

LA FUERZA PÚBLICA EN LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ EN COLOMBIA: ¿UN TRATAMIENTO ESPECIAL O PREFERENCIAL?¹

Camila Andrea Santamaría Chavarro²

Diana Isabel Güiza Gómez³

Rodrigo Uprimny Yepes⁴

RESUMEN

Uno de los asuntos en común de la Justicia Transicional (JT) y el *Jus Post Bellum* (JPB) es el juzgamiento de las Fuerzas Armadas por los crímenes que cometieron en guerras y el reajuste de su rol en situaciones de posconflicto. Este asunto es objeto de discusión hoy en Colombia, donde el Estado ha firmado un acuerdo de paz con la guerrilla FARC-EP. Este documento analiza los aspectos positivos del *tratamiento penal especial, simultáneo, equilibrado y equitativo* a la Fuerza Pública, así como algunos puntos problemáticos del desarrollo normativo y aplicación de ese tratamiento.

INTRODUCCIÓN

El juzgamiento de miembros de las Fuerzas Armadas que cometieron graves crímenes en guerras es uno de los asuntos que los Estados enfrentan en procesos de transición. Tanto la Justicia Transicional (JT) como el *Jus Post Bellum* (JPB) coinciden en que la consolidación de un régimen más democrático y, en general, de la paz depende la adecuada sanción de

¹ Esta es la versión en español traducida por las autoras del capítulo de libro originalmente publicado en inglés y titulado “Colombia’s Fuerza Pública (Security Forces) in the Special Jurisdiction for Peace: Special Treatment or Preferential Treatment?”, el cual hace parte del libro *Jus Post Bellum. Restraint, Stabilisation, and Peace* editado por Patrick Mileham (Leiden Boston: Brill | Nijhoff, 2020).

Agradecemos a Yomary Ortegón y Reynaldo Villalba, integrantes del Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo, quienes amablemente compartieron con nosotras valiosa información y su visión jurídica de los procesos penales que investigan la responsabilidad de miembros de la Fuerza Pública en graves violaciones a los derechos humanos en Colombia. Así mismo, agradecemos a Miguel Ángel Buitrago, quien aportó al recaudo y sistematización de información como estudiante de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia.

² Abogada e historiadora. Magíster en Derecho Constitucional de la Universidad Nacional y Magíster en Derechos Humanos de la Universidad Lyon 2 (Francia). casantamariac@unal.edu.co

³ Abogada. Magister en Derecho de la Universidad Nacional. Estudiante del doctorado en Ciencia Política y Estudios de Paz de la Universidad de Notre Dame, en South Bend (Estados Unidos) e integrante del Laboratorio de Violencia y Justicia Transicional de la misma universidad, así como del grupo de investigación “Derecho Constitucional y Derechos Humanos” de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia, donde también fue docente. Fue investigadora del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia) por cinco años. dguizago@nd.edu

⁴ Abogado, con maestría (DEA) en Socioeconomía del desarrollo de la Universidad de París I (IEDES), maestría (DSU) en Sociología Jurídica de la Universidad de París II y doctorado en Economía de la Universidad Amiens Picardie. Profesor y catedrático emérito Universidad Nacional de Colombia. Es miembro del Comité DESC de Naciones Unidas 2015-2022. Socio fundador e investigador del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – Dejusticia. rurprimny@yahoo.com, rurprimny@dejusticia.org

graves crímenes cometidos por las Fuerzas Armadas y la reestructuración del uso de la fuerza por el Estado, en escenarios de posconflicto.

En Colombia, este debate se encuentra vigente por la implementación de un acuerdo de paz firmado entre el Estado colombiano y la guerrilla Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – Ejército del Pueblo (FARC-EP)⁵, el cual busca ponerle fin al conflicto armado interno que ha perdurado por más de cinco décadas. La transición colombiana tiene unas características especiales que la distinguen de otras experiencias. Para los propósitos de este documento, solamente mencionamos dos de ellas. De un lado, el conflicto armado colombiano coexiste con un orden constitucional legítimo, por lo que este caso ha sido caracterizado como una paradoja o anomalía⁶, esto es, “el contraste entre la macroestabilidad institucional del país y su violencia crónica”⁷ o el “difícil maridaje entre gobiernos civiles y violencia política”⁸. A diferencia de otros países latinoamericanos, Colombia no ha experimentado dictaduras, pero su precaria democracia ha sido desafiada por un largo conflicto armado interno. De otro lado, en el conflicto armado han participado distintos actores que han cometido atrocidades: grupos insurgentes de izquierda (como las FARC-EP y el Ejército de Liberación Nacional - ELN), el Estado con su Fuerza Pública (FP)⁹, los grupos paramilitares de derecha y grupos armados que emergieron luego de la desmovilización de algunos paramilitares —conocidos como bandas criminales o grupos post-paramilitares—.

En la lucha contra la insurgencia guerrillera, la FP fue responsable de la comisión de crímenes internacionales como ejecuciones extrajudiciales o desaparición forzada. Human Rights Watch ha documentado el fenómeno de los “falsos positivos” (ejecuciones extrajudiciales que tuvieron la apariencia de muertes en combate), desde el año 2002 al 2008, en el que varios miembros de FP ejecutaron civiles de forma irregular, mientras que los reportaban como guerrilleros dados de baja en combate. Estos casos venían siendo juzgados por la justicia ordinaria: a 2015, la Fiscalía General de la Nación tenía asignados 2.476 de ellos, de los cuales 2.308 se encontraban en investigación¹⁰ e involucran a 4.475

⁵ El 24 de noviembre de 2016, el Estado colombiano y las FARC-EP firmaron el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera. Ese acuerdo ha sido implementado normativamente por el Congreso de la República, a través de reformas constitucionales y legales. Disponible en español: <<http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf>>

⁶ Un buen recuento de la literatura que ha caracterizado la paradoja colombiana se encuentra en Mauricio García Villegas, ‘Derecho a falta de democracia: la juridización del régimen político colombiano’, (2014) 82, Análisis Político.

⁷ Francisco Gutiérrez, *El orangután con sacoleva. Cien años de democracia y represión en Colombia (1910-2010)* (Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales - IEPRI Universidad Nacional de Colombia, 2014).

⁸ Comisión de Estudios sobre la Violencia, *Colombia: Violencia y Democracia* (IEPRI- Universidad Nacional de Colombia y Colciencias, Editorial Universidad Nacional, 1995), 23.

⁹ La Constitución colombiana indica que la Fuerza Pública está integrada por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional. Durante el conflicto armado interno, la Fuerza Pública ha participado de las confrontaciones. Por eso, en este documento usamos el término Fuerza Pública en lugar de Fuerzas Armadas, que es el comúnmente utilizado en la literatura especializada.

¹⁰ ‘Más de 5.000 agentes del Estado son investigados por ‘falsos positivos’ in *El Espectador* (25 de junio de 2015 < <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/mas-de-5000-agentes-del-estado-son-investigados-falsos-articulo-568401> >

víctimas. De este número, 923 personas han sido condenadas por la justicia ordinaria, de las cuales 862 pertenecen al Ejército Nacional. De estos últimos, se cuentan 787 condenas, así: 606 soldados, cabos y dragoneantes; 59 sargentos; 34 subtenientes; 51 tenientes; 16 capitanes; 10 mayores; y 11 coroneles.¹¹ Hasta el momento, la justicia colombiana no ha condenado a los altos mandos de FP como generales, comandantes de brigadas, divisiones ni los superiores de las instituciones de seguridad que puedan tener responsabilidad en estas violaciones.

El acuerdo de paz colombiano incluye un tratamiento penal especial para miembros de la FP que sean responsables de graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario (DIH), el cual será impartido por un tribunal que fue creado por el mismo acuerdo y que se conoce como Jurisdicción Especial para la Paz (JEP). Ese tratamiento penal se acerca al previsto para las guerrillas, pero, al mismo tiempo, se aleja de éste en algunos aspectos. Es el llamado *tratamiento penal especial, simultáneo, equilibrado y equitativo*. En su momento, la inclusión de ese tratamiento penal a FP en el acuerdo de paz generó un álgido debate en la sociedad colombiana. Luego, su desarrollo normativo en reformas constitucionales y legales ha prendido las alertas por los riesgos de que la FP reciba beneficios jurídicos desproporcionados que no tienen justificación en el DIDH, DIH ni DPI y, en esa medida, desconozcan los derechos de las víctimas.

El cierre jurídico y político definitivo del conflicto armado colombiano depende, en buena medida, de que los perpetradores sean sancionados por los crímenes que cometieron. De lo contrario, la construcción de una paz estable y duradera en los territorios se hará mucho más difícil por el riesgo de futuros reclamos por la justicia. Por la importancia de este asunto, en este texto analizamos los aspectos positivos de la inclusión de la FP en la JEP y los puntos problemáticos del tratamiento penal especial, simultáneo, equilibrado y equitativo de la FP que, como hasta ahora están consagrados normativamente¹², podrían limitar los objetivos más amplios de la JT, el JPB y de la consolidación de una paz duradera, como lo pretende el acuerdo de paz.

Para cumplir ese propósito, este documento se divide en cuatro secciones. La primera parte discute teóricamente las relaciones que existen entre JT y JPB. La segunda parte analiza los deberes mínimos de justicia que el derecho internacional público exige en periodos de transición, en particular, el tratamiento penal mínimo que los Estados deben imponer a

¹¹ ‘Fiscalía adelanta más de 15.000 procesos por falsos positivos’ in *Caracol Radio* (30 de septiembre de 2015) < http://caracol.com.co/radio/2015/09/30/judicial/1443584158_548905.html >

¹² Al momento de escritura de este documento (entre el segundo semestre de 2017 e inicios de 2018), el Congreso de la República aprobó una ley de amnistía, indultos y tratamientos penales especial a la FP (Ley 1820 de 2016), una reforma constitucional que, entre otras cosas, crea la JEP y permite el tratamiento penal especial, simultáneo, equilibrado y equitativo de la FP (Acto Legislativo 1 de 2017), así como la ley estatutaria que regula asuntos puntuales de los procedimientos penales ante la JEP. A febrero de 2018, la Corte Constitucional analiza si la Ley 1820 de 2016 y la ley estatutaria se ajustan a la Constitución colombiana. Frente a la reforma constitucional, la Corte ya se pronunció en un comunicado de prensa, aunque hoy no conocemos el texto de la sentencia. Según esa comunicación pública, los asuntos problemáticos de la responsabilidad de mando y el tratamiento especial para FP no fueron ajustados a los estándares de DIDH, DIH y DPI, como lo solicitaron distintas organizaciones de la sociedad civil e, incluso, la Fiscalía de la Corte Penal Internacional. En todo caso, nuestro análisis no presenta premisas concluyentes, porque no conocemos los argumentos de la sentencia ni conocemos la decisión en detalle.

combatientes en un conflicto armado interno, sean fuerzas regulares como la FP o irregulares como las guerrillas. La tercera parte presenta brevemente el contexto en el que surgió el tratamiento penal especial, simultáneo, equilibrado y equitativo de la FP y su desarrollo normativo. La cuarta parte ahonda en los debates específicos sobre ese tratamiento penal de la FP y resalta los aspectos problemáticos de la regulación normativa del mismo, frente a los objetivos de la JT y del *JPB*.

1. LAS RELACIONES TEÓRICAS DE JUSTICIA TRANSICIONAL Y EL *JUS POST BELLUM*

Las teorías de la guerra justa¹³ se refieren a un conjunto sistemático de conceptos y principios morales aplicables en épocas de guerra. Tradicionalmente, dichas teorías han sido analizadas desde dos categorías: el *Jus Ad Bello*, el cual discute la legitimidad de iniciar una guerra; y el *Jus In Bello*, que regula la manera de hacer la guerra, por lo que es el derecho internacional humanitario, en sentido estricto. A esta tipología se suma una nueva categoría: el *Jus Post Bellum (JPB)* que, a diferencia de las dos anteriores, regula cómo darle fin a una guerra, sea internacional o interna.¹⁴

En las teorías contemporáneas del *JPB*, autores como Michael Walzer, Robert Orend¹⁵ y David Rodan¹⁶ han intentado sistematizar su contenido. Según estos, el *JPB* pretende ofrecer una guía para aquellos actores en contienda que desean finalizar la guerra de una forma justa y, en consecuencia, consolidar una paz estable.¹⁷ En palabras de Jens Iverson, el *Jus Post Bellum* “está comprendido por el conjunto de disposiciones legales que aplican a los procesos de transición de conflicto armados a situaciones de paz justa y sostenible” (traducción propia).¹⁸ Esta es una de las aproximaciones a la noción de *JPB*, pues no existe una definición consolidada.

El campo de acción del *JPB* es cercano a otras construcciones teóricas sobre conflictos armados y transiciones a la paz, como la Justicia Transicional (JT) o la *lex pacificatoria*.¹⁹ Esa cercanía puede llevar a confusiones teóricas que desdibujarían el *JPB* como campo de

¹³ Estas se remontan hasta autores tales como Agustín, Cicerón, Aristóteles o Kant. Brian Orend, ‘Just Post Bellum: A Just War Theory Perspective’ in Carsten Stahn & Jann K. Kleffner (Ed), *Jus Post Bellum Towards a Law of Transition from conflict to peace*,(TMC Asser Press, 2008),32

¹⁴ Brian Orend (n 1) 31

¹⁵ Brian Orend (n 1) 45; Michael Walzer, *Just and Unjust Wars: A Moral Argument with Historical Illustrations* (New York, Basic Books, 1977)

¹⁶ David Rodin, ‘Two Emerging issues of Jus Post Bellum: War Termination and the Liability of Soldiers for Crimes of Aggression’ in Carsten Stahn & Jann K. Kleffner (Ed), *Jus Post Bellum Towards a Law of Transition from conflict to peace*,(TMC Asser Press, 2008), 53; Michael Walzer (n 3)

¹⁷ David Rodin (n 4) 54

¹⁸ Jens Iverson, ‘Contrasting the Normative and Historical Foundations of Transitional Justice and *Jus Post Bellum*. Outlining the Matrix of Definitions in Comparative Perspective’ in Carsten Stahn & Jann K. Kleffner (Ed), *Jus Post Bellum Towards a Law of Transition from conflict to peace*,(TMC Asser Press, 2008), 85.

¹⁹ Christine Bell, ‘Peace Agreements: Their Nature and Legal Status’ (2006) 100 AJIL 373; Christine Bell, *On the Law of Peace: Peace Agreements and the Lex Pacificatoria* (Oxford University Press, 2008); Christine Bell ‘Peace settlements and international law: from *lex pacificatoria* to *jus post bellum*’ (2012) 16 *Edinburgh School of Law Research Paper*

reflexión académica en los procesos para terminar guerras.

La JT nació en la década de los noventa y en la tercera ola democrática, luego de la caída de las dictaduras en América Latina.²⁰ Desde entonces, la JT conoció una difusión rápida en el derecho internacional público²¹ y, en pocos años, se convirtió en una experticia internacional y en un nuevo ámbito de investigación.²² Esta disciplina se ha interesado en los medios institucionales y jurídicos utilizados por las sociedades para alcanzar un doble propósito: afrontar un pasado de violaciones de los derechos humanos y construir un futuro más democrático. La JT se inscribe en un contexto excepcional de los Estados caracterizados por una situación de crisis anterior (dictadura o guerra), de la cual intentan salir, en donde el derecho está llamado a ocupar un rol constructivo.²³

Con la JT, el *JPB* comparte los dilemas a los que se enfrenta y los medios que implementa para lograr sus fines. Respecto de lo primero, tanto la JT como el *JPB* pretenden aportar elementos para superar el conflicto armado (sea internacional o nacional) y anular las causas que están a la base de éste, así como construir una paz estable. Esos desafíos no son de menor complejidad. De acuerdo con Uppsala Conflict Data Program, el 45% de los acuerdos de paz logrados entre 1989 y 2004 fracasaron dentro de los primeros cinco años de su implementación.²⁴ Igualmente, Human Security Report de 2012 evidencia que el 32% de los acuerdos de paz suscritos entre 1950 y 2004 no consolidaron una paz estable, pues estuvieron seguidos de violencias residuales o recurrentes.²⁵ De igual forma, Jasmine-Kim Westendorf precisa que los procesos de paz negociada tienen un 40% de regresar a la guerra y, en alrededor del 50% de los casos, los Estados tienen altas probabilidades de retornar a las guerras civiles, dentro de los cinco años de implementación de acuerdos de paz.²⁶

En relación con lo segundo, tanto la JT como el *JPB* adoptan medios similares para enfrentar los desafíos de posguerra. El desarme, la reintegración, la reconciliación, la verdad, la reparación de las víctimas o la judicialización de los autores por las atrocidades cometidas son asuntos comunes a estas dos áreas.²⁷

²⁰ Kora Andrieu 'Introduction' in Gallimard (ed.), *La Justice Transitionnelle* (1st edn, Folio Essais, 2012) 24

²¹ Desde la primera Comisión de la Verdad en Argentina (1983), la Truth Reconciliation Commission en Sudáfrica (1995), las Comisiones de Investigación de Bundestag alemanas (1992). Kora Andrieu (n 7) 32

²² Kora Andrieu (n 7) 27

²³ Sandrine Lefranc, 'Amérique Latine/reste du monde: les voyageurs internationaux de la "justice transitionnelle"' in Institut Universitaire Vareine (ed) *Justice, Mémoires et Conflits* (2014) 108.

²⁴ Uppsala Conflict Data Program and Peace Research Institute Oslo, 'Armed Conflict Dataset Version 4' (PRIO, 2009) <www.prio.no/CSCW/Datasets/Armed-Conflict/UCDP-PRIO>.

²⁵ Human Security Report Project, Simon Fraser University, *Human Security Report 2012* (Human Security Press, 2012) 173-174.

²⁶ Jasmine-Kim Westendorf, *Why Peace Processes Fail: Negotiating Insecurity After Civil War* (Lynne Rienner Publishers, 2015)

²⁷ Néstor Hernando Parra, 'El derecho del posconflicto: del jus in bellum al jus post bellum: el caso de Colombia'(2015)13 *Derecho y Realidad* (2015) 13, 25, 25; Larry May 'Jus Post Bellum, Grotious and Meionexia' in Carsten Stahn, Jennifer Easterday & Jens Iverson (Ed), *Jus Post Bellum: Mapping the Normative Foundations* (Oxford Scholarship Online, 2014)

Sin embargo, la JT y el *JPB* se distancian en el foco de análisis.²⁸ Mientras que la JT se enfoca en cómo enfrentar legados de violaciones masivas de derechos y lograr que regímenes represivos se tornen en democráticos; el *JPB* se centra en fijar los límites y derechos relacionados con la transición de un conflicto armado a una situación de paz justa y sostenible, así como alcanzar la paz independientemente del régimen político. Esto significa que el ámbito del *JPB* es más amplio que el de la JT. Más allá de las formas de justicia frente a graves violaciones de derechos humanos, el *JPB* incluye temas como construcción de paz y de Estado, normatividad aplicable a tratados de paz (en conflictos internacionales) o acuerdos de paz (en conflictos internos), reformas al sector de seguridad del Estado (en particular, las Fuerzas Armadas) y desarrollo.²⁹

Pese a su diferencia, las dos áreas están íntimamente ligadas y pueden ofrecer respuestas y análisis en escenarios del paso de la guerra a la paz. Uno de ellos es el juzgamiento a las Fuerzas Armadas por las violaciones de derechos humanos e infracciones al DIH que hubieran cometido en la guerra, que es un tema propio de la JT; y el rol de las Fuerzas Armadas en contextos de pacificación de las relaciones del Estado con los civiles, en particular, en aquellos territorios más afectados por la guerra donde la presencia estatal se redujo a su forma armada, lo que es una preocupación típica del *JPB*.

En ese contexto, surgen preguntas como las siguientes: ¿Qué tratamiento penal debería otorgarse a las Fuerzas Armadas que cometieron graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al DIH?; ¿Qué diferencias en el tratamiento penal de las Fuerzas Armadas son aceptables por el derecho internacional público frente al otorgado a ejércitos irregulares, como los grupos insurgentes?; ¿Cuáles son las implicaciones de ese juzgamiento desde una perspectiva más amplia de reconciliación con las víctimas y la sociedad, y de control más democrático de las Fuerzas Armadas, con miras a la construcción de una paz estable y duradera? Tanto la JT como el *JPB* arguyen que todas las partes en conflicto deben respetar una serie de derechos y obligaciones durante la guerra, lo que justifica la puesta en marcha de sistemas de juzgamiento por el incumplimiento de estas obligaciones.³⁰

La discusión permanece en torno al tipo de tratamiento penal a Fuerzas Armadas que haga posible la salida negociada a la guerra y responda a los estándares internacionales en juzgamiento y sanción de graves violaciones de derechos humanos. Más aún, el *JPB* sostiene que el adecuado juzgamiento de las violaciones cometidas por las Fuerzas Armadas contribuirá a pacificar las relaciones entre militares y civiles, y a tornar más democrático el uso de la fuerza por el Estado. En el siguiente aparte ahondamos en los estándares mínimos que el derecho internacional público exige a los Estados en el tratamiento penal a FP, en procesos de transición.

²⁸ Brian Orend (n 1) 31

²⁹ James Gallen 'Jus Post Bellum: An Interpretive Framework' in Carsten Stahn, Jennifer Easterday & Jens Iverson (Ed), *Jus Post Bellum: Mapping the Normative Foundations* (Oxford Scholarship Online, 2014)

³⁰ David Rodin (n 4) 62

2. EL COMPONENTE DE JUSTICIA EN PERIODOS DE TRANSICIÓN: LA RESPONSABILIDAD DE AGENTES DE ESTADO

No existe una lista cerrada de mecanismos transicionales que deban ser implementados por los Estados cuando transitan de la guerra a la paz, pero sí hay consenso sobre el mínimo de derechos que deben ser respetados. Es así como el derecho internacional público ha establecido “unos mínimos jurídicos” que deben ser observados en los procesos transicionales, los cuales están dados esencialmente por el derecho de las víctimas a la justicia, la verdad, la reparación y las garantías de no repetición.³¹ Tales derechos hacen parte de la obligación de los Estados de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos.³² Este no es un deber absoluto. Por el contrario, los Estados tienen un margen de maniobra para adoptar las fórmulas de investigación y sanción que hagan posible la transición negociada. Con todo, ese ámbito de acción de los Estados se encuentra delimitado por el núcleo básico de ese deber: la investigación y sanción de crímenes internacionales.³³

Los mecanismos más usuales en los procesos transicionales son los procesos judiciales, las comisiones de la verdad, los programas de reparación y las reformas institucionales.³⁴ El componente de justicia tiene como finalidad sancionar a quienes cometieron graves violaciones durante la guerra para que así una sociedad deje atrás un legado de abusos de derechos humanos. Además, los procesos judiciales son una de las reivindicaciones de las víctimas, porque pueden ser vitales para la restitución de su dignidad y para su reparación.³⁵

Con esos fines, diversos países en transición han llevado a cabo procesos judiciales en los que se han responsabilizado a los autores de las más graves violaciones, como fue el caso de los Tribunales de Nuremberg y de Tokio, los enjuiciamientos en Rwanda y la antigua

³¹ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que uno de los límites de estos mecanismos de justicia es la obligación que tienen los Estados de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos, con el fin de garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. No puede olvidarse la competencia de la Corte Penal Internacional en el evento en que no se juzguen los graves crímenes internacionales en Colombia. Ver: Catalina Botero & Esteban Restrepo ‘Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia’ in Rodrigo Uprimny Yepes, Catalina Botero Marino, Esteban Restrepo & María Paula Saffon, *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia* (Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – Dejusticia, 2006) 45

³² Los Convenios de Ginebra (1949), la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid (1973), la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984), la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (2006), la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención De Belem Do Para”, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

³³ Para un análisis del núcleo duro de esa obligación internacional, ver: Rodrigo Uprimny, Luz María Sánchez & Nelson Camilo Sánchez, *Justicia para la paz. Crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada* (Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – Dejusticia, 2014).

³⁴ Rodrigo Uprimny, Nelson Camilo Sánchez & Laura Marcela Lozano, *Introducción al concepto de Justicia Transicional y al modelo de Transición colombiano* (Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Without year) 38.

³⁵ Rodrigo Uprimny, Nelson Camilo Sánchez & Laura Marcela Lozano (n 4) 38

Yugoslavia, el Tribunal Especial de Sierra Leona y las Cámaras Mixtas de Timor Oriental, Camboya y Bosnia-Herzegovina.³⁶ Estos procesos han adoptado diversas características: han sido nacionales, internacionales o mixtos; se han centrado en una justicia retributiva (esencialmente punitiva), restaurativa (como ocurrió en Suráfrica) o las dos (como el caso colombiano); han investigado y sancionado a todos los responsables³⁷ o priorizado y seleccionado los casos de los responsables con participación determinante que cometieron los crímenes más graves.³⁸ En realidad, no existen modelos ideales de los procesos transicionales, puesto que la fórmula a adoptar depende de la situación particular de cada país.³⁹

En todo caso, sea la forma que se adopte, estos mecanismos deben concebirse como una herramienta que aporta a una estrategia más global de reconciliación y de paz. Esos mecanismos de justicia también deben respetar los estándares del DIDH, DIH y DPI, los cuales exigen que los Estados deben, por lo menos, juzgar los crímenes más graves que se hayan cometido en la guerra e individualizar a sus responsables, en especial, aquellos que tuvieron el mayor grado de responsabilidad, independientemente si pertenecen a ejércitos regulares o irregulares. En efecto, los perdones judiciales absolutos del Estado a sus Fuerzas Armadas por haber cometido crímenes internacionales están prohibidos por el derecho internacional. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que esa prohibición se basa en los deberes de protección reforzado que tiene la Fuerza Pública como depositaria del monopolio de la fuerza del Estado, para asegurar la vigencia de los derechos de la ciudadanía.⁴⁰

Es más, en el derecho internacional público no existe ninguna disposición —tratado, protocolo, jurisprudencia— que habilite de forma expresa un trato jurídico más favorable a agentes del Estado, y en particular FP, respecto de grupos insurgentes que tomaron parte de un conflicto armado interno. Por el contrario, hay una tendencia a fijar una responsabilidad mayor a agentes del Estado por la comisión de crímenes internacionales, que se refleja en: (i) la ausencia de tratamiento preferencial para FP en el Estatuto de Roma; y (ii) las disposiciones del DIH que exigen un tratamiento por lo menos equitativo de los agentes del

³⁶ Dieudonné Diku Mpongola ‘Entre le local et le global. La question de l’hybridité des Tribunaux en République Démocratique du Congo’ in Kora Andrieu & Geoffrey Lauvau (Dir) *Quelle justice pour les peuples en transition?* (Presses de l’université Paris-Sorbonne, 2014) 249

³⁷ Este es el caso de los procesos *gacaca* en Rwanda (tribunales comunitarios) en el que se formularon dos millones de solicitudes de juzgamiento por el genocidio ocurrido en este país. Ver: Hélène Dumas, ‘Juger le génocide sur les collines. Les procès *gacaca* au Rwanda’ in Kora Andrieu & Geoffrey Lauvau (Dir) *Quelle justice pour les peuples en transition?* (Presses de l’université Paris-Sorbonne, 2014) 263-277.

³⁸ Esta es la metodología utilizada por las Cámaras de Camboya, que se centró en el juzgamiento de cinco casos por los crímenes cometidos por los Jemeres Rojos (1975-1979) y produjo una sola condena. Ver Marcel Lemonde ‘Réflexions autour du procès des Khmers Rouges’ in Kora Andrieu & Geoffrey Lauvau (Dir) *Quelle justice pour les peuples en transition?* (Presses de l’université Paris-Sorbonne, 2014) 277-293. Igualmente, la JEP (corte penal colombiana que surge del acuerdo de paz de 2016) desarrollará su trabajo a partir de criterios de priorización y selección de casos.

³⁹ Kora Andrieu & Geoffroy Lauvau, ‘La justice transitionnelle à l’épreuve de la philosophie politique appliquée’ in Kora Andrieu & Geoffrey Lauvau (Dir) *Quelle justice pour les peuples en transition?* (Presses de l’université Paris-Sorbonne, 2014) 14

⁴⁰ *Gelman v Uruguay (Fondo y Reparaciones)* (Serie C No.221, IACtHR, 24 February 2011) párr. 225

Estado y los miembros de grupos insurgentes.

El artículo 27 del Estatuto de Roma, que regula la improcedencia del cargo oficial, precisa que el Estatuto “será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial”. Frente al tratamiento penal, el artículo agrega que “el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, *en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá per se motivo para reducir la pena*” (énfasis añadido). El segundo párrafo de ese artículo es más enfático aún: “[l]as inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella”. En esa forma, el DPI descarta cualquier beneficio penal a responsables de crímenes internacionales fundamente únicamente en su calidad de agente de Estado.

Por su parte, el DIH establece un equilibrio entre ejércitos regulares e irregulares, quienes son comprendidos como combatientes y tienen obligaciones equivalentes en la guerra. Por ejemplo, el principio de distinción —una de las reglas fundamentales del DIH— distingue claramente entre combatientes y civiles, pero no hace ninguna distinción entre combatientes pertenecientes a Fuerzas Armadas y aquellos que son parte de grupos insurgentes.

Estos mínimos de juzgamiento a FP que fija el derecho internacional constituyen los límites que debe respetar cualquier fórmula de justicia que se adopte en procesos de paz. Por supuesto, ello no descarta la posibilidad de beneficios jurídicos a la FP.⁴¹ La concesión de beneficios penales equivalentes a las amnistías o indultos⁴² que son otorgados a excombatientes de grupos insurgentes es admisible si ocurre en el marco de una negociación global de paz de manera que no se convierta en una auto-amnistía frente a crímenes graves, ni desconozca los deberes especiales que los agentes estatales tienen frente a los derechos humanos.

La siguiente parte expone los rasgos generales del principio penal especial, simultáneo, equilibrado y equitativo de la FP en el caso colombiano y su desarrollo normativo.

⁴¹ Louise Mallinder, ‘The end of amnesty or regional overreach? Interpreting the erosion of South America’s Amnesty Laws’ (2016) 65, ICLQ, 645-680.

⁴² En el derecho internacional y el derecho comparado, la amnistía se entiende como toda actuación que impide realizar un juicio penal —ya sea por una ley general o por la decisión de un fiscal o un juez en un caso determinado— o imponer un castigo —bien porque se fije una condena leve para un delito grave o se perdona una condena ya fijada— a quien ha cometido cierto delito. Ronald Slye, ‘The Legitimacy of Amnesties under International Law and General Principles of Anglo-American Law’, (2002) 43, 173, *Virginia Journal of International Law* (2002) 173.

En Colombia, la tradición jurídica diferencia entre amnistía e indulto. La primera hace relación a no iniciar o cesar el procedimiento penal en curso, en el que aún no hay condena. El segundo se refiere al perdón judicial de quien ya fue condenado o, puede ser el caso, ya pagó parte de la misma, supuesto en el que se perdona el cumplimiento del resto. Ver, *C-579 de 2013* Corte Constitucional de Colombia.

3. LA INCLUSIÓN DE FP EN LA COMPETENCIA DE LA JEP

Usualmente, las graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al DIH que la FP haya cometido son juzgadas por la justicia ordinaria en Colombia. Sin embargo, buena parte de esos casos han sido investigados por la justicia penal militar, lo cual pone en duda la independencia e imparcialidad de los jueces al fallar, pues estos pertenecen al cuerpo de las fuerzas armadas que están siendo investigadas. Ello ha generado severas críticas por parte de organizaciones de la sociedad civil y organismos internacionales. Además, para los casos que han sido juzgados por la justicia ordinaria, ésta no ha mostrado resultados satisfactorios en el juzgamiento de esas violaciones. Por ejemplo, respecto a los casos de ejecuciones extrajudiciales en modalidad de falsos positivos, falta celeridad en el juzgamiento y el porcentaje de altos mandos militares condenados es tímido, como lo señalan las cifras mencionadas arriba. Sumado a ello, Human Rights Watch evidencia que los fiscales y jueces enfrentan serios obstáculos para conseguir pruebas y evitar que los casos sean juzgados por jueces militares.⁴³

En el proceso de paz, surgió el debate si debía o no incluirse los crímenes internacionales cometidos por miembros de la FP en la competencia de la JEP y si debía o no otorgarse beneficios penales a éstos. Distintos sectores de la sociedad colombiana se han opuesto al juzgamiento de perpetradores pertenecientes a la FP, por parte de la JEP, y la concesión de cualquier beneficio penal. Sectores de extrema derecha, representados por el expresidente Álvaro Uribe Vélez, propusieron que los miembros de la FP no deberían ser juzgados por la JEP, sino por una instancia especial de la Corte Suprema de Justicia, que es el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria en Colombia, para “revindicar [su] reputación”.⁴⁴ Víctimas de crímenes de Estado también han rechazado que integrantes de la FP responsables de graves violaciones a los derechos humanos —como las ejecuciones extrajudiciales en modalidad de falsos positivos— reciban tratamientos especiales.⁴⁵ Para la Comisión Colombiana de Juristas, una organización de la sociedad civil, las ejecuciones extrajudiciales (“falsos positivos”) cometidas por la FP no pueden ser juzgadas por la JEP, pues no ocurrieron en el marco del conflicto armado interno.⁴⁶

Desde nuestra perspectiva, la inclusión de la FP en la competencia de la JEP es positiva y responde a las finalidades más amplias del *JPB* y la *JT*, por las siguientes razones. Primero, la sanción de la FP por la JEP difunde un mensaje de auto-sometimiento a la justicia de las partes que participaron en el conflicto armado interno. En las guerras, el paso de una transición generalmente ha terminado con la imposición de la justicia de la parte vencedora

⁴³ Human Rights Watch, ‘El rol de los altos mandos en falsos positivos’ (HRW,2015) <<https://www.hrw.org/es/report/2015/06/23/el-rol-de-los-altos-mandos-en-falsos-positivos/evidencias-de-responsabilidad-de>>

⁴⁴ ‘Militares y civiles no deberían estar en la JEP, según Uribe’ in *Revista Semana* (11 de julio de 2017) <<http://www.semana.com/nacion/articulo/el-exmandatario-asegura-que-la-jep-iguala-a-las-fuerzas-militares-con-las-farc/532081>>

⁴⁵ ‘¿Habrà justicia si los “falsos positivos” van a la JEP?’ in *Verdad Abierta* (19 de abril de 2017) <<http://www.verdadabierta.com/victimas-seccion/asesinatos-colectivos/6609-habra-justicia-si-los-falsos-positivos-van-a-la-jep>>

⁴⁶ Cielo Linares & Juan Carlos Ospina *La participación de las víctimas en el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición* (Comisión Colombiana de Juristas, 2017) 69.

a la vencida (Tribunal de Nuremberg o Cámaras de juzgamiento a Khmers Rojos en Camboya⁴⁷) o con perdones bilaterales (amnistías en Chile o en Argentina). En el caso colombiano, las partes decidieron autoimponerse un mecanismo de justicia⁴⁸, en el que tanto guerrilleros como FP serán juzgados.

En efecto, el juzgamiento de sus propias Fuerzas Armadas es una cuestión compleja para los Estados. Por ejemplo, en la transición argentina (1983-1989), Raúl Alfonsín intentó establecer un proceso de juzgamiento por las desapariciones forzadas y violaciones a los derechos humanos cometidas durante los 7 años de dictadura de las *juntas militares* (1976-1983). Sin embargo, esta iniciativa tuvo que ser temporalmente abandonada por el riesgo de un golpe de Estado por parte de los militares.⁴⁹ Solo hasta el gobierno de Néstor Kirchner (2003-2007) se reabrieron de los juicios contra los militares. La primera condena fue en 2007 y ya en el 2010, se registraban alrededor de 820 miembros de la Fuerza Pública investigados por los hechos acaecidos durante la dictadura.⁵⁰

Segundo, uno de los fines del acuerdo de paz colombiano es dar un cierre global al conflicto armado interno.⁵¹ Para alcanzar ese fin, todos los responsables de graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al DIH, ocurridos en la guerra, deben rendir cuentas ante la JEP. De lo contrario, el conflicto armado no sería resuelto de forma definitiva. Por ello, la JEP concentrará de forma definitiva todos los procesos relacionados con el conflicto armado que cursen en otras jurisdicciones⁵², no solo respecto de las

⁴⁷ Marcel Lemonde (Cap 1 n 8) 277

⁴⁸ Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – Dejusticia, ‘Cinco puntos que nos preocupan sobre la Jurisdicción Especial para la Paz y el tratamiento especial a la Fuerza Pública’ (Dejusticia, February 2017) <<https://www.dejusticia.org/cinco-puntos-que-nos-preocupan-sobre-la-jurisdiccion-especial-para-la-paz-y-el-tratamiento-especial-a-la-fuerza-publica/>>

⁴⁹ Ruti Teitel *Transitional Justice* (Oxford University Press, 2000) 45-46.

⁵⁰ Beira Aguilar & Angela Salas, ‘Dictadura, transición y experiencias locales de reparación: el caso argentino’ in Camila De Gamboa (ed.) *El tránsito hacia la paz: de las herramientas nacionales a las locales* (1st ed. Universidad del Rosario, 2010) 46

⁵¹ A pesar de las fuertes críticas, el Acuerdo Final de Paz —tanto en su versión firmada en Cartagena como aquella firmada en el Teatro Colón— preveía que la JEP juzgaría a quienes hubieran tenido una participación determinante en la comisión de crímenes internacionales. Es decir, la jurisdicción no solamente investigaría y juzgaría a actores armados —regulares como la Fuerza Pública o irregulares como la antigua guerrilla FARC-EP—, sino también a particulares que hubieran financiado o apoyado la guerra (los llamados terceros) y agentes estatales no combatientes —tales como congresistas, alcaldes o gobernadores—. La inclusión de estos dos últimos grupos en la competencia de la JEP desató álgidos debates después del rechazo del primer acuerdo de paz en las urnas, en el plebiscito de 2 de octubre de 2016. En la fase de la renegociación, los líderes del NO insistieron en que la JEP no podría tener investigar ni sancionar a los terceros ni a los agentes estatales no combatientes. Sin embargo, el Acuerdo Final de Paz de noviembre de 2016 mantuvo la competencia de la JEP frente a actores armados y no armados. Luego, la Corte Constitucional tomó la decisión polémica de mantener la competencia de la JEP frente a terceros y agentes estatales no combatientes solamente si estos aceptaban someterse a esa jurisdicción (C-674 de 2017). De ahí que la JEP solo tiene poder amplio frente a excombatientes de las FARC-EP y la Fuerza Pública.

⁵² Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, numeral 33, punto 5, página 143: “El componente de justicia del SIVJRN, conforme a lo establecido en el Acuerdo Final, prevalecerá sobre las actuaciones penales, disciplinarias o administrativas por conductas cometidas con ocasión, por causa y en relación directa o indirecta con el conflicto armado, al absorber la competencia exclusiva sobre dichas conductas”.

investigaciones o condenas que cursaron en el pasado o las actuales, sino también frente aquellas que podrían surtirse en un futuro.⁵³

Tercero, la inclusión de la FP en la JEP supone el reconocimiento del Estado de que sus propios agentes cometieron crímenes durante el conflicto y, por ende, que sus víctimas deben ser reparadas. La JEP es el primer sistema de justicia transicional que abarca a la FP. El anterior mecanismo de justicia transicional es la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005), la cual fijó un procedimiento penal especial que solo cobijó a grupos paramilitares, pero no a los agentes del Estado.⁵⁴ En su oportunidad, el entonces presidente Álvaro Uribe negaba la existencia de víctimas de Estado y, en consecuencia, la responsabilidad de este en violaciones de derechos humanos y en la reparación de sus víctimas.⁵⁵ Es así como solo las víctimas de los grupos armados ilegales (guerrilleros y paramilitares) eran susceptibles de ser reparadas por esta vía, pero no aquellas de las Fuerzas Armadas.⁵⁶ En consecuencia, los crímenes de las Fuerzas Armadas eran juzgados por la Justicia Ordinaria, lo que supuso la existencia de víctimas de primera y segunda categoría.

Cuarto, ligado a lo anterior, el juzgamiento de violaciones de la FP que tengan conexidad con el conflicto armado interno por parte de la JEP estimula la construcción de verdad, la reparación a las víctimas y el fortalecimiento de mecanismos para evitar la repetición de esas atrocidades, además de la definición de la situación jurídica de todos los actores del conflicto. En efecto, la JEP hace parte de un sistema más amplio que abarca entidades como la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición, y la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado. Para obtener cualquier beneficio o rebaja de pena ante la JEP, la persona debe comprometerse a reconocer su responsabilidad, decir la verdad, contribuir a la reparación de las víctimas y no volver a cometer esas violaciones. Si la persona incumple esas obligaciones, pierde los beneficios recibidos. Esas condiciones del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, que surge del acuerdo de paz, genera incentivos para la satisfacción de los distintos derechos de las víctimas, lo que no ocurre en la justicia ordinaria y menos en la justicia penal militar.

Quinto, la investigación y juzgamiento de los integrantes de la FP que cometieron graves delitos es una condición previa y necesaria para la construcción saludable de las relaciones civiles-militares en los territorios. La desmovilización, desarme y desactivación de las

⁵³ El artículo 27 Acto Legislativo 01 de 2017 indica que en “caso de que con posterioridad a la aprobación del presente Acto Legislativo, se aprobaran leyes o normas que al otorgar tratamientos diferenciados a agentes del Estado o a otras personas por conductas relacionadas directa o indirectamente con el conflicto armado, fueran combatientes o no combatientes, provocaren que los anteriores sean excluidos de la competencia de la Jurisdicción Especial para la Paz, o tuvieran como resultado la inaplicación de dicha jurisdicción o la inaplicación de las condiciones referidas a las sanciones que se recogen en el Acuerdo final de 24 de noviembre de 2016 respecto de dichas personas, el Tribunal Especial para la Paz ejercerá su jurisdicción preferente en las materias de su competencia conforme al presente Acto Legislativo”.

⁵⁴ Ley 975 de 2005, por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios. Art. 2.

⁵⁵ Alejandro González, ‘Justicia transicional y reparación a las víctimas en Colombia’ (2010) 72, 4, *Revista Mexicana de Sociología* (2010) 646.

⁵⁶ Alejandro González (n 11)

FARC-EP como organización insurgente supone la eliminación del objetivo prioritario de una FP entrenada para la guerra contrainsurgente y, por ende, nos sitúa en un nuevo escenario de seguridad.⁵⁷ De ahí que se requieran una serie de ajustes de la Fuerza Pública, en particular, en aquellas regiones en las que cuentan con un bajo nivel de aceptación, justamente por los excesos cometidos contra la población civil.

En relación con la sanción de ejecuciones extrajudiciales, la JEP deberá determinar si esas atrocidades fueron cometidas en el contexto del conflicto armado interno y, por tanto, si son su competencia sancionarlas. En caso de que no lo sean, la justicia ordinaria tendrá que continuar la investigación y juzgamiento de esas violaciones.

La inclusión de la FP en la JEP comprende el *tratamiento penal especial, simultáneo, equilibrado y equitativo*.⁵⁸ Durante la negociación de paz en La Habana (Cuba), el gobierno colombiano y la guerrilla de las FARC-EP debatieron si la FP debía incluirse o no en el sistema justicia que pactarían. Sin embargo, las características del tratamiento a la FP no fueron discutidas en la mesa de conversaciones de La Habana. Los pormenores de dicho tratamiento fueron introducidos a último momento por el gobierno colombiano, como lo señala un comunicado de los voceros de la guerrilla, que fue hecho público el 26 de noviembre de 2016.⁵⁹ Allí, los voceros explicaban que este principio fue incluido de forma unilateral por parte del gobierno y que este lo presentó como un asunto innegociable.⁶⁰

El tratamiento penal de la FP es uno de los elementos del sistema de sanciones de la JEP. El esquema colombiano de sanciones excluye de amnistía e indulto, o tratamientos equivalentes a los crímenes internacionales. Los responsables de estas atrocidades serán castigados por la JEP, con tres tipos de sanciones: irán a cárcel de 15 a 20 años quienes sean vencidos en juicio contradictorio y no hayan aceptado su responsabilidad (sanciones ordinarias); irán a cárcel de 5 a 8 años quienes reconozcan tardíamente verdad y responsabilidad ante el Tribunal para la Paz (sanciones alternativas); y los únicos que no irán a cárcel, pero sí tendrán una sanción de 5 a 8 años, que es una restricción efectiva de la libertad para cumplir labores restauradoras, son quienes de forma inmediata reconozcan plenamente verdad y responsabilidad, ante la Sala de Reconocimiento de la JEP (sanciones propias). Este último tipo de sanciones tiene un elemento aflictivo, que es la restricción efectiva de la libertad; y un elemento restaurador, pues su propósito es restablecer la convivencia y reparar a las víctimas a través de labores como el desminado, entre otros.

⁵⁷ Christian Álvarez Gómez, 'Reformas y transformaciones de la Fuerza Pública colombiana en un escenario de posconflicto' in Alejo Vargas Velásquez y Viviana García Pinzón (eds) *Seguridad y defensa en la transición de la guerra a la paz: reflexiones y perspectivas* (Universidad Nacional de Colombia, 2017) 215

⁵⁸ Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera (noviembre 2016) numeral 32, punto 5. Acto Legislativo 1 de 2017 (04 April 2017) artículo transitorio 17.

⁵⁹ FARC-EP, 'Constancia de las FARC-EP respecto a las definiciones y las responsabilidades de los agentes del Estado' (26 de noviembre de 2016) <<http://www.farc-ep.co/comunicado/constancia-de-las-farc-respecto-a-las-definiciones-y-responsabilidades-de-los-agentes-del-estado-en-la-jep.html>>

⁶⁰ Rossih Amira 'Los militares ganan: su justicia transicional será diferente a las FARC' (*Colombia plural*, February 2017) < <https://colombiaplural.com/los-militares-ganan-justicia-transicional-sera-diferente-la-las-farc/>>

El tratamiento penal de la FP es *especial*, esto es, distinto al que reciben los excombatientes de la guerrilla, debido a que la FP ostenta la calidad de garante de derechos y tiene el monopolio del uso de la fuerza. Ese tratamiento también es *simétrico*, pues la FP puede beneficiarse de las medidas equivalentes a las otorgadas a las FARC-EP; y es *simultáneo*, porque implica que sus efectos se darán en forma concurrente con los previstos para la guerrilla, incluso antes de la entrada en funcionamiento de la JEP.⁶¹

No obstante, dicho tratamiento no tiene una definición específica normativa y sus efectos concretos no son claros. En la práctica, pareciera que se ha establecido más bien un estándar menos riguroso de juzgamiento a favor de la FP. Algunos consideran que este régimen, más que ser *especial* se ha convertido en *preferencial*⁶², lo que pondría en grave riesgo los derechos de las víctimas y tendría implicaciones negativas, desde una perspectiva de *JPB*. En seguida, discutimos algunos de los problemas de la regulación del tratamiento penal a FP.

4. ALGUNOS EFECTOS INDESEADOS DEL TRATAMIENTO PENAL ESPECIAL, SIMULTÁNEO, EQUILIBRADO Y EQUITATIVO A LA FP EN LA JEP

El tratamiento penal a FP ha generado *efectos indeseados* en al menos tres ámbitos de la JEP: (i) ciertos beneficios penales; (ii) la responsabilidad de mando; y (iii) la inaplicación del DPI en casos de FP.

3.1. Algunos beneficios penales a la FP

En el derecho Internacional, el otorgamiento de beneficios penales para las partes en conflicto no está prohibido *per se* en las negociaciones de paz. Por el contrario, en el DIDH y el DIH ha habido un amplio desarrollo sobre la procedibilidad de este tipo de beneficios en transiciones negociadas, pero con ciertos límites.⁶³ El derecho internacional permite la concesión de amnistías sobre delitos políticos y conexos que no sean crímenes atroces. Sin embargo, los crímenes atroces, entendidos como violaciones graves de los derechos humanos e infracciones al DIH, no son amnistiables, por vía general. En principio, el Estado está obligado a investigarlos y a sancionarlos, incluso en contextos de justicia transicional. Con todo, no se trata de un deber absoluto, por lo cual los Estados pueden establecerse algunas limitaciones a ese deber, dadas las particularidades de los contextos transicionales.⁶⁴

En el caso colombiano, los beneficios penales a FP comprenden la renuncia a la acción

⁶¹ ‘Excarcelaciones de la JEP a cuenta gotas’ in *El Espectador* (22 de mayo de 2017) <<http://colombia2020.elespectador.com/justicia/excarcelaciones-de-la-jep-cuenta-gotas>>

⁶² Comosoc, ‘Impunidad: decreto que suspende órdenes de captura contra miembros de la Fuerza Pública procesados atenta contra víctimas y sus derechos a la justicia y a la verdad’ in *Comosoc* (May 2017) <<http://comosoc.org/Impunidad-Decreto-que-suspende>>

⁶³ Consejo de Seguridad, *Informe del Secretario General sobre el Estado de Derecho y Justicia Transicional en sociedades en conflicto y posconflicto*. (ONU, 2004) <<http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/2004/616>>

⁶⁴ Rodrigo Uprimny, Luz María Sánchez & Nelson Camilo Sánchez, (n 21)

penal, cesación del procedimiento y renuncia a la ejecución de la pena.⁶⁵ Como consecuencia de esos beneficios, miembros de la FP pueden solicitar una *libertad transitoria condicionada y anticipada*, de acuerdo con una lista elaborada por el Ministerio de Defensa.⁶⁶ Esta libertad transitoria procede si el miembro de la FP que solicita: (i) fue condenado o procesado por haber cometido delitos con ocasión del conflicto armado; (ii) acepta su sometimiento a la JEP, lo que implica decir la verdad de lo ocurrido y comprometerse a la reparación de víctimas; y (iii) si se trata de crímenes de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra⁶⁷, la libertad transitoria puede solicitarla quien haya cumplido una pena privativa de la libertad de al menos 5 años. Esta situación es provisional.⁶⁸ La Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la JEP, que tiene a su cargo decidir el tratamiento penal a FP, revisará esos casos y podrá otorgar la libertad *definitiva*.⁶⁹

Actualmente, la JEP fue creada por una reforma constitucional en abril de 2017, sus magistrados fueron elegidos y, hasta enero de 2018, inició sus actividades. Hasta hace unas pocas semanas, la Secretaría Jurídica de la JEP funcionó temporalmente con el apoyo del PNUD. En esta situación, no hay una jurisprudencia específica sobre otorgamiento de beneficios penales a FP. No obstante, distintos jueces han otorgado un gran número de *libertades anticipadas* de miembros de FP, quienes habían sido condenados entre 20 y 40 años de cárcel por la justicia ordinaria, por crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra. También algunos jueces han ordenado la suspensión de procesos penales en marcha contra FP, para remitir su competencia a la JEP, pese a que aún no se encuentra funcionando en pleno.

Según Verdad Abierta, hay actualmente 5000 militares y policías en las cárceles, de los cuales 3000 han sido procesados como responsables por crímenes cometidos en el marco del conflicto armado.⁷⁰ De esos 3000, 1500 ya han cumplido más de 5 años en las cárceles y podrían ser beneficiarios de la *libertad definitiva*.⁷¹ De acuerdo con la Secretaría Ejecutiva de la JEP, a 6 de octubre de 2017, 1692 miembros de FP han firmado actas de compromiso con el fin de recibir beneficios penales. De estos, 641 han obtenido la libertad condicionada; 85 están privados de la libertad en centros de reclusión militar; y 243 casos tienen órdenes de captura suspendidas o medidas de aseguramiento revocadas.⁷² Algunos de

⁶⁵ Ley 1820 de 2016, por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras. Título V.

⁶⁶ Ley 1820 de 2016, por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras. Art. 53; *Corte Suprema de Justicia, (Sala de Casación Penal)*, Auto Rad. 45750 [15 March 2017] 3.1.3.

⁶⁷ Ley 1820 de 2016, por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras. Art. 52

⁶⁸ *Corte Suprema de Justicia, (Sala de Casación Penal)*, Auto Rad. 49253 [10 May 2017] 2.3

⁶⁹ Ley 1820 de 2016, por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras. Art. 55

⁷⁰ ‘Así avanza la libertad de militares implicados en polémicos casos’ in *Verdad Abierta* (11 March 2017) <<http://www.verdadabierta.com/procesos-de-paz/farc/6579-asi-avanza-la-libertad-de-militares-implicados-en-polemicos-casos>>

⁷¹ ‘Así avanza...’ (n 7)

⁷² ‘5123 guerrilleros y miembros de la Fuerza Pública se han comprometido con la JEP’ in *El Espectador* (07 October 2017) <<https://www.elespectador.com/noticias/judicial/5123-guerrilleros-y-miembros-de-la-fuerza-publica-se-han-comprometido-con-la-jep-articulo-716959>>

ellos han sido procesados por homicidios en persona protegida (“falsos positivos”) y ya fueron beneficiados por la medida de *libertad condicionada*.⁷³ Otros casos emblemáticos como el del General Uscátegui, quien fue condenado a 40 años de prisión por los hechos de la masacre de Mapiripán, fue cobijado por la *libertad anticipada*, a pesar de que no aceptó su responsabilidad en la comisión de atrocidades.⁷⁴

Hay al menos dos problemas o efectos indeseados de los beneficios penales otorgados a FP. De un lado, es preocupante que se otorguen beneficios penales cuando la JEP aún no se encuentra en pleno funcionamiento. Human Rights Watch y 32 ONG han sido enfáticas en advertir que esta situación de transitoriedad genera una incertidumbre en cuanto al futuro de los procesos penales en marcha contra los integrantes de la FP⁷⁵ y las libertades condicionadas. Mientras que la ley que regula la administración de la JEP fue aprobada por el Congreso y entrará en vigor hasta que la Corte Constitucional la estudie, algunos jueces ya han decretado la suspensión de los procesos penales contra integrantes de la FP por considerar que son de competencia de la JEP.

De otro lado, algunos antiguos agentes del Estado han querido beneficiarse de la JEP, para obtener beneficios sobre condenas por delitos que no tienen relación alguna con el conflicto armado interno. Ciertos autos proferidos hasta la fecha por la Corte Suprema de Justicia, que es el máximo tribunal de la justicia ordinaria colombiana, evidencian esta situación. En uno de ellos, un ex intendente de Policía condenado por el delito de concierto para delinquir, por haber creado una pirámide captadora de dinero⁷⁶, presentó una solicitud ante la Corte Suprema de Justicia para obtener la libertad condicionada y así acogerse a la JEP.⁷⁷ También un suboficial del Ejército Nacional solicitó este beneficio, cuando fue condenado por “porte ilegal de armas”, pues hacía parte de una banda que se dedicaba a asaltar transeúntes.⁷⁸ Esto evidencia la necesidad de publicidad de las listas de miembros de la FP que aspiran a beneficios de la JEP y el establecimiento de recursos para las víctimas ante tales decisiones, con el fin de garantizar que los casos de los beneficiados efectivamente tengan una relación clara con el conflicto armado y cumplan las obligaciones de verdad, reparación y no repetición.

⁷³ ‘Dos militares, los primeros en beneficiarse de libertad condicional a través de la JEP’ in *W Radio* (18 April 2017) <<http://www.wradio.com.co/noticias/actualidad/dos-militares-los-primeros-en-beneficiarse-de-libertad-condicional-a-traves-de-la-jep/20170418/nota/3440000.aspx>>

⁷⁴ ‘Víctimas de masacre paramilitar en Colombia rechazan libertad para acusado’ in *El Nuevo Herald* (06 May 2017) <<http://www.elnuevoherald.com/noticias/mundo/america-latina/colombia-es/article149126474.html>>

⁷⁵ ‘33 Ong rechazan que falsos positivos vayan a Tribunal de Paz’ in *El Tiempo* (05 April 2017) <<http://www.eltiempo.com/mundo/euu-y-canada/ong-rechazan-que-falsos-positivos-vayan-a-jurisdicion-especial-de-paz->>>

⁷⁶ ‘Regaño de la Corte Suprema de Justicia a militares que se quieren “colar” a la JEP’ in *Caracol Radio* (17 May 2017) <http://caracol.com.co/radio/2017/05/17/judicial/1495036555_951214.html>

⁷⁷ *Corte Suprema de Justicia, (Sala de Casación Penal)*, Auto Rad. 49253 [10 May 2017]

⁷⁸ *Corte Suprema de Justicia, (Sala de Casación Penal)*, Auto Rad. 45750 [15 March 2017].

4.2. La responsabilidad de mando de la FP⁷⁹

Algunos autores se han preguntado si en el *JPB* deberían ser juzgados solo los militares rasos que ejecutaron tales órdenes o también los comandantes.⁸⁰ Esta pregunta es esencial por cuanto la JT ya ha reflexionado sobre este tema y existen unos estándares claros en el DIH y DPI. En Colombia, la adecuada regulación de la responsabilidad del mando es crucial para la legitimidad y solidez jurídica del proceso de paz.

La responsabilidad del mando (RdM) es una figura del derecho internacional que existe desde hace décadas y que establece cuándo un comandante militar debe responder por las atrocidades cometidas por sus subalternos. La tesis central es que, incluso si el comandante no ordenó las atrocidades ni participó en ellas, debe responder por los actos cometidos por sus subalternos si, pudiendo hacerlo, no evitó que éstas ocurrieran o se abstuvo de sancionar a los responsables.

Esta figura ha sido desarrollada tanto por el DPI consuetudinario y el Estatuto de Roma, como por el DIH. Sobre esto último, el Comité Internacional de la Cruz Roja ha reconocido la responsabilidad de mando como una institución que pertenece a la costumbre internacional del DIH.⁸¹ La RdM ha sido aplicada por el Tribunal Penal para la Ex Yugoslavia⁸², el Tribunal Internacional para Ruanda, el Tribunal Especial para Sierra Leona y la Corte Penal Internacional.

Poco a poco, el derecho internacional público ha decantado los requisitos para que se configure la RdM.⁸³ El primer requisito exige que exista mando efectivo, esto es, una relación jerárquica entre el superior y el subordinado que cometió el crimen, de tal manera que el superior tuviera la capacidad fáctica de prevenir el crimen de su subordinado o de sancionarlo si lo cometió. El segundo requisito requiere evidenciar que el superior debía tener conocimiento real de la comisión de la conducta (*actual knowledge* o *conocimiento efectivo*), o había razones para que el superior supiera de la comisión (*had reason to know* o *conocimiento inferido*), o el superior debía haber conocido de la comisión (*should have known* o *conocimiento presunto*). Respecto al conocimiento presunto, no hay consenso entre el DPI consuetudinario y el Estatuto de Roma. Las cortes *ad hoc* (como Ruanda⁸⁴ o Yugoslavia⁸⁵) han rechazado la aplicación del conocimiento presunto y solo han imputado

⁷⁹ Esta parte se basa en Rodrigo Uprimny & Diana Isabel Güiza Gómez ‘Reflexiones sobre la reforma constitucional que crea Jurisdicción Especial para la Paz y regula el tratamiento especial de la Fuerza Pública’ (Dejusticia, 2017) <https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_909.pdf>

⁸⁰ David Rodin (n 4) 62

⁸¹ Jean-Marie Henckaerts & Louise Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario, Volumen I: Normas* (Comité Internacional de la Cruz Roja, Centro de Apoyo en Comunicación para América Latina y el Caribe, 2007) 632.

⁸² Ver los casos de *Prosecutor v Blaskic* (IT-95-14), *Prosecutor v Delalic* (IT-96-21-T) y *Prosecutor v Zdravko Mucic* (IT-96-21)

⁸³ Guénaél Mettraux, *The Law of Command Responsibility* (Oxford University Press, 2009)

⁸⁴ Numeral 3 del artículo 6 del Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda.

⁸⁵ Numeral 3 del artículo del Estatuto del Tribunal Internacional para juzgar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia, a partir de 1991.

responsabilidad por conocimiento real o porque había razones para que el superior supiera.⁸⁶

El conocimiento presunto es, hasta cierto punto y según ciertos autores, una innovación del Estatuto de Roma frente al DPI consuetudinario. Con todo, el conocimiento presunto es criticado, en términos garantistas, ya que podría conducir a formas de responsabilidad objetiva. Por eso, algunos autores tienden a recomendar que el estándar del conocimiento presunto sea aplicado como si se tratara del requisito más exigente del conocimiento inferido.⁸⁷ Hasta ahora, la Corte Penal Internacional no ha desarrollado aún una jurisprudencia clara sobre el alcance del llamado conocimiento presunto y sus diferencias con el estándar de tener razones para saber. Este último corresponde, en cierta forma, al establecido por el DIH, en el artículo 86 del Protocolo I a los convenios de Ginebra. Según ese artículo, los superiores responden por los crímenes de guerra cometidos por sus subalternos si “sabían o poseían información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción y si no tomaron todas las medidas factibles que estuvieran a su alcance para impedir o reprimir esa infracción”.

Más allá de esos debates internacionales, es indudable que cualquier regulación interna de la responsabilidad del mando debe, por lo menos, respetar los estándares de conocimiento que reconoce el DPI consuetudinario: el conocimiento efectivo y alguna forma de *conocimiento inferido*, ya sea en la forma del DPI consuetudinario o del DIH, en donde se habla de que el superior tuviera elementos para conocer de las atrocidades de sus subalternos; o el estándar de conocimiento presunto señalado por el artículo 28 del estatuto de Roma.

El tercer requisito exige que se demuestre que el superior no adoptó las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o sancionar al subordinado, o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes para que el subordinado fuera investigado y sancionado.

La RdM no estaba expresamente prevista en el ordenamiento jurídico colombiano, por lo que las pocas condenas contra altos mandos de la FP se fundamentan en figuras jurídicas como la responsabilidad por omisión⁸⁸ o la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder.⁸⁹ Estas vías alternas permiten establecer algún grado de responsabilidad penal a

⁸⁶ Guénaël Mettraux (n 21)

⁸⁷ Guénaël Mettraux (n 21).

⁸⁸ Por esta vía, los mandos militares son responsables de las atrocidades que cometan sus subalternos, aunque los superiores no hubiesen participado materialmente, pues tiene la posición de garante. El deber de los miembros de la FP es proteger la población civil y, si lo incumplen —ya sea por acción o por omisión—, son responsables. Con esta figura fue condenado el Brigadier General del Ejército colombiano Jaime Uscátegui por la masacre de Mapiripán, que ocurrió en 1997. Mapiripán es una población del oriente colombiana que fue atacada, durante varios días, por un grupo paramilitar. Los altos mandos del ejército que tenían bajo su control ese territorio supieron que ese ataque paramilitar ocurriría y no lo evitaron, como les correspondía por su posición de garantes de la población civil. Corte Suprema de Justicia de Colombia (Caso n°35.113, 05/06/2014, M.P. Eugenio Fernández).

⁸⁹ Según la Corte Suprema de Justicia colombiana, esta figura penal “fue diseñada para lograr endilgar responsabilidad de aquellos mandos altos que en un escenario de macrocriminalidad, generado por una gran

los superiores de la FP, que no era posible con base en la dogmática penal tradicional. Además, la sanción de altos mandos permite revelar que hubo planes concertados para cometer las atrocidades y deficiencias institucionales que lo facilitaron. No se trató entonces de casos aislados de algunos miembros de la FP que violaron derechos humanos. Con todo, estas figuras tienen límites que puede suplir la RdM. De una parte, la responsabilidad por omisión no refleja el grado de participación del superior en la comisión de los hechos ni el patrón de violencia al interior de la FP. Por el contrario, estos casos son vistos como fallas puntuales y aisladas de una persona dentro de la institución. De otra parte, la autoría mediata hace mayor énfasis en el conocimiento previo del superior sobre las atrocidades que sus subalternos estaban cometiendo o estaban a punto de ejecutar. De esa forma, la autoría mediata no incluye escenarios de conocimiento inferido de los mandos, en los que la sistematicidad de las atrocidades, los patrones de las violaciones y otros indicios señalan que el superior tenía fuertes razones para saber que las atrocidades estaban ocurriendo o tendrían lugar.

La RdM está incorporada al derecho colombiano desde la Constitución de 1991, la cual hace obligatorio el DIH que consagra esta figura. De todas formas, la reforma constitucional del Acto Legislativo 1 de 2017, que crea la JEP, regula explícitamente la RdM en el derecho interno, por primera vez. No obstante, la RdM como está consagrada en la reforma constitucional tiene serias falencias. En primer lugar, la RdM es exigible solo frente a FP y no incluye claramente a comandantes guerrilleros. El acuerdo de paz prevé también la RdM de los jefes guerrilleros, por lo que éstos no pueden excluirse de la aplicación de esta figura.

En segundo lugar, la RdM exigida a FP no respeta todos los estándares del DIH y DPI. Primero, la reglamentación entiende que solo existe mando y control efectivo, si hay una relación de subordinación entre el superior y quien cometió la conducta, de tipo jurídica y de facto.⁹⁰ Tal exigencia de que concurren requisitos formales y materiales desconoce el

estructura para delinquir, en el que resulta imposible demostrar su participación material conformada en tales hechos, especialmente por existir una serie de subalternos con diferentes rangos que los separan de los autores materiales del hecho, quienes normalmente son los que terminan procesados". Corte Suprema de Justicia de Colombia (Caso n° 39.472, 07-11-2012, M.P. Gustavo Enrique Malo).

Los requisitos de esta figura penal son: un autor mediato, esto es, el superior del autor material del hecho que, por ello, tiene la facultad de dominar la conducta; y el subordinado, quien ejecuta directamente la conducta. Esta figura se ha aplicado prioritariamente a grupos paramilitares, aunque existen algunas decisiones sobre FP, como el conocido caso contra el coronel retirado Luis Alfonso Plazas Vega por la desaparición forzada de personas en la toma y retoma del Palacio de Justicia, en 1985. Corte Suprema de Justicia de Colombia (Caso n°38.957, 16/12/2015, M.P. Luis Guillermo Salazar).

⁹⁰ El artículo transitorio 24 del Acto Legislativo 1 de 2017 establece: "Se entenderá que existe mando y control efectivo del superior militar o policial sobre los actos de sus subordinados, cuando se demuestren las siguientes condiciones *concurrentes*:

- a. Que la conducta o las conductas punibles hayan sido cometidas dentro del área de responsabilidad asignada a la unidad bajo su mando según el nivel correspondiente y que tengan relación con actividades bajo su responsabilidad;
- b. Que el superior tenga la capacidad legal y material de emitir órdenes, de modificarlas o de hacerlas cumplir;
- c. Que el superior tenga la capacidad efectiva de desarrollar y ejecutar operaciones dentro del área donde se cometieron los hechos punibles, conforme al nivel de mando correspondiente; y

DPI consuetudinario, que solo exige que efectivamente el superior tuviera un mando tal que pudiera haber evitado la atrocidad cometida por su subordinado. Si se siguiera esta lógica de exigir también una subordinación jurídica, la CPI no habría declarado la responsabilidad de Bemba por la comisión de crímenes internacionales en la República Centroafricana (RCA), por parte las tropas del Movimiento para la Liberación del Congo (MLC), las cuales estaban bajo su mando. Bemba no tenía mando legal sobre esos territorios, pero sí tenía mando material sobre las tropas que allí operaban. En el juicio, la Fiscalía de la CPI logró evidenciar que Bemba, desde la República Democrática del Congo, tenía control efectivo sobre las tropas del MLC. Prueba de ello son las transmisiones por radio de Bemba con las tropas o la correspondencia entre oficiales en la que narran esos crímenes que se cometieron en RCA.⁹¹

Tampoco el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia hubiese podido condenar a Zdravko Mucić, por su RdM sobre los crímenes que cometieron sus subordinados en la prisión Čelebići —una cárcel que, durante la guerra de Bosnia en 1992, fue usada para recluir ilegalmente a prisioneros serbios—. Mucić no recibió nombramiento formal como comandante de la prisión. Sin embargo, el Tribunal recaudó evidencia empírica que apuntaba a que Mucić sí tenía control de hecho sobre sus subordinados en esa prisión, desde finales de mayo o inicios de junio de 1992 hasta finales de noviembre del mismo año. Según documentos internos de la cárcel, Mucić tenía el poder de transferir prisioneros de Čelebići a otras prisiones, o de dejarlos en libertad. Igualmente, de acuerdo con testimonios, Mucić controlaba las visitas que hacían a los familiares o los civiles que podrían ingresar a la cárcel, como lo relató un periodista bosnio quien fue autorizado por el comandante para filmar la prisión.⁹²

La RdM de FP es, entonces, incompatible con la doctrina uniforme establecida por los tribunales internacionales y, en especial, por la CPI que, en la reciente sentencia en el caso Bemba, reiteró que si existe o no mando efectivo es un asunto que se determina probatoriamente, estableciendo si el superior podía o no prevenir la atrocidad cometida por sus subalternos. Si bien existen criterios que pueden y deben ser tomados en cuenta para determinar si hay o no mando efectivo, los cuales son semejantes a los establecidos en el derecho colombiano, dichos criterios son puramente indicativos y, en ningún caso, pueden imponerse como criterios obligatorios.

En relación con el conocimiento, la RdM parece excluir el estándar de conocimiento inferido, pues establece que “[l]a responsabilidad de los miembros de la Fuerza Pública por los actos de sus subordinados deberá fundarse en (...) el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante, o después de la realización de la respectiva conducta, así como *en los medios a su alcance* para prevenir que se cometa o se siga cometiendo la conducta punible, siempre y cuando las condiciones fácticas lo permitan”

d. Que el superior tenga la capacidad material y directa de tomar las medidas adecuadas para evitar o reprimir la conducta o las conductas punibles de sus subordinados, siempre y cuando haya de su parte conocimiento actual o actualizable de su comisión.

⁹¹ *Prosecutor v Bemba (Public Redacted Version of Judgment pursuant to Article 74 of the Statute)* (Case no ICC-01/05-01/08, Trial Chamber VII, 21 March 2016)

⁹² *Prosecutor v Zejnil Delalić, Zdravko Mucić also known as “Pavo”, Hazim Delić, Esad Landžo also known as “Zenga” (Judgment)* (Case no. IT-96-21-T, Trial Chamber, 06 november 1998) 737-767

(énfasis añadido). En esos términos, la norma exige el conocimiento efectivo, lo cual desconoce que el DPI consuetudinario también aplica el conocimiento inferido.⁹³

En el mencionado caso de Mucić, el Tribunal Penal argumentó que este comandante supo o tenía razones para saber que sus subordinados estaban cometiendo crímenes en Čelebići. Mucić reconoció ante el Tribunal que supo de algunas violaciones cometidas por sus subordinados en esa cárcel, durante junio y julio de 1992; pero aseguró que dichas violaciones no volvieron a ocurrir entre agosto y noviembre de ese año. Sin embargo, el Tribunal encontró evidencia de que el comandante sí supo (y, en ciertas ocasiones, presenció) algunas violaciones a prisioneros que cometieron sus subordinados en Čelebići, luego de julio de 1992. Para el Tribunal, además, los crímenes ocurridos allí fueron tan frecuentes y notorios que no había manera de que Mucić no supiera o escuchara de ellos.⁹⁴

Este tipo de evidencia indirecta también es reconocida por la CPI como una vía probatoria posible para comprobar el conocimiento inferido de los comandantes. En el caso Bemba, la CPI indicó que tanto la evidencia directa como la indirecta pueden usarse para demostrar que el comandante conoció o tenía razones para saber que sus subordinados estaban cometiendo crímenes. Por ejemplo, el *modus operandi* de actos ilegales que habían ocurrido en el pasado o la notoriedad de los crímenes constituyen prueba del conocimiento inferido pues, para imputar responsabilidad del mando, no se requiere demostrar que el comandante conocía a cada subordinado individualmente ni que supo de los detalles de cómo ocurrieron los crímenes.⁹⁵

Finalmente, la RdM de FP restringe, injustificadamente, las fuentes normativas con base en las cuales la JEP determinará esa figura. Esos casos se resolverán con base en “el Código Penal colombiano, el Derecho Internacional Humanitario como *ley especial*, y las reglas operacionales de la Fuerza Pública en relación con el DIH siempre que ellas no sean contrarias a la normatividad legal” (resaltado fuera del texto). El artículo excluye entonces el DPI y el DIDH como fuente normativa para estos casos.

No existe razón alguna para excluir esos ordenamientos internacionales cuando se resuelven asuntos relacionados con la RdM. Esta figura ha sido desarrollada por el DPI consuetudinario y por el Estatuto de Roma. Es decir, el DPI es la normatividad que reglamenta la RdM. Por ello, no tiene sustento alguno que un caso de este tipo se resuelva sin atender a esa normatividad internacional.

Tampoco existe justificación para excluir el DIDH como fuente normativa. En este punto, el derecho colombiano parece acoger aquella interpretación, según la cual el DIH, como ley especial de los conflictos armados, deroga al DIDH, por ser ley general que aplica a

⁹³ Ver, por ejemplo: *Prosecutor v Jean Paul Akayesu (Judgment)* (Case no. ICTR-96-4., Trial Chamber, 02 september 1998) 479

⁹⁴ *Prosecutor v Zejnir Delalić, Zdravko Mucić also known as “Pavo”, Hazim Delić, Esad Landžo also known as “Zenga” (Judgment)* (Case no. IT-96-21-T, Trial Chamber, 06 november 1998) 768-770

⁹⁵ *Prosecutor v Bemba (Public Redacted Version of Judgment pursuant to Article 74 of the Statute)* (Case no ICC-01/05-01/08, Trial Chamber VII, 21 March 2016) 192-193

situaciones de normalidad. No obstante, este entendimiento del DIH como ley especial ha sido matizado en el ámbito internacional.⁹⁶

4.3. La calificación jurídica de los tipos penales cometidos por FP

Finalmente, otro de los puntos preocupantes derivados del tratamiento penal a FP es la exclusión del DPI como fuente de derecho. El acuerdo de paz colombiano indica que a los militares no les es aplicable el DPI.⁹⁷ Es así como el Acto Legislativo 01 de 2017 indica que los miembros de la FP serán investigados “con estricta sujeción al Código Penal colombiano al momento de la comisión del hecho, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario”.

No existe razón para que la calificación jurídica de conductas cometidas por miembros de FP no tenga en cuenta el DPI. Colombia reconoció la jurisdicción complementaria de la Corte Penal Internacional (CPI), en los términos del Estatuto de Roma⁹⁸, la cual aplica a todos los responsables de cometer crímenes internacionales, incluidos los miembros de la FP. En la práctica, ese tratamiento diferenciado significa que no se considerarán los criterios del DPI para determinar la responsabilidad de mando de los militares por acciones de sus subordinados.⁹⁹

CONCLUSIONES

Tanto la JT como el *JPB* señalan que las sociedades en transición tienen el deber ético y jurídico de asegurar que las Fuerzas Armadas que cometieron crímenes rindan cuentas. Este es un presupuesto mínimo no solo para afrontar el legado de violaciones de derechos, sino también para construir una paz estable y duradera. De hecho, la sanción de Fuerzas Armadas por su responsabilidad en crímenes de la guerra es un postulado básico para la democratización del uso de la fuerza por el Estado, en épocas de posconflicto, y la consolidación de las relaciones entre militares y civiles en aquellos territorios que sufrieron de cerca los excesos de la fuerza armada estatal.

En Colombia, por primera vez, la FP ha sido incluida en un mecanismo de justicia transicional, lo cual está en sintonía con las finalidades más globales del *JPB* y la JT. Esto supone reconocer que el Estado también cometió crímenes durante la guerra, que las víctimas del Estado deben ser reparadas y que es necesario dar un cierre político y jurídico global al conflicto armado, en aras de una reconciliación.

El tratamiento penal especial, simultáneo, equilibrado y equitativo de la FP fue concebido en el acuerdo de paz para que los integrantes de la FP rindieran cuentas en forma equivalente a los excombatientes guerrilleros. Sin embargo, en la práctica, pareciera que se ha otorgado un estándar de sanción menos riguroso a favor de la FP, pese a que este ejercía

⁹⁶ *Serdar Mohammed v Ministry of Defense*. [2014] EWHC 1369 (QB). 269-294

⁹⁷ Artículo transitorio 22 Acto legislativo 01 de 2017.

⁹⁸ Ley 742 de 2002, por la cual se aprueba el estatuto de roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma, el diecisiete de julio de 1998; *Corte Constitucional (Sentencia)* (Case C-578 de 2002).

⁹⁹ Rodrigo Uprimny & Diana Isabel Güiza Gómez (n 17)

durante el conflicto la posición de garante de la ciudadanía. En el nivel normativo, la regulación de la RdM está en tensión con los requisitos mínimos exigidos por el derecho internacional público. Hay dos puntos que generan mayor preocupación: la prueba del mando y control efectivo del superior militar o policial, y el estándar de conocimiento. Igualmente, la reforma constitucional que creó la JEP excluye el DPI como fuente normativa para sancionar casos de FP, a pesar de que Colombia ya reconoció la jurisdicción complementaria de la CPI.

En el nivel práctico, distintos jueces colombianos han otorgado los beneficios judiciales pactados en el acuerdo de paz a favor de FP. Decenas de libertades anticipadas ya han sido otorgadas a miembros de FP, que habían sido condenados por la justicia ordinaria por crímenes como homicidios en personas protegida, homicidio agravado o desaparición forzada. No obstante, la JEP no está aún en pleno funcionamiento, debido a que las Salas y Secciones que integran la Jurisdicción, aún no han iniciado a analizar casos. Esto significa que no hay un monitoreo serio del cumplimiento de deberes frente a las víctimas, que es la contraprestación exigida a FP por los beneficios judiciales. Tampoco hay criterios unificados para determinar qué delitos fueron o no cometidos en el marco del conflicto armado interno.

Este contexto parece indicar que el tratamiento de la FP está mutando de *especial a preferencial*. Claramente, ello desconoce los derechos de las víctimas e impide la consolidación de la paz y la reconciliación. Una vez entre en funcionamiento la JEP, serán los magistrados de esa jurisdicción quienes deberán resolver estas situaciones anómalas y revertir cualquier tratamiento preferencial a la FP que obstaculice la rendición de cuentas, la reparación y la búsqueda de la verdad a favor de las víctimas.