

AGENTES DEL ESTADO Y PAZ NEGOCIADA EN COLOMBIA:

Reflexiones para la aplicación de los mecanismos de justicia transicional para agentes del estado en Colombia desde las exigencias del principio de *garantías de no repetición*

Artículo presentado para optar por el título de Magíster en Derecho

Carlos Esteban Romo Delgado

Asesor:

PhD. Gabriel Ignacio Gómez Sánchez

Universidad EAFIT

Escuela de Derecho

Maestría en Derecho

2018

RESUMEN

¿Cómo enfrentar, en el marco de un proceso transicional de paz negociada en Colombia, el legado de graves y sistemáticas violaciones de los derechos humanos, cuando sobre el actor armado responsable se predica la imposibilidad política y jurídica de desmovilización y desarme como ocurre con los Agentes del Estado? El presente artículo propone establecer la problemática respecto de la ausencia de una condición y justificación relevante y significativa para la inserción de los Agentes del Estado en los beneficios penales establecidos en el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR) en el marco de la implementación de los acuerdos de paz en Colombia. Para tal efecto, se examina, desde elementos teóricos y dogmáticos, el planteamiento adecuado de la problemática de dicha inserción, para así poder derivar del análisis posibles consecuencias que recaen, de manera necesaria, en la vinculatoriedad de exigencias de medidas o condicionamientos que, a manera compensatoria, sustituyan la desmovilización y desarme otorgando garantías de no repetición a las víctimas.

ABSTRACT

Within the frame of the Transitional Peace Process achieved in Colombia, is it possible to face the legacy of major and systematic violations against human rights, when members of the law enforcement members have no political or judicial possibilities for demobilization and disarmament? This article establishes the existing difficulties due to lack of conditions and a significant and relevant reason for the inclusion of law enforcement members in the penal benefits established on the “Comprehensive System for Truth, Justice, Reparation and Non-Repetition” (SIVJRNR by its acronym in Spanish) in the Peace Agreement implementation in Colombia. For such purpose, the difficulties of such inclusion are examined from theoretical and dogmatic elements to find possible consequences reflected upon the demand of measurements and conditions binding that, in a compensatory way, replace demobilization and disarmament and give guarantees of no-repetition to the victims.

INTRODUCCIÓN

En los diferentes procesos transicionales de superación de conflictos armados que se han desarrollado en Colombia y en el mundo, la inserción de los agentes del Estado en mecanismos de justicia transicional ha sido inexistente, si entendemos la *justicia transicional* como aquellas herramientas que pretenden buscar equilibrio entre las exigencias jurídicas y éticas de castigar a los responsables de crímenes atroces y los contextos políticos que propugnan por una paz negociada. La renuncia de la persecución penal por parte del Estado, mediante amnistías jurídicas o de facto, ha sido la regla general respecto de agentes del Estado involucrados en crímenes atroces (Tricia Olsen, Leigh Payne y Andrew Reiter, 2016).

En Colombia, luego de lograr un acuerdo de paz histórico entre el Estado colombiano y la guerrilla de las FARC-EP, se ha establecido el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR), reglamentado hasta la fecha mediante el Acto Legislativo 01 de 2017 (SIVJRNR) y la Ley 1820 de 2016 (ley de amnistía). Este sistema contempla mecanismos de justicia transicional para los agentes del Estado, tales como: la renuncia a la persecución penal o el sometimiento a un sistema de justicia especial para las graves agresiones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario. La inserción de los agentes del Estado en dichos mecanismos, los cuales tradicionalmente solo se han aplicado a los grupos subversivos, fuera de lo relevante y novedoso, trae consigo importantes reflexiones e inquietudes, máxime cuando en el conflicto armado en Colombia los agentes del Estado han sido una sistemática fuerza agresora de

los derechos humanos e infractora del Derecho Internacional Humanitario (Centro de Memoria Histórica, 2013).¹

Los mecanismos de renuncia a la persecución penal o la implementación de sistemas de justicia especiales que contemplan medidas sancionatorias alternativas a la prisión han sido siempre aplicados bajo importantes condicionamientos que logran equilibrar la tensión entre las exigencias de justicia y las exigencias de paz. El principal condicionamiento ha sido la exigencia del desarme y desmovilización de la estructura armada como una clara garantía de no repetición.

Conforme a lo anterior, vale preguntarse ¿cómo enfrentar, en el marco de un proceso transicional de paz negociada en Colombia, el legado de graves y sistemáticas violaciones de los derechos humanos, cuando sobre el actor armado responsable se predica la imposibilidad política y jurídica de desmovilización y desarme, como es el caso de los Agentes del Estado? El presente artículo pretende establecer la problemática respecto de la ausencia de una condición y justificación relevante y significativa para la inserción de los agentes del Estado en los beneficios penales establecidos en el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR) en el marco de la implementación de los acuerdos de paz en Colombia. Ante dicho escenario de ausencia de condición relevante y de imposibilidad de desmovilización y de desarme, ¿cuál es la garantía efectiva para con los derechos de las víctimas y cuál es la contribución

¹ Agentes del Estado hace referencia a persona que ejerce una labor pública o actúa en representación al Estado. Sin embargo, en el desarrollo de las negociaciones de paz entre el gobierno colombiano y las FARC-EP y de acuerdo con los aportes dados por la jurisprudencia y la doctrina, generalmente el término “agentes del Estado” se particulariza para hacer referencia a los miembros de la fuerza pública. Por lo tanto, para efectos del presente artículo, agente del Estado aludirá a miembros del Ejército, Fuerza Área, Armada, Policía Nacional y fuerzas de inteligencia.

necesaria al deber de afianzar la paz, que represente una contraprestación, de acuerdo con las exigencias de la justicia transicional en el contexto colombiano, para que los agentes del Estado puedan ser beneficiarios de medidas punitivas favorables?

Sobre las mencionadas cuestiones y problemáticas, la presente investigación pretende plantear desde elementos teóricos y dogmáticos herramientas de análisis que atiendan, en un principio, el planteamiento adecuado de la problemática de la inserción de los agentes del Estado en los beneficios punitivos en el marco jurídico colombiano, para así poder derivar del análisis posibles consecuencias que recaen de manera necesaria en la vinculatoriedad de exigencias de medidas o condicionamientos que a manera compensatoria sustituyan la desmovilización y desarme otorgando a las víctimas garantías de no repetición de los actos.

En el primer apartado, partiendo del análisis integral y dilemático de la *Justicia Transicional*, se comprenderá la necesidad de establecer condicionantes a las medidas transicionales que impliquen beneficios punitivos para las partes en contienda, teniendo como principal la condición de desarme. En el segundo apartado se analizará la inserción de los agentes del Estado en el marco transicional de una paz negociada considerando la imposibilidad de desarme y desmovilización. En el tercer apartado se analizará el marco normativo en Colombia aplicable a los agentes del Estado, junto a aproximaciones al contexto fáctico al respecto, considerando la problemática de la imposibilidad del desarme. Por último, y de conformidad con el principio de garantías de no repetición, se evidenciará la problemática relacionada con el desbalance jurídico y político respecto a la implementación de beneficios jurídicos a los agentes del Estado, y posibles orientaciones dogmáticas derivadas de dicho principio que permitan

establecer medidas que suplan la imposibilidad desarme y den garantías de no repetición a las víctimas.

1. Justicia transicional (los deberes de justicia y paz en Colombia) y régimen de condicionalidad para la implementación de beneficios punitivos

La *justicia transicional*, referida a la justicia en periodos de transformación política de una sociedad, pretende dar respuesta a la problemática sobre cómo afrontar un pasado de múltiples atrocidades para lograr una sociedad más comprometida con la democracia y la paz. Según su concepción dilemática, la *justicia transicional* es el resultado de la tensión entre las exigencias de justicia y las exigencias de paz en contextos de transición en el marco de graves violaciones de derechos humanos derivados de un conflicto armado (Orozco Abad, 2009). Los debates suscitados en el marco de experiencias de transición política han evidenciado una franca y abierta discusión entre dos posturas que generalmente y en apariencia se encuentran en pugna, y que sus alcances trascienden hacia las discusiones sobre la relación entre el derecho y la política.

Las discusiones sobre la preeminencia de las exigencias de paz o de justicia en los contextos transicionales son incluso derivadas de posturas idealistas y realistas que sobre una base académica o disciplinaria proponen que cualquier transformación política debe preceder a la consolidación de una implementación de justicia, o viceversa (Teitel, 2017). En el presente artículo se reconoce dicho debate, y sin pretender zanjar la discusión o dar preeminencia a priori a uno de los principios en pugna, se considera necesario establecer como herramienta analítica dicha

concepción dilemática para efectos de examinar un contexto de transformación política como el colombiano. El dilema *justicia y paz* inmerso en el concepto de justicia transicional se presenta no como una tensión insoluble e inevitable, sino como una relación analítica necesaria para dilucidar en la praxis escenarios en los que de manera potencial se anule total o parcialmente uno de los valores en cuestión, para que así la garantía básica de estos no pierda vigencia en los contextos transicionales de superación de conflictos.

1.1. Consideraciones políticas del carácter dilemático de la justicia transicional

Para efectos de comprender las discusiones sobre la justicia transicional, es necesario partir de la base de que entre el derecho y la política hay una relación de compleja interdependencia recíproca. Dicha calificación de interdependencia es necesaria para efectos de entender de manera totalizante, integral, con sus principales aristas, el fenómeno de la justicia transicional. Puede afirmarse que las diversas disertaciones relacionadas con este tema en un determinado contexto socio político se producen a partir de una pugna entre una concepción normativista del derecho y una concepción realista de la política (Orozco, 2009).

Según la primera, el derecho es la herramienta sustancial predominante a la hora de las transiciones políticas en una determinada sociedad que ha padecido un conflicto armado interno o una guerra civil. El cumplimiento de los pactos y obligaciones internacionales por parte de los Estados, principalmente en materia de derechos humanos, ha llevado a la idea de que los Estados tienen limitado su ejercicio de iniciativa política al adelantar soluciones negociadas a los conflictos

armados, puesto que se requiere tomar en consideración unos mínimos de justicia respecto de las víctimas.

La segunda posición afirma la primacía de la política, en tanto se afirma que el tratamiento de las necesidades políticas particulares que requiere una sociedad para conjurar un conflicto de gran envergadura se puede ver limitado por la normatividad que impone unos estándares de *justicia* que son considerados como fundamentales y por lo tanto infranqueables. En este sentido, se considera que los acuerdos políticos de transición deben tomar en cuenta exclusivamente las circunstancias sociales, políticas y económicas de la sociedad para efectos de la consecución de una paz real y efectiva sin ataduras de carácter normativo.

Ruti Teitel (2017) presenta las dos posturas como una pugna entre idealistas y realistas. Los primeros conciben la superación de las atrocidades y la consecución de la paz a partir de una noción de justicia universalista con relación al pasado, a lo que los realistas, generalmente desde posturas críticas, responden conforme a una máxima de preeminencia de las realidades de contexto político para la liberalización, o en el caso que nos concierne, la consecución de la paz. Para aquellos que dan prelación al derecho sobre la política, existen unas normas de carácter internacional que sujetan a los Estados y definitivamente limitan el ejercicio del poder de las fuerzas políticas que concurren a los escenarios de acuerdos, transición y posconflicto de una sociedad. Para estas opiniones, el poder político debe ser sometido al derecho y no viceversa. Para quienes la correlación de fuerzas políticas es considerada lo fundamental para lograr una solución pacífica de la controversia armada, consideran que las condiciones políticas, sociales y económicas se deben imponer a la hora de tomar las decisiones para la finalización del conflicto, dándole

contenido a las herramientas de justicia transicional, incluso si estas decisiones implican desconocer la normatividad aplicable.

En tanto ambos extremos constituyen enfoques parciales del fenómeno, la *Justicia transicional* requiere de los elementos propios del derecho como de la política, puesto que desde una perspectiva jurídica, estamos ante el análisis del rol del derecho en tiempos de profundos cambios políticos, y desde una visión política, estamos ante el análisis de un cambio político en el marco de una normatividad internacional y constitucional de protección a las víctimas y a la justicia restaurativa y distributiva (Gómez Sánchez, 2014). Esta conjunción entre derecho y política está implícita en todo proceso transicional, dado que este obedece a un nuevo contexto político, cuyo tratamiento conlleva necesariamente a la reforma o cambio total del orden normativo constitucional y legal. En ese sentido, el análisis exclusivamente normativo del fenómeno de la justicia transicional se enmarcaría dentro de un orden normativo estatal en potencial proceso de reforma o sustitución, lo que limitaría el análisis del fenómeno a un examen de compatibilidad entre las reformas jurídicas adoptadas por la transición política y el orden normativo constitucional que regula los procesos constituyentes y que desembocaría en su reforma parcial o total.

Orozco Abad (2009), quien si bien sostiene que la concepción de la *justicia transicional* surge por el acenso de una ética universalista de justicia, insiste en que las restricciones de contexto político imponen condicionantes que deben ser atendidas de manera necesaria para el diseño de los mecanismos y el logro del objetivo buscado por la sociedad en transición. Teniendo presente esto, se puede concluir que para un proyecto de investigación relacionado con los temas de tensión que genera el concepto de *justicia transicional* es preciso y necesario acoger como enfoque de

investigación tanto los elementos propios de la normatividad aplicable en el marco de los procesos de transiciones políticas, principalmente normas del derecho internacional, como también los elementos propios de la política, para así lograr un análisis que atienda la complejidad del concepto de manera integral.

1.2. Consideraciones jurídicas del carácter dilemático de la justicia transicional

En las últimas décadas, los imperativos jurídicos que el derecho internacional ha consolidado –dotándolos del rol de *universales*–, han implicado un aumento tanto en número como intensidad de los compromisos de los Estados en materia de derechos humanos; principalmente en relación con el deber de investigar, juzgar y sancionar las graves afectaciones a los derechos humanos. Ante este panorama, los procesos de transición política (del autoritarismo a la democracia o desde la guerra a la paz) implican un caso crítico que concentran la atención de académicos, políticos, juristas y la sociedad civil en su conjunto, puesto que requieren de relajamientos de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.

Lo anterior pone de manifiesto el surgimiento de una nueva noción de justicia que reviste de características especiales para efectos de hacer efectivo el derecho a la paz en una sociedad convulsionada por el conflicto o el autoritarismo, que independiente de sus causas políticas, determinaron la realización de múltiples y sistemáticos atentados contra los derechos humanos. Esta noción de justicia contempla la necesidad de que el restablecimiento del derecho a la paz y la democracia prospere en una sociedad sin que se eluda compromisos éticos y jurídicos de los Estados respecto a la justicia para las víctimas. En este sentido, encontramos que *la justicia*

transicional no se expresa en un marco normativo internacional, sino que se capta como un fenómeno supra jurídico y una causa eficiente para lidiar con la tensión entre el derecho de una sociedad de vivir en paz y con plenos derechos políticos democráticos y, por otro lado, salvaguardar las obligaciones tanto éticas como jurídicas que el Estado tiene con los derechos humanos.

En ese sentido, la pregunta relevante y problemática que las sociedades deben responder, de acuerdo a su contexto político y jurídico, no es sobre *qué es la justicia transicional* sino hasta donde la *justicia transicional* permite la flexibilización de los compromisos con el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho penal internacional, para lograr la transición efectiva para la realización del derecho a la paz o a los derechos políticos democráticos (Fajardo, 2016).

En este contexto jurídico la tensión inmersa en el concepto de *justicia transicional* es también evidente. Por un lado, pareciera que el derecho de las víctimas (*justicia*,) -positivizado en diferentes instrumentos internacionales, universales y regionales- se dirige hacia la exigencia de castigo en contra de los responsables de crímenes atroces; mientras que por otro lado, el derecho a la paz –positivizado igualmente en múltiples instrumentos internacionales y nacionales, como el caso colombiano- pareciera propender hacia la amnistía generalizada para efectos de exponer incentivos a los combatientes y que de esta manera se produzcan sin recelo vengativo las negociaciones y acuerdos políticos entre las partes. En ese sentido, el castigo retributivo a secas es una herramienta que afectaría el derecho a la paz, y la amnistía generalizada haría lo mismo con el derecho a la justicia. Por lo tanto, la fórmula de justicia transicional que se adopte, dependiendo

del contexto político y jurídico, necesariamente implicaría un sacrificio parcial de alguno de los dos valores.

Así, como se ha dicho, la tensión entre justicia y paz es inherente a los procesos de justicia transicional, es una situación inevitable, un dilema trágico, como lo manifiestan Uprimny y Saffon (2007). Por esto, esta tensión debe adoptarse como un enfoque analítico necesario para la formulación de las estrategias de *justicia transicional*, así como para su valoración y eventual modificación, pues el observar dicha tensión se permite reconocer el peso que tiene el contexto político en las particularidades de la negociación y así mismo limitar un eventual alcance desproporcionado de anulación de la justicia para con las víctimas derivado de la negociación.

En efecto, a largo plazo la consecución de la paz se edifica de manera estable, democrática y duradera sobre la aplicación de justicia y garantías para las víctimas, mientras que a corto plazo las restricciones políticas del entorno pueden arriesgar la consecución de la paz con ocasión de la adopción de una justicia plenamente retributiva. A esta conclusión llegan Tricia Olsen, Leigh Payne y Andrew Reiter (2016) con el denominado *enfoque del equilibrio de la justicia* mediante el cual, a partir de un análisis de eficacia respecto a los objetivos de *la justicia transicional*, consideran que un punto de equilibrio entre los extremos minimalistas y maximalistas de justicia es adecuado para efectos de resolver los requerimientos del deber de rendir cuentas sin arriesgar la transición.

Conforme a esto, es importante determinar flexibilizaciones a los requerimientos de justicia de manera balanceada con el logro del otro valor en tensión. En ese sentido las medidas de justicia

transicional que flexibilicen estándares de justicia u obligaciones internacionales deben justificarse conforme a la posibilidad de la consecución de la paz u otros derechos de las víctimas. El presupuesto teórico dilemático de la justicia transicional señala, como consecuencia de la tensión entre estos valores, que es necesario que la medida de *justicia transicional* adoptada tenga una vocación efectiva o esté directamente involucrada con la consecución de la paz, teniendo así, un grado de idoneidad para conseguir tal finalidad. De la misma manera, la medida adoptada no debe eliminar, extinguir o ignorar en absoluto los derechos de las víctimas e incluso debe confirmarlos e involucrar fórmulas de implementación afirmativas de estos derechos.

Siguiendo esta lógica, a continuación, se presentarán las medidas de favorecimiento punitivo utilizadas generalmente en los procesos de justicia transicional que pretenden flexibilizar los estándares de justicia que exigen investigación, juzgamiento y sanción a los crímenes cometidos en el marco del conflicto.

1.3. Amnistías, indultos, rebajas de penas y penas alternativas en procesos de transición.

Los procesos transicionales tienden a limitar el uso del castigo con el fin de trazar puentes de entendimiento para efectos de que la negociación política sea efectiva y pueda alcanzarse la reconciliación. La imposición del castigo ordinario privativo de la libertad en centro penitenciario, en todos los casos de superación de la guerra por vía negociada, obstaculiza y lleva al fracaso los acuerdos. Por esta razón, en el mundo se han alcanzado acuerdos de paz con el substrato jurídico de las amnistías o indultos que implican una renuncia a la persecución penal para los responsables de crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra.

Luego de arduas polémicas teórico-prácticas, derivadas de los desbalances que se evidenciaron en experiencias transicionales de finales del siglo XX en detrimento no solo de la justicia para las víctimas sino también para la estabilización permanente de la paz, la comunidad internacional y la doctrina internacional de los derechos humanos llegaron a proponer aspectos relativamente pacíficos en el marco de las flexibilizaciones de estándares de justicia, con el fin de proponer nuevas fórmulas para superar la tensión entre justicia y paz. Los aspectos relativamente pacíficos en la doctrina internacional de los derechos humanos respecto a beneficios punitivos serían los siguientes:

- *Prohibición de amnistías generales:* las amnistías generales sacrifican de manera total el derecho a la justicia y cuando su aplicación ha sido reprochada judicialmente por tribunales internacionales, principalmente la Corte Interamericana de Derechos Humanos en varios pronunciamientos, como el caso Barrios Altos contra Perú (Corte IDH, 2001) y el Caso Almonacid Arellano contra Chile (Corte IDH, 2006), relacionadas con la prohibición de autoamnistias y que podríamos denominar una primera fase de la jurisprudencia de este tribunal, y las sentencias del caso Gomes Lund y otros contra Brasil (Corte IDH, 2010) o de Gelman contra Uruguay (Corte IDH, 2011), relacionadas con las amnistías generales propiamente dichas, que podríamos considerar como una segunda fase de la Corte (Gómez Velásquez, 2016a).
- *Deber general de punición de crímenes atroces:* conforme a lo anterior, existe un deber *prima facie* de investigar, juzgar y sancionar los crímenes atroces. Dicha obligación se sustenta en múltiples instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos

pero principalmente con el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, 1998).

- *Amnistías e indultos por delitos que no sean crímenes atroces. V.gr. Homicidios de soldados en combate:* dentro de los procesos transicionales se ha aceptado de manera pacífica el otorgamiento de amnistías o indultos por crímenes no calificados como atroces (de lesa humanidad o guerra), cuando el imputado brinda garantías de no repetición y está dispuesto a ser llamado a contribuir a la verdad y reparación de las víctimas.
- *Rebajas punitivas frente a crímenes atroces si garantizan los derechos a la verdad y a la reparación:* este aspecto sube en cuanto a problematización respecto a los anteriores, sin embargo, es aceptado y se observa que una rebaja de penas es necesaria para la consecución de la paz, siempre y cuando exista garantía de verdad, reparación y no repetición de los crímenes (Congreso de la República de Colombia, Ley 975 de 2005).

Los sistemas de justicia especiales que contemplan medidas sancionatorias alternativas a la prisión en centro penitenciario para crímenes atroces, así como los criterios de selección de crímenes que permiten dirigir la atención a los máximos responsables y a los casos más graves (penas alternativas y criterios de selección), son los aspectos más problemáticos en la doctrina de derechos humanos, sobre cuya adopción y aplicación no hay un consenso general y que requieren de un juicioso análisis del contexto político así como el establecimientos de importantes condicionantes.

El debate que suscita en los procesos transicionales de superación de conflictos armados, la adopción de penas alternativas o formas especiales de cumplimiento para responsables de crímenes atroces y los criterios de selección mediante los cuales la jurisdicción especial apunta a someter a su consideración los casos más graves de afectaciones a los derechos humanos, es si estas medidas son compatibles con el marco jurídico internacional en relación con el deber de investigación, juzgamiento y sanción de los crímenes de lesa humanidad, esto es, el deber de justicia en cabeza del Estado. El panorama es aún dividido por parte de la doctrina del derecho internacional de los derechos humanos. Sin embargo, en el presente siglo se han presentado posiciones institucionales importantes que parecieran flexibilizar el imperativo de justicia en los casos de transiciones guerra y paz, siempre y cuando la ponderación de los principios, el deber de justicia y el deber de paz, quede equilibrada mediante condicionamientos afirmativos para la garantía de la paz y los otros derechos de las víctimas (verdad, reparación y no repetición).

1.4. Del régimen de condicionalidad

El régimen de condicionalidad se enmarca en que solo es factible la adopción de beneficios punitivos, incluso los criterios de selección y las penas alternativas, en procesos transicionales de guerra a la paz, siempre y cuando existan condicionantes que deriven en contribuciones efectivas a la paz, y los derechos de las víctimas, principalmente la garantía de no repetición.

En la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional, si bien no existen hasta el momento decisiones que toquen estas cuestiones, la fiscalía de este organismo se ha mostrado favorable con marcos integrales de justicia transicional, máxime cuando una sociedad que ha padecido

masivamente afectaciones a los derechos humanos soporta no solo limitaciones jurídicas, sino también fácticas para lograr someter a todos los casos en procesos judiciales y sanciones punitivas (Uprimny, Sánchez Duque, Sánchez León, 2014). En este sentido, la fiscalía ha alentado elementos alternativos a los juicios penales tradicionales que garantizan la no impunidad de los actos cometidos y que logren un resarcimiento a las víctimas.

La fiscalía ha establecido que las medidas adicionales a los procesos penales pueden jugar un papel importante para enfrentar la brecha de impunidad en aquellos casos en los cuales existe una cantidad enorme de posibles responsables (Fiscalía de la Corte Penal Internacional, 2007). De esta forma, en escrito reciente de *amicus curiae* de la fiscal de la Corte Penal Internacional sobre la jurisdicción especial para la paz, se ha establecido:

La efectividad de las penas que conllevan restricciones de libertades y derechos con arreglo a la JEP dependerá de la naturaleza y los alcances de las medidas que, combinadas, formarían una sanción y si, en las circunstancias particulares de un caso, cumplirían adecuadamente los objetivos de la pena y brindarían una reparación a las víctimas. El cumplimiento de dichos objetivos también dependerá de una implementación efectiva de las restricciones de libertades y derechos, de un sistema riguroso de verificación, y de si su operacionalización con actividades que no forman parte de la sanción, como la participación en los asuntos políticos, no frustren el objeto y fin de la pena. (Fiscalía de la Corte Penal Internacional, 2017).

Si bien no es explícita en el tema, la fiscalía comprende que el dilema justicia y paz puede ser equilibrado mediante alternativas que no supongan la desaparición del elemento de justicia y que por otro lado se reafirme los derechos de las víctimas.

Por otro lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en materia de procesos transicionales de dictadura a democracia se ha mostrado reacia a morigerar su posición irrestricta de prohibir cualquier clase de disposición que implique una amnistía por afectaciones graves a los derechos humanos o disposición alguna que afecte la proporcionalidad entre la conducta y la pena, ha realizado una proposición discursiva distinta respecto a los casos de superación de conflicto armado derivados de un acuerdo de paz, como es el caso de la Masacre de El Mozote vs. El Salvador. En el documento del voto concurrente, el cual es firmado por cinco magistrados, esta nueva proposición discursiva es especialmente evidente, pues se ha dado apertura a la adopción de penas alternativas en los procesos transicionales de paz negociada, al reconocer el deber que tienen los Estados miembros en alcanzar la paz en sus territorios, preferentemente mediante un acuerdo político (Corte IDH, 2012). Es así como en la Sede Interamericana se ha iniciado el desarrollo argumentativo en el que el deber de castigo que tienen los Estados puede ser relativizado para efectos de lograr un acuerdo pacífico a los conflictos bélicos, siendo necesario un análisis holístico que vislumbra una serie de condicionantes para otorgar legitimidad a las amnistías, criterios de selección y estándares diferenciados de las sanciones penales.

Es la Corte Constitucional en Colombia la que ha asentado en su jurisprudencia el concepto de régimen de condicionalidad para efectos de balancear la tensión de exigencias entre justicia y paz. Desde la revisión del acto legislativo 01 de 2012 (Marco jurídico para la paz), la Corte Constitucional ha reconocido medidas que flexibilicen el deber de investigar, juzgar y sancionar

tratándose de un acuerdo de paz. Sin embargo, dicho tribunal ha advertido que para no afectar el núcleo duro del deber de justicia todo tratamiento diferenciado debe estar condicionado a requisitos especiales que garanticen los derechos de las víctimas y garanticen la no repetición de los hechos. Para el caso de la revisión del acto legislativo 01 de 2012, la Corte estableció de manera concreta los siguientes requisitos: (i) la dejación de las armas; (ii) el reconocimiento de responsabilidad; (iii) la contribución al esclarecimiento de la verdad; (iv) la reparación integral a las víctimas; (v) la liberación de secuestrados; y (vi) la desvinculación de menores (Corte Constitucional de Colombia, 2013).

Así mismo, en sentencia reciente al revisar el Acto Legislativo 01 de 2017 mediante el cual se crea el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, la Corte menciona de manera explícita el concepto de *régimen de condicionalidad* refiriéndose a los requisitos necesarios para acceder a los beneficios del sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición por parte de los combatientes. En dicho pronunciamiento, la Corte reitera los requisitos esenciales establecidos en la sentencia del *Marco Jurídico para la Paz*, para el sometimiento a un trato diferenciado en materia de justicia por parte de los combatientes (Corte Constitucional de Colombia, 2017).

El presupuesto teórico dilemático de la justicia transicional señala, como consecuencia de la tensión entre estos valores, que es necesario que la medida de *justicia transicional* que se adopte tenga una vocación efectiva o esté directamente involucrada con la consecución de la paz, teniendo así, un grado de idoneidad para conseguir tal finalidad. De la misma manera, la medida adoptada no debe eliminar, extinguir o ignorar en absoluto los derechos de las víctimas e incluso debe

confirmarlos e involucrar fórmulas de implementación afirmativas de estos derechos. Con ocasión a este debate se ha establecido como un aspecto relativamente pacífico en la doctrina y la jurisprudencia, la necesidad de establecer mecanismos *condicionados* de renuncia a la persecución penal o la implementación de sistemas de justicia especiales que contemplan medidas sancionatorias alternativas a la prisión en centro penitenciario para crímenes atroces, para efectos de conseguir escenarios paz y reconciliación.

Como corolario a lo anterior, se puede afirmar que un análisis desde el presupuesto dilemático de la justicia transicional, en una sociedad que pretende superar un pasado de sistemáticas violaciones a los derechos humanos derivados de un conflicto armado, y con ocasión a un acuerdo de paz, permite adoptar medidas que flexibilizan los estándares de justicia como son los criterios de selección, formas alternativas a la prisión en cuanto al cumplimiento de las penas, siempre y cuando se establezca un régimen de condicionalidad que permita balancear la tensión entre justicia y paz, con medidas estrictas que atiendan los derechos de las víctimas y den garantías de no repetición, principalmente la dejación de las armas.

2. Inserción de los agentes del Estado en el marco transicional de una paz negociada y la imposibilidad de desarme y desmovilización

La implementación de mecanismos de justicia transicional, derivados de un conflicto armado en el que se haya establecido responsabilidad a los agentes del Estado por crímenes atroces, ha sido prácticamente inexistente en el marco de la experiencia nacional e internacional. La

renuncia de la persecución penal por parte del Estado, mediante amnistías jurídicas o de facto, ha sido la regla general en cuanto se trata de agentes del Estado involucrados en graves crímenes en el marco de la resolución de conflictos armados derivados de un acuerdo de paz. La argumentación que ha sustentado dicha tradición de auto amnistías e indultos está relacionada con los conceptos de *razón de estado*, *soberanía* y *presunción de legalidad* (Gómez Velásquez, 2016b).

Las experiencias internacionales relacionadas con un contexto de superación de conflicto armado en las que se involucren los agentes del Estado han sido marcadas por la clara complacencia de los regímenes con sus estructuras armadas. En el caso de las guerras civiles de Guatemala y el Salvador a finales del siglo pasado, encontramos que, aun existiendo importantes recomendaciones por parte de las comisiones de la verdad para el juzgamiento de algunos crímenes graves cometidos por parte de la fuerza pública, se expidieron leyes de amnistías o *punto final* con las que se negó el derecho de las víctimas a la justicia y la verdad de los hechos ocurridos.

Estas dos experiencias internacionales son por antonomasia los antecedentes claros de guerras civiles latinoamericanas que concluyeron con acuerdos de paz en los que la regla general fue la renuncia de la acción penal para los agentes del Estado. En Guatemala se llevó a cabo un conflicto armado interno durante 1960 y 1996 derivado de múltiples causas, en especial la inestabilidad política producida por el derrocamiento del coronel Jacobo Árbenz Guzmán en junio de 1954 y el ascenso al poder del coronel Carlos Castillo Armas, lo que ocasionó el levantamiento armado de sectores de la sociedad mediante la creación de ejércitos guerrilleros. Después de un sangriento conflicto que duró 36 años, en el que se produjeron múltiples y graves afectaciones a los derechos humanos de la población civil, se firmó en Ciudad de Guatemala el Acuerdo de Paz

Firme y Duradera, que puso fin al conflicto armado interno y que determinó el camino transicional hacia la paz (Benítez, Márquez, Quintero y Ortiz Ayala, 2015).

El conflicto en Guatemala dejó como resultado miles de muertos, desplazamientos, torturas y desapariciones. No obstante, en 1996 se expidió la Ley de Reconciliación Nacional, por medio de la cual se estableció la amnistía para los miembros de los grupos armados, tanto irregulares como pertenecientes a las fuerzas militares. En dicha ley se excluyeron las responsabilidades por genocidio, tortura y crímenes de lesa humanidad (Fajardo Arturo, 2016). Sin embargo, las condenas que se han logrado para agentes del Estado han sido mínimas y en su gran mayoría han sido a personal del ejército de bajo rango. Por lo tanto, la justicia transicional aplicada ha significado una afrenta ardua para muchos sectores de la sociedad guatemalteca.

En este caso, si bien en el artículo 8° de la Ley de Reconciliación Nacional se establecieron límites a la amnistía respecto a graves delitos como el genocidio, la tortura y la desaparición forzada, en la práctica los diferentes gobiernos guatemaltecos han eludido la responsabilidad en relación a los agentes del Estado involucrados en crímenes atroces y extendieron las amnistías bajo el amparo de la constitucionalidad de la Ley decretada por la Corte Constitucional de Guatemala (Gómez Sánchez, 2018).

Por su parte, en el Salvador el gobierno expidió el Decreto Legislativo N° 486, publicado el 22 de marzo de 1993, que decretó una amnistía amplia, absoluta e incondicional a favor de todas las personas que en cualquier forma hubieran participado en la comisión de delitos políticos, comunes conexos con éstos y en delitos comunes cometidos antes del 1 de enero de 1992 (Fajardo

Arturo, 2016). A pesar de las recomendaciones de la Comisión de la Verdad en el Salvador, los agentes del Estado gozaron de plena amnistía respecto a los crímenes cometidos en el marco del conflicto padecido entre los años 1980 y 1992. La amnistía acordada en el texto final de los Acuerdos de Paz de Chapultepec presenta un tratamiento distinto que implicaba juicios para los crímenes atroces, lo que resultó obstaculizado por la Ley de amnistía de 1993 decretada por el gobierno que contravino de manera expresa lo que las propias partes habían acordado.

Recientemente la Ley General de Amnistías ha sido declarada por la Corte Interamericana como incompatible con la Convención Americana en el caso de *El Mozote*, ya referido aquí, por afectar la investigación y juzgamiento de los crímenes atroces. En este caso la Corte utiliza como parámetro argumentativo, no solo la Convención, sino también el Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 y el propio acuerdo de paz que otorgan un margen amplio a la hora de establecer mecanismos transicionales alternativos para las partes en contienda.

Tipológicamente, las fórmulas de justicia transicional llevadas a cabo en Guatemala y Salvador califican en el tipo de *perdonos compensadores*, esto es, que se otorgan amnistías generales acompañadas de algunas medidas de garantías de derechos de las víctimas como la comisión de la verdad y otras de carácter reparador (Uprimny, 2006). Aunque esta tipología de justicia transicional se basa en encontrar un equilibrio entre las exigencias de la justicia y la paz, su aplicación tiene serios límites en materia de justicia toda vez que implica desconocer la obligación internacional del castigo a los crímenes atroces cometidos por las partes. En estos casos existe claramente un desbalance jurídico y axiológico entre los valores en tensión; el régimen de condicionalidad no es aplicado por lo que los beneficios punitivos son otorgados sin consideración

al importante deber de contribuciones a la paz y a los derechos de las víctimas que deben ser tenidos en cuenta por los beneficiados combatientes para que se guarde el equilibrio debido y se asegure la legitimidad jurídica y política de la fórmula de justicia transicional y en general del acuerdo de paz.

La inserción de los agentes del Estado en materia de justicia transicional resulta ser una importante apuesta para consolidar una paz estable y duradera, desde que esto no implique afectar los derechos de las víctimas. Dicha apuesta, no deja de ser objeto de críticas y de tener posiciones encontradas. En Colombia pueden identificarse tres posiciones.

Por un lado, están quienes se oponen a la aplicación de mecanismos de justicia transicional para los agentes del Estado, con el argumento de que las actuaciones de los agentes del Estado están protegidas por la soberanía territorial y la razón de Estado, y consideran que es una afectación a la moral nacional el equilibrar medidas sancionatorias, aunque sean más leves, si dichas medidas serán aplicadas también a la parte combatiente irregular. Este discurso en disputa ha sido visibilizado y liderado principalmente por el ex presidente Álvaro Uribe y su partido Centro Democrático, como también sectores sociales y económicos como la Asociación Colombiana de Oficiales en Retiro (Acore) y la Federación Nacional de Ganaderos (Fedegan) quienes se han consolidado como fuerzas opositoras en general al proceso de paz con las Farc (Gómez Sánchez, 2017).

Por otro lado, están quienes consideran que sí se deben aplicar beneficios punitivos para los agentes del Estado por razones de igualdad. El razonamiento es el siguiente: si a los grupos

irregulares se les aplica beneficios punitivos, asimismo y en pro de la igualdad, se debe otorgar beneficios a los agentes del Estado. Los mismos contemplan un argumento adicional y complementario al anterior: si quienes han actuado fuera de la ley reciben prerrogativas, con mayor razón las deberían recibir los agentes del Estado quienes han actuado dentro de la legalidad, aunque se hayan desviado (Ramírez Torres 2015).

Por último, están quienes con mayores elementos de juicio proponen atención a las problemáticas de la inserción pura y simple de los agentes del Estado en beneficios punitivos de justicia transicional, en tanto plantean que se debe evitar que esta inserción no represente la configuración de las dos objeciones tradicionales planteadas a este fenómeno: la prohibición de auto amnistías y la confianza depositada por la entrega del monopolio de la fuerza (Uprimny, Sánchez Duque y Sánchez León, 2014).

La primera posición es rebatible en tanto plantea una lógica de plena *justicia*, que desconoce el dilema de exigencias entre justicia y paz, connatural al concepto de justicia transicional; y deriva en una parcialidad bélica que propone una transición punitiva consistente en el sometimiento de una de las partes sobre la otra a partir de ciertas dádivas como reducción de penas.

La segunda posición es sostenida por sectores de doctrina que justifican la adopción de beneficios punitivos para agentes del Estado mediante el argumento de que deben aplicar beneficios penales debido a la legalidad de la actuación de la fuerza pública y por razones de igualdad. Desde una óptica de justicia transicional que pone en primer plano de consideración a

las víctimas, dicha justificación no se sostiene, toda vez que las graves violaciones de derechos humanos o afectaciones graves al DIH no pueden tener un escalafón conforme a la legalidad de origen del agresor; esto es, una víctima de tortura de un grupo armado al margen de la ley sería menos importante que una víctima por un agente de la ley. De hecho, ciertas posiciones en la doctrina internacional como la Corte Interamericana de Derechos Humanos enfatizan la mayor responsabilidad a las fuerzas del Estado por el abuso de dicho amparo de legalidad y por la traición de confianza legítima y al deber de garante que las personas le atribuyen (Corte IDH, 2005).

Se considera que los argumentos de igualdad y legalidad presentados previamente como justificaciones para la adopción de justicia transicional carecen de importancia alguna. Por lo tanto, es importante tener presente las dos objeciones que se presentan en la tercera posición: la prohibición de auto amnistías y la confianza depositada por la entrega del monopolio de la fuerza. A estas dos objeciones se le suma otra, y es que sin condición relevante que justifique los beneficios punitivos, eventualmente se pueden dar las condiciones establecidas por el artículo 17° del Estatuto de Roma que refieren a la intervención de la Corte Penal Internacional.

En el marco del sistema interamericano son inadmisibles las disposiciones de amnistías unilaterales, como también las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Corte IDH, 2001). Asimismo, los deberes de los agentes del Estado contravienen de manera clara

cualquier violación a los derechos humanos más aún cuando estos detentan el monopolio de la fuerza.

Para facilitar la comprensión y examinar la legitimidad de la inserción de los agentes del Estado en los beneficios punitivos de la justicia transicional es importante tener presente que dichos beneficios deriven de un proceso de paz democrático e incluyente, asimismo se debe tener en cuenta el propósito y el marco legítimo de actuación de la justicia transicional. De la mano de lo anterior, se debe observar cuál es la base o substrato sobre el cual se edifica la legitimidad de las medidas de amnistías, indultos, criterios de selección y penas alternativas para los grupos combatientes irregulares (guerrillas o grupos de sedición) para, si es posible, extrapolarlos al caso de los agentes del Estado en aras de observar sus posibles justificaciones, condicionamientos, proporcionalidad y viabilidad política y jurídica. Estas condiciones y justificaciones se basan, como se observó en el primer apartado, en la derivación de un acuerdo de paz, la garantía de no repetición, la verdad y la reparación a las víctimas. Es importante traer a colación que los beneficios punitivos aplicados a grupos combatientes en el marco de un proceso transicional tienen como base, además de la contribución a los derechos de las víctimas, la principal garantía de no repetición representada material y simbólicamente en la dejación de armas.

Como se observó en el primer apartado, la dejación de armas es el elemento de los regímenes condicionales que balancean la tensión entre justicia y paz, *sine qua non* para la aplicación de los beneficios punitivos, de hecho las posibilidades de restringir los imperativos de justicia son elementos importantes para que los grupos combatientes irregulares, después de un

proceso de negociación entre las partes combatientes y la sociedad civil, opten por dejar las armas y adquieran los beneficios de restricción a la persecución penal que ofrece la justicia transicional.

Precisamente los condicionamientos establecidos generalmente por las formulas equilibradas de justicia transicional generan esa adecuada restricción del deber de investigar y juzgar las violaciones de los derechos humanos en relación con grupos combatientes irregulares, puesto que las limitaciones al imperativo de justicia en materia de violaciones de derechos humanos operarían siempre y cuando el grupo alzado en armas se desmovilice, deje las armas, contribuya a la consecución de la verdad, contribuya a la reparación integral de las víctimas, libere a rehenes y desvincule a menores de edad reclutados de manera ilícita.

Lo anterior resulta claro respecto a los actores irregulares del conflicto que suscriben acuerdos de paz con el Gobierno Nacional. Es imperativo la dejación de armas y la desmovilización para asegurar una finalización del marco de hostilidades, el sometimiento a los parámetros especiales de justicia y otorgar garantías de no repetición a las víctimas. Sin embargo, el punto problemático empieza en la incorporación de los agentes del Estado.

Al contemplar la desmovilización y la dejación de las armas como la primera condición *sine qua non* para la aplicación de los beneficios penales de justicia transicional, es necesario tener en cuenta que estas medidas en su origen fueron contempladas solo para los grupos armados irregulares alzados en armas vinculados al conflicto armado, no para los agentes del Estado. No es posible, desde la concepción del Estado moderno establecer el desarme de las estructuras de seguridad y defensa, esto es, un desarme estructural de la fuerza pública en Colombia (y en

cualquier parte del mundo), es inviable, ilegítimo e inconstitucional, en razón del necesario monopolio de la fuerza del Estado, por lo que no es aceptable la exigencia del desarme como condición para la aplicación de los estándares transicionales de justicia a los agentes del Estado. En otras palabras, no es posible como medida de garantía de no repetición, de cara a las víctimas, la desmovilización de la fuerza pública.

Las medidas de beneficios punitivos para agentes del Estado no encontrarían bases axiológicas, jurídicas y políticas, si las mismas no traen como contraprestación el condicionante necesario para la garantía de no repetición y la contribución esencial a la paz, como lo es el desarme y desmovilización. De esta forma, se da un desbalance entre las exigencias derivadas de la tensión de justicia y paz, cercenando así la posibilidad de una paz estable y duradera que de manera efectiva dé garantías de paz sin lesionar los derechos de las víctimas.

3. Marco fáctico y normativo de los agentes del Estado en la justicia transicional en Colombia, la presencia o no de contraprestaciones relevantes que suplan la imposibilidad de desarme

En este apartado se busca determinar si, en el marco normativo de justicia transicional para los agentes del Estado en Colombia, existen contraprestaciones relevantes que suplan la imposibilidad de desarme, como mecanismo para ajustar el desbalance esgrimido previamente. Para empezar, es importante realizar una aproximación al contexto fáctico y normativo colombiano en el que se aplica las medidas de justicia transicional.

3.1. Aproximación al contexto fáctico colombiano para la aplicación de mecanismos de justicia transicional

La pertinencia de establecer una aproximación al contexto fáctico al cual están dirigidas las herramientas de justicia transicional en Colombia tiene que ver con las condiciones de una sociedad que apuesta por la búsqueda de la paz o la transición a la democracia; son estas últimas las que determinan la viabilidad política y jurídica de las medidas de justicia transicional. Sin desconocer las obligaciones internacionales, cada sociedad debe adoptar la fórmula de justicia transicional que se adecue mejor a sus características sociales, políticas y jurídicas, ya que cada contexto enmarca disímiles situaciones que han desatado la violación sistemática de los derechos humanos.

Lo más importante, para el caso colombiano, es la identificación del estado de cosas que se pretende superar (Uprimny, 2006). Existen las transiciones de un totalitarismo hacia una sociedad democrática o las transiciones de la guerra a la paz. En el caso colombiano lo que se pretende superar es una guerra interna, y por lo tanto la dinámica de violación de derechos humanos a concluir tiene un carácter horizontal y simétrico, es decir, que la identificación de la víctima no es tan clara como en la represión dictatorial puesto que la distancia entre victimarios y víctimas es de complejo discernimiento (Orozco, 2005). La transición en estos casos pretenderá adoptar medidas que propendan por la consecución de la paz a partir de diálogos, negociaciones, acuerdos, desarmes, reinserciones y garantías políticas posteriores. Los mandatos de consecución

de la paz le dan sustento a mecanismos de justicia transicional en contextos de guerras internas como la colombiana.

Otro elemento importante en el contexto fáctico colombiano tiene que ver con la forma de extinción del anterior estado de cosas, esto es, si la transición obedece a un *colapso* del régimen anterior u obedece a un pacto entre los sectores que estaban en disputa (Uprimny, 2006). En Colombia lo que se pretende superar es una contienda armada de más de cincuenta años mediante una negociación entre el Estado colombiano y las FARC-EP lo que derivó en un acuerdo de finalización del conflicto firmado en el teatro Colón de la ciudad Bogotá en el año 2016. Este elemento del contexto repercute en la forma como puede apuntar en mayor medida las exigencias constitucionales de la paz y la relativización o flexibilización del deber de investigar, juzgar y sancionar las violaciones de los derechos humanos.

Estos aspectos son importantes debido a que la connotación axiológica de la justicia transicional precisamente se enmarca en la tensión entre la búsqueda de la paz y los derechos de las víctimas, en particular, la justicia. Es así como el balance necesario entre los valores implica ante los beneficios de justicia una importante contribución a la paz como lo es el desarme o la desmovilización de las fuerzas agresoras o en su defecto una medida compensatoria a ello.

Respecto de las fuerzas agresoras y la degradación de la guerra se puede predicar del conflicto armado en Colombia como uno de los más sangrientos en la historia contemporánea en América Latina (Centro de Memoria Histórica, 2013). La investigación del Centro de Memoria Histórica concluye que aproximadamente 220.000 personas entre el 1º de enero de 1958 y el 31

de diciembre de 2012 murieron a causa del conflicto. Si se toma como referente el ámbito interno, los muertos equivalen a la desaparición de la población de ciudades enteras como Popayán o Sincelejo. La población civil fue la principal afectada, incluso mucho más que los combatientes, toda vez que fue estrategia de guerra de todos los grupos armados que operan en este conflicto, las lesiones letales y no letales a la población civil, entre estas, masacres, asesinatos selectivos, torturas, desapariciones forzadas, secuestros y daños de bienes civiles.

En el transcurso del conflicto armado en Colombia la fuerza pública, dentro del marco de grupos combatientes, fue una sistemática agresora de los derechos humanos e infractora del Derecho Internacional Humanitario. En el lapso de tiempo de 1980 a 2012, la fuerza pública cometió: 158 masacres, 2.339 asesinatos selectivos, 290 desapariciones forzadas (en este aspecto hay un alto sub registro) y 182 daños a bienes civiles (Centro de Memoria Histórica, 2013).

La fuerza pública en Colombia, en lo que tiene ver con el conflicto armado, configuró una estructura criminal que provocó la participación de agentes en la comisión de crímenes de lesa humanidad, así como también contribuyó en la creación, permanencia y protección de los grupos de autodefensas militares que causaron más crímenes contra la población civil que las guerrillas y el ejército juntos (Centro de Memoria Histórica, 2013).

En estos aspectos estructurales de violencia, y cuando la superación de dicho pasado de abusos se pretende superar mediante un acuerdo de paz, es importante la aplicación de mecanismos propios de la justicia transicional para efectos de consolidar la paz, garantizar derechos y desmontar las fuerzas agresoras.

Como se mencionó en el anterior apartado, es un imposible político y jurídico el desarme y desmovilización de la fuerza pública como contraprestación a los beneficios punitivos otorgados por los mecanismos de justicia transicional; entonces ¿cómo enfrentar, en el marco de un proceso transicional de paz negociada en Colombia, el legado de graves y sistemáticas violaciones de los derechos humanos, cuando sobre el actor armado responsable se predica la imposibilidad política y jurídica de desmovilización y de desarme como ocurre con los agentes del Estado en Colombia? La única forma de balancear la tensión es mediante el acceso condicionado a los beneficios punitivos, creando un régimen que exija contraprestaciones equivalentes al desarme que permitan justificar la aplicación de estos beneficios. A continuación, se analiza el marco normativo respecto a los agentes del Estado en la justicia transicional en Colombia y la presencia o no de contraprestaciones relevantes que suplan la imposibilidad de desarme.

3.2. Marco normativo de justicia transicional para los agentes del Estado en Colombia

El marco normativo vigente respecto de la justicia transicional para los agentes del Estado no surgió de manera espontánea o de manera pacífica a partir de consensos políticos. Este marco normativo, y el de la justicia transicional en general, han derivado de una intensa disputa ética y política. En los últimos años se ha presenciado en Colombia un desarrollo conceptual y normativo derivado de las pugnas y disputas de diferentes actores, institucionales o no institucionales, respecto a la conceptualización normativa de la justicia transicional, sus alcances, las formas de asumir la solución de conflicto y afrontar los reclamos de justicia y rendición de cuentas, en una

especie de campo de batalla en la que los actores pretenden en definitiva tener mayor incidencia a la hora de promulgar las normas aplicables en una sociedad en transición (Gómez Sánchez, 2014).

El acuerdo final entre el Gobierno Nacional y las FARC-EP, el cual a partir del Acto Legislativo 02 de 2017 constituye referente político y jurídico de la implementación, crea el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR), mediante el cual de manera holística y coordinada se pretende aplicar mecanismos de justicia transicional para superar el conflicto y adecuar las bases de una paz estable y duradera. El Acuerdo contempla que dicho sistema será inescindible y se aplicará de manera simultánea e integral a todos los que participaron directa e indirectamente en el conflicto armado.

Conforme lo anterior, y derivado del Acuerdo Final, los componentes del sistema operarán para todos los actores del conflicto incluyendo a los agentes del Estado, quienes tendrán, en el componente de justicia, un tratamiento diferenciado sin dejar de ser equitativo, equilibrado y simétrico a las demás partes. El carácter diferenciado hace referencia a la calidad de garante de los derechos con la que actúa el Estado a través de sus agentes por lo que se aplicaría una presunción de que el Estado ejerce de manera legítima el monopolio de las armas (Gómez Sánchez, 2014).

Mediante el Acto Legislativo 01 de 2017 se crea de manera institucional el SIVJRNR, y en específico se crea la Jurisdicción Especial Para la Paz. Esta Jurisdicción se crea de manera transitoria y conocerá de manera preferente y exclusiva las conductas cometidas antes del 16 de diciembre de 2016 relacionadas o con ocasión al conflicto armado, especialmente las graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario y/o graves violaciones a los derechos humanos.

Este mecanismo especial contempla la lógica de la justicia restauradora, que propugna por encima de todo satisfacer en la mayor medida posible los derechos de las víctimas, así como también contempla medidas retributivas con un alto grado de flexibilidad en el ejercicio del castigo.

Las medidas retributivas diseñadas en la JEP son propias de la justicia transicional y consisten en someter a los combatientes a un sistema especial que, a cambio de la desmovilización, la contribución a la verdad y la reparación de las víctimas, establezca para los crímenes más graves y máximos responsables y confesos, formas especiales de cumplimiento de las penas. En este caso las penas serían: (i) sanciones especiales a quienes en primera medida reconozcan el crimen: penas reducidas de 5 a 8 años con restricciones a la libertad y la imposición de actividades de carácter reparador; (ii) sanciones alternativas para quienes en segundo nivel reconozcan el crimen: sanciones con privación en centro penitenciario de 5 a 8 años; y (iii) sanciones ordinarias para los vencidos en juicio: sanciones con privación en centro penitenciario de 15 a 20 años.

Lo anterior significa que en el marco normativo de la justicia transicional en Colombia se acogen criterios de selección, para efectos de concentrar los esfuerzos estatales a la investigación, juzgamiento y sanción de los casos más graves y de los máximos responsables. Asimismo, la fórmula de justicia transicional adoptada en Colombia contempla formas especiales de cumplimiento de penas que para los crímenes confesos consisten en medidas restrictivas de la libertad que no representan el ingreso a centros penitenciarios, sino que se ejecutan en un territorio de dimensiones veredales.

El régimen de condicionalidad para el acceso a estos mecanismos especiales de justicia transicional, establecidos por el Acto Legislativo 01 de 2017 y reiterados por la Corte Constitucional mediante pronunciamiento de constitucionalidad en comunicado reciente, es el siguiente:

1. Dejación de armas.
2. Obligación de contribuir activamente a garantizar el éxito del proceso de reincorporación a la vida civil de forma integral.
3. Obligación de aportar verdad plena en los términos del inciso octavo del artículo transitorio 5° del artículo 1° del A.L. 01 de 2017.
4. Garantizar la no repetición y abstenerse de cometer nuevos delitos o delitos de ejecución permanente, después del primero (1°) de diciembre de 2016, en particular, conductas asociadas con cualquier eslabón de la cadena de producción de los cultivos de uso ilícito y sus derivados.
5. Contribuir a la reparación de las víctimas, y en particular a decir la verdad en relación con los procedimientos y protocolos para inventariar todo tipo de bienes y activos.
6. La desvinculación de los menores de edad.²

En el artículo 17 del Acto Legislativo pluricitado se consagra la implementación del sistema a los agentes del Estado, esto es, que también los agentes del Estado, como partícipes

² Comunicado de prensa No. 55 correspondiente a la sesión de Sala Plena de la Corte Constitucional del 14 de noviembre de 2017.

directos del conflicto, serán sometidos a la jurisdicción del Tribunal Especial para la Paz, y se contemplará sobre ellos las medidas punitivas especiales en cuanto a las penas especiales, alternativas y ordinarias ya mencionadas.

Dado el carácter condicional de las medidas, es predicable para los agentes del Estado la misma consideración que para los grupos irregulares: en virtud de la integralidad del componente de justicia con los demás elementos del sistema, la finalidad del otorgamiento de las medidas, y principalmente la finalidad de las sanciones impuestas, es garantizar los derechos de las víctimas y edificar la paz de manera estable y duradera. Por lo tanto, los agentes del Estado deben contribuir a la verdad, la reparación y las garantías de no repetición.

Ahora bien, ¿qué ocurre con la condición principal del sistema para la aplicación de los beneficios punitivos, es decir, la dejación de armas? Como se observó en el anterior apartado, la condición de desarme para las instituciones que conforman la fuerza pública en Colombia no es aplicable por fuertes razones político-jurídicas. Sin embargo, la estructura armada no puede quedar incólume ante un esfuerzo de lograr la paz y garantizar la no repetición de los hechos, máxime cuando sobre la sistematicidad de los delitos cometidos se le aplicará atenuantes punitivos que limitarían, sin justa causa, el deber de castigo que tiene el Estado para los graves crímenes de lesa humanidad y de guerra. Por tal razón, deben exigirse contraprestaciones relevantes a la imposibilidad de desarme por parte de las estructuras armadas del Estado, que sustituyan la figura del desarme como garantía de no repetición de los hechos que determinaron las graves violaciones a los derechos humanos.

No obstante, aparte de las condiciones que los beneficiarios del tratamiento especial deben cumplir individualmente, conforme al Acto Legislativo 01 de 2017, no existe contraprestación alguna que se exija sobre la estructura armada institucional en el marco normativo de justicia transicional vigente en Colombia.

Otra norma importante –que no ha perdido vigencia a pesar de estar en desuso- es la relacionada con el denominado Marco jurídico para la paz, Acto Legislativo 01 de 2012; mediante el cual se establece un marco normativo a nivel constitucional que brinda herramientas excepcionales de justicia transicional que pretendieron en su momento facilitar la terminación del conflicto armado interno y propender por el logro de una paz estable y duradera. Dentro de los mecanismos de justicia transicional contenidos en el Acto Legislativo encontramos los siguientes:

a) la creación de criterios de selección o priorización que permiten centrar los esfuerzos institucionales en los máximos responsables de crímenes de guerra, lesa humanidad o genocidio cometidos de manera sistemática; b) la renuncia condicionada de la persecución penal; c) la suspensión de la pena, la aplicación de penas alternativas, de sanciones extrajudiciales y modalidades especiales de cumplimiento. Al igual que la normatividad de implementación derivada del acuerdo de paz entre el Estado colombiano y las FARC-EP, el marco jurídico para la paz también condiciona la aplicación de los mecanismos que otorgan beneficios para las estructuras armadas y sus combatientes. Para el marco jurídico para la paz el régimen de condicionalidad es el siguiente:

1. Debe existir una dejación de las armas y una desmovilización en el marco de un acuerdo de paz o mediante la desmovilización individual.
2. El grupo armado tiene que haber sido parte del conflicto armado interno.

3. El grupo armado deberá contribuir de manera real y efectiva al esclarecimiento de la verdad, la reparación de las víctimas, la liberación de los secuestrados y la desvinculación de todos los menores de edad.
4. Se deberá investigar y juzgar toda grave violación de los derechos humanos que sean constitutivas de delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática, e imputarlas a sus máximos responsables.

Asimismo, el Marco jurídico para la paz abre la posibilidad de que los mecanismos de justicia transicional sean aplicables para los agentes del Estado en relación con su participación en el conflicto armado. El Artículo 1° establece que la Constitución Política tendrá un nuevo Artículo transitorio 66, el cual establece, entre otras cosas, que *“una ley estatutaria podrá autorizar que, en el marco de un acuerdo de paz, se dé un tratamiento diferenciado para los distintos grupos armados al margen de la ley que hayan sido parte en el conflicto armado interno y también para los agentes del Estado, en relación con su participación en el mismo”*.

De aquello se infiere que el Congreso de la República, aunque de manera diferenciada, podrá establecer criterios de selección y priorización que permitan concentrar el esfuerzo institucional tan solo en los máximos responsables de crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra, cometidos de manera sistemática por parte de agentes del Estado. Además, podrá ejercer una renuncia condicionada de la persecución penal para estos casos e incluso podrá aplicar penas alternativas, sanciones extrajudiciales y formas especiales de cumplimiento para quienes hayan sido condenados en procesos penales.

Las condiciones establecidas por el Acto Legislativo para la aplicación de estos beneficios punitivos a los agentes del Estado no operan con la misma lógica que con los grupos irregulares alzados en armas por la razón anteriormente mencionada (no es posible desde la concepción del Estado moderno establecer el desarme de las estructuras de seguridad y defensa). Por tal motivo, una posible interpretación nos conlleva a establecer que los condicionamientos del Acto Legislativo solo están establecidos para los grupos irregulares. Esta interpretación traería como consecuencia una evidente limitación al elemento de justicia, ya que se estaría renunciando al juzgamiento, investigación y sanción de los agentes del Estado responsables de violaciones a los derechos humanos sin ninguna clase de justificación constitucional.

Conforme a lo anterior, se ha establecido que en el ordenamiento jurídico colombiano y en las normas de justicia transicional vigentes, no existe condicionamientos semejantes a la dejación de armas para la fuerza pública como estructura armada partícipe del conflicto y perpetradora de graves crímenes atroces.

4. Relación del principio de garantías de no repetición y el régimen transicional de justicia para agentes del Estado en Colombia desde la perspectiva de la problemática y la perspectiva de las consecuencias

A lo largo del presente artículo se ha discernido sobre la imposibilidad de desarme de los agentes del Estado, siendo el desarme el requisito indispensable para efectos de propulsar beneficios punitivos a nivel estructural en el marco de la justicia transicional. Asimismo, se ha

evidenciado cómo en el escenario transicional en Colombia no existen medidas condicionantes que suplan el desarme y aseguren la no repetición a las víctimas de violaciones cometidas por los agentes del Estado.

El principio de garantías de no repetición, que parte de los parámetros de justicia y es reconocido como un derecho de las víctimas, permite evidenciar cómo la problemática referida en el presente artículo representa un desbalance significativo respecto a las exigencias derivadas de la tensión entre justicia y paz. Igualmente, el principio de garantías de no repetición, en su dogmática, otorga importantes elementos que permiten establecer los posibles mecanismos que funjan como condicionantes equivalentes al desarme que aseguren la vigencia de dicho principio.

Este principio, así como los demás principios y derechos de las víctimas, fue desarrollado originariamente por la doctrina del derecho internacional de los derechos humanos y ubicado dentro del denominado *soft law*, revistiendo una progresiva importancia jurídica por la generalizada adopción de éste en las decisiones jurisdiccionales internacionales y locales. En el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional se ha establecido que las *garantías de no repetición* están integradas por todas las acciones dirigidas a impedir que vuelvan a realizarse conductas que afectaron a las víctimas, las cuales deben ser adecuadas a la naturaleza y magnitud de la ofensa (Corte Constitucional de Colombia, 2013).

A continuación y conforme a lo anterior, se presentarán dos perspectivas aplicadas de este principio, la primera (i) permitirá la clarificación de la problemática planteada puesto que la exigencia, utilizada de manera sectoria, para la aplicación de beneficios punitivos, de desarme y

desmovilización del grupo agresor, es un mecanismo derivado del principio de garantías de no repetición entendiendo a éste como la herramienta que tiene como función que los hechos que determinaron las violaciones a los derechos humanos no vuelvan a suceder; y (ii) el mismo principio contiene en su dogmática, orientaciones importantes para efectos de establecer unas condiciones relevantes y significativas para que el agresor que no entregará las armas garantice la no repetición de los hechos determinadores de violaciones a la población civil y ajustar así el desequilibrio planteado para con las víctimas del Estado y en general para con la sociedad colombiana.

a. El principio de *garantías de no repetición* desde la perspectiva de la problemática

La imposibilidad de desarme de los agentes del Estado y la ausencia de contraprestaciones equivalentes o semejantes no aseguran las garantías de no repetición necesarias para efectos de edificar un marco efectivo de protección integral a las víctimas y asentar bases para la convivencia pacífica en Colombia. La ausencia de una condición y justificación relevante y significativa para la inserción de los agentes del Estado en los beneficios penales, que sea equivalente a la desmovilización de las guerrillas, significa un desconocimiento al principio de garantías de no repetición puesto que la desmovilización, inmersa en el régimen de condicionalidad, está asociada directamente con el principio.

La desmovilización y desarme de las estructuras militares que afectaron a miles de víctimas constituye la herramienta genuina de garantías de no repetición, toda vez que el actor beligerante pierde, de manera potencial, su capacidad agresora. Por esta razón, para efectos de compensar el

otorgamiento de beneficios punitivos para la garantía de la paz y la convivencia pacífica, el principal instrumento de equilibrio para los actores en conflicto es el desmonte de las estructuras agresoras mediante el desarme y la desmovilización. Siendo los beneficios punitivos un incentivo determinante para efectos que el actor armado desmonte su estructura agresora, ¿qué ocurre con los agentes del Estado a los cuales se les otorga los beneficios sin exigencia de no repetición como lo es el desarme?

Es así como desde el principio de las *garantías de no repetición* se evidencia un desbalance en detrimento, no solo en el derecho de las víctimas, sino también del aseguramiento de la paz y la reconciliación democrática. El no contar con medidas que exijan la garantía de no repetición pone en grave dificultad la legitimidad de la inserción de los agentes del Estado en la justicia transicional, dicha situación corre el riesgo de identificarse con la autoamnistía, prohibida por el derecho internacional (Corte IDH, 2001), y de desconocer las obligaciones especiales que los agentes del Estado tienen frente a los derechos humanos además de eludir sin justificación el deber de juzgamiento y sanción de los delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra establecido por el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Sumado a lo anterior, en el marco del contenido de la obligación del principio de garantías de no repetición se encuentra el reconocimiento a nivel interno de los derechos y ofrecimiento de los mismos con garantías de igualdad (Corte Constitucional de Colombia, 2013), esto es, que las medidas de garantías de no repetición sean aplicadas de manera igualitarias a todas las víctimas del conflicto. La exigencia de un plano igualitario para la aplicación de medidas de no repetición muestra un escenario lesivo desde un plano ético-jurídico para con un sector de las víctimas en

Colombia: el hecho de que un actor armado, como es la fuerza pública, responsable de graves y sistemáticas violaciones a los derechos humanos, se vea beneficiado penalmente en el marco de un proceso transicional de paz, mientras se predique la imposibilidad de exigir su desarme o desmovilización a diferencia del grupo irregular contendor, sugiere y significa tratamientos diferenciados a sujetos víctimas de igual o similar afectación a los derechos humanos, en los planos normativo y fáctico, en cuanto a que solo un sector de éstas tendrá como derecho el desarme de su agresor.

En este sentido, la inserción de los agentes del Estado en los beneficios penales de la justicia especial para la paz en Colombia representa un desbalance injustificado en la tensión de *justicia y paz*, en la medida que los beneficios punitivos se otorgan sin condición alguna que justifique la flexibilización de la obligación jurídica y ética de investigar, juzgar y sancionar de manera proporcional los crímenes atroces en el marco del conflicto; e igualmente representa un trato discriminatorio a sujetos víctimas de igual o similar caracterización puesto que un sector de éstas tendrá como garantía la desmovilización y desarme de su agresor (los grupos subversivos) a diferencia de otro sector que no tendrá dicha garantía (agentes del Estado).

b. El principio de *garantías de no repetición* desde la perspectiva de las consecuencias

Ante la imposibilidad de desarme de los agentes del Estado, cabe preguntarse si existen medidas supletorias que garanticen la no repetición de los crímenes y se justifique así la inserción de éstos en las medidas de justicia transicional en Colombia.

En la doctrina internacional el principio de garantías de no repetición se refiere a ciertos parámetros y orientaciones que se deben tener en cuenta a la hora de diseñar, en cada caso concreto, las herramientas propias para superar el conflicto, estabilizar la paz sin perjuicio de los derechos de las víctimas (Fajardo Arturo, 2016). Para el caso que nos concierne, la doctrina internacional del principio de garantías de no repetición establece ciertos parámetros que se muestran como modelos susceptibles de modulación a nivel interno para garantizar el cumplimiento del principio.

El principal instrumento internacional para la justicia transicional y que estableció pautas para el desarrollo del principio de garantías de no repetición es el denominado *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad* (Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 2005), en el que se recogen los principios derivados del informe presentado ante la Organización de Naciones Unidas por M. Joinet (*Conjunto de principios para la lucha contra la impunidad*) y el informe presentado por Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizarlos.

Según estos principios, las garantías de no repetición de las vulneraciones graves de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario son de tres clases: (i) medidas encaminadas a disolver los grupos armados paraestatales; (ii) medidas de derogación de las disposiciones de excepción, legislativas o de otra índole que favorezcan las violaciones; y (iii) medidas administrativas o de otra índole que deben adoptarse frente a agentes del Estado implicados en las violaciones. Sobre el particular, el documento *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*

expedido por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Resolución del 16 de diciembre de 2005, establece, en el principio 23, una serie de garantías de no repetición y prevención, entre las que se destacan (i) reducción de la jurisdicción de los tribunales militares, (ii) fortalecimiento de la independencia de la rama judicial, (iii) el fortalecimiento de la educación y capacitación de todos los sectores sociales en materia de derechos humanos y (iv) la revisión y anulación de leyes que permitan o contribuyan a la violación de los derechos (Botero y Restrepo, 2005).

Por consiguiente, el principio de garantías de no repetición, en su desarrollo doctrinario, otorga directrices que de manera tácita reconocen que para la comisión sistemática de crímenes atroces existieron factores estructurales que la posibilitaron. En ese sentido, las orientaciones dogmáticas del principio sugieren la erradicación estricta de los factores estructurales que contribuyeron a la catástrofe humanitaria promovida y provocada por los agentes del Estado en el marco del conflicto armado. Al leer los mecanismos planteados en los documentos internacionales citados previamente, se observa que, si bien no es posible desmontar la estructura armada de los agentes del Estado, es necesario neutralizar los factores estructurales que contribuyeron a que estas instituciones cometieran los innumerables crímenes atroces documentados en el conflicto. Esto a la vez de dar garantías de no repetición a las víctimas y a la sociedad en general también justiciaría y otorgaría legitimidad a la inserción de los agentes del Estado en el marco de la justicia transicional que contempla beneficios penales para sus altos mandos.

La Corte Constitucional ha reconocido la exigencia del desmonte de la estructura agresora como componente esencial del principio de garantías de no repetición. En sentencia T-370 de 2013 este alto tribunal, al revisar la conceptualización del derecho de las víctimas, estima que es

necesario para efectos de lograr edificar la no repetición de los hechos, establecer medidas que garanticen que las organizaciones que perpetraron crímenes investigados sean desmontadas y las estructuras que permitieron su comisión sean removidas (Corte Constitucional de Colombia, 2013).

En ese contexto, es posible pensar en mecanismos derivados del principio de garantías de no repetición dirigidos al desmonte de los factores estructurales que posibilitaron la comisión de gravedad violaciones a los derechos humanos por parte de agentes del Estado, mecanismos que funjan como elementos supletorios al desarme exigido a las guerrillas, que logren los mismos objetivos, esto es, el avance hacia la paz y la garantía a la víctima de que los sucesos no ocurrirán de nuevo.

A continuación se exponen algunas medidas que conforme a la dogmática del principio de garantías de no repetición y el contexto socio-jurídico en Colombia permitirían desmontar el aparato criminal inmerso en la fuerza pública y que se consideran necesarias de adoptar para que los beneficios penales otorgados a la fuerza pública en el marco de su inserción a la Justicia Especial para la Paz, tengan un asidero ético y constitucional suficiente para no desembocar en una autoamnistía condenada a ser eventualmente anulada con ocasión al escrutinio de las cortes regionales o universales de derechos humanos y la intervención de la Corte Penal Internacional:

Aceptaciones a nivel institucional de la responsabilidad en la comisión sistemática de crímenes que se han documentado en el marco del conflicto armado

Es importante establecer como primera condición para la aplicación de beneficios penales a los agentes del Estado, el reconocimiento de responsabilidades institucionales de los múltiples y sistemáticos crímenes cometidos en el transcurso del conflicto. La noción de *manzanas podridas* aludidas por los altos mandos no se compadece con la magnitud de los crímenes, sus patrones y sus víctimas. De acuerdo al informe de Human Rights Watch “*El Rol de los Altos Mandos en Falsos Positivos*” (2015), el lamentable episodio de los *falsos positivos* no fue obra de unas cuantas *manzanas podridas*, por lo contrario, existen patrones sistemáticos relacionados con las ordenes operacionales que propiciaron los crímenes, asimismo los traslados de tropas, las recompensas, premios, ascensos y la ausencia de control previo, durante y posterior a los hechos, entre otras situaciones que ponen en evidencia la responsabilidad a nivel estructural de los crímenes. Por lo tanto, es importante establecer como condición para el acceso a los beneficios penales el reconocimiento institucional de los crímenes cometidos, toda vez que la justicia transicional se crea para dar respuesta a múltiples y graves crímenes en el marco de conflicto, en tanto si fueran solo *manzanas podridas* simplemente serían juzgadas por la justicia ordinaria. El punto de partida para la aplicación del sistema de justicia transicional para los agentes del Estado debe ser la aceptación y el reconocimiento estructural de los graves crímenes cometidos de manera seria, en escenarios públicos y bajo el compromiso de depuración de la institución.

Reducción del fuero penal militar y el control civil de las fuerzas militares, de seguridad y de los servicios de inteligencia.

Un factor que ha hecho posible las violaciones masivas de los derechos humanos por parte de los *Agentes del Estado* ha sido la falta de controles civiles y la ampliación del fuero penal

militar³. La ampliación del fuero penal militar ha blindado a las fuerzas militares frente a los mecanismos civiles de rendición de cuentas, lo que ha asegurado la impunidad de los graves crímenes cometidos en el transcurso del conflicto. En ese sentido, se deben neutralizar las tendencias amplificadoras del fuero estableciendo, a nivel constitucional, la conexidad de la reducción del fuero con la garantía de la paz en Colombia. La concepción del fuero penal militar no puede estar al vaivén de los gobiernos de turno, en el marco de la justicia transicional las fuerzas militares deben estar abiertas al escrutinio civil y se deben fortalecer los mecanismos de control y denuncia de todas las fuerzas armadas y seguridad del Estado.

Depuración interna de las fuerzas armadas

El principio de garantías de no repetición, en su desarrollo doctrinario, principalmente en los Principios Joinet (Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 2005), establece que se deben adoptar medidas administrativas o de otra índole frente a agentes del Estado implicados en violaciones a derechos humanos. Es plausible y necesario en Colombia la depuración interna de las fuerzas armadas como garantía de no repetición y condicionante para la inserción de estos agentes del Estado en los mecanismos de justicia transicional, por lo que es preciso cesar las promociones de miembros involucrados en investigaciones disciplinarias o penales relacionadas con violaciones a derechos humanos. Asimismo, debe operar las

³ El Acto Legislativo 02 de 2012 pretendió ampliar el alcance del fuero penal militar precisamente a raíz de los escándalos de los *falsos positivos*, siendo declarado inexecutable por la Corte Constitucional (Gómez Velásquez, 2016b). En el año 2015 mediante acto legislativo se realizó reforma al tema estableciendo como único parámetro de juicio el Derecho Internacional Humanitario dejando a un lado el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

destituciones de los agentes determinadores o máximos responsables de los crímenes cometidos aplicando la lógica de la *responsabilidad de mando* establecida por el artículo 28° del Estatuto de Roma.

Transformación de la doctrina militar: de la seguridad nacional (enemigo interno) a la seguridad ciudadana con garantía de derechos

Es necesario y determinante para la garantía de no repetición reestructurar la doctrina militar desde las orillas de la lógica de *la seguridad nacional o seguridad pública*, en la que está anquilosada, hacia una doctrina de seguridad ciudadana en la que los derechos humanos de la población en general, sin sesgos y ambigüedades, sea el baluarte por proteger⁴. Es necesario fortalecer los mecanismos de capacitación interna en las fuerzas armadas respecto a los derechos humanos, asimismo la doctrina militar, entendida como el conjunto de conceptos básicos, principios generales, procesos y normas de comportamiento que sistematizan y coordinan las actividades de las fuerzas armadas, debe ser permeada por el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y la garantía de la paz.

⁴ “La Doctrina de la Seguridad Nacional (DSN) fue una ideología desde la cual Estados Unidos, después de la Segunda Guerra Mundial, consolidó su dominación sobre los países de América Latina, enfrentó la Guerra Fría, fijó tareas específicas a las fuerzas armadas y estimuló un pensamiento político de derecha en los países de la región. Como ideología, reconoció sus orígenes en una visión bipolar del mundo desde la que, supuestamente, Occidente, liderado por los Estados Unidos, representaba el bien, la civilización, la democracia y el progreso; mientras que la entonces Unión Soviética estaba al frente del mal, el atraso y la dictadura” (Velásquez Rivera, 2002,p.11)

Prohibición de creación o apoyo de grupos paramilitares

En múltiples pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha condenado al Estado colombiano por graves crímenes cometidos por los grupos de autodefensas con la colaboración, aquiescencia, anuencia o al menos la omisión del Estado. Asimismo, en instancias interamericanas se ha responsabilizado al Estado por la creación y fortalecimiento de grupos paramilitares autores de múltiples violaciones de derechos humanos (Corte IDH, 2004)⁵. Los grupos paramilitares han sido reconocidos como la principal fuerza agresora en contra de la población civil, de acuerdo con el informe del Centro de Memoria Histórica (2013). Por estas razones y acogiendo el *Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, en el que se establece como garantía de no repetición *medidas encaminadas a disolver los grupos armados paraestatales*, es necesario la apuesta del Estado por el desmantelamiento de los grupos paramilitares y la prohibición estricta de creación de grupos civiles de seguridad. Es importante resaltar que el Estado colombiano ya ha dado pasos del presente requerimiento al expedir el Acto legislativo 05 de 2017, mediante el cual se establece como garantía de no repetición la prohibición de la creación o apoyo de grupos paramilitares.

⁵ Desde la década de los sesenta el Estado colombiano ha expedido sendos cuerpos normativos que han autorizado y promovido la creación de grupos civiles armados. El 24 de diciembre de 1965 se emitió en Estado de sitio el decreto 3398 que posteriormente se convirtió en legislación permanente mediante Ley 48 de 1968. Los artículos 25 y 33 de esta legislación dieron fundamento legal a la creación de los grupos paramilitares.

Eliminación del servicio militar obligatorio

El servicio militar obligatorio en Colombia ha desplegado una agresiva afrenta en contra de los jóvenes de los hogares más vulnerables del país y ha contribuido a construir una conciencia de militarización en la sociedad, lo que ha repercutido en las violaciones a los derechos humanos. El servicio militar obligatorio, en esencia, es el equivalente al reclutamiento forzado para los grupos rebeldes, y a partir del mismo se han dado múltiples irregularidades en los dispositivos de ejecución del reclutamiento, como lo han sido las denominadas *batidas* o detenciones arbitrarias llevadas a cabo por el Ejército, además evoca a sentimientos nacionalistas anacrónicos por medio de los cuales el Estado se beneficia de la adquisición de mano de obra barata para la guerra. Por último, esta figura ha significado un dispositivo de guerra en contra los hogares más vulnerables en Colombia, toda vez que el diseño institucional del mismo permite que las familias con altos ingresos eludan el reclutamiento de sus jóvenes.

Por estas razones, es importante, en el marco de la inserción de la fuerza pública en los beneficios penales de la justicia transicional, la eliminación del servicio militar obligatorio, el cual puede ser remplazado por actividades de carácter social que fortalezca los lazos sociales de las comunidades y contribuyan a la construcción de la paz.

Las seis medidas expuestas representan los condicionantes necesarios, a partir de la consideración del principio de garantías de no repetición, para efectos de justificar la inserción de

los agentes del Estado en los mecanismos acordados en las mesas de negociación. Solo de esta forma es posible superar la problemática planteada respecto al desbalance injustificado en la tensión de *justicia y paz*, y el trato discriminatorio padecido por las víctimas de crímenes de estos agentes, que no tendrán como garantía de sus derechos el desarme de su agresor.

El talante de la exigencia de estas medidas debe ser de carácter vinculante y no facultativo, toda vez que el substrato jurídico por medio del cual se establecen dichos requerimientos son las obligaciones constitucionales y los deberes de responsabilidad de los Estados para la salvaguarda de la paz sin afectar el deber de juzgar, investigar y sancionar a los responsables de crímenes atroces. Como se ha dicho, el equilibrio entre estas exigencias se encuentra en la aplicación de estrictas medidas de garantías de no repetición, como lo es para los grupos rebeldes el desarme y la desmovilización de sus estructuras militares, y que para el caso de los agentes del Estado sería la neutralización de los factores estructurales que permitieron las graves violaciones a los derechos humanos. El no atender dichas medidas representaría un desbalance injustificado al principio de justicia lo que podría equipararse con las autoamnistías, prohibidas por el derecho internacional (Corte IDH, 2001). Además, dicho desconocimiento, puede evocar el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad del artículo 17° del Estatuto de Roma para la intervención de la Corte Penal Internacional en los casos que involucran agentes del Estado, y, por último, la no aplicación de estas medidas representaría un trato discriminatorio hacia un sector de las víctimas al encontrar que la estructura victimaria mantiene su potencia agresora.

CONCLUSIONES

- La tensión entre justicia y paz, al ser inherente a los procesos transicionales, debe adoptarse como un enfoque analítico necesario para la formulación de las estrategias de *justicia transicional*, así como para su valoración y eventual modificación, pues el observar dicha tensión se permite reconocer el peso que tiene el contexto político en las particularidades de la negociación y así mismo limitar un eventual alcance desproporcionado de anulación de la justicia para con las víctimas derivado de la negociación.
- Se puede afirmar que un análisis desde el presupuesto dilemático de la justicia transicional, en una sociedad que pretende superar un pasado de sistemáticas violaciones a los derechos humanos derivados de un conflicto armado, y con ocasión a un acuerdo de paz, permite adoptar medidas que flexibilizan los estándares de justicia como son los criterios de selección, formas alternativas a la prisión en cuanto al cumplimiento de las penas, siempre y cuando se establezca un régimen de condicionalidad que permita balancear la tensión entre justicia y paz, con medidas estrictas que atiendan los derechos de las víctimas y den garantías de no repetición, principalmente la dejación de las armas.
- La inclusión de los agentes del Estado (a quienes por razones jurídicas y políticas no se les puede exigir el desarme y la desmovilización de sus estructuras) en mecanismos de *justicia transicional*, representa un desbalance entre las exigencias de justicia y paz y carece de sustento axiológico y jurídico cuando dicha inclusión no trae, como contraprestación, condicionantes equiparables al desarme exigido a los grupos subversivos, que garanticen la no repetición de los crímenes y representen una contribución esencial a la paz. Además, dicha inclusión genera tratamientos diferenciados a sujetos víctimas de igual o similar afectación a los derechos humanos, en cuanto a que solo un sector de éstas tendrá como derecho el desarme de su agresor. De esta forma, se da un desbalance entre las exigencias

derivadas de la tensión de justicia y paz, cercenando así la posibilidad de una paz estable y duradera que de manera efectiva de garantías de paz sin lesionar los derechos de las víctimas.

- El Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR) establecido en El Acuerdo Final entre el Gobierno Nacional y las FARC-EP, reglamentado hasta la fecha mediante el Acto Legislativo 01 de 2017 (SIVJRNR) y la Ley 1820 de 2016 (ley de amnistía), contempla figuras de amnistías y tratamientos especiales de justicia para los agentes del Estado, pero no cuenta con condicionamientos semejantes a la dejación de armas que es exigida a las guerrillas, aunque la fuerza pública se reconoce como estructura armada partícipe del conflicto y perpetradora de graves crímenes atroces.
- Desde el principio de *garantías de no repetición* se evidencia un desbalance en detrimento, no solo en el derecho de las víctimas, sino también del aseguramiento de la paz y la reconciliación democrática. El no contar con medidas que exijan la garantía de no repetición pone en grave dificultad la legitimidad de la inserción de los agentes del Estado en la justicia transicional, dicha situación corre el riesgo de identificarse con la autoamnistía, prohibida por el derecho internacional (Corte IDH, 2001), y de desconocer las obligaciones especiales que los agentes del Estado tienen frente a los derechos humanos.
- Las orientaciones dogmáticas del principio de *garantías de no repetición* sugieren la erradicación estricta de los factores estructurales que contribuyeron a la catástrofe humanitaria promovida y provocada por los agentes del Estado en el marco del conflicto armado, por lo que se puede concluir que si bien no es posible desmontar la estructura armada de los agentes del Estado, es necesario neutralizar los factores estructurales que

contribuyeron a que estas instituciones cometieran los innumerables crímenes atroces documentados en el conflicto.

- En el presente artículo se sugieren algunas medidas que conforme a la dogmática del principio de garantías de no repetición y el contexto socio-jurídico en Colombia permitirían desmontar el aparato criminal inmerso en la fuerza pública y que se consideran necesarias de adoptar para que los beneficios penales otorgados a la fuerza pública en el marco de su inserción a la Justicia Especial para la Paz, tengan un asidero ético y constitucional suficiente para no desembocar en una autoamnistía condenada a ser eventualmente anulada con ocasión al escrutinio de las cortes regionales o universales de derechos humanos o una eventual intervención de la Corte Penal Internacional: (i) Aceptaciones a nivel institucional de la responsabilidad en la comisión sistemática de crímenes que se han documentado en el marco del conflicto armado, (ii) Reducción del fuero penal militar, (iii) Depuración interna de las fuerzas armadas, (iv) Transformación de la doctrina militar, (v) Prohibición de creación o apoyo de grupos paramilitares, (vi) Eliminación del servicio militar obligatorio.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Asamblea Legislativa de El Salvador. Decreto 486 (20 de marzo de 1993). Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz. Recuperado de <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1841.pdf?view=1>

- Benítez, P.; Márquez, K.; Quintero, M. y Ortiz Ayala, A. (2015). Beneficios y garantías de los miembros de la fuerza pública en marcos de justicia transicional en perspectiva comparada: lecciones para el caso colombiano. En *Panorama*, 9(16), 105-116.
- Centro de Memoria Histórica. (2013). *¡Basta Ya! Colombia: Memorias de Guerra y Dignidad*. Bogotá D.C.: Imprenta Nacional.
- Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. (8 de febrero de 2005). Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad. Disponible en: http://ap.ohchr.org/documents/dpage_s.aspx?si=E/cn.4/2005/102/Add.1
- Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional. (17 de julio de 1998). *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Recuperado de: [http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)
- Congreso de la República de Colombia. (25 de julio de 2005). Ley 975 de 2005. Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=17161>
- Congreso de la República de Guatemala. Decreto 145 (27 de diciembre de 1996). Ley de Reconciliación Nacional de Guatemala. Recuperado de [http :1 /www.acnur.org/fileadmin/ scripts/ doc. php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/0148](http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/0148)
- Corte Constitucional de Colombia. (2013). Sentencia C-579 de 2013.
- Corte Constitucional de Colombia. (2013). Sentencia T-370 de 2013.
- Corte Constitucional de Colombia. (2017). Sentencia C-674 de 2017.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2001), Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo, Sentencia de 14 de marzo.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2004), Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 05 de julio.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2005), Caso de la “masacre de Mapiripán” Vs. Colombia, Sentencia del 15 de septiembre.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2006), Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, Sentencia de 26 de septiembre.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2010), Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de noviembre.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011), Caso Gelman Vs. Uruguay, Sentencia de 24 de febrero.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2012), Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre.

Fajardo Arturo, L. (2016). Estándares Internacionales en materia de justicia transicional aplicables a Colombia. En Bernal Pulido, C.; Barbosa Castillo, G. y Ciro Gómez, A. (Ed.). *Justicia Transicional el Caso de Colombia*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia y Ejercito Nacional de Colombia.

Fiscalía de la Corte Penal Internacional (2007). *Policy Paper on the Interests of Justice*. Recuperado de: <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/772C95C9-F54D-4321-BF09-73422BB23528/143640/ICCOTPIterestsOfJustice.pdf>.

Fiscalía de la Corte Penal Internacional (2017). *Escrito de amicus curiae de la fiscal de la Corte Penal Internacional sobre la Jurisdicción Especial para la Paz*. Recuperado de:

<http://cr00.epimg.net/descargables/2017/10/21/17135b6061c7a5066ea86fe7e37ce26a.pdf?int=masinfo>

Gómez Sánchez, G. (2014). *Justicia transicional en disputa: una perspectiva constructivista sobre las luchas por la verdad, la justicia y la reparación en Colombia, 2002-2012*. Medellín: Universidad de Antioquia.

Gómez Sánchez, G. (2017). Entre el castigo y la reconciliación. Análisis sociojurídico del proceso de paz y la negociación del Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto. *Estudios Políticos*. 50, pp. 236-256. DOI: 10.17533/udea.espo.n50a13.

Gómez Sánchez, G. (2018). Transición a la paz en contextos de conflicto armado. Perspectiva comparada sobre los casos de El Salvador y Guatemala para reflexionar sobre la experiencia colombiana. En Ambos, K.; Cortes Rodas, F.; Zuluaga, J. (Coord.). *Justicia transicional y Derecho Penal Internacional*. Bogotá D.C.: Siglo del Hombre Editores, Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL) de la Georg-August-Universität Göttingen, Instituto de Filosofía de la Universidad de Antioquia, Fundación Konrad Adenauer-Programa Estado de Derecho para Latinoamérica y Alexander von Humboldt Stiftung Foundation.

Gómez Velásquez, A. (2016a). Perspectivas de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en justicia transicional y su aplicabilidad a las actuales negociaciones de paz en Colombia. *Eunomía Revista en Cultura de la Legalidad*. N° 9, octubre 2015 – marzo 2016, pp. 147-160

Gómez Velásquez, A. (2016b). Las implicaciones del Acuerdo sobre Víctimas para los Agentes del Estado que participaron en el conflicto armado. *Cuadernos de trabajo en Gobierno y*

- Ciencias Políticas: La justicia transicional en los acuerdos de la Habana*. N° 4, junio 2016, pp. 40-48.
- Human Rights Watch. (2015). *El rol de los altos mandos en falsos positivos. Evidencias de responsabilidad de generales y coroneles del Ejército colombiano por ejecuciones de civiles*. Recuperado de: http://www.indepaz.org.co/wp-content/uploads/2015/07/El-rol-de-los-altos-mandos-en-falsos-positivos_-_Human-Rights-Watch.pdf.
- Olsen, T.; Payne, L. y Reiter, A. (2006). *Justicia transicional en equilibrio. Comparación de procesos, sopeso de su eficacia*. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana.
- Orozco, I. (2005). *Sobre los límites de la conciencia humanitaria. Dilemas de la paz y la justicia en América Latina*. Bogotá D.C.: Temis-Universidad de Los Andes.
- Orozco, I. (2009). *Justicia transicional en tiempos del deber de memoria*. Bogotá D.C.: Temis-Universidad de los Andes.
- Ramírez Torres, S. (2015). *Justicia transicional aplicable a la fuerza pública en el proceso de paz con las Farc. ¿Impunidad o reconciliación?* Artículo académico para optar al título de especialista en procedimiento penal constitucional y justicia militar. Universidad Militar Nueva Granada. Recuperado en: <http://repository.unimilitar.edu.co:8080/bitstream/10654/6658/1/APROBADO%20SAMIR.pdf>
- Teitel, R. (2003). Genealogía de la Justicia Transicional. *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 16, Spring, Cambridge, MA, pp. 69-94. Artículo traducido al castellano por el Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
- Teitel, R. (2017). *Justicia Transicional*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.

- Uprimny, R. (2006). Las enseñanzas del análisis comparado: procesos transicionales, formas de justicia transicional y el caso colombiano. En: Uprimny, R.; Saffon, M. y Botero, C. *¿Justicia Transicional sin Transición?* Bogotá D.C.: Dejusticia.
- Uprimny, R. y Saffon, M. (2007). *Usos y abusos de la justicia transicional*. Bogotá D.C.: Dejusticia Recuperado de: https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_60.pdf?x54537
- Uprimny, R.; Sánchez Duque, L. y Sánchez León, N. (2014). *Justicia para la paz. Crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada*. Bogotá D.C.: Dejusticia.
- Velásquez Rivera, E. (2002). Historia de la Doctrina de la Seguridad Nacional. *Convergencia*, 27, pp 11-39, Recuperado de: [file:///C:/Users/carlos.romo/Downloads/1723-1-4086-1-10-20140826%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/carlos.romo/Downloads/1723-1-4086-1-10-20140826%20(1).pdf)