



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

Carlos Esteban Romo Delgado¹

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.

Palabras clave: Justicia transicional; agentes de Estado; fuerzas armadas; derechos de las víctimas; transición.

¹ Abogado, Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad de Antioquia, Magíster en Derecho de la Universidad EAFIT. Artículo de reflexión. Correo electrónico: cromode@eafit.edu.co. Medellín, 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

Introducción

Si definimos la *justicia transicional* como aquellas herramientas que buscan un 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, podemos afirmar que la inserción de los agentes del Estado en mecanismos de justicia transicional ha sido inexistente en los diferentes procesos transicionales desarrollados en Colombia y en el mundo. 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 (Olsen, Payne & Reiter, 2016). En Colombia, luego de lograr un acuerdo de paz 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 mediante el Acto Legislativo 01 de 2017 y la Ley 1820 de 2016. Este sistema contempla mecanismos de justicia transicional para los agentes del Estado, como la renuncia a la persecución penal o el sometimiento a un sistema de justicia especial para las graves agresiones a los derechos humanos (DDHH) y al derecho internacional humanitario (DIH). La no inserción de los agentes del Estado en dichos mecanismos, aunque hayan sido una fuerza agresora de los DDHH e infractora del DIH en el conflicto colombiano (CNMH, 2013), suscita una profunda reflexión.

Los mecanismos de renuncia a la persecución penal o la implementación de sistemas de justicia especiales que contemplan sanciones alternativas han sido aplicados bajo condicionamientos que buscan equilibrar la tensión entre exigencias de justicia y de paz. El principal condicionamiento ha sido la exigencia de desarme y desmovilización de la estructura armada como garantía de no repetición.

¿Cómo enfrentar el legado de graves y sistemáticas violaciones de los derechos humanos si se predica la imposibilidad política y jurídica de desmovilización y desarme, como es el caso de los Agentes del Estado? Este 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 SIVJRNR. Ante dicho escenario ¿cuál es la garantía efectiva para las víctimas y cuál es la contribución necesaria al deber de afianzar la paz, que represente una contraprestación, de acuerdo con las exigencias de la justicia transicional, para que los agentes del Estado puedan ser beneficiarios de medidas punitivas favorables?

Se plantean elementos teóricos y dogmáticos que sirven como herramientas de análisis que atiendan el problema de la inserción de los agentes del Estado en los beneficios punitivos en el marco jurídico colombiano, y se derivan 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.

1. Justicia transicional y régimen de condicionalidad

La *justicia transicional* busca establecer cómo afrontar un pasado de atrocidades para lograr una sociedad comprometida con la democracia y la paz. La tensión entre las exigencias de justicia y de paz en contextos de transición deriva en una concepción dilemática (Orozco, 2009). Esta discusión enfrenta posturas idealistas y realistas, que proponen que cualquier transformación política debe preceder a la consolidación de una implementación de justicia o viceversa (Teitel, 2017). El dilema *justicia y paz* no se presenta como una tensión insoluble e inevitable sino como una relación analítica necesaria para dilucidar escenarios en los que potencialmente se anule total o parcialmente uno de los valores en cuestión (Olasolo, Mateus & Contreras, 2016).

1.1. Consideraciones políticas del carácter dilemático de la justicia transicional

Las discusiones sobre justicia transicional parten de la base de que entre derecho y política hay una relación de interdependencia recíproca. Las disertaciones sobre este tema implican 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 para las transiciones políticas de la guerra a la paz. El cumplimiento de los pactos y obligaciones internacionales por parte de los Estados, principalmente en materia de DDHH, ha llevado a la idea de que aquellos tienen limitado su capacidad 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 se puede ver limitado por la imposición de estándares de justicia. Así, se considera que los acuerdos políticos 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.

Teitel (2003) presenta estas 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 la consecución de la paz. Para los idealistas, el poder político debe ser sometido al derecho; mientras para los segundos, las condiciones políticas, sociales y económicas se deben imponer, incluso si implican desconocer la normatividad.

La *justicia transicional* requiere tanto del derecho como de la política. Desde una perspectiva jurídica, el derecho juega un importante papel en los cambios políticos; y desde una visión política, el análisis del cambio político influye en la aplicación de normatividad internacional y constitucional de protección a las víctimas y a la justicia restaurativa y distributiva (Gómez, 2014). La conjunción entre derecho y política está implícita en todo proceso transicional: este obedece a un nuevo contexto político, cuyo tratamiento conlleva la transformación del orden normativo. Por lo tanto, es necesario un enfoque que contemple tanto los elementos normativos como los elementos políticos que juegan en una transición.

1.2. Consideraciones jurídicas del carácter dilemático de la justicia transicional

En las últimas décadas, los imperativos jurídicos del derecho internacional han implicado un aumento de los compromisos de los Estados con relación a los DDHH. Ante este panorama, los procesos de transición política implican un caso crítico que requieren la flexibilización de tales obligaciones. Esto pone de manifiesto el surgimiento de una noción de justicia que contempla la necesidad de que el restablecimiento del derecho a la paz y la democracia prospere en una sociedad sin eludir los compromisos con las víctimas. En este sentido, *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 a la paz y el deber de justicia.

En ese sentido, la pregunta que las sociedades deben responder no es sobre *qué es la justicia transicional* sino hasta donde *la justicia transicional* permite la flexibilización de los compromisos con los DDHH, el DIH y el derecho penal internacional (Fajardo, 2016). En este contexto jurídico también aparece la tensión de *la justicia transicional*: Por un lado el derecho de las víctimas (*justicia*) se dirige hacia la exigencia de castigo para responsables de crímenes atroces, mientras que por el otro, el derecho a la paz parece propender hacia la amnistía generalizada. 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 implicaría un sacrificio parcial de alguno de los dos valores. Dado que la tensión entre justicia y paz es inherente a los procesos

de justicia transicional, un dilema trágico (Uprimny & Saffon, 2007), debe adoptarse como enfoque analítico necesario para la formulación de estrategias de *justicia transicional*. Observar dicha tensión permite reconocer el peso que tiene el contexto político en las particularidades de la negociación y limitar un eventual alcance desproporcionado de anulación de justicia.

A largo plazo la paz se edifica sobre la aplicación de justicia y garantías para las víctimas, mientras que a corto plazo las restricciones políticas pueden implicar la aplicación de una justicia plenamente retributiva. A esta conclusión llegan Olsen, Payne y Reiter (2016) con el *enfoque del equilibrio de la justicia* mediante el cual 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.

Según el presupuesto teórico dilemático es necesario que la medida de *justicia transicional* tenga una vocación efectiva o esté directamente involucrada con la consecución de la paz. De igual forma, la medida adoptada debe tomar en cuenta los derechos de las víctimas e involucrar fórmulas de implementación afirmativas de tales derechos (Acosta, Buchan & Ureña, 2015).

A continuación, se presentarán las medidas de favorecimiento punitivo utilizadas generalmente en los procesos de justicia transicional, que flexibilizan los estándares de justicia de investigación, juzgamiento y sanción a los crímenes cometidos en el marco del conflicto.

1.3. Medidas de favorecimiento punitivos en procesos de transición

Los procesos transicionales tienden a limitar el uso del castigo con el fin de que la negociación política sea efectiva y pueda alcanzarse la reconciliación. La imposición del castigo ordinario privativo de la libertad en centro penitenciario obstaculiza y lleva al fracaso los acuerdos para finalizar una guerra. 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 (Benítez et al, 2015).

La comunidad internacional y la doctrina internacional de los derechos humanos proponen un 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 DDHH respecto a beneficios punitivos son:

- Prohibición de amnistías generales.
- Deber general de punición de crímenes atroces.

- Amnistías e indultos por delitos que no sean crímenes atroces. V.gr. Homicidios de soldados en combate.
- Rebajas punitivas frente a crímenes atroces si garantizan los derechos a la verdad y a la reparación.

Los sistemas de justicia especiales que contemplan medidas sancionatorias alternativas, los criterios de selección de crímenes que permiten dirigir la atención a los máximos responsables y a los casos más graves, son los aspectos más problemáticos en la doctrina de DDHH. La dificultad en llegar a un consenso sobre los mismos implica que su aplicación requiere de un juicioso análisis del contexto político y el establecimiento de condicionantes.

El debate se centra en 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. El panorama está dividido por parte de la doctrina del derecho internacional de los DDHH. Sin embargo, en el presente siglo se han presentado posiciones institucionales que apuntan a flexibilizar el imperativo de justicia en los casos de transiciones de la guerra a la paz, siempre y cuando la ponderación de los principios quede equilibrada mediante condicionamientos afirmativos para la garantía de la paz y los derechos de las víctimas (Bartel, 2018).

1.4. Del régimen de condicionalidad

El régimen de condicionalidad parte de que solo es factible la adopción de beneficios punitivos, criterios de selección y penas alternativas, cuando existan condicionantes que deriven en contribuciones a la paz y a los derechos de las víctimas.

La fiscalía de la CPI ha sido favorable con marcos integrales de justicia transicional, máxime cuando una sociedad que ha padecido masivamente afectaciones a los DDHH soporta limitaciones jurídicas y fácticas para lograr someter todos los casos a procesos judiciales y sanciones punitivas (Uprimny, Sánchez & Sánchez, 2007). Así, ha establecido que las medidas adicionales a los procesos penales pueden jugar un papel en cerrar la brecha de impunidad en aquellos casos en los cuales existe una cantidad enorme de posibles responsables (Fiscalía de la Corte Penal Internacional, 2007). En escrito reciente de *amicus curiae* de la fiscal de la CPI sobre la jurisdicción especial para la paz se ha reiterado esta posición (Fiscalía de la Corte Penal Internacional, 2017).

Por otro lado, la Corte IDH, que en materia de procesos transicionales de dictadura a democracia se ha mostrado reacia a cualquier clase de disposición que implique una amnistía por afectaciones graves a los DDHH 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 esta proposición es evidente, pues se ha reconocido el deber que tienen los Estados en alcanzar la paz en sus territorios, preferentemente mediante un acuerdo político (Corte IDH, 2012). Así, ha dado lugar al argumento de que el deber de castigo que tienen los Estados puede ser relativizado para lograr un acuerdo que ponga fin a conflictos bélicos, siendo necesario un análisis holístico que vislumbre condicionantes para otorgar legitimidad a las amnistías, criterios de selección y estándares diferenciados de las sanciones penales (Gómez, 2015).

Por su parte, la Corte Constitucional en Colombia ha asentado en su jurisprudencia el concepto de *régimen de condicionalidad* para balancear la tensión entre justicia y paz. Desde la revisión del acto legislativo 01 de 2012 (Marco Jurídico para la Paz), ha reconocido medidas que flexibilicen el deber de investigar, juzgar y sancionar. Sin embargo, ha advertido que todo tratamiento diferenciado debe estar condicionado a requisitos especiales que garanticen los derechos de las víctimas y la no repetición de los hechos. La Corte estableció los siguientes requisitos: (i) dejación de armas; (ii) reconocimiento de responsabilidad; (iii) contribución al esclarecimiento de la verdad; (iv) reparación integral; (v) liberación de secuestrados; y (vi) desvinculación de menores (Corte Constitucional, Sentencia C-579 de 2013).

Así mismo, al revisar el Acto Legislativo 01 de 2017 mediante el cual se crea el SIVJRN, la Corte menciona de manera explícita el concepto de *régimen de condicionalidad* refiriéndose a los requisitos para acceder a los beneficios del sistema. Igualmente, reitera los requisitos establecidos en la sentencia del *Marco Jurídico para la Paz*, para el sometimiento a un trato diferenciado en materia de justicia para los combatientes (Corte Constitucional, Sentencia C-674 de 2017).

El presupuesto dilemático señala 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. La medida 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. Desde esta perspectiva, es posible adoptar medidas que flexibilizan los estándares de justicia –formas alternativas a la prisión, criterios de selección–, respetando un régimen de condicionalidad.

2. Inserción de los agentes del Estado en la justicia transicional

La renuncia de la persecución penal por parte del Estado ha sido la regla general en cuanto se trata de agentes del Estado. 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, 2016). En el caso de las guerras civiles de Guatemala y el Salvador –antecedentes de guerras civiles latinoamericanas que concluyeron con acuerdos de paz–, aun existiendo recomendaciones por parte de las comisiones de verdad para el

juzgamiento de algunos crímenes graves cometidos por parte de la fuerza pública, se expedieron leyes de amnistías o *punto final* con las que se negó el derecho de las víctimas a la justicia y la verdad.

En 1996 se expidió la Ley de Reconciliación Nacional en Guatemala, que estableció la amnistía para los miembros de grupos armados, tanto irregulares como pertenecientes a fuerzas militares. En dicha ley se excluyeron las responsabilidades por genocidio, tortura y crímenes de lesa humanidad (Fajardo, 2016). Si bien en el artículo 8° se establecieron límites a la amnistía respecto a graves delitos, en la práctica los gobiernos han eludido la responsabilidad con relación a los agentes del Estado y extendieron las amnistías bajo el amparo de la constitucionalidad de la Ley decretada por la Corte Constitucional de Guatemala (Gómez, 2018).

En el Salvador el gobierno expidió el Decreto Legislativo N° 486 de 1993, una amnistía amplia, absoluta e incondicional a favor de las personas que participaron en la comisión de delitos políticos, comunes conexos con éstos y comunes cometidos antes del 1 de enero de 1992 (Fajardo, 2016). A pesar de las recomendaciones de la Comisión de la Verdad, los agentes del Estado gozaron de plena amnistía respecto a los crímenes cometidos durante el conflicto (1980-1992).

Las fórmulas de justicia transicional en Guatemala y Salvador son del tipo *perdones compensadores*, esto es, 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 busca un equilibrio entre justicia y paz, implica serios límites en materia de justicia al desconocer la obligación internacional del castigo a crímenes atroces.

La inserción de los agentes del Estado en la justicia transicional es una apuesta para consolidar la paz si no implica afectar los derechos de las víctimas. En Colombia pueden identificarse tres posiciones al respecto.

La primera es la oposición a la aplicación de mecanismos de justicia transicional para agentes del Estado, con el argumento de que sus actuaciones están protegidas por la soberanía territorial y la razón de Estado. Se considera que estos mecanismos afectarían la moral nacional al equiparar medidas sancionatorias entre agentes del estado y combatientes irregulares (Gómez, 2017).

Otra posición es la consideración de que se deben aplicar beneficios punitivos para los agentes del Estado por razones de igualdad. Se argumenta que si a los grupos irregulares se les aplica beneficios punitivos, en pro de la igualdad se debe otorgar beneficios a los agentes del Estado. También se afirma que si quienes han actuado fuera de la ley reciben

prerrogativas, también los agentes del Estado deben recibirla pues han actuado dentro de la legalidad, aunque la hayan violado (Ramírez, 2015).

Finalmente, está la posición de brindar atención a las problemáticas de la inserción pura y simple de los agentes del Estado en beneficios punitivos de justicia transicional, en tanto se plantea que debe evitarse 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 & Sánchez, 2007).

La primera posición plantea una lógica de plena *justicia* y deriva en una parcialidad bélica que propone una transición punitiva basada en el sometimiento de una de las partes a partir de ciertas dádivas.

La segunda posición es sostenida por sectores que argumentan que se deben aplicar beneficios penales debido a la legalidad de la actuación de la fuerza pública y por razones de igualdad. Esta justificación ignora que las graves violaciones de DDHH o afectaciones graves al DIH tienen un escalafón conforme al origen del agresor. De hecho, ciertas posiciones en la doctrina internacional como la Corte IDH enfatizan la mayor responsabilidad a las fuerzas del Estado por el abuso del amparo de legalidad y por la traición de confianza legítima y al deber de garante que las personas le atribuyen (Corte IDH, Caso de la “masacre de Mapiripán” Vs Colombia, Sentencia 15 de septiembre de 2005).

Es importante tener presente las 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. Otra objeción refiere a que sin condición relevante que justifique los beneficios, se dan las condiciones establecidas por el artículo 17° del Estatuto de Roma para la intervención de la CPI (ONU, 1998).

En el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) son inadmisibles las disposiciones de amnistías unilaterales, 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 DDHH, prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los DDHH (Corte IDH, Caso Barrios Altos Vs. Perú, Sentencia 14 de marzo de 2001). Asimismo, los deberes de los agentes del Estado contravienen cualquier violación a los DDHH.

Para examinar la legitimidad de la inserción de los agentes del Estado en la justicia transicional es importante tener presente que sus beneficios punitivos deriven de un proceso de paz democrático e incluyente, y el propósito y marco legítimo de actuación de la justicia transicional. Así, se debe observar cuál es la legitimidad de los beneficios punitivos para los

grupos combatientes irregulares, y, si es posible, extrapolarlos a los agentes del Estado en aras de observar sus posibles justificaciones, condicionamientos, proporcionalidad y viabilidad política y jurídica.

Como se observó en el primer apartado, la dejación de armas y la desmovilización son los elementos de los regímenes condicionales que balancean la tensión entre justicia y paz para la aplicación de los beneficios punitivos. Este punto es problemático en la incorporación de los agentes del Estado. No es posible, desde la concepción del Estado moderno, establecer el desarme de las estructuras de seguridad y defensa, en razón del necesario monopolio de la fuerza del Estado, por lo que la exigencia del desarme no es viable. En este sentido, estas no son condiciones posibles como medidas de garantías de no repetición.

3. Marco fáctico y normativo de los agentes del Estado en la justicia transicional en Colombia

En este apartado se busca determinar si existen contraprestaciones relevantes que suplan la imposibilidad de desarme en el marco normativo de justicia transicional para los agentes del Estado colombiano, como mecanismo para ajustar el desbalance esgrimido previamente. Para ello se realiza 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

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. 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 implica situaciones disimiles que desatan la violación sistemática de los DDHH.

Lo más importante es la identificación del estado de cosas que se pretende superar (Uprimny, 2007). En el caso colombiano lo que se pretende superar es una guerra interna, por lo tanto la dinámica de violación de DDHH a concluir tiene carácter horizontal y simétrico: 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 este contexto.

Otro elemento a tener en cuenta es la extinción del estado de cosas anterior. Si la transición obedece a un *colapso* del régimen anterior u obedece a un pacto entre los sectores que estaban en disputa (Uprimny, 2007). En Colombia lo que se pretendió superar fue 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 paz en 2016. Esto repercutió en cómo se atendieron las exigencias constitucionales de la paz y la relativización o flexibilización del deber de investigar, juzgar y sancionar las violaciones de los DDHH.

Estos aspectos son importantes debido a que la connotación axiológica de la justicia transicional se enmarca en la tensión entre búsqueda de paz y derechos de las víctimas. El balance necesario entre los valores implica, ante los beneficios de justicia, contribución a la paz mediante desarme, desmovilización o una medida compensatoria a ello.

Respecto de la degradación de la guerra, según el CNMH (2013) aproximadamente 220.000 personas murieron a causa del conflicto entre el 1958 y 2012. Todos los grupos armados que operan en este conflicto aplicaron lesiones letales y no letales a la población civil como estrategia de guerra. La fuerza pública violó sistemáticamente los DDHH y el DIH. Configuró una estructura criminal que provocó la participación de agentes en la comisión de crímenes de lesa humanidad, y contribuyó a la formación y protección de grupos paramilitares. Diferentes organizaciones han llamado la atención sobre la necesidad de construir memoria sobre estos crímenes (Márquez, 2016).

3.2. Marco normativo de justicia transicional para agentes del Estado

El acuerdo final entre el Gobierno y las FARC-EP dispuso que el SIVJRN será inescindible y se aplicará de manera simultánea e integral a todos los que participaron directa e indirectamente en el conflicto armado. Esto implica la inclusión de los agentes del Estado, quienes tendrán un tratamiento jurídico 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 cual se presume que ejerce legítimamente el monopolio de las armas.

El Acto Legislativo 01 de 2017 que creó el SIVJRN dispuso que tendría carácter transitorio y conocería las conductas cometidas antes del 16 de diciembre de 2016 relacionadas o con ocasión al conflicto armado, especialmente las graves infracciones al DIH y/o graves violaciones a los DDHH. Contempla la lógica de la justicia restauradora, que propugna satisfacer en la mayor medida posible los derechos de las víctimas, y contempla medidas retributivas con un alto grado de flexibilidad en el ejercicio del castigo.

Las medidas retributivas diseñadas en la JEP consisten en someter a los combatientes a un sistema especial que establezca formas especiales de cumplimiento de las penas para los

crímenes más graves y máximos responsables y confesos. Esto significa que, en este marco normativo se acogen criterios de selección para concentrar los esfuerzos de investigación, juzgamiento y sanción en los casos más graves y de máximos responsables. Asimismo, se contemplan formas especiales de cumplimiento de penas que, para crímenes confesos, consisten en medidas restrictivas de la libertad que se ejecutan en un territorio de dimensiones veredales.

El régimen de condicionalidad para el acceso a estos mecanismos especiales, reiterados por la Corte Constitucional en sentencia C-674 de 2017, es el siguiente:

1. Dejación de armas.
2. Contribución al proceso de reincorporación a la vida civil.
3. Aporte a la verdad.
4. Garantía de no repetición.
5. Contribución a la reparación de las víctimas.
6. Desvinculación de menores de edad.

En el artículo 17 del Acto Legislativo 01 se consagra la implementación del sistema a los agentes del Estado y la posibilidad de acceder a las medidas punitivas especiales mencionadas, siempre que cumplan el régimen de condicionalidad.

La condición principal del sistema para la aplicación de beneficios punitivos, la dejación de armas, no es aplicable para la fuerza pública por razones político-jurídicas. Sin embargo, en el marco normativo de la justicia transicional no existen contraprestaciones relevantes que la sustituyan. Como consecuencia habría una limitación a la 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.

4. Relación del principio de garantías de no repetición y el régimen transicional de justicia para agentes del Estado en Colombia

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.

Esta problemática representa un desbalance significativo respecto a las exigencias derivadas de la tensión entre justicia y paz. En su dogmática, el principio de garantías de no repetición otorga elementos que permiten establecer los posibles mecanismos que funjan como condicionantes equivalentes al desarme. Este principio fue desarrollado originariamente por

la doctrina del derecho internacional de los DDHH 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, Sentencia T-370 de 2013).

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. 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?

Se evidencia un desbalance en detrimento del derecho de las víctimas y 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, Caso Barrios Altos Vs. Perú, Sentencia 14 de marzo de 2001), y de desconocer las obligaciones especiales de los agentes del Estado en materia de DDHH, además de eludir el deber de juzgamiento y sanción de los delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra establecido por el Estatuto de Roma de la CPI (Ramelli, 2009).

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, Sentencia C-579 de 2013), esto es, que las medidas de garantías de no repetición sean aplicadas de manera igualitarias a todas las víctimas del conflicto (Molinarés, 2013). Esta exigencia de igualdad es lesionada para un sector de las víctimas: que la fuerza pública se vea beneficiada penalmente sin la exigencia de desarme o desmovilización, implica tratamientos diferenciados a sus víctimas. Cabe preguntarse si existen medidas supletorias que garanticen la no repetición de los crímenes.

En la doctrina internacional el principio de garantías de no repetición se refiere a ciertos parámetros y orientaciones que deben tomarse en cuenta para diseñar las herramientas dirigidas a superar el conflicto. El principal instrumento internacional para la justicia transicional 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 de los informes presentados ante la Organización de Naciones Unidas por Joinet y Orentlicher.

Según estos principios, las garantías de no repetición de vulneraciones graves de DDHH y DIH son de tres clases: (i) medidas encaminadas a disolver grupos armados paraestatales; (ii) medidas de derogación de disposiciones de excepción que favorezcan las violaciones; y (iii) medidas que deben adoptarse frente a agentes del Estado implicados en las violaciones. 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 Resolución del 16 de diciembre de 2005, establece una serie de garantías de no repetición y prevención, entre las que destacan (i) reducción de jurisdicción de tribunales militares, (ii) fortalecimiento de independencia de rama judicial, (iii) fortalecimiento de educación y capacitación de todos los sectores sociales en DDHH y (iv) revisión y anulación de leyes que permitan o contribuyan a la violación de derechos (Botero y Restrepo, 2005).

La doctrina internacional de manera tácita reconoce que la comisión sistemática de crímenes atroces es posibilitada por factores estructurales. Las orientaciones dogmáticas del principio sugieren la erradicación estricta de factores estructurales que contribuyeron a la catástrofe humanitaria promovida por agentes del Estado en el marco del conflicto armado. Al leer los mecanismos planteados se observa que es necesario neutralizar los factores estructurales que contribuyeron a que instituciones estatales cometieran crímenes atroces. Además de dar garantías de no repetición, esto también justificaría y legitimaría la inserción de agentes del Estado en la justicia transicional con sus respectivos beneficios penales.

La Corte Constitucional ha reconocido la exigencia del desmonte de la estructura agresora como componente esencial de las garantías de no repetición. En sentencia T-370 de 2013, revisando la conceptualización del derecho de las víctimas, estima que es necesario establecer medidas que garanticen que las organizaciones que perpetraron crímenes investigados sean desmontadas y las estructuras que permitieron su comisión sean removidas.

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 para que los beneficios penales otorgados a la fuerza pública en el marco de su inserción a la Justicia Especial para la Paz, tengan asidero ético y constitucional suficiente para no desembocar en una autoamnistía:

- Aceptaciones institucionales de responsabilidad en la comisión sistemática de crímenes ocurridos durante el conflicto armado
- Reducción del fuero penal militar y control civil de la fuerza pública
- Depuración interna de las fuerzas armadas
- Transformación de la doctrina militar: de la seguridad nacional a la seguridad ciudadana
- Prohibición de creación o apoyo de grupos paramilitares
- Eliminación del servicio militar obligatorio (Velásquez, 2002)

Estas medidas representan los condicionantes que podrían justificar la inserción de los agentes del Estado en la justicia transicional atendiendo al balance entre justicia y paz. Deben ser vinculantes y no facultativas, toda vez que el substrato jurídico por medio del cual se establecen 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. El equilibrio se encuentra en las garantías de no repetición. No atender estas medidas representaría un desbalance injustificado al principio de justicia, equiparable a las autoamnistías, prohibidas por el derecho internacional (Corte IDH, Caso Barrios Altos Vs. Perú, Sentencia de 14 de marzo de 2001). Esto podría provocar la intervención de la CPI.

5. Conclusiones

- La tensión entre justicia y paz debe adoptarse como enfoque analítico para la formulación de estrategias de *justicia transicional*, así como para su valoración y eventual modificación. Este enfoque permite reconocer el peso del contexto político en las negociaciones y limitar una desproporcionada anulación de justicia.
- El presupuesto dilemático de la justicia transicional permite adoptar medidas que flexibilicen los estándares de justicia, tales como criterios de selección y formas alternativas a la prisión para cumplimiento de penas, siempre y cuando se establezca un régimen de condicionalidad que permita balancear la tensión entre justicia y paz.
- El SIVJRNR establecido en El Acuerdo Final entre el Gobierno y las FARC-EP, reglamentado mediante el Acto Legislativo 01 de 2017 y la Ley 1820 de 2016, 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. En este sentido, la inclusión de 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.

- Desde el principio de *garantías de no repetición* se evidencia un desbalance en detrimento del derecho de las víctimas, y del aseguramiento de la paz y la reconciliación democrática; que erosiona 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, y de desconocer las obligaciones especiales que los agentes del Estado tienen en materia de DDHH.
- Las orientaciones dogmáticas del principio de *garantías de no repetición* sugieren la erradicación estricta de los factores estructurales que contribuyeron a la catástrofe humanitaria en la que participaron agentes del Estado. Por ello, 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 crímenes atroces.
- En este artículo se sugieren algunas medidas que permitirían desmontar el aparato criminal inmerso en la fuerza pública y que se consideran necesarias para que los beneficios penales otorgados a la fuerza pública en el marco de JEP, tengan consistencia ética y constitucional suficiente: (i) Aceptaciones institucionales de responsabilidad en la comisión sistemática de crímenes cometidos durante el 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 bibliográficas

Botero, C. & Restrepo, E. “Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia” En: Rettberg, A. (2005). *Entre el perdón y el paredón*. Bogotá D. C: Uniandes.

Centro Nacional de Memoria Histórica. (2013). *¡Basta Ya! Colombia: Memorias de Guerra y Dignidad*. Bogotá D.C.: Imprenta Nacional.

Fajardo, A. (2016). “Estándares Internacionales en materia de justicia transicional aplicables a Colombia” En: Bernal, C. Barbosa, G. y Ciro, A. (Ed.). (2016). *Justicia Transicional: el caso de Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia y Ejército Nacional de Colombia.

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. (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.

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.

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.; 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.

Cibergrafía

Acosta, D; Buchan, R & Ureña, R. (2015). “Beyond justice, beyond place? Colombia, the interest of justice, and the limits of international criminal law” *Criminal Law Forum*, Volume 26, Issue 2. Pág. 291-318. Doi: 10.1007/s10609-015-9248-1.

Bartel, R. (2018). “Confession an the Anthropology of Forgiveness: Reflections on Colombia’s Processes of Transitional Justice”, *The Journal of Latin American and Caribbean Anthropology*, Vol 24, N° 1. Pág. 145-161. Doi: 10.1111/jlca.12326.

Benítez, P. et al (2015). “Beneficios y garantías de los miembros de la fuerza pública en marcos de justicia transicional en perspectiva comparada: lecciones para el caso colombiano”. *Panorama*, Vol. 9 N° 16. Pág. 105-116. Doi: <http://dx.doi.org/10.15765/pnrm.v9i16.630>.

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

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

Fiscalía de la Corte Penal Internacional. Escrito de amicus curiae de la fiscal de la Corte Penal Internacional sobre la Jurisdicción Especial para la Paz (2017). Recuperado de: <http://cr00.epimg.net/descargables/2017/10/21/17135b6061c7a5066ea86fe7e37ce26a.pdf?int=masinfo>

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 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. <http://www.qub.ac.uk/Research/GRI/mitchell-institute/FileStore/Filetoupload,697310,en.pdf>

Márquez, E. (2016). “Colombia’s Gallery of Memory”. Latin American Perspectives, Issue 210, Vol. 43, N° 5. Pág. 78-98. Doi: 10.1177/0094582X16655306.

Molinares, V. (2013). “Guerra irregular y constitución”. Cuestiones constitucionales, N° 29. Pág. 245-283. Doi: [https://doi.org/10.1016/S1405-9193\(13\)71295-2](https://doi.org/10.1016/S1405-9193(13)71295-2).

Olasolo, H; Mateus, A. & Contreras, A. (2016). “La naturaleza imperativa del principio ‘no hay paz sin justicia’ respecto a los máximos responsables del fenómeno de la lesa humanidad y sus consecuencias para el ámbito de actuación de la llamada ‘justicia de transición’”. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, N° 145. Pág. 145-170. Doi: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2016.145.4994>.

Organización de las Naciones Unidas. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (17 de julio de 1998). Disponible en: [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)

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>

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

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)

Artículos de revista

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

Ramelli, A. (2009). “El derecho internacional humanitario ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. IX. Pág. 35-68.

Teitel, R. (2003). “Transitional Justice Genealogy”. *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 16, Spring, Cambridge, MA. Pág. 69-94.

Sentencias y normas

Corte Constitucional. (Agosto 28 de 2013). Sentencia C-579, (M.P. Jorge Pretelt).

Corte Constitucional. (Junio 27 de 2013). Sentencia T-370 (M.P. Jorge Palacio).

Corte Constitucional. (Noviembre 14 de 2017). Sentencia C-674, (M.P. Luis Guerrero).

Corte IDH. (Sentencia 15 de septiembre de 2005). Caso de la “masacre de Mapiripán” Vs. Colombia.

Corte IDH. (Sentencia de 14 de marzo de 2001). Caso Barrios Altos Vs. Perú.

Corte IDH. (Sentencia de 25 de octubre de 2012). Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador.