de lograr terminar el conflicto armado interno, por lo menos con ese grupo guerrillero, y la búsqueda de la paz, a través de un proceso de justicia transicional con un órgano exclusivo, la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP).

Conforme a Naciones Unidas, la justicia transicional se refiere a “toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación” (ONU: 2009, p.66). Se entiende como procesos que permiten el tránsito de un conflicto armado interno como el colombiano a un estado de paz, en palabras de Kant, el paso de un estado de naturaleza a un estado civil para “someterse a leyes públicas y a su coacción” (Kant: 1998, p. 24).

La justicia transicional, como instrumento para lograr la reconciliación y la paz (Moya Vargas: 2012), tiene unos parámetros a nivel internacional y en particular se han fijado cuatro obligaciones inderogables de los Estados, como son, las satisfacciones del derecho a la justicia, del derecho a la verdad, del derecho a la reparación de las víctimas, y la adopción de reformas institucionales y otras garantías de no repetición (Joinet: 1997). Estos son considerados los “desafíos fundamentales e ineludibles en la reconstrucción de una cultura de paz, tolerancia, respeto a la Ley y rechazo a la impunidad” (CIDH: 2004). Sin embargo, la justicia

transicional podrá ser solo un discurso retórico si el conflicto armado interno continúa con otros actores y se mantienen las mismas situaciones económicas, sociales y políticas (Cáceres Mendoza: 2013).

Este proceso se ha surtido mediante la negociación del poder legítimo del Estado que ha cedido frente a los estándares de justicia colombiana, con una organización con poder al margen de la ley estatal que ha impuesto condiciones para que sus militantes se reintegren a la vida civil. Justamente, uno de los principales problemas que enfrenta el debate sobre la justicia transicional en Colombia es la imposibilidad de conceptualizarla “sin recurrir al modelo de justicia penal al que culturalmente ya estamos acostumbrados como forma cotidiana de reacción frente al conflicto” (Gómez Jaramillo, Velandia Montes & Bayona: 2016, p. 254). El rechazo a la justicia transicional por parte de algunos sectores en Colombia se debe a la exclusión penal, a la disminución de las penas o a la utilización de mecanismos alternativos al de la prisión, lo que demuestra que el acuerdo de paz en materia de selectividad penal es producto del ejercicio del poder político.

No solamente por el origen de la normatividad sino también por el control de constitucionalidad, estos procesos de selección penal son legítimos, de lo cual depende su validez jurídica. Como lo sostiene el profesor Germán Silva García, “(...) toda intervención penal, aun sobre el delito más reprobable, supone una actividad selectiva sobre la divergencia. La cuestión radica en dilucidar qué tipo de selectividad se aplica, si ella es legítima o no” (2011b, p. 245).

Como la definición de un delito es una construcción social, también por la vía de la deconstrucción normativa se puede decidir la exclusión o la atenuación punitiva del alcance penal de conductas punibles cometidas por determinados individuos o grupos de personas, lo que conduce a la construcción de otra realidad.

En torno a los procesos de construcción social de la realidad penal, referida a la divergencia social o al control social, existe una abundante literatura que de manera crítica aborda la materia, la cual ha cuestionado los supuestos en los que se fundan las intervenciones del control penal o la manera en que son percibidas ciertas acciones calificadas como criminales (Silva García & Díaz Ortega: 2015; Velandia Montes: 2015a; 2015b; 2017; Ávila & Pérez-Salazar: 2011; Silva García: 2010; Moya Vargas: 2007; 2008; 2015; 2016; Silva García: 2003a; 2003b; 2000a; 2000b; 1998a; 1997). Ahora, de lo que se trata es de producir una ruptura con esos procesos de construcción social, para en su lugar realizar un estudio analítico de los elementos y de las consecuencias envueltas en los procesos de criminalización negativos.

### **3.1. Selección de las personas excluidas del alcance penal o que se les atenúa el rigor penal**

Al mismo tiempo que se seleccionan hechos, también se escogen los individuos o grupos sociales que en este proceso de justicia transicional no serán destinatarios de las normas penales o se les atenúa o disminuye el rigor penal.

Los destinatarios son las personas que hayan sido condenadas, procesadas o señaladas de cometer 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 el 1° de diciembre de 2016 (Ley 1820/16, art. 3). Ellos son, los miembros de un grupo armado en rebelión que haya firmado un acuerdo de paz con el Gobierno, en este caso las FARC (Ley 1820/16, art. 3); quienes hayan cometido conductas punibles en el marco de disturbios públicos o en el ejercicio de la protesta social (Ley 1820/16, art. 3); los miembros de la fuerza pública; los agentes del Estado que al momento de la comisión de la presunta conducta criminal estuvieren ejerciendo como miembros de las Corporaciones Públicas, como empleados o trabajadores del Estado o de sus Entidades Descentralizadas Territorialmente y por Servicios, que hayan participado en el diseño o ejecución de conductas delictivas, relacionadas directa o indirectamente con el conflicto armado, sin ánimo de enriquecimiento personal ilícito, o en caso de que existiera, sin ser este el determinante de la conducta delictiva (Acto Legislativo 01 de 2017, art. 17 transitorio); y los civiles que sin formar parte de las

organizaciones o grupos armados hayan contribuido de manera directa o indirecta a la comisión de delitos en el marco del conflicto, quienes podrán voluntariamente someterse a la JEP para recibir el tratamiento especial (Ley Estatutaria, art. 63, parágrafo 4).

Para la selección de las personas y los hechos que serán objeto del proceso penal, el operador de justicia de la JEP debe tener en cuenta la gravedad, representatividad de los casos, las características diferenciales de las víctimas, las características de los [presuntos] responsables y la disponibilidad probatoria (Ley Estatutaria, art. 19). Dentro del grupo de personas y hechos seleccionados, a su vez, se aplicaría a los casos más graves, otra selección dentro de los escogidos. Este proceso lo denomina la norma constitucional “priorización” dentro del enfoque de selección en general, como una facultad de la JEP a efectos del ejercicio prevalente de la acción penal.

La selección y priorización deberá realizarse sobre la base de la “transparencia” como lo ha indicado la Corte Constitucional (sentencia C-579-2013), decisión que puede ser impugnable. La investigación debe ser seria, imparcial, efectiva, cumplida en un plazo razonable y con participación de las víctimas, quienes deberán contar con asesoría especializada (Corte Constitucional, sentencia C-579-2013). Son varias las organizaciones representativas de víctimas y una importante es el Movimiento nacional de víctimas de crímenes del Estado MOVICE (Martínez Elías: 2018).

Las conductas que se pueden seleccionar como punibles para efecto de juzgamiento, son las que constituyan graves violaciones a los derechos humanos y al DIH, lo que implica la exclusión penal (selectividad penal negativa) de una amplia gama de delitos (políticos y conexos) y por tanto de sus infractores. Para ello la JEP deberá hacer el ejercicio de la “priorización” a efecto de concentrar la investigación en esas graves violaciones y en los “máximos responsables” (selección penal positiva) de todos los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio, o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática (A.L. 01 de 2017, art. 3). Los criterios de selección no constituyen criterios para imputar responsabilidad.

Los máximos responsables en la Ley Estatutaria cambiaron su denominación por “quienes tuvieron participación determinante en los hechos más graves y representativos” (art. 19). Aquí se muta lo dispuesto en la Constitución Política, al trasladar la responsabilidad penal a los ejecutores materiales, quienes serían los de la “participación determinante”, mientras que los autores mediatos (los hombres de atrás) de un aparato organizado de poder quedarían indemnes en los casos en que no se logre demostrar el acuerdo para la comisión del delito en particular.

### **3.2. Selección de los bienes jurídicos o hechos que no serán objeto de protección penal o que tendrán un amparo disminuido**

En relación con los exguerrilleros, el Estado renuncia a la protección del bien jurídico del régimen constitucional y legal (delitos políticos) y los delitos conexos, algunos contra la libertad individual, la fe pública, el patrimonio económico, la seguridad pública, entre otros, relacionados en una extensa lista (Ley 1820/16, art. 16). Uno de los aspectos que más suscita críticas es lo relativo al cultivo de plantas ilícitas, producción y tráfico de estupefacientes, con base en la gravedad que se les atribuye a estas conductas. Sobre este último punto, a más de exponer una crítica a la noción “romántica” o tradicional del delito político, como aquel guiado por fines nobles y altruistas, se ha sostenido que el tráfico de drogas puede ser conexo a la rebelión y la sedición cuando es ejecutado a fin de obtener recursos para materializar el delito fin, es decir, cuando se aplica a la financiación de las acciones contra el régimen constitucional vigente y la existencia y seguridad del Estado (Silva García: 1998b). Sentimientos similares convocaba el delito de secuestro, dada las características cruentas de muchas de sus expresiones asociadas a la guerrilla (Silva García: 2015), y por

varios contemplado como una infracción de lesa humanidad, por ende, no susceptible de un proceso de selección penal negativa como el examinado acá.

En lo que se refiere a los agentes del Estado y los civiles, la exclusión penal es también muy amplia con respecto a todos los delitos que tengan una relación directa o indirecta con el conflicto armado interno.

### 3.3. Creación y aplicación de privilegios en materia penal

Aunque teóricamente todos somos destinatarios de la ley penal y podemos caer bajo el imperio de ésta y ser juzgados por los jueces naturales cuando realizamos una conducta punible (selección penal positiva), puede introducirse en el sistema penal mecanismos de selección penal negativa que establecen privilegios para que un determinado grupo de personas pueda ser excluido de la aplicación de la ley penal, o se le exceptúe del alcance del juez natural mediante una jurisdicción especial que los juzgue o mediante amnistías, auto-amnistías, indultos o renuncia a la acción penal (González Monguí: 2013).

Por tratarse de un conjunto de procesos, la justicia transicional implica la utilización de variedad de mecanismos, uno de los cuales tiene que ver propiamente con el juzgamiento de las personas que han participado en el conflicto y para quienes se dispone *tratamientos especiales inescindibles y diferenciados* (Ley 1826 de 2016, art. 3). Sobre estos procesos, afirma el profesor Baratta (2000) que “la selectividad negativa permite también, y quizás más aún que la selectividad positiva, medir la función real del sistema de justicia punitiva para la reproducción de la realidad social”.

El tratamiento especial es “inescindible” porque no se puede separar, está unido en este caso a la justicia especial por parte de la JEP, de manera simultánea e integral (penal, disciplinaria, fiscal y administrativa) y queda por fuera de la competencia de los órganos ordinarios del Estado que de acuerdo con la legislación conocen de estos casos. Además, es “diferenciado” porque el régimen especial permite hacer una distinción para la selectividad, por el tipo de delitos y por la condición de las personas que los cometieron en el marco de ese conflicto armado interno, frente al tratamiento de las personas que han cometido delitos no relacionados con ese conflicto, a quienes se les juzga y aplica la ley penal común.

Los tratamientos especiales inescindibles y diferenciados de la normatividad para la paz se realizan a través de las siguientes medidas: i) las amnistías e indultos por los delitos políticos y conexos cometidos por el grupo armado en rebelión y “otros mecanismos especiales de extinción de responsabilidades y sanciones penales principales y accesorias” (Ley 1820/16, art. 6), condiciones que en ningún caso se entenderán como cárcel o prisión ni adopción de medidas de aseguramiento equivalentes (Ley Estatutaria, art. 129), condicionado a la dejación de armas, a contribuir a la reparación de las víctimas, a la entrega de menores de edad, puntos estos que había expuesto la Corte Constitucional como limitante (sentencia C-579-2013), y la obligación de contribuir activamente en garantizar el éxito del proceso de reincorporación a la vida civil de forma integral (Ley Estatutaria, art. 20); ii) los tratamientos penales especiales incluidos los diferenciados para agentes del Estado (Ley 1820/16, arts. 6 y 7); y iii) los tratamientos especiales para civiles.

Hoy en día existe una tendencia importante acerca de replantear el rigor de la cárcel como mecanismo de control social. El panóptico, el presidio (Garzón Cárdenas: 2017) o la prisión son formas de control del cuerpo de las personas y de su libertad de expresión, que este proceso de justicia transicional puede contribuir hacia el futuro con el régimen penal común, con una visión de penas alternativas.

Todos los procedimientos prevalecerán sobre las actuaciones de cualquier jurisdicción o procedimiento (Ley 1820/16, art. 7), y son medidas del que se ha denominado Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, (Ley 1820 de 2016, art. 6).

### 3.4. Amnistías e indultos

La palabra amnistía proviene del vocablo griego *amnestia*, que significa olvido. Cuando se concede por el legislador se perdonan y olvidan regularmente los delitos políticos. El indulto también permite la extinción de la sanción penal mediante el perdón, pero sin olvido de la conducta punible realizada. El Congreso de la República tiene la facultad general de expedir las leyes para conceder amnistías o indultos por delitos políticos (Const. Pol. art. 150-17).

Durante los siglos XIX y XX, la amnistía y el indulto han sido dos instrumentos jurídicos en la vida republicana de Colombia. Se dice que desde el año 1820 hasta el 2000 se expidieron 63 leyes de indultos y 25 de amnistías (Aguilera: 2001), entre otros por delitos políticos, cuya definición ha sido un proceso de construcción intervenido por intereses políticos y sociales (Romero Leal: 2017). Estos mecanismos no han sido tan exitosos en nuestro país para conseguir la paz, en la medida que algunos grupos se desmovilizan, pero quedan reductos o surgen otros que copan los espacios dejados por los grupos rebeldes incorporados a la vida civil.

Mediante la Ley 1820 de 2016 y en desarrollo del acuerdo final, el legislador permite al sistema judicial especial conceder la amnistía por los delitos políticos, es decir, aquellos en los cuales el sujeto pasivo de la conducta ilícita es el Estado y su régimen constitucional vigente, cuando sean ejecutados sin ánimo de lucro personal. Se refiere la ley expresamente a los delitos de rebelión, sedición, asonada, conspiración y seducción, usurpación y retención ilegal de mando, y además los extiende a los delitos que sean conexos con estos (Ley 1820/16, art. 20), es decir, que la amnistía cobija también un amplio espectro de delitos comunes.

La amnistía es un mecanismo de selección penal negativa que extingue la acción penal e impide la realización de nuevos juicios penales por los mismos hechos respecto de conductas definidas como delitos que están por juzgar (amnistía propia), o deja sin efecto el cumplimiento de la pena de quienes hayan sido condenados (amnistía impropia). El otorgamiento de la amnistía tiene como efecto la declaración de la extinción de la acción penal, de las sanciones principales y accesorias, según el caso, así como de la acción civil y de la condena indemnizatoria, por parte del funcionario judicial competente (Decreto 277 de 2017, art. 5).

También el indulto es un mecanismo de selección penal negativa que extingue las sanciones impuestas por los delitos cometidos en el marco de disturbios públicos o el ejercicio de la protesta social, siempre y cuando sean conexos con el delito político, lesiones personales con incapacidad menor a 30 días; daño en bien ajeno; perturbación en servicio de transporte público, colectivo u oficial; obstrucción a vías públicas que afecte el orden público; disparo de arma de fuego; empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos; y violencia contra servidor público; perturbación de actos oficiales; y asonada del Código Penal colombiano (Ley 1820 de 2016, art. 24).

La competencia de la JEP para juzgar y si es del caso para condenar a los exguerrilleros, queda circunscrita a los delitos que no son amnistiables. Siguiendo los lineamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las sentencias que ha proferido, la Ley 1820 estableció la prohibición expresa para conceder la amnistía o indulto en relación con las graves violaciones de derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario. La dificultad en la aplicación del régimen especial y la deducción de condenas por delitos de lesa humanidad constituye un reto para la JEP, a su vez limitada por la exigencia de que tal calificación cumpla los siguientes requisitos: un ataque generalizado o sistemático, contra la población civil y con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen (González Mongui: 2017). Sin embargo, en la normatividad a que se hace referencia sólo se estableció que el ataque fuera sistemático, no se menciona el generalizado, elemento este que es importante para la tipificación de un delito como de lesa humanidad.

Otra limitante establecida para efecto de la declaratoria de conexidad es que se trate de conductas ilícitas cometidas con ánimo de lucro personal, en beneficio propio o de un tercero (Ley 1820 de 2016, art. 8).

### 3.5. Los tratamientos penales especiales incluidos los diferenciados para agentes del Estado

En esta negociación se declaró tácitamente una especie de empate entre contendientes del conflicto, en la medida que los beneficios que se le concedieron a los guerrilleros también deben aplicarse a los agentes del Estado y a los civiles en forma equivalente, en cuanto fueron aliados del aparato estatal, de manera legal.

Para combatir a los “delincuentes” están los agentes del Estado, para quienes se reclama ventajas y si es del caso de inmunidades frente al derecho penal. Los inquisidores afirmaban “que eran inmunes porque Dios no podía permitir semejante grado de mal” (Baratta: 2000, p. 226). Continuamente se aduce la necesidad de inviolabilidades, inmunidades, fueros o disposiciones laxas, o que de cualquier forma se excluya a los agentes del Estado del alcance penal, es decir, que no se les investigue, o que no se les sancione penalmente. Y en relación con los civiles que son aliados declarados u ocultos del Estado, del régimen político o del gobernante y que hacen parte de las “*huestes del bien*”, se reclama que no sean perseguidos penalmente por sus conductas punibles, o en última instancia, que el Derecho penal sea condescendiente y benévolo. De ahí que era muy fácil concluir, con pocas voces de oposición, que la aspiración del gobierno y los legisladores ha sido que los agentes del Estado y civiles que intervinieron en el conflicto armado interno y cometieron delitos, no deben ser alcanzados penalmente y por tanto son sujetos de un tratamiento especial diferenciado.

Los tratamientos penales especiales son dirigidos, en particular, para agentes del Estado que hayan sido condenados, procesados o señalados de cometer conductas punibles por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado (Ley 1820 de 2016, art. 2). Siguiendo los parámetros internacionales, los agentes del Estado, no recibirán amnistía ni indulto, pero a cambio, tienen un tratamiento penal especial diferenciado, simétrico, equitativo, equilibrado y simultáneo de conformidad con el artículo 9 de la ley 1820 de 2016, entre ellos la renuncia a la persecución penal en desarrollo del principio de favorabilidad (Ley 1820 de 2016, art. 45). Lo anterior significa que el tratamiento para los agentes del Estado, incluidos los agentes pertenecientes a la fuerza pública, debe ser idéntico, igual, proporcional, equivalente y debe producirse al mismo tiempo que el tratamiento por amnistía e indulto por delitos políticos y conexos, lo que podría considerarse desde el punto de vista doctrinario como una auto-amnistía por delitos comunes. Considerarlo así, es uno de los riesgos de invalidez jurídica de la normatividad analizada ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos que en varios casos (Argentina, Brasil, Chile, Perú, Uruguay) así lo ha declarado (González Monguí: 2013).

Estos tratamientos conducen a la extinción de responsabilidades y sanciones penales principales y accesorias (Ley 1820 de 2016, art. 4), disciplinarias y administrativas o a la renuncia del Estado a la persecución penal que extingue la acción penal, establecidos en el acuerdo de Jurisdicción Especial para la Paz, incluidos los diferenciados para agentes del Estado (Ley 1820/16, arts. 6, 7, 44; Ley Estatutaria, art. 45).

Significa lo anterior, que este mecanismo, en similares condiciones para los exguerrilleros, no procede contra agentes del Estado cuando los delitos no tienen relación con el conflicto armado interno, o se trate de delitos de lesa humanidad, el genocidio, los graves crímenes de guerra, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma, o delitos contra el servicio, la disciplina, los intereses de la Fuerza Pública, el honor y la seguridad de la Fuerza Pública, contemplados en el Código Penal Militar (Ley Estatutaria, art. 45; Ley 1820 de 2016). En los términos antes indicados, solamente serán seleccionados para efectos punitivos las graves violaciones de derechos humanos y los

crímenes de guerra, siempre y cuando cumplan con los requisitos de sistematicidad cuando de delitos de lesa humanidad se trate.

Como requisitos para que se pueda renunciar condicionadamente al ejercicio de la acción penal se requiere que las personas y los hechos no hayan sido objeto de selección y que además, cada una de esas personas, contribuya de manera eficaz al esclarecimiento de la verdad, lo que no implica la obligación de aceptar responsabilidades; además, reparar a las víctimas y una de las formas es aportando la verdad plena; y como medida formal, que haya suscrito acta de compromiso de no repetición y de abstenerse de cometer nuevos delitos (Ley Estatutaria, art. 19, parágrafo 1; art. 20).

#### 4. CONCLUSIONES

En lo atinente a la reacción social informal, la opinión pública colombiana está dividida entre quienes apoyan el proceso de paz y los que atacan el proceso de negociación. El tratamiento diferenciado, la selectividad penal y la priorización, como mecanismos excepcionales de justicia transicional dirigidos a la exclusión penal o a la disminución del rigor penal, son aceptados y legitimados desde lo normativo, pero desde lo social existe un amplio sector que le apuesta al fracaso del proceso.

La legitimidad jurídica de la justicia transicional, como también sus límites, se fundamenta en la normatividad constitucional y los controles de constitucionalidad. Aunque el derecho es la forma jurídica que les da legalidad a los mecanismos de justicia transicional (vigencia formal), su fundamento superior (la paz) desborda el marco jurídico para trasladarse al ámbito del poder político, desde donde existen amenazas y ataques contra el proceso de paz.

La reforma constitucional permite que la guerrilla, como también los agentes del Estado y civiles que han cometido delitos dentro del marco del conflicto armado interno, tengan menos riesgo de ser procesados y condenados, y mayores posibilidades de ser excluidos del alcance penal o su situación atenuada penalmente en lo máximo posible. Y, en los casos en que se defina que debe haber condenas, se podrán aplicar sanciones extrajudiciales, penas alternativas, o modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena. En síntesis, son amplias las posibilidades de reducir el rigor penal mediante procesos de selección penal negativa.

La obtención de una paz estable y duradera, más que de la legislación, dependerá de la voluntad política de los reinsertados a la vida civil y del compromiso de paz de los agentes del Estado que han cometido delitos dentro del conflicto armado interno, como también del Estado mismo, de brindar las garantías necesarias para los exguerrilleros, para no ser perseguidos por la condición que han tenido de ilegales. También dependerá de la aceptación social y de que no tengan éxito quienes le apuestan a continuar el conflicto. En síntesis, solo el efectivo cumplimiento del pacto social garantizará la paz estable y duradera.

La aplicación de justicia producto del acuerdo final y de la normatividad regulatoria expedida, tendrá que cumplirse sobre la base de los estándares internacionales en materia de derechos humanos y DIH, bajo el riesgo de la desaprobación jurídica de la CIDH o la intervención de la Corte Penal Internacional, si llegan a aplicarse auto-amnistías a los agentes del Estado que hayan infringido gravemente los derechos humanos y el DIH, como en el caso de las denominadas ejecuciones extrajudiciales, eufemísticamente denominadas "falsos positivos".

Está por abrirse un capítulo de paz en la historia de Colombia que, de ser exitoso, significará que la violencia no será obstáculo para el reconocimiento y la implementación de los derechos fundamentales, que garanticen el bienestar y calidad de vida de los colombianos, desde una perspectiva de Estado constitucional y democrático de Derecho. Tampoco podrá ser el pretexto para no reconocerlos.

### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aguilera, M. (2001, mayo). Amnistías e indultos, siglos XIX y XX. *Revista Credencial*, (137), Biblioteca Virtual del Banco de la República, Bogotá. [www.banrepcultural.org/blaavirtual/revistas/credencial/mayo2001/137amnistias.htm](http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/revistas/credencial/mayo2001/137amnistias.htm).
- Ávila Martínez, A. & Pérez, B. (2011). *Mercados de criminalidad en Bogotá*. Taller de Edición Rocca y Corporación Arco Iris, Bogotá.
- Baratta, A. (2000). El paradigma del género. Desde la cuestión criminal a la cuestión humana, en: Saiz Arnaiz, A. et al. *Responsa Iurisperitorum Digesta*, (1) Universidad de Salamanca, Salamanca.
- Becker, H.S. (2010). *Outsiders. Sociología de la desviación*. Siglo XXI, Buenos Aires.
- Bernal Castro, C. (2015). *La investigación penal en las sociedades postindustriales. Una tensión entre el efectivismo y el garantismo penal en el sistema de enjuiciamiento penal colombiano*. Universidad Católica de Colombia, Bogotá.
- Cáceres Mendoza, E. (2013). Justicia transicional y derecho a la reparación integral. Aproximación al caso colombiano. *Novum Jus*, 2, (7), pp. 55-87.
- CIDH. (2004). *Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el proceso de desmovilización en Colombia*. Doc. OEA/Ser.LV/II.120. <http://www.cidh.org/countryrep/colombia04sp/indice.htm>.
- Corte Constitucional. (2013). Sentencia C-579 de 28 de agosto de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Bogotá, [www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-579-13.htm](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-579-13.htm).
- Corte Constitucional. (2014). Sentencia C-577 de agosto 6 de 2014, M.P. María Victoria Sáchica Méndez. Bogotá, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-577-14.htm>.
- Garzón Cárdenas, R. (2017). Adolfo León Gómez y el presidio en el primer cuarto del siglo xx en Colombia. *Novum Jus*, 1, (11), pp. 129-142.
- Gómez Jaramillo, A, Velandia Montes, R & Bayona Aristizabal, M. (2016). La política criminal en el marco del conflicto armado en Colombia, en: *Procesos legislativos y ordenamiento constitucional: abordajes teóricos*. Bogotá, Centro de Investigaciones y Altos Estudios Legislativos - CAEL, Senado de la República de Colombia. <http://190.26.211.101:8080/cael/investigaciones/publicaciones/6-procesos-legislativos-y-ordenamiento-constitucional/file>
- González Monguí, P.E. (2013). *Procesos de selección penal negativa*. Universidad Libre, Bogotá.
- González Monguí, P.E. (2014). Selectividad Penal y "Marco jurídico para la paz" en Colombia. *Verba Iuris*, (32), pp. 135-148.
- González Monguí, P.E. (2016). Justificaciones de los actores y de las víctimas en el conflicto armado interno colombiano: técnicas de neutralización, en: Fortich Navarro, M.P; González Monguí, P. E & Mazuera Ayala, P. (eds.). *Tendencias de historia del derecho y memoria histórica en Latinoamérica*. Universidad Libre, Bogotá, pp. 153-196.
- González Monguí, P. E. (2017). *Delitos contra la libertad individual y otras garantías*. Universidad Católica de Colombia, Bogotá.
- Joinet, L. (1997). *Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por el Sr. L. Joinet de conformidad con la*

resolución 1996/119 de la Subcomisión, Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, anexo II. ONU, Comisión de Derechos Humanos, 49º período de sesiones. [http://www.coljuristas.org/documentos/libros\\_e\\_informes/principios\\_sobre\\_impunidad\\_y\\_reparaciones.pdf](http://www.coljuristas.org/documentos/libros_e_informes/principios_sobre_impunidad_y_reparaciones.pdf).

Kant, I. (1998). *Sobre la paz perpetua*. 6ª ed., Tecnos, Madrid.

Kitsuse, J.I. (1962). Societal Reaction to Deviant Behavior Problems of Theory and method. *Social Problems*, (9), pp. 247-256.

Maguemati, W. (2013). Experiencias posconflicto de países africanos: justicia transicional en Ruanda. *Novum Jus*, 1, (7), pp. 31-49.

Martínez Elías, A.E. (2018). El surgimiento del movice y la teoría contemporánea de los movimientos sociales. *Novum Jus*, 1, (12), pp. 131-161.

Moya Vargas, M.F. (2007). *Los fallos penales por inasistencia alimentaria*. Universidad Santo Tomás, Bogotá.

Moya Vargas, M.F. (2008). La Transvaluación: sus posibilidades como categoría de análisis en la investigación sociojurídica. *Novum Jus*. 1, (2), pp. 33-68.

Moya Vargas, M.F. (2011). *Relaciones judiciales penales internacionales*. Universidad Santo Tomás, Bogotá.

Moya Vargas, M.F. (2012). *La verdad y el espacio procesal penal*. Universidad Católica de Colombia, Bogotá.

Moya Vargas, M.F. (2015). *Producción Probatoria de la Verdad*. Universidad Católica de Colombia, Bogotá.

Moya Vargas, M.F. (2016). Acerca del Principio de Congruencia: estudio para un análisis semiótico en el proyecto de reforma a la Ley 906 de 2004. *Pensamiento Jurídico*, (44), pp. 259-290.

Oficina Alto Comisionado para la paz. (2016). Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf>

Pérez-Salazar, B. (2011). Justicia y paz en Cundinamarca y Bogotá: balance regional de la ley de Justicia y Paz, en: *La desmovilización de los paramilitares en Colombia. Entre el escepticismo y la esperanza*. Universidad de Los Andes, Bogotá, pp. 397- 422.

Pérez-Salazar, B. (2015). La sostenibilidad de la política de paz para la terminación del conflicto armado interno en Colombia, en: AAVV. *El entramado penal, las políticas públicas y la seguridad*. Universidad Católica de Colombia, Bogotá.

Restrepo Fontalvo, J. (2014). *Criminología. Un enfoque humanístico*. 4ª ed., Temis, Bogotá.

Restrepo Fontalvo, J. (2015). *Control social, derecho y humanismo*. Leyer, Bogotá.

Romero Leal, Y del P. (2017). Delito político en Colombia en el siglo XIX. Reflexiones sobre la revolución en el juicio criminal contra José María Obando (1853-1855). *Novum Jus*, 2, (11), pp. 81-95.

Sandoval Huertas, E. (1985). *Sistema penal y criminología crítica*. Temis, Bogotá.

Schur, E.M. (1969). *Our Criminal Society; the social and legal sources of crime in America.*, Prentice-Hall, Englewood Cliffs NJ.

Silva García, G. (1985). *El proceso de paz. Un paso adelante dos pasos atrás*. FESIP y CSPP, Bogotá.

Silva García, G. (1996). La concepción sobre el crimen: un punto de partida para la exploración teórica, en: *Memorias congreso internacional. Derecho público, filosofía y sociología jurídicas: perspectivas para el*

*próximo milenio*. Universidad Externado de Colombia y Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, pp. 845-863.

Silva García, G. (1997). *¿Será justicia? Criminalidad y justicia penal en Colombia*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

Silva García, G. (1998a). El control penal sobre la sexualidad. Fundamentos, extralimitaciones y limitaciones, en: *Memorias XX jornadas internacionales de derecho penal*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 231-271.

Silva García, G. (1998b). Delito político y narcotráfico, en: *La problemática de las drogas. Mitos y realidades*. Universidad Externado de Colombia y Proyecto Enlace del Ministerio de Comunicaciones, Bogotá, pp. 65-90.

Silva García, G. (2000a). La problemática de la corrupción dentro de una perspectiva socio-jurídica. *Derecho Penal y Criminología*, XXI, (68). Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 129-143.

Silva García, G. (2000b). Una revisión del análisis económico sobre el derecho. *Economía Institucional*, (2), pp. 173-196.

Silva García, G. & Pacheco Arrieta, L. P. (2001). El crimen y la justicia en Colombia según la Misión Alesina. *Economía Institucional*, (5), pp. 185-208.

Silva García, G. (2003a). Exploración sociojurídica sobre el delito de inasistencia alimentaria, en: Cataño, G. (Coord.). *Teoría e investigación en sociología jurídica*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 323-352.

Silva García, G. (2003b). Dosificación punitiva. Igualdad y preferencias ideológicas, en: Prieto Sanjuán, R. (Coord.) *Sociología jurídica: análisis del control y del conflicto sociales*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 349-414.

Silva García, G. (2008). La teoría del conflicto. Un marco teórico necesario. *Prolegómenos*, XI, (22), pp. 29-43.

Silva García, G. (2010). Una mirada crítica al uso de la pena de prisión por los jueces. *Revista Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas*, 1, (1), pp. 59-86.

Silva García, G. (2011a). *Criminología. Construcciones sociales y novedades teóricas*. ILAE, Bogotá.

Silva García, G. (2011b). *Criminología. Teoría sociológica del Delito*. ILAE, Bogotá.

Silva García, G. (2012a). ¿La décima es la vencida? El nuevo proceso de paz con las FARC. *Nueva Época*, (39), pp. 69-82.

Silva García, G. (2012b). De la desviación a la divergencia: introducción a la teoría sociológica del delito. *Derecho y Realidad*, 2, (19), pp. 159-182.

Silva García, G. & M.F. Díaz Ortega (2015). ¿Justicia penal o justicia premial? Un análisis sociojurídico sobre la justicia penal en Colombia, en: *Reformas judiciales, prácticas sociales y legitimidad democrática en América Latina*. Universidad Nacional Autónoma de México UNAM, México D.F. pp. 109-137.

Silva García, G. (2015). Secuestro político y control penal en Colombia. *Ius Puniendi. Sistema Penal Integral*. 1, (1), pp. 569 a 582.

Tannenbaum, F. (1957). *Crime and the community*. University, New York.

Velandia Montes, R. (2015a). *La punitividad electoral en las políticas penales contemporáneas*. ILAE, T. I, Bogotá.

Velandia Montes, R. (2015b). *La punitividad electoral en las políticas penales contemporáneas*. ILAE, T. II, Bogotá.

Velandia Montes, R. (2017). *Del populismo penal a la punitividad: la política penal en Colombia en el siglo XXI*. Universidad Católica de Colombia, Bogotá.

Zaffaroni, E.R.; Alagia, A. & Slokar, A. (2002). *Derecho penal, parte general*. 2ª ed., Ediar, Buenos Aires.

Zaffaroni, E.R. (2011). *La palabra de los muertos. Conferencias de criminología cautelar*. Ediar, Buenos Aires.

### **BIODATA**

Pablo Elías GONZÁLEZ MONGUI: Abogado, especializado en Derecho Penal y Criminología, Doctor en Derecho, Ex-Vicefiscal General de la Nación, profesor en varias universidades. Docente investigador de la en el Grupo de Investigación en Conflicto y Criminalidad, al cual pertenece este trabajo como resultado de investigación.