El tratamiento penal para los agentes del Estado en los contextos de transición: Luces y sombras desde los estándares interamericanos*

Criminal treatment for State agents in transition contexts: Lights and shadows from Inter-American standards

*Juliana Sánchez Vallejo**, Estiven Muñoz López****

*Artículo resultado del proyecto de investigación "La convencionalidad del Marco Jurídico para la paz", perteneciente al Grupo de Investigación en Derecho, Estado y Ciudadanía adscrito a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad La Gran Colombia Armenia.
**Abogada. Especialista en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. Magíster en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Justicia Penal Internacional y Derecho Internacional Humanitario. Magíster (C) en Derecho Procesal Constitucional, . Miembro de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional y Directora del capítulo Quindío. Docente investigadora de la Universidad La Gran Colombia Armenia dentro del grupo de investigación en Derecho, Estado y Ciudadanía. Email: sanchezvaljuliana@miugca.edu.co
*** Estudiante de octavo semestre de Derecho de la Universidad La Gran Colombia Armenia, perteneciente al semillero de investigación en acceso a la justicia y al grupo de estudio en derecho procesal constitucional de la misma institución.

Cómo citar: Sánchez J., Muñoz, E. (2018) El tratamiento penal para los agentes del estado en los contextos de transición: luces y sombras desde los estándares interamericanos. *Inciso,* 20(2); 75-88.

Recibido: 02/09/2018 Revisado: 17/10/2018 Aceptado: 10/12/2018

DOI: http://dx.doi.org/10.18634/incj.20v.2i.896

Resumen

A partir de la firma del Acuerdo de paz colombiano se han venido a desarrollar una serie de normas que permiten su implementación. Sin embargo, se tiene claro que todo contenido de derecho interno debe respetar los estándares internacionales que han sido establecidos frente a la reparación de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos, así como del juzgamiento de sus victimarios. En ese sentido, en el presente artículo se planteará uno de los ejes de una investigación jurídica con enfoque cualitativo que buscaba analizar la recepción de los estándares interamericanos en el Acuerdo de Paz colombiano y las normas que lo desarrollan. Para este caso se realizará el análisis del juzgamiento o tratamiento penal de los victimarios que han sido agentes del Estado, a partir del contenido del acto legislativo 01 de 2017 y la ley 1820 de 2016 a la luz de los parámetros interamericanos aplicables a la temática. De esta manera, se concluirá cuáles han sido los aciertos y desaciertos en las disposiciones que prevén concesiones de amnistías en un proceso de construcción de paz tan complejo como lo ha sido el de Colombia.

Palabras clave: Justicia transicional, Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Colombia, Acuerdos de Paz.

Abstract

Since the signing of the Colombian Peace Agreement, there have been developed a series of rules that allow its implementation. However, it is clear that all content of domestic law must respect the international standards that have been established for the reparation of victims of serious violations of human rights, as well as the prosecution of their perpetrators. In this sense, this article will set out one of the axes of a legal research, with a qualitative approach that sought to analyze the reception of inter-American standards in the Colombian Peace Agreement and the norms that developed it. For this case, it will be performed an analysis of the prosecution or criminal treatment of perpetrators who have been State agents, based on the content of Legislative Act 01 of 2017, and Law 1820 of 2016, in light of the inter-American parameters applicable to this subject. In this way, it will be concluded which have been the successes and failures in the provisions that provide amnesties' concessions in a process of peace construction as complex as it has been the one in Colombia.

Keywords: Transitional justice, Inter-American Human Rights System, Colombia, Peace Agreements.

Introducción

El conflicto armado interno que ha existido en Colombia desde hace más de cinco décadas ha hecho imposible que el Estado pueda dar plena vigencia a las prestaciones y garantías que se derivan de un Estado social de derecho, puesto que este ha permanecido focalizado en hacer frente a los grupos insurgentes con el objeto de brindarle seguridad a toda la población, conllevando, por supuesto, a destinar altas sumas del presupuesto nacional para la guerra, de ahí que para la satisfacción de las demás necesidades con que cuenta el pueblo colombiano se tenga poco dinero.

Con el propósito de poner fin al conflicto armado, alcanzar uno de los fines a los que tiende el ordenamiento jurídico, esto es, la paz, y consecuentemente dar solución a las carencias sociales como la pobreza y la satisfacción de demás necesidades materiales, el Estado colombiano y las FARC iniciaron negociaciones que culminaron con la firma del Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera el pasado 24 de noviembre de 2016.

En las negociaciones se consideró que el fin del conflicto debía ejecutarse dentro de un marco de Justicia Transicional, es decir, una serie de etapas o procesos que incluyen medidas de diferente índole, como pueden ser medidas políticas y jurídicas tendientes a lograr ese tránsito de la guerra a la paz caracterizado por la reparación a las víctimas de violaciones de derechos humanos.

Dentro de ese marco de Justicia Transicional se hacen una serie de concesiones a los actores del conflicto, como lo son sanciones diversas menos rigurosas y con una finalidad distinta; y es que dependiendo del grado de verdad y la gravedad de los delitos, las penas son diferentes pero en nada comparables con las que se impondrían en la jurisdicción ordinaria, además, las penas no necesariamente implican prisión, y de manera principal tienen una finalidad restaurativa y en pocos casos retributiva.

En este modelo de justicia transicional se creó una Jurisdicción Especial para la Paz como componente de justicia del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No repetición. A ella se someterán no solo los miembros de las FARC, sino también agentes del Estado que cometieron delitos en el contexto y en razón del conflicto armado.

Dentro de la Justicia Transicional se idearon, como se comentó, una serie de concesiones para algunos participantes en el conflicto armado. Esta situación es de necesario análisis o estudio a la luz de los estándares interamericanos sobre la materia ya que la experiencia de otros países en situaciones análogas ha enseñado que en la Justicia Transicional no se puede todo, es decir, no se puede pretender, en el caso de Colombia, que con el pretexto de alcanzar la paz se olviden los derechos de las víctimas.

Precisamente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte IDH o la Corte) ha declarado la responsabilidad internacional de diversos Estados por garantizar la impunidad al no investigar, juzgar y sancionar a los responsables de violaciones a los derechos contenidos en la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH). A ello hay que sumarle que el hecho de que sea el Estado quien pretenda dejar en la impunidad los delitos cometidos por sus agentes lo hace merecedor de un mayor reproche.

Es por lo anterior, que cuando los Estados pretenden, mediante mecanismos de justicia transicional, superar graves y masivas violaciones a los derechos humanos que han sido cometidas, como en el caso colombiano, por causa de un conflicto armado, debe considerarse que lejos de ser un proceso jurídico y político aislado del contexto global es, por el contrario, un escenario donde los estándares internacionales tendrán

ISSN: 1794-1598

que ser aplicados. En el caso colombiano, tales parámetros se enfocan en la reparación integral de las víctimas y su efectivo acceso a la justicia. Siendo uno de sus ejes la verdad, el Estado deberá realizar todos sus esfuerzos con el fin de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de los hechos victimizantes, algunos de los cuales han sido ejecutados por agentes del Estado.

Bajo la visión descrita, en el presente escrito se abordará el interrogante ¿cuál es la correspondencia entre los estándares interamericanos en materia de concesiones otorgadas a agentes del Estado que han cometido violaciones de derechos humanos y la regulación en los Acuerdos de Paz y en las normas de implementación sobre el tratamiento penal que se le dará a estos en la Jurisdicción Especial para la Paz? Para el desarrollo de tal cuestionamiento se partirá de la descripción del contexto objeto de estudio, es decir, del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. Posteriormente, se examinarán las normas en las que se han previsto concesiones de tipo penal a los agentes del Estado, es decir, la ley 1820 de 2016 y el Acto Legislativo 01 de 2017. Finalmente, se contrastarán los estándares interamericanos con el contenido de tal normativa, punto desde el cual se llegarán a algunas conclusiones.

Desarrollo de la temática

a. Acuerdo final

Tras más de cincuenta años de guerra y un par de años en negociaciones pudo concretarse entre el Gobierno de Colombia y las FARC-EP un Acuerdo de paz para la terminación del conflicto entre ambas partes. Tal acuerdo comprende una serie de puntos que buscaban no solo resolver las diferencias entre el Estado y el grupo guerrillero sino también retomar las experiencias internacionales que ofrecían perspectivas sobre qué aspectos no debían ser obviados, entre ellos: las víctimas. Por lo anterior, el punto 5 del Acuerdo de Paz se centra en las víctimas y precisamente con el ánimo de garantizar sus derechos se crea el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, el cual fue pensado como medio para lograr la materialización de los derechos de las mismas. Para ello, se previeron cinco mecanismos: la Comisión para el esclarecimiento de la verdad, la convivencia y la no repetición; la Unidad Especial para la búsqueda de personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto; la Jurisdicción Especial para la Paz; a lo que se suman las medidas de reparación integral y de no repetición. Según los Acuerdos este Sistema se basa en el reconocimiento de las víctimas, el reconocimiento de responsabilidad, la satisfacción de los derechos de las víctimas, la participación de las víctimas, el esclarecimiento de la verdad, la reparación y protección a las víctimas, las garantías de no repetición, el principio de reconciliación y el enfoque de derechos humanos.

Como punto central para el juzgamiento de quienes presuntamente hayan cometido crímenes en razón y en el contexto del conflicto armado, el Acuerdo de Paz contempla la creación de una Jurisdicción Especial para la Paz que "estará constituida por una serie de salas de justicia, entre las que se incluye una Sala de Amnistía e Indulto, y un Tribunal para la Paz", siendo su principal función la de "administrar justicia e investigar, esclarecer, perseguir y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y las graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario" (Gobierno de Colombia y FARC-EP, 2016, Pág 129).

Dentro del juzgamiento mencionado se han incluido también aquellos agentes estatales que se han visto involucrados en la comisión de crímenes en el contexto del conflicto armado, en este sentido, el Acuerdo entiende que un:

> agente del Estado a efectos de la Jurisdicción Especial para la Paz toda persona que al momento de la comisión de la presunta conducta criminal estuviere ejerciendo como miembro de las corporaciones públicas, como empleado o trabajador del Estado o de sus entidades descentralizadas, territorialmente y por servicios, que haya participado en el diseño ejecución de conductas delictivas relacionadas directa o indirectamente con el conflicto armado. (Gobierno de Colombia y FARC-EP, 2016, Pág 149).

Adicionalmente, debe reconocerse que al tenor literal del Acuerdo de Paz fueron considerados estándares internacionales no solo de Derecho Internacional de los Derechos Humanos sino también de Derecho Internacional Humanitario, de allí que se reconoce en dicho texto que "el Estado colombiano tiene el deber de investigar, esclarecer, perseguir y sancionar las graves violaciones del DIDH y las graves infracciones del Derecho Internacional Humanitario" (Gobierno de Colombia y FARC-EP, 2016, Pág 147).

Ahora bien, lo anterior no significa que no se hayan considerado la concesion de amnistías, indultos u otros beneficios penales. Ciertamente, la esencia de un Acuerdo es que se cedan en algunos aspectos por cada una de las partes, sin que tales puntos terminen infringiendo valores superiores. En este sentido, se previó en el Acuerdo que "hay delitos que no son amnistiables ni indultables de conformidad con los numerales 40 y 41 de este documento. No se permite amnistiar los crímenes de lesa humanidad, ni otros crímenes definidos en el Estatuto de Roma (…)" (Gobierno de Colombia y FARC-EP, 2016, Pág 147).

Asimismo, debe considerarse que no se contempló una amnistía total, sino que la misma se encuentra supeditada, entre otros aspectos al "deber de contribuir, individual o colectivamente, al esclarecimiento de la verdad" (Gobierno de Colombia y FARC-EP, 2016, Pág 148). Esto significa que, contrario a lo que ocurrió en otras latitudes, en donde según Arenas (2010) las amnistías conllevaron al cierre de las investigaciones sin ninguna consideración hacia las víctimas; en el caso colombiano se incluyeron amnistías solo si no son delitos respecto de los cuales en el derecho internacional se ha prohibido su concesión y supeditado al esclarecimiento de la verdad. Si el tenor literal de lo que antes se ha referenciado de verdad se materializa en el curso de los procesos, entonces los estándares internacionales serían respetados a cabalidad. Así, pues, deberá cumplirse lo contemplado en las normas, pues como lo ha indicado la Corte IDH (2015):

> [E]l alcance de la obligación de proporcionar un recurso judicial [...], no se reduce a la mera existencia de tribunales o procedimientos formales, sino que el Estado debe, además, adoptar medidas positivas para garantizar que estos recursos sean efectivos para dirimir si ha habido una vulneración de derechos humanos y proporcionar la eventual reparación.

Si se hace un contraste entre las disposiciones contenidas en el Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera y los estándares interamericanos es posible percatarse de la adecuación de aquel a estos, y ello es así por el acompañamiento que los negociadores tuvieron por parte de miembros de organismos internacionales. Es así que el acuerdo establece, por ejemplo, la prohibición de las amnistías o beneficios semejantes para quienes hayan cometidos crímenes de guerra, esto es, infracciones al Derecho Internacional Humanitario, o crímenes de lesa humanidad, estableciendo como principios del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No repetición el reconocimiento de las víctimas y la satisfacción de sus derechos. No obstante, no basta con que el acuerdo haya recibido el beneplácito de organizaciones de derechos

ISSN: 1794-1598

humanos o incluso del ente acusador de la Corte Penal Internacional, puesto que es posible que en su implementación se expidan normas que no satisfagan los requisitos mínimos establecidos en materia de justicia, entendida aquí como un derecho de las víctimas, es por ello que es necesario realizar un contraste también con las normas que hacen referencia al tratamiento penal de los agentes del Estado en un contexto de transición cuando estos han cometido delitos que no pueden ser objeto de amnistía ni de ninguna figura semejante tendiente a burlar los derechos a las garantías judiciales soportados en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

b. Acto Legislativo 01 de 2017

En relación con el acto legislativo 01 de 2017, el cual introduce en el ordenamiento jurídico las normas para la terminación del conflicto armado, es pertinente hacer algunas observaciones al artículo transitorio 25 que establece las sanciones en la jurisdicción especial para la paz para los miembros de la fuerza pública. Este artículo en su inciso segundo preceptúa:

> Las sanciones alternativas u ordinarias aplicables a los miembros de la Fuerza Pública que impliquen la privación efectiva de la libertad se cumplirán en todo caso en los establecimientos previstos en el régimen penitenciario y carcelario establecido para ellos, conforme al principio de tratamiento diferenciado. (Congreso de la República de Colombia, 2017).

Las sanciones ordinarias a las que se refiere la norma, según el numeral 60 del punto 5 del Acuerdo Final, son aquellas que se aplicarán cuando no exista reconocimiento de verdad y responsabilidad, caso en el cual se incluyen privaciones efectivas de la libertad como cárcel o prisión que pueden ir desde 15 a 20 años. Y las sanciones alternativas son las que se impondrán por infracciones muy graves para quienes reconozcan verdad y responsabilidad, las cuales también implican privaciones efectivas de la libertad que pueden ir de 5 a 8 años.

El problema de la norma radica en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2010a) en la sentencia de fondo del caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia -párrafo 152- reiterado en el párrafo 464 de la sentencia que resolvió el caso Rodríguez Vera y otros (desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia, estipula que en la ejecución de la pena también aplica el principio según el cual en la jurisdicción militar solo se deben juzgar a militares por conductas que atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar. Esta consideración la hace la Corte IDH, entre otras cosas, porque, como es bien sabido, la jurisdicción penal militar suele ser usada por los Estados para burlar los derechos de las víctimas en dos sentidos. Primero porque el miembro de la fuerza pública es juzgado por un juez que no es imparcial, por lo que, este propenderá por absolver al enjuiciado. Segundo, porque llegado el caso en que sea condenado, en la ejecución de la pena pueda que no exista una restricción efectiva de la libertad, obteniendo el condenado beneficios para salir del establecimiento penitenciario sin autorización de un juez.

Lo anterior tiene como sustento, entre otros, la afirmación hecha por la Corte IDH (2014) en el párrafo 447 de la sentencia que resolvió el caso Rodríguez Vera y otros Vs. Colombia con base en lo indicado por el perito Federico Andreu Guzmán, según el cual:

> [Debido a] la estructura sumamente jerárquica de las fuerzas armadas, institución fundada en principios de lealtad y subordinación, los oficiales en servicio activo carecen de la independencia e imparcialidad necesarias para juzgar casos de miembros de la misma institución implicados en violaciones de los derechos humanos cometidas contra civiles. Así, se estima que los oficiales en servicio activo no son independientes ni capaces

> de dictar sentencias imparciales contra miembros de las mismas fuerzas armadas.

Si bien dijo la Corte IDH (2014) en la mentada sentencia que "no significa que la reclusión en instalaciones militares sea *per se* una violación de la Convención", puesto que, si concurren circunstancias excepcionales que ameriten el traslado a los establecimientos militares es válida la reclusión, tal interpretación es suficiente para que el Estado, valiéndose del margen nacional de apreciación, pueda determinar como lugar de reclusión de los miembros de la fuerza pública las instalaciones militares.

Lo antedicho puede ser justificado considerando las circunstancias particulares por las que atraviesa el Estado colombiano, ya que se encuentra en un escenario de post conflicto (o post acuerdos, según la visión que se tenga del proceso) iniciado con ocasión del acuerdo final entre el gobierno y las FARC, pero esto sería posible si y solo si se entendiera que estos también serán objeto de monitoreo, vigilancia y control del cumplimiento de dichas sanciones. Aunque es discutible que la excepción sea convertida en la regla general, lo cierto del caso es que si se satisfacen los derechos de las víctimas, la pena cumple su finalidad y es cumplida efectivamente sin que termine siendo una "forma de impunidad de facto", se cumple con el debido proceso y no se otorgan beneficios indebidos no habría razón para pensar que pueda resultar afectada la responsabilidad internacional del Estado por incumplir sus obligaciones contenidas en la Convención Americana.

En cuanto al inciso tercero del mismo artículo transitorio 25 que establece:

> Para el caso de las sanciones ordinarias, se podrá obtener redenciones, subrogados penales o beneficios adicionales en la privación de libertad, siempre y cuando el sancionado se comprometa a contribuir con su resocialización a través del trabajo, capacitación o estudio durante el tiempo que permanezca privado de la libertad y a promover actividades orientadas a la no repetición del daño causado una vez puesto en libertad (…) (Congreso de la República, 2017).

Es suficiente con manifestar que corresponde a las normas de procedimiento regular la aplicación de beneficios, y la prohibición de beneficios múltiples, pues su concesión derivaría en una forma de impunidad. Todo esto con el objeto no solo de que las normas internas se adecuen a los estándares interamericanos, sino que también lo haga su ejecución.

c. Ley 1820 de 2016 (Ley de amnistía)

c.1. Estándares interamericanos sobre amnistías y beneficios similares tendientes a asegurar la impunidad

Desde el caso Barrios Altos Vs. Perú la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2001a) consideró que:

> Son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. (Párrafo 41, p. 15)

Como las leyes de auto amnistía implican la indefensión de las víctimas, puesto que se convierten en un obstáculo para que estas puedan acceder a la administración de justicia con el propósito de esclarecer los hechos y restablecer sus derechos o ser indemnizados en virtud de la afectación ocasionada por aquellos, la Corte

ISSN: 1794-1598

IDH (2001a) consideró que tales leyes son contrarias a la letra y espíritu de la Convención Americana, pues la falta de un recurso sencillo y eficaz implica la sustracción de las garantías judiciales, que en últimas resulta en una re victimización por parte del Estado, pues este, por medio de sus agentes, no solo participa de la violación de los derechos contenidos en la Convención, sino que posteriormente va a valerse de su posición dominante para evadir su responsabilidad.

En el caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile la Corte IDH (2006a) estableció, de manera expresa, la imposibilidad de amnistiar crímenes de lesa humanidad, afirmando que según el Corpus Iuris del Derecho Internacional, un crimen de esta naturaleza es en sí mismo una grave violación a los derechos humanos los cuales afectan a la humanidad toda por atentar, como lo dijo el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, contra lo más esencial del ser humano: su vida, su libertad, su bienestar físico, su salud y/o su dignidad.

Partiendo de la garantía contemplada en el artículo 1.1 de la Convención Americana, la Corte (2006a) determinó la obligación conforme al derecho internacional, de investigar, enjuiciar y condenar a quienes sean declarados culpables de haber cometido un crimen de lesa humanidad. Esta garantía implica a los Estados Partes en la Convención el deber de organizar todos sus órganos y aparatos a través de los cuales se manifiesta el poder público de tal manera que se permita el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos, lo cual lleva implícito restablecer a las víctimas, en cuanto sea posible, la plenitud de sus derechos, por lo que si el Estado garantiza la impunidad incumple con la obligación contenida en el artículo mencionado.

De igual forma, la Corte IDH (2006a) ha determinado que la investigación debe realizarse por todos los medios legales posibles, y tiene como propósito que todos los autores y partícipes sean castigados, siendo el Estado especialmente cuidadoso y persistente cuando están o puedan estar involucrado agentes del Estado.

En el caso La Cantuta Vs. Perú (2006b), la Corte IDH hizo alusión a otra figura utilizada por el Estado tendiente a impedir que los supuestos autores intelectuales de los hechos fueran sancionados, esto es, la cosa juzgada:

> [La] Corte precisó que el principio non bis in ídem no resulta aplicable cuando el procedimiento que culmina con el sobreseimiento de la causa o la absolución del responsable de una violación a los derechos humanos, constitutiva de una infracción al derecho internacional, ha sustraído al acusado de su responsabilidad penal, o cuando el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales. Una sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas produce una cosa juzgada "aparente" o "fraudulenta" (párr. 153, pág. 83).

En el caso Gomes Lund Vs. Brasil, la Corte IDH (2010b) estimó que de conformidad con el artículo 2 de la Convención corresponde al Estado adoptar todas las medidas para dejar sin efectos las disposiciones legales que pudieran contravenirla e hizo un llamado a los jueces para que cumplan con la obligación de aplicar un control de convencionalidad entre las leyes de amnistía y la Convención, de manera que aquella no sea aplicada y se interprete de tal forma que se le dé plena vigencia a la Convención Americana.

En el caso Gelman Vs. Uruguay la Corte IDH (2011) manifestó que frente a las leyes de amnistía que:

> La incompatibilidad de las leyes de amnistía con la Convención Americana en casos de graves violaciones de derechos humanos no deriva de una cuestión formal, como su

> origen, sino del aspecto material en cuanto violan los derechos consagrados en los artículos 8 y 25, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención.

En este mismo sentido, en el caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador, la Corte IDH (2012) reiteró su jurisprudencia en relación con el deber de investigar, estableciendo que:

> Es una obligación de medios y no de resultados, que debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa, o como una mera gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas, de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios.

En el caso antes citado, al analizar la compatibilidad de la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz con las obligaciones internacionales derivadas de la Convención Americana, por tratarse de una ley de amnistía que se refiere a hechos cometidos en el contexto de un conflicto armado interno, la Corte consideró pertinente hacerlo también a la luz de lo establecido en el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, concluyendo que si bien el artículo 6.5 del mentado instrumento establece que las autoridades deben procurar conceder la amnistía más amplia posible al finalizar las hostilidades, esta norma encuentra su límite cuando hay de por medio crímenes de guerra, los cuales deben ser investigados y sancionados.

c.2. La ley de amnistía a la luz de los estándares interamericanos.

Según se ha expresado, los estándares interamericanos en materia de amnistía prohíben su concesión, al igual que otros beneficios similares tendientes a asegurar la impunidad en detrimento del derecho a las garantías judiciales de las víctimas, cuando se trata de crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra que implican graves violaciones de derechos humanos.

La ley 1820 de 2016 por la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales, en su título IV regula los tratamientos penales especiales diferenciados para los agentes del Estado, y en su artículo 46 que trata de la renuncia a la persecución penal bien hace, de conformidad con lo que se ha manifestado anteriormente, en establecer en su numeral primero que este mecanismo no procede cuando se trata de:

> (…) delitos de lesa humanidad, el genocidio, los crímenes de guerra, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma. (Congreso de la República, 2016).

Se aclara que la referencia aquí hecha a los crímenes de guerra es válida al considerar lo dispuesto por la Corte IDH (2012) en el caso Masacres de El Mozote, donde indica que si bien no es competente para juzgar las infracciones al derecho internacional humanitario, sí puede, en ejercicio de su función contenciosa, interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos a la luz de las normas que regulan el derecho internacional humanitario, como lo son los Convenios de Ginebra de 1949, sus protocolos adicionales de 1977, entre otros.

El capítulo III sobre el régimen de libertades, trae en el artículo 51 la libertad transitoria condicionada y anticipada, el cual establece en su inciso segundo que:

ISSN: 1794-1598

> Este beneficio se aplicará a los agentes del Estado, que al momento de entrar en vigencia la presente ley, estén detenidos o condenados que manifiesten o acepten su sometimiento a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la Jurisdicción Especial para la Paz, con el fin de acogerse al mecanismo de la renuncia a la persecución penal (Congreso de la República, 2016).

Y, en el inciso cuarto se advierte que este beneficio no implica la definición de la situación jurídica definitiva.

Para llegar al punto de discusión se hace necesario conectar lo acabado de mencionar con el artículo 52 que relaciona los requisitos que se deben reunir para ser beneficiario de la libertad transitoria condicionada y anticipada. Uno de ellos es, según el numeral 2, que no se trate de delitos de lesa humanidad, genocidio, crímenes de guerra, entre otros. Aunque con una excepción, y es que el beneficiario haya estado privado de la libertad por un tiempo igual o superior a 5 años, conforme lo establecido para las sanciones alternativas en la Jurisdicción Especial para la Paz.

En principio, podría considerarse que hay discordancias o una contradicción entre lo dispuesto en esta ley y los estándares interamericanos en lo relacionado con los obstáculos que dificulten el cumplimiento por parte de los Estados de sus obligaciones de investigar, juzgar y sancionar graves violaciones de derechos humanos, puesto que, como se resaltó al mencionar el inciso segundo del artículo 51, este beneficio se aplicará a los agentes del Estado que acepten su sometimiento a la sala de definición de situaciones jurídicas con el fin de acogerse al mecanismo de la renuncia a la persecución penal. Al respecto, el artículo 44 expresa:

> ARTÍCULO 44. Sala de definición de situaciones jurídicas. La Sala de Definición de Situaciones Jurídicas también tendrá la función de conceder a los agentes del Estado la renuncia a la persecución penal, como uno de los mecanismos de tratamiento penal especial diferenciado, de acuerdo con lo establecido en la presente ley.
>
> Las competencias de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas previstas en el Título III de esta ley también se aplicarán en lo pertinente a los agentes del Estado para hacer efectivo lo establecido en el presente Título.

Las competencias previstas en el título III son las relacionadas en el artículo 28, que establece:

> ARTÍCULO 28. Sala de definición de situaciones jurídicas. La Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la Jurisdicción Especial para la Paz tendrá las siguientes funciones:
>
> 1. Definir la situación jurídica de todos quienes hayan accedido a la Jurisdicción Especial para la Paz, en relación con dos supuestos: personas que no serán objeto de amnistía o indulto ni serán incluidas en la resolución de conclusiones, y personas a las que no habrá de exigírseles responsabilidades ante el Tribunal, por ser merecedoras de amnistía o indulto.
>
> 2. Definir el tratamiento que se dará a las sentencias impuestas previamente por la justicia respecto a las personas objeto de la Jurisdicción Especial para la Paz, incluida la extinción de responsabilidades por entenderse cumplida la sanción.
>
> 3. Con el fin de que se administre pronta y cumplida justicia, determinar los posibles mecanismos procesales de selección y priorización para quienes no reconozcan verdad y responsabilidad. […]
>
> 4. Para el ejercicio de sus funciones, efectuar la calificación de la relación de la conducta con el conflicto armado.

5. Adoptar las demás resoluciones necesarias para definir la situación jurídica de quienes no fueron amnistiados ni indultados, ni han sido objeto de resolución de conclusiones.

6. A petición del investigado, definir la situación jurídica de las personas que, sin pertenecer a una organización rebelde, tengan una investigación en curso por conductas que sean de competencia de la Jurisdicción Especial para la Paz. […]

7. Para asegurar el funcionamiento eficiente, eficaz y célere de la Jurisdicción Especial para la Paz, la Sala tendrá las más amplias facultades para […] adoptar criterios de selección y descongestión, para lo cual podrá también tener en cuenta las observaciones de las víctimas. […]

8. Definir la situación jurídica de quienes no hayan tenido una participación determinante en los casos más graves y representativos, en particular respecto de las conductas a las que se refiere el artículo 23 […]

9. Recibir la información procedente de organizaciones sociales, sindicales y de derechos humanos y procesos que hacen parte de la Cumbre Agraria, Étnica y Popular, cuando se trate de […] delitos, cometidos en el marco de disturbios públicos o el ejercicio de la protesta social […] y demás delitos ocasionados en el marco de la ley de seguridad ciudadana […]

10. Decidir sobre la renuncia a la persecución penal respecto a personas que, habiendo participado directa o indirectamente en el conflicto armado siendo menores de edad en el momento de realizarse la conducta ilícita competencia de la Jurisdicción Especial para la Paz, resulten responsables de delitos no amnistiables, de conformidad con lo establecido en los principios adoptados por la Organización de las Naciones Unidas en esta materia.

Como puede observarse, no hay una sola función de las enlistadas en el artículo 28 que involucre la definición de la situación jurídica de agentes del Estado que fueron autores de alguno de los delitos contemplados en el numeral 2 del artículo 52. Podría, en un primer momento, encajarse esta situación en el primer caso del numeral primero, pero, como se vio, este trae dos requisitos: el primero es que se trate de personas que no serán objeto de amnistía o indulto, y el segundo es que estas personas no vayan a ser incluidas en la resolución de conclusiones. Respecto del primer requerimiento, ya se dijo anteriormente que el artículo 46 prohibía la aplicación de amnistías para esos delitos. En cuanto al segundo requisito, los Acuerdos establecen que en la resolución de conclusiones se identifican los casos más graves y representativos, por lo que al considerar la gravedad de los delitos que ha sembrado el punto de discusión se entendería que estos deben estar incluidos en la resolución de conclusiones. Lo que ocurre con el numeral 1 del artículo 28 se aplica igualmente al numeral 5.

Adicionalmente, el artículo 31 que contiene las resoluciones proferidas por la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, hace referencia a las siguientes: 1) renuncia a la persecución penal, 2) cesación de procedimiento, 3) suspensión de la ejecución de la pena, 4) extinción de responsabilidad por cumplimiento de la sanción, 5) las demás resoluciones necesarias para definir la situación jurídica. En este caso tampoco es posible subsumir la situación de agentes del Estado responsables de graves violaciones de derechos humanos en lo dispuesto en el artículo 31, ya que, según se ha dicho, en relación con ellos no se puede renunciar a la persecución penal porque la misma ley lo prohíbe y ya se manifestó su concordancia con los estándares interamericanos; tampoco hay lugar a la cesación del procedimiento porque este requiere que haya atipicidad, no haya antijuridicidad o se carezca de culpabilidad; no hay lugar a la suspensión de la ejecución de la pena porque no

ISSN: 1794-1598

están condenados y por lo mismo no se puede extinguir la responsabilidad por cumplimiento de la sanción porque ninguna se ha cumplido, apenas se encuentra en detención preventiva; y por último no se trata de una resolución necesaria para definir la situación jurídica.

En concreto, no se entiende cómo agentes del Estado que cometieron alguno de los delitos consagrados en el numeral 2 del artículo 52 podrían aceptar someterse a la sala de definición de situaciones jurídicas cuando esta no tiene competencia para conocer del asunto. Además, no se entiende la finalidad de este beneficio cuando se trata de los sujetos en cuestión ya que estos no pueden acogerse al mecanismo de la renuncia a la persecución penal.

Ahora bien, existe una interpretación que es concordante con la finalidad de la libertad transitoria condicionada y anticipada. Esta interpretación surge a partir de la excepción consagrada en la parte final del artículo 52, numeral 2, esto es, que el beneficiario haya estado privado de la libertad por un tiempo igual o superior a 5 años.

La exigencia que hace el artículo en cuanto al tiempo que debe haber estado privado de la libertad para estar cobijado por el beneficio, es equiparable, como el mismo artículo lo menciona, a las sanciones alternativas en la JEP, por lo que se puede pensar que el espíritu de la norma es que como ya se ha estado privado de la libertad por un periodo equivalente al que debería estarlo en caso de ser condenado, por lo mismo se habría de tener por cumplida la sanción y en consecuencia podría la Sala de Definición de Situación Jurídicas renunciar a la persecución penal.

Es necesario precisar que en la jurisdicción ordinaria existe un beneficio semejante, dado que el artículo 317, numeral 1 del Código de Procedimiento Penal establece que la libertad del imputado o acusado se cumplirá de inmediato cuando se haya cumplido la pena según la determinación anticipada que para este efecto se haga. Sin embargo, para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2017) el uso de la prisión preventiva como herramienta de control social o como forma de pena anticipada puede ser reprochable, así lo manifestó en su informe sobre privación preventiva de la libertad del año 2017.

Ahora bien, aclarado el sentido de la norma es pertinente preguntarse si la misma se constituye en un incumplimiento por parte del Estado de su deber de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos. La respuesta a esta pregunta es no, aunque ello implique un ejercicio de interpretación de la norma muy riguroso como a continuación se precisa.

Lo anterior se sustenta, en primer lugar, en que, si se considera que el beneficiario tiene unas obligaciones las cuales se encuentran contenidas en el numeral 4 del artículo 52, que implican, entre ellas, la satisfacción del derecho a la verdad, podría en principio aseverarse que se estaría cumpliendo con la finalidad de la investigación que es determinar la responsabilidad y la forma en que ocurrieron los hechos.

En segundo lugar, si se aplica la norma en el sentido establecido en el inciso segundo del artículo 51 no se puede hablar de un juzgamiento porque en este caso como la finalidad del beneficio es la renuncia a la persecución penal por lo mismo no habría una sentencia condenatoria. No obstante, como se recordará, el inciso 4 del mismo artículo manifiesta que el otorgamiento del beneficio no implica la definición de la situación jurídica definitiva en el marco de la JEP. Como aquí ya se está ante el escenario de respuestas y se aclara que se está frente a la excepción, contrario a planteamientos anteriores en que se trataba de la regla general, es posible determinar: 1) que no necesariamente el beneficiario acepta someterse a la Sala de

Definición de Situaciones Jurídicas según el inciso 2 del artículo 51, sino que en general acepta someterse al sistema de la JEP según el numeral 3 del artículo 52, 2) como consecuencia de lo anterior habría lugar a dictar una sentencia condenatoria, sin perjuicio de que la sanción haya sido cumplida de manera anticipada.

Así, pues, podría pensarse que sí es posible que el derecho a la verdad sea satisfecho, sin embargo, al final dependerá de la manera en la que se desarrolle la Jurisdicción Especial para la Paz, ya que la mera existencia de una norma que habilite su funcionamiento no significa que la misma vaya a ser eficaz, en consecuencia, aunque desde lo normativo existan pros y contras, será en la evaluación de las decisiones que esta tome que se podrá dar una respuesta definitiva, y es que precisamente por ello la Corte IDH (2001b) ha exhortado a los Estados para que las medidas que se tomen en el derecho interno con el fin de garantizar los derechos contenidos en la CADH sean efectivas, pues por el principio del "efecto útil de la Convención", su contenido debe ser verdaderamente cumplido y ejecutado. Así, pues, no basta el que se haya previsto el Sistema de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición, sino que los organismos que lo componen deben guiar su actuar bajo los parámetros internacionales que cimentaron la normatividad que les rige. Además, será necesario que el Estado garantice el cabal funcionamiento de las instituciones que propenden por la reparación integral de las víctimas, no solo de la JEP sino además, de la Comisión para el esclarecimiento de la verdad, la convivencia y la no repetición, así como la Unidad especial para la búsqueda de personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado. Estas dos instituciones cumplen un rol fundamental en la materialización de los derechos de las víctimas y, por tanto, requieren del presupuesto y el personal que les permita su pleno funcionamiento. Este punto tiene tal importancia que la Corte IDH (2008) ordenó en su momento a Bolivia dotar "de los recursos humanos y materiales necesarios al Consejo Interinstitucional para el Esclarecimiento de Desapariciones Forzadas, a fin de que dicho Consejo pueda realizar efectivamente las atribuciones con las que cuenta". En consecuencia, se requiere que el andamiaje institucional que ha sido contemplado en los Acuerdos sea regulado sin perder de vista los parámetros internacionales tanto en su funcionamiento formal como material.

Conclusiones

Sin duda, el caso del conflicto armado colombiano, junto con los diálogos y negociaciones que pusieron formalmente fin al mismo, al menos en lo tocante al grupo armado FARC-EP, es único en el mundo. Ello se debe a que para el momento en que se inicia la formulación de los acuerdos existían múltiples casos en el mundo en los que se habían aplicado mecanismos de justicia transicional. Esto, junto con los estándares internacionales que se habían consolidado para la fecha, constituyeron un insumo valioso para que el estudio y formulación del acuerdo de paz tuviera una base jurídica sólida para su implementación. Ahora bien, lo cierto es que las normas que permiten el desarrollo del Acuerdo de Paz no pueden quedarse cortas a la hora de recepcionar tales estándares y más aún, deberán ser tenidos en cuenta durante la ejecución de las tareas propias de los organismos encargados de velar por la reparación de las víctimas y la construcción de una paz estable y duradera, aspectos en los que se requerirá eficacia en sus labores y no solo un contenido bonito en el texto de la ley.

Estudiado el Acuerdo Final y las normas de implementación relativas al juzgamiento de agentes del Estado presuntamente involucrados con la ejecución de delitos en el marco y en razón del conflicto armado, esto es, el Acto Legislativo 01 de 2017 y la ley 1820 de 2016 es posible concluir que existe desde la

ISSN: 1794-1598

perspectiva meramente normativa un alto grado de correspondencia entre estas y los estándares interamericanos en cuanto al tratamiento penal que se le debe dar a los agentes del Estado que han cometido graves violaciones de derechos humanos y ello es así porque, como se afirmaba en un inicio, tanto en los acuerdos como en la implementación se ha contado con el apoyo de organismos internacionales y organizaciones de derechos humanos, motivo por el que en las disposiciones mencionadas se excluyeron de la concesión de las amnistías y beneficios penales aquellos delitos que son considerados crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y graves violaciones a los derechos humanos. Ahora bien, existen algunos aspectos que fueron destacados a lo largo del artículo, donde se denota que la norma no es perfecta y que será necesario que los organismos que hacen parte del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición hagan una interpretación armónica no solo con los principios constitucionales, sino también con los parámetros internacionales e interamericanos, pues lo cierto es que la norma resulta ser ambigua en algunos apartes y posee pasajes contradictorios por lo cual hay que adoptar, en un ejercicio del control de convencionalidad, la interpretación que más se adecúe a los estándares interamericanos en relación con las garantías judiciales y el deber del Estado de investigar, juzgar y sanciones las graves violaciones de derechos humanos.

A lo anterior, hay que sumar que no basta con el juzgamiento de los responsables, se debe propender por encontrar la verdad de lo sucedido, lo cual también lleva a que los familiares de las víctimas desaparecidas puedan conocer el paradero de sus seres queridos y que se consoliden elementos de memoria histórica, así como acciones contundentes para garantizar la no repetición. En consecuencia, el Estado no puede olvidar darle vida y valor a todas las instituciones y componentes del Sistema de Verdad, Justicia, Reparación y no repetición para de esa manera lograr una verdadera reparación integral para las víctimas del conflicto armado.

Referencias Bibliográficas

Arenas Meza, M. (2010) La contribución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la eliminación de las "Leyes de Amnistía" en América Latina: un paso decisivo en la lucha contra la impunidad. Rey Tristán, Eduardo; Calvo González, Patricia. XIV Encuentro de Latinoamericanistas Españoles: congreso internacional. Santiago de Compostela, España. Universida de Santiago de Compostela, Centro Interdisciplinario de Estudios Americanistas Gumersindo Busto; Consejo Español de Estudios Iberoamericanos, pp.2175-2189. Disponible en: https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00531553/document

Congreso de la República de Colombia. (2016). Ley 1820. 30 de diciembre de 2016.

Congreso de la República de Colombia. (2017). Acto Legislativo 01. 4 de abril de 2017.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2017). Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva. Disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PrisionPreventiva.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2001a). Caso Barrios Altos Vs. Perú. Sentencia del 14 de marzo de 2001. Fondo.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2001b). Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Sentencia de 5 de

febrero de 2001. Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006a). Caso Almonacid Arellano Vs. Chile. Sentencia del 26 de septiembre de 2006. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006b). Caso La Cantuta Vs. Perú. Sentencia del 29 de noviembre de 2006. Fondo, reparaciones y costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2008). Caso Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2010a). Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2010b). Caso Gomes Lund ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil. Sentencia del 24 de noviembre de 2010. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2011). Caso Gelman Vs. Uruguay. Sentencia del 24 de febrero de 2011. Fondo y Reparaciones.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012). Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Sentencia del 25 de octubre de 2012. Fondo, reparaciones y costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2014). Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia. Sentencia del 14 de noviembre de 2014. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2015). Caso Maldonado Vargas y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2015.

Gobierno Nacional de Colombia y FARC- EP. Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. Noviembre de 2016.

ISSN: 1794-1598