

LEGALIDAD EN LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN TRANSICIONAL A LOS
MIEMBROS DE LAS FUERZAS MILITARES QUE ESTÁN SIENDO PROCESADOS POR
DELITOS EN MUERTE DE PERSONA PROTEGIDA

PAOLA ANDREA ARBELÁEZ PÉREZ

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN INSTITUCIONES JURIDICAS DE LAS FUERZAS MILITARES
BOGOTÁ, D.C.
2017

LEGALIDAD EN LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN TRANSICIONAL A LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS MILITARES QUE ESTÁN SIENDO PROCESADOS POR DELITOS DE HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA

Paola Andrea Arbeláez Pérez

RESUMEN

El artículo presentado estudia la importancia de la justicia transicional dentro del marco de legalidad en Colombia, especialmente en aquellas situaciones que se generan por actividades y operaciones militares llevadas a cabo por el ejército nacional en particular y que han sido altamente cuestionadas por la comunidad internacional, la sociedad civil y militar.

En tal sentido, se establecen los efectos de orden legal contemplados por la aplicación del régimen transicional en miembros del ejército nacional, que están siendo procesados por delitos de homicidio en persona protegida, y sobre los cuales se han adelantado todo tipo de análisis a fin de establecer la necesidad y oportunidad de desarrollar una política de justicia transicional, donde se tenga prevalencia de los derechos humanos. En este sentido se busca el restablecimiento y reparación de los daños a las víctimas que han enfrentado el flagelo de la violencia en todas sus manifestaciones, persiguiendo que los actores de conflicto se comprometan a la no repetición de los hechos.

Palabras clave: Justicia transicional, fuerzas militares, derechos humanos, Homicidio en persona protegida, principio de legalidad

ABSTRACT

This article studies the importance of transitional justice within the framework of legality in Colombia, especially in those situations that are generated by military activities and operations carried out by the national army in particular and that have been highly questioned by the international community , civil and military society.

In this sense, the legal effects contemplated by the application of the transitional regime are established in members of the national army, who are being prosecuted for crimes of homicide in a protected person, and on which all kinds of analysis have been carried out in order to establish the need and opportunity to develop a transitional justice policy, where there is a prevalence of human rights. In this sense, the restoration and repair of damages to victims who have faced the scourge of violence in all its manifestations is sought, seeking that the actors of conflict commit themselves to not repeating the events.

Keywords: Transitional justice, military forces, human rights, homicide in a protected person, principle of legality

I. PRESENTACIÓN

En el marco del proceso de paz que viene adelantando el gobierno nacional, cuyo fin se centra en la firma de un acuerdo de paz que ponga fin a más de 50 años de violencia, surge el tema de la justicia transicional, quizá uno de los más debatidos en las reuniones que vienen siendo efectuadas hace más de dos años en la Habana Cuba, especialmente porque no ha habido un consenso sobre la mejor manera de establecer un marco jurídico justo y acorde con los delitos cometidos por las partes en conflicto, entiéndase las FARC, la sociedad, las fuerzas militares y el estado como ente defensor de los Derechos Humanos.

Una situación que ha puesto en tela de juicio los acuerdos, toda vez que no se satisfacen las necesidades y requerimientos exigidos por las víctimas, buscando no sólo un resarcimiento de los daños, sino también un restablecimiento de los derechos donde la imposición de sanciones y penas a los victimarios, sea toda una realidad que se logre equiparar con los efectos producidos en la sociedad.

En ese orden de ideas, surge la justicia transicional, vista como una oportunidad para solucionar jurídica y equitativamente, las acciones en las que se han visto inmersos tanto los miembros de las FARC como las fuerzas militares, producidas en desarrollo de sus operaciones militares y que de alguna forma afectaron a la población civil de formas diversas: desplazamientos, torturas, secuestros, desapariciones, falsos positivos, desarraigo social, entre otros, y que han puesto en evidencia la debilidad de la presencia del estado para atender este tipo de situaciones y flagelos.

[...] no todos los logros alcanzados han implicado profundas transformaciones de las relaciones en la vida cotidiana ni en la esfera pública, en y entre los géneros, las etnias, en las identidades sexuales o en las condiciones de salud y de clase, por lo que sigue siendo necesario propender por la incorporación de enfoques diferenciales que abran paso a la realización efectiva de los derechos humanos y al logro de la justicia social. (Montealegre, s.f., p. 10-11)

El tema que ahora ocupa la investigación, precisamente se relaciona con la estrategia de justicia que se ha venido consolidando en las negociaciones de paz en la Habana y que de alguna forma, busca resarcir los daños en la sociedad, a través de medidas y formalidades

jurídicas donde se busque que los victimarios por razones diversas, asuman su responsabilidad, reconozcan sus faltas y se ajusten a la justicia para que les sea impuestas las sanciones y penalizaciones de rigor, y que las personas afectadas puedan mitigar de alguna manera su dolor.

Se trata de una justicia que busca la reparación y la paz entre quienes se han enfrentado, causando todo tipo de dolor y de delitos en la sociedad, y aun que las víctimas le han venido reclamando en reiteradas ocasiones al estado, no han encontrado respuestas y la atención suficiente frente a los temas, además de observar que el común siempre ha sido la permisibilidad en la comisión de los delitos por la misma debilidad en la aplicación de la norma, o porque simplemente se encuentran vacíos jurídicos relacionados con la afectación de los derechos como la vida, el sometimiento a desapariciones forzadas, torturas, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, falta de igualdad ante la ley, la afectación a la intimidad personal y familia, el derecho a la honra, la circulación libre por el territorio nacional, el tener paz, entre otros, tal como se observa claramente en la declaración de los artículos 11, 12, 13, 15, 17, 18, 22, 24 y 28 de la Constitución Política del año 1991.

Es por esto que en el presente artículo se indagará acerca del alcance del crimen de homicidio en persona protegida en los acuerdos logrados en la Habana y en la justicia transicional o Justicia Especial para la paz. Todo ello comparando su desarrollo que data desde la Constitución de 1991 hasta la actualidad y que ha tenido múltiples formas, dada la presencia de instrumentos del DIH que han transformado su interpretación.

I. Antecedentes de la situación, del miembro de las fuerzas militares frente a la normativa internacional.

Brevemente se puede establecer que la Corte Constitucional, a partir de la Sentencia C-225/95, efectuó una revisión del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional. En la misma, antepuso la importancia y supremacía de las disposiciones constitucionales, buscando blindar jurídicamente a los ciudadanos ante este tipo de acciones

efectuadas tanto por parte de las fuerzas militares como de las FARC, por los aspectos del conflicto armado.

En este sentido es preciso recordar que los Convenios I y II de Ginebra de 1949, 129 del convenio III y 146 del convenio IV, donde el Protocolo II (Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra, del 12 de agosto de 1949, se refiere de manera expresa a la protección de las víctimas de los conflictos armados, sin carácter internacional), ratificado en Colombia por la ley 171 de 16 de diciembre de 1994, que a la luz de su artículo 17 establece que el Conflicto no podrá ser utilizado como excusa para ordenar el desplazamiento forzado de la población civil, solo cuando este se fundamente en la protección de la seguridad de las personas civiles, siempre y cuando se les garantice el alojamiento, la salubridad, higiene, seguridad y alimentación.

Aparte de los desarrollos de la ley 975 de 2005, debe adicionarse que la Ley 1592 de 2012, que introdujo modificaciones a la Ley de Justicia y Paz, teniendo además como base la Ley 1448 de 2011, conocida como Ley de Víctimas. Todo este marco constituye el núcleo de instrumentos legales que además de las previsiones del Código penal colombiano y de procedimiento penal, desarrollan en la actualidad tanto la situación de víctimas como el establecimiento de una paz estable y duradera mediante el Acto Legislativo 01 de 2012, 31 de julio de 2012. El mismo determina, en su Artículo 1 que el Artículo 22 de la Constitución de 1991 contempla que “la paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento”.

Es decir, por una parte aparecen instrumentos de obligatorio cumplimiento en el escenario del DIH y por el otro lado se desarrollan los presupuestos legales tanto de la justicia transicional como de los desarrollos del proceso de Paz. Aparentemente se observan en contradicción los dos factores principales, más si se tiene en cuenta que el centro del presente asunto lo constituye la persecución de los crímenes en personas protegidas y sus diferentes ámbitos de protección normativa.

Por todo ello, el estudio analiza el principio de legalidad¹ en la aplicación del régimen

¹ Colombia. Corte Constitucional. (2002). *Sentencia C-390 (mayo 22)*. M. P. Jaime Araujo Rentería. “El principio

transicional a los miembros de las fuerzas militares que están siendo procesados por los delitos mencionados (homicidio en persona protegida), constituye uno de los aspectos principales de estudio, máxime cuando las investigaciones y los casos donde los miembros de esta unidad se han visto involucrados. Este asunto, ha sido el motor de grandes inspecciones y sanciones, aun cuando muchos de estos procesos continúan, dilatándose. No obstante, en algunos también se han producido decisiones, pero que de igual forma, se observa que las víctimas y sus familias, en todo caso, han tenido que soportar todo tipo de violaciones a los derechos humanos por el afán de generar resultados ante los altos mandos, desconociendo en absoluto la prevalencia de los derechos desde un marco constitucional y jurídico.

Por ello, se determinan las acciones puntuales que han llevado a un cuestionamiento de las acciones adelantadas por las fuerzas militares en aras de preservar el orden en el país y que han terminado en sanciones y condenas, estableciendo los efectos de orden social, sancionatorio y legal contemplados por la aplicación del régimen transicional en miembros del Ejército Nacional, que en la actualidad están siendo procesados por delitos de homicidio en persona protegida.

Un estudio que hace uso de un tipo de investigación descriptivo y exploratorio, al indagar en una situación, ahondando en el tema, definiendo los parámetros de análisis que faciliten la construcción y defensa de la idea, en este caso, demostrar la conveniencia o no en la aplicabilidad de la justicia transicional en casos donde las fuerzas militares se han visto inmersas por delitos de homicidio en persona protegida. Empleando además, un método de investigación, inductivo - cualitativo, al profundizar y llevar la investigación hacia un tema en particular, demostrando con resultados y análisis objetivos, los efectos de dicha justicia transicional en general, señalando su conveniencia y los efectos que tales decisiones tendrían en el desarrollo y fortalecimiento de la justicia jurídica colombiana, a fin de lograr una reevaluación de los procesos y resarcir los daños generados en las personas, en este caso por parte de miembros del ejército nacional que están siendo procesados, persiguiendo el fin de demostrar si existe cumplimiento en el principio de legalidad, frente a la aplicación del

de legalidad en materia punitiva o sancionadora está integrado, a su vez, por dos aspectos: (i) el de reserva legal, según el cual sólo el legislador está facultado para establecer las conductas punibles, las respectivas penas o sanciones administrativas y los procedimientos que han de seguirse para efectos de su imposición; y (ii) el de tipicidad, que “implica no sólo que las conductas punibles deben estar descritas inequívocamente sino que las sanciones a imponer deben estar también previamente determinadas,” de conformidad con el principio *nulla poena sine lege*”.

régimen transicional a los miembros de las fuerzas militares que están siendo procesados por delitos de homicidio en persona protegida en Colombia.

II. Problemática Expuesta

La situación de orden público que en ha enfrentado Colombia en los últimos 50 años, y donde han intervenido además de la sociedad, el estado, los grupos alzados en armas, delincuencia común, las fuerzas militares y los distintos grupos generadores de violencia. El problema puede situarse para los fines del presente trabajo, a partir de la constitución de 1991 y el código penal de 2000 (ley 599), como factores de desarrollo de la situación, sobre todo en las conductas objeto de estudio que analizan las vulneraciones en virtud del derecho internacional humanitario, en este caso de las personas protegidas.

Durante este tiempo, se han venido cometiendo todo tipo de delitos y afectaciones mayores que han generado inseguridad con respecto a las instituciones que imparten justicia en el país, y donde además se hacen cuestionamientos no sólo a los grupos delincuenciales y alzados en armas por los actos cometidos, sino que a la vez se formulan controversias por las acciones llevadas a cabo por las fuerzas militares colombianas, que en muchos de los casos, han sido procesados por delitos de homicidio en persona protegida.

A la vez, surge un problema adicional, pues ante la firma del acuerdo de paz, y teniendo en cuenta los pronunciamientos y estrategias empleadas en el proceso, se hace mención de la denominada justicia transicional que a la vez, cambiaría la manera en que se buscaría un procesamiento de la persona, incluyendo las penas y todo lo que ello conlleva, que en muchos de los casos se cuestiona frente a la legalidad que tendrían dichos cambios.

El término de justicia transicional se ha empleado para identificar los distintos mecanismos y herramientas extraordinarias que se utilizan en transformaciones radicales de períodos de violencia, hacia un escenario de consolidación de paz con la vigencia del Estado de derecho, ofreciendo respuestas legales para enfrentar los crímenes cometidos.

Las transiciones se pueden presentar en el marco de un cambio de régimen; de una dictadura a una democracia; del paso de un conflicto armado interno o internacional a un período de consolidación de paz, o de un proceso de superación de reacciones a la violencia ocasionada y patrocinada por un Estado. (López y Vargas, 2009)

Un hecho que lleva a cuestionarse en este caso, si *¿Es posible que exista algún tipo de implicación en el principio de legalidad en la aplicación del régimen transicional a los miembros de las fuerzas militares que están siendo procesados por delitos de homicidio en persona protegida).?*

A continuación, vamos a examinar los diferentes procesos de esta índole que han generado efectos en el derecho comparado, para posteriormente determinar sus efectos frente al tema objeto de estudio que reside precisamente en determinar los efectos de este tipo de justicia con respecto a la legalidad y como caso de estudio, al delito de Homicidio en Persona Protegida.

III. Justicia Transicional en Latinoamérica y España. legalidad necesaria para las víctimas.

Antes de abordar los conceptos de homicidio en persona protegida y de justicia transicional, es preciso a analizar la utilidad de los mecanismos legales extraordinarios que se implementaron en los estados de derecho con ocasión de la justicia transicional y su papel frente a las víctimas que constituye el principal factor de valoración del proceso, toda vez que de ello depende su existencia y promoción efectiva.

En muchos escenarios se tenía la finalidad de consolidar la paz frente a escenarios de guerra, para comprender el impacto de estrategias de esta naturaleza en el contexto del conflicto interno colombiano, por esta razón los procesos de justicia transicional que se han dado en otros países permiten evidenciar unos referentes críticos que sirven de aporte, para nuestro propio proceso. Ahora, las experiencias más importantes para los efectos pretendidos, son aquellas que comparten mayor similitud con nuestro contexto nacional, toda vez que arrojan una mayor probabilidad de acierto y de pertinencia. A continuación, se analizan los casos de

Argentina, de Chile y de España.

Justicia Transicional en el caso de Argentina.

En el año de 1976 en la República de Argentina se inició un proceso político denominado por sus impulsores como de Reorganización Nacional, que ejecutó drásticas acciones de represión a organizaciones sindicales y culturales, y peor aún, de secuestro, homicidio y desaparición de personas, hechos que se extendieron hasta el año 1983. Si bien no hay registros oficiales sobre la cantidad exacta o aproximada

de víctimas por cada delito cometido, en el libro *Nunca Más* que contiene el

informe final de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas se registró la existencia de 8.961 desaparecidos (ver ilustración 1), y en el año 2009 el entonces secretario de Derechos Humanos, Eduardo Luis Duhalde, quien durante décadas ha trabajado y estudiado temas relacionados a la última dictadura militar Argentina, escribió una carta abierta a Graciela Fernández Meijide, luego de que ella hubiera puesto en duda la veracidad del número y explicó cuáles fueron las variables que determinaron que la cifra de víctimas llegara a 30.000 (*Nunca más: Cómo se llegó a la cifra de 30.000 desaparecidos*, 2017).

Estas acciones represivas fueron llevadas a cabo por parte de una dictadura cívico militar que asumió el poder del gobierno central y el de las regiones, la cual actuaba bajo los lemas de “acabar con el terrorismo, el caos, y el peligro del comunismo”.

En el año de 1982, la dictadura militar que gobernaba en Argentina fracasó en su incursión dentro de la guerra de “Las Malvinas” y este hecho condujo a su innegociable salida del poder en 1983, año en el cual, mediante elecciones populares, fue elegido como presidente de la república al activista radical de izquierda Raúl Alfonsín. Una vez iniciada su presidencia, se instaló una comisión de la verdad que, aunque actuó a la sombra de los militares que

| ¿Cuántos desaparecidos hubo según las investigaciones? | |
|--|------|
| CONADEP ⁽¹⁾ | 8961 |
| Secretaría de DD.HH. ⁽²⁾ | 7089 |
| Asamblea Permanente de DD.HH. | 6000 |
| Amnistía Internacional | 4000 |
| OEA | 5000 |
| Comisión Internacionaal de DD.HH. | 5580 |
| Fahrenheit | 6936 |
| Senado de España | 7000 |
| New York Times ⁽³⁾ | 6000 |
| Comité de DD.HH. de Ginebra | 1377 |
| REDEFA (Registro de Fallecidos) | 7500 |
| Desaparecidos.org (Meijide) | 7954 |

Ilustración 1. Cifras de desaparecidos por grupo de investigadores

continuaron en el poder por al menos cinco años más, comenzó a indagar sobre los hechos ocurridos y a implementar legislaciones encaminadas al esclarecimiento de la verdad, en un marco de justicia transicional.

En el presente caso en estudio se observa que se perseguía exclusivamente el esclarecimiento de la verdad, contrario a lo que existe en Colombia, cuyo objeto no solamente es alcanzar la claridad de los hechos, si no también lograr que los responsables por esos hechos, asuman en el marco del derecho aplicable, la responsabilidad por los actos cometidos y además de ello asuman también la reparación de las víctimas directas o indirectas, dejadas en su camino criminal.

Raúl Alfonsín cumplió inmediatamente su compromiso de derogar la Ley de Auto amnistía que habían promulgado los militares antes de salir del poder para inmunizarse ante cualquier enjuiciamiento por sus conductas durante la dictadura, su compromiso de crear una Subsecretaría de Derechos Humanos e igualmente su compromiso de crear la Comisión Nacional sobre Desaparición de Personas (CONADEP), la cual se encargó de investigar recibir denuncias y pruebas sobre hechos relacionados con delitos y crímenes cometidos durante el período 1976/1983, y que estaba integrada por personalidades de distintos sectores de la cultura, la política y la justicia de Argentina (Slavín, 2015), la cual se constituyó en la primera Comisión de la Verdad en el mundo.

Igualmente se ratificaron durante este primer gobierno después de la dictadura la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención sobre la Tortura y otros Tratos Inhumanos, Crueles o Degradantes. Esto sirvió para la interpretación de la legalidad en los procesos sobre graves crímenes.

Después del gobierno de Alfonsín, en los años noventa, los gobiernos siguientes expidieron un conjunto de normas generadoras de impunidad y de indulto a militares involucrados en delitos de lesa humanidad durante la dictadura. Sin embargo, los familiares de las víctimas acudieron ante instancias internacionales en busca de verdad y reparación, y de esta manera lograron activar unos mecanismos jurídicos a través de los cuales hasta el día de hoy se investigan los hechos ocurridos durante la dictadura. Este principio que amplió la postura tradicional de

legalidad penal y activó los procesos de memoria, verdad y justicia. Durante la década del 2000, se permitió la derogación de las leyes de indulto e impunidad mediante decisiones judiciales de la Corte Suprema de la Nación para iniciar de nuevo las investigaciones y los juicios en contra de los militares involucrados en los hechos de la dictadura (Slavín, 2015). Este fundamento también permite pregonar los cambios necesarios de la legalidad penal para generar la justicia efectiva en este caso a las víctimas de la dictadura.

Los procesos de justicia transicional frente a los abusos de la dictadura militar en Argentina permitieron así mismo, obtener al menos tres importantes conclusiones. En primer lugar, que la investigación y el enjuiciamiento de los responsables por las conductas contra los derechos humanos en un estado es garantía para la nación frente a sus derechos a la memoria, a la verdad y a la reparación, como fundamento de legalidad. En segundo lugar, los sectores hegemónicos de poder, tanto económico como político, en un país en estado de transición hacia la paz obstaculizan la consolidación de políticas y legislaciones que conduzcan a la condena de responsables por conductas lesivas de la humanidad. En tercer lugar, la búsqueda de absoluta impunidad por parte de los responsables de conductas de lesa humanidad en un estado resulta contraproducente para sus propios intereses y lo más óptimo, para estas personas, era acogerse negociadamente a los procesos jurisdiccionales implementados en aras de lograr la obtención de condenas irrisorias a cambio de verdad para las víctimas.

En Colombia pese a que la naturaleza de los conflictos son diametralmente opuestos podríamos dar aplicación de igual manera a las conclusiones dejadas por el caso argentino, sin embargo es necesario también comentar la diferencia que existe entre los dos marcos sociales, por un lado se encuentra una situación creada totalmente por parte de los actores del gobierno, cuyo objeto principal consistió en prevenir y sofocar cualquier atisbo de injerencia de políticas comunistas mientras que en Colombia lo que se vivió fue la evolución de un conflicto interno armado, casi nunca reconocido por la política y los actores sociales, pero que fue de tal trascendencia que pueblos enteros fueron sometidos a la voluntad de uno de los actores ilegales.

Justicia Transicional en el caso de Chile. De manera casi concomitante a lo ocurrido en Argentina, pero durante un período más prolongado, la República de Chile también fue regida

por un gobierno cívico-militar autoritario de derecha, el cual llegó al poder en el año de 1973 por medio de un golpe de Estado encabezado por Augusto Pinochet quien para la época ostentaba el rango de comandante en jefe del Ejército Nacional.

El régimen de Pinochet llevó a cabo su cometido económico utilizando como principal estrategia de gobierno el control y la sumisión violenta de la sociedad chilena, a través de técnicas planeadas de terrorismo de Estado dirigidas casi en su totalidad a la erradicación del pensamiento y actuación política de izquierda que había alcanzado su máxima expresión en el gobierno de la Unidad Popular (1970-1973) encabezado por el socialista Salvador Allende (Collins, 2013).

Durante este período represivo, en esta nación suramericana las cifras oficiales actuales certifican que hubo 3.216 personas muertas o desaparecidas, y otras 38.254 apresadas por razones políticas y/o torturadas (Rojas, 1988). Los militares, encabezados por Pinochet, se distribuyeron un conjunto de tareas que les permitió abarcar un amplio ámbito espectro de acciones en contra de la sociedad civil, una de las cuales fue la creación en noviembre de 1973 de una Comisión especial denominada Dirección de Inteligencia Nacional (DINA), y a finales de ese mismo año la creación de la Secretaría Nacional de Detenidos (SENDET).

Las atribuciones de la DINA fueron secretas, sus actividades se extendieron hasta el extranjero, y sus métodos incluyeron el secuestro, la eliminación física de los detenidos, el asesinato y la aplicación de torturas inhumanas, y la desaparición forzada. A pesar de que cuatro años después, en 1977, fue disuelta la DINA, ésta se reemplazó por la Central Nacional de Informaciones (CNI), con atribuciones y funciones semejantes a las de su antecesora, pero con dependencia ahora del Ministerio del Interior. La CNI mantuvo la mayor parte de las prácticas de la DINA, incluida la detención en cárceles secretas sin orden judicial a los presuntos autores de las conductas terroristas tipificadas en dicho cuerpo legal (Collins, 2013).

Dentro de las prácticas de represión selectiva en Chile los militares fingieron la muerte de civiles en supuestos enfrentamientos, y llevaron a cabo de manera sistemática torturas altamente sofisticadas, amedrentamientos y la aplicación de legislación represiva a civiles por parte de tribunales de la justicia militar.

En 1980 el régimen de Pinochet, en su afán por consolidar a nivel constitucional su política económica convocó a un plebiscito que concluyó con la aprobación de una nueva constitución política para Chile, la cual entró en vigencia el 11 de marzo de 1981, y que a la larga sentó las bases para el regreso a la democracia de esa nación. Para obtener el voto favorable en el plebiscito convocado en 1980, en la propuesta de constitución política Pinochet incorporó la elección popular de presidente de la república a partir de 1989, lo cual dio sus frutos; sin embargo, su plan también contenía una estrategia para evadir esa elección popular de presidente y perpetuarse en el poder. Así fue como en el año de 1988 Pinochet convocó un nuevo plebiscito con el fin de que se le ratificara en el poder hasta el año de 1997, con la fortuna de que, en esta ocasión y aunque por estrecho margen, perdió por primera vez en su plan hegemónico; y al año siguiente, en las elecciones populares de presidente de la república que habían sido programadas desde la constitución política de 1982, la junta cívico militar que azoló a Chile cedió el poder ante un gobierno democrático y popularmente electo.

La justicia transicional chilena puede ser comprendida en dos fases, la primera de ellas es la que comprende el período inmediatamente posterior a la represión y abarca toda la década de 1990. Esta fase fue la que endureció la amnistía a los militares, generándose con esto una total impunidad, ya que los tribunales estuvieron poblados a todo nivel con jueces mayoritariamente nombrados durante la dictadura. Tanto jueces como militares se mostraron siempre reacios a abandonar sus habituales prácticas de defensa casi cerrada de impunidad y amnistía, ya que un cambio habría implicado de algún modo un reconocimiento público del notable abandono histórico por parte de la judicatura de sus deberes de defensa de la integridad física de las personas detenidas y de fiscalización horizontal de los otros poderes del Estado (Collins, 2013).

Al no existir ningún tipo de condena, ni juicios en los cuales se procesaran a los militares que se vieron implicados en conductas violatorias de los derechos humanos, la justicia, la verdad y la reparación estuvieron ausentes durante esta primera fase de la transición. Los familiares que habían albergado esperanzas de ver el retorno de sus seres queridos, o por lo menos la noticia certera de sus defunciones y la devolución de sus restos, fueron quizás los más cruelmente decepcionados con esta impunidad.

La segunda fase de la justicia transicional chilena va desde la década de 2000 hasta la

actualidad. En 1998 el juez español Baltazar Garzón solicitó la extradición de Augusto Pinochet hacia ese país para enjuiciarlo por las atrocidades cometidas con y durante su régimen, este hecho renovó en los chilenos la necesidad de justicia, verdad y reparación, y conllevó a la reapertura de las investigaciones sobre estos hechos. Para esa época ya los estrados judiciales y las altas magistraturas estaban algo depuradas de los rezagos del régimen y contaban con funcionarios dispuestos a administrar verdaderamente justicia, razón por la cual comenzaron a preferirse fallos de nulidad sobre normas de amnistía a militares y enjuiciamientos a estas personalidades por su responsabilidad en los crímenes cometidos con ocasión de su función pública. Esta expresión de legalidad ampliada en favor de las víctimas también puede ser tomada en cuenta como referente en busca de la justicia efectiva. En este caso prevaleció la norma de derechos humanos.

En el caso chileno, la justicia en la transición provino de la judicatura y no del ejecutivo, razón por la cual ha sido mucho más lenta toda vez que esta rama del poder judicial no dispone de los extralimitados recursos de que dispone la rama administrativa. Sin embargo, el sometimiento de los militares a la justicia, comenzando por el mismo Pinochet, ha marcado progresivamente el surgimiento de la verdad, principal búsqueda de las víctimas del régimen, y de paso la emisión de importantes condenas a estos funcionarios.

De nuevo, la conclusión rescatable del proceso de justicia transicional chileno es que la impunidad a través de amnistía absoluta a los responsables de crímenes contra la humanidad es contraproducente para la verdad, la justicia y la reparación, y en el largo plazo también para estas personas, toda vez que por vías de derecho han culminado condenados y purgando penas sobre las cuales no tuvieron oportunidad de negociar. En este sentido se menoscaba la legalidad toda vez que se convierte en fundamento puramente formal y se sacrifica su misión de garantía judicial.

Justicia Transicional en el caso de España. En el año de 1939, luego de una trágica guerra civil que duró casi cuatro años, y la cual inició por un golpe de estado perpetrado desde las fuerzas armadas, en España el General Francisco Franco asumió el poder de la nación y se mantuvo en él hasta el año 1975, en el que falleció de causas naturales.

A este período de la historia de España se le denomina como Franquismo. Consistió en una

larga dictadura encabezada por el general Francisco Franco, quien acumuló todos los poderes del estado hasta su defunción, a través de la represión política y social, el miedo, el control ideológico y moral de la población, la pobreza y la carencia de las libertades y derechos humanos más elementales, tanto individuales como colectivos.

Se estima que desde 1936 estado hasta la muerte de Franco la cantidad de víctimas mortales como consecuencia de la represión estatal en España se acerca a las 200.000, de las cuales se tiene un registro de más de 114.000 desaparecidos, constituyéndose así en el segundo país del mundo con mayor número de víctimas de desapariciones forzadas.

El camino de retorno hacia la democracia sólo fue posible con la muerte del dictador, en 1975. A partir de ese momento comenzaron a surgir lentamente instituciones democráticas de elección popular y se implementaron figuras de participación que poco a poco modificaron el panorama; y en 1978 se proclamó una nueva constitución política (Payero López, 2016).

Sin embargo, el caso español es *sui generis* o particular frente a modelos de justicia transicional conocidos e implementados. La transición española se ha caracterizado por la actitud gubernamental de olvidar el pasado, por la ausencia casi total de medidas de reparación, y, sobre todo, por el abandono predominante de la búsqueda de la verdad y de justicia, a través de procesos penales e investigaciones sobre los delitos de estado, todo esto debido a que la transición fue conducida por el propio postfranquismo. Por estas razones se ha producido una “justicia transicional tardía” (Tamarit Sumalla, 2014), pues apenas en 2007 se aprobó la Ley de Memoria Histórica, que paradójicamente anula toda obligación del estado para con la verdad y la justicia, y tan sólo en 2008 el juez Baltazar Garzón abrió un proceso judicial para perseguir los crímenes cometidos en los primeros años de la dictadura.

De la experiencia española cabe extraer conclusiones de gran relevancia ante situaciones similares que puedan producirse en otros países. El uso manipulado que ha tenido la retórica de la *reconciliación* en el discurso político dominante la ha enaltecido como ideal prioritario frente al de justicia, por esta razón la disposición de carácter transicional más importante y de mayor trascendencia fue la Ley de Amnistía (Tamarit Sumalla, 2014), aprobada por el primer Parlamento elegido democráticamente tras la muerte de Franco. Esta amnistía cobijaba incluso a quienes habían cometido delitos de sangre si habían actuado por motivos políticos, lo que

incluía a los miembros de ETA y otras organizaciones terroristas, y comprendía también los “delitos y faltas que pudieran haber cometido las autoridades, funcionarios y agentes del orden público con motivo u ocasión de la investigación y persecución de los actos incluidos en esta Ley” y los “delitos cometidos por los funcionarios y los agentes del orden público contra el ejercicio de los derechos de las personas”. Se sellaba así un pacto, no asumido de modo explícito, por el que el régimen saliente accedía a la amnistía reclamada por las fuerzas democráticas a cambio de no tener que responder ni los dirigentes ni los servidores de aquel por sus crímenes.

La transición española ha adoptado un modelo definido como de “olvido con rehabilitación parcial” tras la aprobación de la Constitución de 1978, con la cual se inició un proceso en el que de modo lento la justicia penal fue adoptando decisiones de carácter reparador. Estas decisiones atendieron en una primera fase a una lógica de equiparación, al reconocerse a los perdedores de la guerra prestaciones de las que hasta el momento solo se habían beneficiado los vencedores. Dichas medidas tomaban como referencia la Guerra Civil, como si no hubiera existido después una larga dictadura y no se hubiera salido aun totalmente de ella. En todo caso no se realizaron estudios sobre el alcance de la legalidad o los delitos para este proceso, lo cierto es que el Estado Español en la actualidad cuenta con herramientas de persecución de las graves conductas de carácter internacional, pero sus elementos rigen hacia el futuro no para su situación particular de la guerra civil. Ahora bien, en el caso colombiano se han presentado diversos episodios sobre todo en materia de delitos contra el DIH que conviene analizar en el siguiente aparte.

IV. La legalidad y Justicia transicional en el homicidio en persona protegida, en el caso colombiano.

En el caso colombiano es preciso mencionar que diversos acontecimientos, han producido un sistema especial de justicia transicional, a partir del año 2005 con la expedición de la ley 975 de 2005, no sin antes evidenciar como se mencionaba al comienzo del presente artículo de la promulgación de diversos mecanismos de reinserción de miembros de grupos armados, sin embargo el concepto transicional específicamente se desarrolla en la legislación citada, bajo componentes de justicia verdad reparación y garantías de no repetición.

En la actualidad la Justicia Especial para la Paz (Acuerdo final de noviembre de 2016) constituye otro de los mecanismos especiales para este tipo de jurisdicciones de transición, lo cual evidencia una necesidad que contrapone los derechos de las víctimas, la justicia efectiva y la responsabilidad sobre todo de miembros de la fuerza pública. Para tal efecto, es preciso analizar estas variables bajo el caso concreto del homicidio en persona protegida que compromete a quienes participan directamente en las hostilidades y que hacen parte de todo este cúmulo de medidas en donde en ocasiones se sacrifica la legalidad en aras de una paz estable y duradera. Veamos a continuación el desarrollo de tales factores y la discusión en torno a tales fundamentos, luego de la comparación necesaria que surge de los procesos anteriores.

El Congreso de Colombia mediante la Ley 1820 de 2016, por medio de la cual se dispuso “amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones”, que si bien no realizó una mención específica con relación al delito de homicidio en Personal Protegida, si estableció que la mencionada ley cobijaría los delitos conexos siempre que los mismos tuviesen relación con el conflicto armado, en ese orden se encuentra que la frontera entre un delito común y un delito en la humanidad de una persona protegida, se desdibuja con facilidad en el marco material de las hostilidades, pudiendo un actor incurrir fácilmente en una conducta típica y antijurídica frente a una persona protegida, así pues el legislador si bien no realiza la mención exacta del tipo antijurídico, si deja abierta la posibilidad de que tales conductas puedan estar enmarcadas o ser susceptibles de indulto, amnistía o tratamientos penales especiales, pareciendo esta ser la tesis que se le está aplicando a quienes hoy se encuentran siendo beneficiados por el contenido normativo de la precitada Ley a pesar que la misma más adelante establece la prohibición expresa de dar aplicación a su contenido frente a determinadas conductas.

Régimen transicional de las Fuerzas Militares

La justicia transicional es un concepto utilizado para identificar los distintos mecanismos y herramientas extraordinarias que se utilizan en transformaciones radicales de periodos de violencia, hacia un escenario de consolidación de paz con la vigencia del Estado de derecho,

ofreciendo respuestas legales para enfrentar los crímenes cometidos. Las transiciones se pueden presentar en el marco de un cambio de régimen; de una dictadura a una democracia; del paso de un conflicto armado interno o internacional a un periodo de consolidación de paz, o de un proceso de superación de reacciones a la violencia ocasionada y patrocinada por un Estado, por ejemplo en el caso chileno se pasó de un Estado Dictatorial (Régimen Militar) a un Estado Democrático ya que con la reforma Constitucional de 1981 se dio paso finalmente en el año de 1997 a un gobierno Democrático y popularmente electo.

Los objetivos que persigue la justicia transicional son los siguientes: i) que sean investigados, juzgados y sancionados los delitos graves conforme al derecho internacional, observando el derecho al acceso a la justicia, independencia, imparcialidad, garantía de recursos judiciales a las víctimas, entre otras disposiciones, e ii) implementar beneficios de orden procesal a quienes se comprometan a dejar la colectividad violenta, contribuyan de forma efectiva a la paz y se comprometan a la convivencia pacífica. (Observatorio Legislativo del Instituto de Ciencia Política, 2011)

En Colombia hablando específicamente de Servidores Públicos es la Ley 1820 de 2016, la que mediante su título IV, establece las condiciones para que pueda proferirse renuncias a la acción penal en su contra, también establece mediante los artículos contentivos del mencionado título, las condiciones que deberán ser cumplidas a cabalidad y las conductas típicas, antijurídicas y culpables, que no podrán ser objeto de renuncia, conductas dentro de las cuales se encuentra prevista específicamente los graves crímenes de Guerra, en donde se encuentra enmarcado el homicidio en persona protegida, en ese orden si la investigación o la sanción penal se profiere por este tipo de conductas el actor o servidor público, por lo que se entendería que en un principio no podrían ser objeto ni siquiera por conexidad de esta Ley, sin embargo a pesar de la existencia de dicha prohibición, al parecer la tesis que reina es que tales conductas pueden ser objeto de la jurisdicción especial para la paz, siempre que las mismas hayan sido cometidas en el marco del conflicto armado y como delito conexo, abriendo de paso un abismo inquebrantable y de tal magnitud que trasgrede inclusive los acuerdos internacionales en cuanto a tratamientos de conductas penalmente relevantes, poniendo hoy al nivel de delito político conductas como el narcotráfico.

Frente a esto podemos observar como la Corte Suprema de Justicia, en decisión de casación, concedió el beneficio de Suspensión de la orden de Captura, emitida en contra del ex Soldado HENRY DIAZ FABRA, quien se encontraba siendo procesado por el Delito en Persona Protegida, con el argumento expuesto a continuación:

“En desarrollo del Acuerdo Final y con el propósito de ofrecer un tratamiento simétrico en algunos aspectos, diferenciado en otros, pero siempre equitativo, equilibrado y simultánea a los Agentes del Estado dentro de la Jurisdicción Especial para la Paz, en particular a los miembros de la Fuerza Pública, se consagraron, adicional a la libertad transitoria, condicionada y anticipada, los beneficios de la suspensión de la ejecución de las ordenes de captura y la revocatoria o sustitución de la medida de aseguramiento.”²

En el caso en comento, el soldado HENRY DIAZ FABRA, se encontraba gozando de libertad provisional dentro de otra investigación diferente a la estudiada en casación, pero con orden de captura vigente dentro del plenario, situación por la cual se le concedió en este evento, aun encontrándose prófugo, la suspensión de la orden de captura, con las consideraciones expuestas por la misma corporación en decisión AP3947-2017, Rad. 49.470:

“(E)s preciso y oportuno señalar que estos dos nuevos beneficios, a diferencia de la libertad transitoria, fueron concebidos para miembros de la fuerza pública que se encuentran en libertad pero en condición de prófugos de la justicia por estar siendo requeridos en una o varias actuaciones penales. Esta conclusión tiene sustento en el considerando noveno del Decreto 706 de 2017 donde se indica que así como los integrantes de las FAC-EP, a pesar de que aún no han hecho tránsito a la legalidad gozan de la libertad, por igual, los agentes del Estado que son objeto de investigación no pueden ser privados de ese derecho, pues ello

² Corte Constitucional, Sala de Casación Penal, sentencia AP. 4695-2017 Rad. 43546 (MP. Gustavo Enrique Malo Fernández, 24 de Julio de 2017)

envolvería un trato asimétrico contrario a los postulados del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no repetición, fruto del acuerdo final”

Es por esto que se haría necesaria una definición y clasificación de lo que se trataría de Graves Crímenes de Guerra y de esta manera establecer, si tanto los miembros de grupos al margen de la Ley, como los agentes del Estado podrán o no optar por esta Transición, ya que hasta el momento se presta para multiplicidad de interpretaciones.

Tabla 1

Clasificación de los procesos de justicia transicional a partir del perdón otorgado

| Perdones amnésicos | Perdones compensadores | Perdones responsabilizantes | Transiciones punitivas |
|--|---|--|--|
| Amnistías generales Buscan facilitar la negociación de paz. No se garantiza la verdad, justicia ni reparación. | Amnistías generales Comisiones de verdad Reparación Se busca compensar el perdón otorgado con verdad y reparación. | Comisión de verdad con exigencia de confesión total. Reparaciones Perdones individuales Equilibrio entre perdón y reconciliación. | Castigo a los responsables. Se parte de la idea que sólo con el castigo es posible erigir un orden democrático nuevo, fundado en el respeto a los derechos humanos. |

Fuente: Observatorio Legislativo del Instituto de Ciencia Política, 2011.

En los casos ya vistos, tenemos que en el Régimen de Transición Español, se optó por un perdón amnésico ya que se dio paso a la ley de amnistía, donde fueron perdonados aun los delitos de sangre que se hubieran realizado con motivos políticos, dando lugar al perdón y olvido total, con ausencia de reparación de las víctimas.

Tabla 2

Clasificación de los procesos de justicia transicional a partir de los mecanismos utilizados

| | | | |
|--|--|--|---|
| Tribunales Ad hoc de justicia impuesta | Amnistías e indultos plenos. Auto amnistías y perdones recíprocos | Investigación y persecución penal ordinarias comisiones de verdad | Transiciones democráticamente legitimadas |
| Se busca trabajar sobre el pasado para no repetirlo. Los castigos son ejemplarizantes y selectivos (jefes). Es justicia de vencedores. | No existe contraprestación alguna. Impunidad total. No hay garantía de la verdad, justicia ni la reparación integral. Se presenta una reconciliación negativa, pues no establece las causas del conflicto ni realiza cambios para evitar repetirlo. Pueden generar violencia en el futuro. | Retribución por encima de la reparación. La víctima ocupa un lugar secundario. Los juicios se llevan a cabo por medio del procedimiento ordinario, pero por lo general son susceptibles a presiones políticas. | El objetivo es recordar y perdonar. Reconciliación con responsabilidad. Discusiones sociales amplias. Formas de consulta popular. Negociaciones y acuerdos de paz. Procedimientos especiales para juzgar los crímenes graves. Penas inferiores condicionadas a pedir perdón, decir toda la verdad, reparar y obligarse a no repetir. Amnistías e indultos para los delitos políticos. |

Fuente: Observatorio Legislativo del Instituto de Ciencia Política, 2011.

En el caso Colombiano tenemos que lo pretendido dentro del proceso de paz ya suscrito, es un Régimen de transición democráticamente legitimado, en donde prima la verdad, justicia y reparación, aun en el evento en el cual se pretenda suavizar en mayor medida las penas a

violadores de derechos humanos, esto con el ánimo de obtener la paz tan anhelada por el pueblo Colombiano.

Ante estos mecanismos y herramientas, el estado colombiano tiene la obligación de definir acciones puntuales y claras que sean socializadas y aprobadas por la sociedad en general, más aun cuando es ella quien se ha convertido en víctima y sin que las estrategias y planes llevados a cabo, hayan dado los frutos esperados, en especial los de reparación y condena de los victimarios bien sea que hagan parte de los grupos alzados en armas como de las mismas fuerzas militares en su afán de demostrar resultados. Por ello mismo, se toman en cuenta los componentes de la justicia transicional y que sirven de base para que los entes de legislación, definan mecanismos de trabajo y puedan sancionar con la rigurosidad exigida a los infractores de la ley, recompensando de alguna manera el dolor de quienes han sufrido todo tipo de afectaciones.

Componentes que se convertirían en enfoques básicos para la justicia transicional-

- Acciones penales. Se trata de investigaciones judiciales de los responsables de violaciones de derechos humanos. A menudo los fiscales hacen hincapié en las investigaciones de los “peces gordos”: sospechosos considerados responsables de crímenes masivos o sistemáticos. Artículo 9, 44 y ss Ley 1820 de 2016.
- Comisiones de la verdad. Tienen como fin primordial investigar e informar sobre los abusos cometidos durante períodos clave del pasado reciente.
- Programas de reparación. Son iniciativas patrocinadas por el estado que ayudan a la reparación material y moral de los daños causados por abusos del pasado. En general, consisten en una combinación de beneficios materiales y simbólicos para las víctimas, que pueden incluir desde compensaciones financieras hasta peticiones de perdón oficiales. Artículo 14 ibídem.
- Justicia de género. Incluye esfuerzos para combatir la impunidad de la violencia sexual y de género, y asegurar el acceso de las mujeres, en igualdad de condiciones, a los programas de reparación por violaciones a los derechos humanos.

- Reforma institucional. Busca transformar las fuerzas armadas, la policía, el poder judicial e instituciones estatales, con el fin de modificar instrumentos de represión y corrupción, y convertirlas en herramientas íntegras de servicio público.
- Iniciativas de conmemoración. Entre ellas figuran los museos y los monumentos públicos que preservan la memoria de las víctimas y aumentan la conciencia moral sobre los abusos cometidos en el pasado, con el fin de construir un baluarte en contra de su repetición. (Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2009)

Tales mecanismos procuran en conjunto materializar la filosofía de la verdad, de la justicia, la reparación y no repetición, no sin darle la importancia que merecen cada uno de ellos, solo en conjunto podrán cumplir con el objetivo, mecanismos previstos tanto en los acuerdos finales, como en las normas que lo ponen en funcionamiento y le dan la aplicación correspondiente.

Por su parte la Jurisdicción especial para la paz, siendo parte de ese conjunto de mecanismos creados para la puesta en marcha y funcionamiento de los acuerdos, busca por su lado establecer no solamente la verdad si no encontrar también la justicia que pueda resarcir los daños causados, pretendiendo este mecanismo ser parte del alivio de las víctimas quienes deseadas de resarcimiento entregan de cierta manera la facultad de castigar los delitos cometidos, aun dejando o atenuando las penas a imponer.

Uno de los criterios básicos para alcanzar ese equilibrio entre paz y justicia, entre orden y derechos humanos, es el llamado “juicio de proporcionalidad”, según el cual la restricción de un derecho fundamental (como el derecho de las víctimas a la justicia) sólo es legítima si constituye el medio necesario y suficiente para conseguir un propósito democrático prioritario (como la reconciliación o la paz), siempre que no estén disponibles otros medios menos lesivos de los derechos humanos y que el resultado final del proceso justifique con creces la restricción del derecho. (Uprimny y Lasso, 2004, p. 151; Escobar, 2005, p. 115- 118).

Un proceso que podría ser considerado como justo a los ojos de las víctimas y la sociedad en general, pero que exige de las fuerzas militares, por ejemplo, a la suficiente entereza para que suman también su responsabilidad por muchos de los actos cometidos y que empañan la función desempeñada por dicho ente en aras de preservar el orden y construir paz en las

regiones.

Conforme a lo previsto en la carta Magna, dentro de las obligaciones establecidas para Las Fuerzas Militares, se encuentra con primacía la preservación de los derechos fundamentales de la ciudadanía.

Dentro de todo el compendio normativo que ha surgido en los últimos años, producto de un periodo de cambio y evolución en la manera de impartir y hacer justicia, surge la transición, un mecanismo que en el caso de la firma del acuerdo de paz, se constituye en una herramienta innovadora, acorde con las expectativas y engranaje del sistema judicial colombiano, en el marco de una política que le pone punto final al conflicto que azotó al país, generándole no solo efectos de orden social, sino jurídico, económico, político, de seguridad, tecnológico, pero que de alguna manera le permite al estado, tener cierta estabilidad jurídica a la hora de juzgar y de imponer penas a quienes infringieron la norma en cualquiera de las modalidades delictivas, pero en especial las relacionadas con la violencia.

Así, la denominada justicia transicional se constituye en la base normativa para quienes han sido involucrados en delitos asociados al conflicto armado y donde se crea un sistema jurídico que busca equiparar el delito con la gravedad del mismo, pudiendo ello ser el fundamento para imponer penas y sanciones de acuerdo a lo estipulado por norma, aun cuando ello no signifique que las víctimas podían estar de acuerdo y convencidos de la justicia total.

Tal particularidad de la Justicia Transicional, también fue tenida en cuenta y puesta de manifiesto en el acuerdo final para la paz, en donde se estableció que además de las condiciones necesarias para la dejación de armas y el establecimiento de una paz estable y duradera, se debía establecer un régimen de transición que le diera relevancia a las conductas típicas, antijurídicas y culpables, desplegadas con ocasión, del conflicto negociado, tales conductas nunca antes reconocidas en el marco jurídico de un conflicto interno, sino que, a las que se les había dado un trato ordinario, determinando que tanto las mismas, como los agentes activos de ellas, debían ser juzgados y procesados al amparo de las normas ordinarias como delincuentes comunes.

El reconocimiento político del grupo armado ilegal dio como consecuencia la necesidad de

reconocerle estatus a sus ideales y por tanto reconocer de contera que los delitos o conductas desplegadas serian tratadas bajo un ordenamiento jurídico diferencial, creándose de esa manera una especie de cuenta nueva para delitos cometidos con posterioridad al acuerdo final, y dejando bajo la protección de este los delitos cometidos con ocasión del conflicto.

Las contradicciones que han surgido en torno al tema del conflicto armado y la justicia transicional no se han hecho esperar, pues para unos es una manera de que los victimarios evadan sus responsabilidades por los actos cometidos en ejercicio de sus funciones pero que de acuerdo a la norma, podían ser ilegales cuando se cometen todo tipo de delitos como de homicidio en personas protegida. Pero entender el esquema, lleva a indagar sobre lo que realmente significa y de acuerdo a lo establecido por la norma, pues “De acuerdo a la Cuarta Convención relativa a la ‘Protección de Civiles en tiempo de Guerra’ de 1949, en su artículo 4º define lo que se debe entender por persona protegida, existiendo dos tipos de civiles a quienes la protección debe ser concedida de cara a acciones arbitrarias por parte del enemigo en tiempo de guerra: las personas de la nacionalidad enemiga que residen en territorio del Estado beligerante y los habitantes de territorios ocupados”.

Aun cuando en el Protocolo para el reconocimiento de casos de violaciones a los DDHH e infracciones al DIH, se establece que, cuando se habla de Persona protegida: Se trata de una connotación o consideración no sólo jurídica, sino ético-política. En el marco de situaciones particulares, fáctica y jurídicamente definidas como situaciones ligadas a conflictos armados, tanto de carácter externo como interno; se otorga un reconocimiento especial a diversos tipos de personas que se hallan en situación particular de vulnerabilidad: sus derechos se protegen de manera particular en función de la situación fáctica y específica de vulnerabilidad. Son personas protegidas aquellas a las que se aplica un tratado humanitario en particular, es decir, las personas a las que se aplican las normas de protección estipuladas en el derecho internacional humanitario. (Cárdenas, 2013, p. 13)

Sea cual fuere la condición, es innegable que toda persona que habite en el territorio nacional sin distinción social, raza, condición económica, credo, tiene la misma protección del estado, tal como se ha reconocido en los protocolos sobre los derechos humanos y aquellos de orden humanitario que hacen referencia a los delitos de lesa humanidad cometidos por los grupos de beligerancia que desde hace mucho tiempo delinquen en el espacio colombiano.

Sin embargo, y para preocupación del gobierno nacional, no sólo estos grupos han atentado contra los derechos humanos y otros donde los crímenes de guerra y de lesa humanidad están a la orden del día. Se hace referencia entonces, a que las fuerzas militares también han empezado a involucrarse con la comisión de muchos de los delitos y que hoy en día, son juzgados por la justicia ordinaria, pues en este sentido pierden el carácter de ser sancionados por la justicia penal militar.

Siendo de competencia de la jurisdicción ordinaria, los delitos cometidos por fuera del actuar institucional de los servidores públicos, es posible que mediando solicitud y cumpliendo determinados requisitos de origen legal, tales conductas puedan ser conocidas o estudiadas por la jurisdicción especial para la paz.

Cuando la conducta de los miembros de la Fuerza Pública en relación con un conflicto armado sea investigada y juzgada por las autoridades judiciales, se aplicará siempre el Derecho Internacional Humanitario. Una ley estatutaria especificará sus reglas de interpretación y aplicación, y determinará la forma de armonizar el derecho penal con el Derecho Internacional Humanitario.

Con esto tenemos que al encontrarnos inmersos dentro del marco de un conflicto interno armado, no podríamos hablar de delitos comunes, como lo es el caso de los homicidios en los que incurrieron algunos miembros de las Fuerzas Militares, no podríamos entonces hablar de un simple homicidio, la tipificación adecuada es la de Homicidio en persona protegida, como bien lo dijo la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de casación, donde esbozo:

"Como la censora cifra su aspiración casacional en que la conducta imputada a su procurado no corresponde al delito de homicidio en persona protegida, sino al punible de homicidio común, es pertinente recordar que en la exposición de motivos del proyecto de ley presentado por el entonces Fiscal General de la Nación, que a la postre culminó con la expedición de la Ley 599 de 2000, sobre el título de los "Delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho Internacional Humanitario", se expuso:

“Con ocasión del conflicto armado interno que padece Colombia, muchas de las conductas vulneratorias (sic) o amenazadoras (sic) de Derecho Humanos, constituyen a la vez violaciones al Derecho Internacional Humanitario. Son ellas acciones u omisiones con las cuales quienes participan directamente de las hostilidades – los combatientes – incumplen los deberes o quebrantan las prohibiciones que les ha impuesto el artículo 3º común a los cuatro Convenios de Ginebra y el protocolo II adicional.

“Estos crímenes de guerra presentan una más intensa y múltiple lesividad frente a otras conductas punibles comunes, dado que con ellas se atenta, solamente contra bienes jurídicos tales como la vida, la integridad corporal de personas protegidas, la dignidad, la libertad individual, el derecho a un debido proceso legal, sino que además ofenden ese interés jurídico autónomo que es el derecho internacional de los conflictos armados. En la propuesta legislativa se incluye un capítulo especial denominado Conductas punibles contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, que agrupa una serie de tipos que describen y penalizan aquellos comportamientos que representan las más graves infracciones a esa normatividad internacional que Colombia se comprometió a respetar y aplicar”³

El homicidio en persona protegida- Estudio en concreto de su desarrollo en el caso nacional.

Ahora bien, en el caso específico de la población civil, los anteriores hechos se pueden originar por faltas cometidas en contra de personas protegidas perpetradas por parte de agentes de defensa del estado como el ejército nacional. Desafortunadamente este asunto, le ha restado credibilidad dadas las acciones cometidas en contra de los ciudadanos que se encuentran en medio de la confrontación y que por diversas circunstancias, se convierten en blancos perfectos para los miembros de las fuerzas militares, siendo ellos resultados solamente de actividades ejecutadas en un determinado territorio.

³ Corte Constitucional, Sala de Casación Penal, sentencia Rad. 364 Caso Luis Emiro Padilla y otros. (MP. Maria del Rosario Gonzalez Muñoz, 22 de Agosto de 2013)

No se debe olvidar que el hecho mismo de ser persona protegida, tiene los mismos derechos aun cuando se encuentra inmersa en un conflicto o confrontación armada, por ello mismo, debe ser tratada de forma digna, siendo protegida aun en enfermedad o como resultado de alguna lesión, facilitándosele la atención y auxilio por parte de un organismo neutral, en este caso de miembros del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), cuya operación imparcial le lleva a salvaguardar la vida de la población civil.

Por lo tanto, el hecho de estar inmersa en este tipo de enfrentamientos o situaciones bélicas, le impregna un carácter de protegida y en esencia ni podrá ser atacada, asesinada, mutilada, torturada, usada en experimentos médicos o científicos, tomada como rehén, sometida o degradada, asesinada sin un juicio normal, donde se tiene establecido legalmente la pena de muerte y discriminada por su raza, religión, sexo, condición de nacimiento o riqueza.

El punto de partida para comenzar a comprender la aplicabilidad del régimen transicional a los miembros de las fuerzas militares en Colombia es el análisis del delito de homicidio en persona protegida, abordando su estudio desde cada uno de sus dos componentes esenciales, a saber: La Persona Protegida y el bien jurídico tutelado

a) **La persona protegida.** El concepto de persona protegida no es unívoco y mucho menos exacto, su definición en cada Estado de Derecho obedece a los contextos jurídicos, fácticos, normativos y políticos de la nación; se trata de una connotación o consideración no sólo jurídica, sino ético-política. En el marco de situaciones particulares, fáctica y jurídicamente definidas como situaciones ligadas a conflictos armados, tanto de carácter externo como interno (Programa Presidencial de Derechos Humanos y DIH, 2008).

De conformidad con esta consideración, se extrae que una persona protegida es, al menos, aquel ser humano al que se le puede aplicar un tratamiento humanitario especial dentro de un conflicto armado, dada su condición de vulnerabilidad o ajenidad dentro del mismo, principalmente porque así lo disponga una norma incluida en un tratado internacional o, subsidiariamente, porque consuetudinariamente se le haya dado ese tratamiento en el mismo derecho internacional.

En cuanto a la Doctrina, tenemos que Delio Jaramillo Arbeláez describe el concepto del

derecho internacional humanitario como un conjunto de normas de carácter internacional que “prescriben la moderación de los conflictos armados entre los pueblos, garantizan el respecto a la persona humana y aseguran el desarrollo completo de la individualidad”⁴

En Colombia la legislación Colombiana de manera unánime con la normatividad Internacional ha definido la persona protegida en los siguientes términos:

PARAGRAFO. Para los efectos de este artículo y las demás normas del presente título se entiende por personas protegidas conforme al derecho internacional humanitario: 1. Los integrantes de la población civil. 2. Las personas que no participan en hostilidades y los civiles en poder de la parte adversa. 3. Los heridos, enfermos o náufragos puestos fuera de combate. 4. El personal sanitario o religioso. 5. Los periodistas en misión o corresponsales de guerra acreditados. 6. Los combatientes que hayan depuesto las armas por captura, rendición u otra causa análoga. 7. Quienes antes del comienzo de las hostilidades fueren considerados como apátridas o refugiados. 8. Cualquier otra persona que tenga aquella condición en virtud de los Convenios I, II, III y IV de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales I y II de 1977 y otros que llegaren a ratificarse (Congreso de la República, 2000).

Como se lee en esta norma transcrita, en Colombia el ordenamiento jurídico cuenta con un instrumento eficaz para interpretar la condición de persona protegida y a la vez idóneo para despejar dudas en el ejercicio jurisdiccional desarrollado frente a este tema (Sentencia C291, 2007). Hecho que aporta seguridad jurídica a los habitantes del territorio nacional que por alguna razón desafortunada se hallan inmersos en situaciones de esta naturaleza.

Además de esta norma, la Corte Constitucional también ha desarrollado por la vía jurisprudencial otro elemento ineludible para el análisis y la interpretación de los delitos contra personas protegidas y es el Principio de Distinción, por medio del cual es posible hacer una caracterización más específica de los sujetos involucrados en este tipo de hechos.

Conforme a este principio de distinción, desde el mismo sujeto o grupo combatiente, hasta el

⁴ JARAMILLO ARBELAEZ, DELIO (1975). Derecho Internacional Humanitario. Ed. Universidad Santo Tomas, Pag 7.

magistrado de la Corte Constitucional, se tiene el deber de distinguir entre personas en combate y personas fuera de combate, y dentro de esta última categoría distinguir entre población civil, personas civiles y personas fuera de combate, para efectos de preservar la vida, la dignidad y los bienes de todas las personas que se encuentran ajenas a un combate o a un enfrentamiento específico (Aponte cardona, 2010).

A este respecto, con mucho atino planteó la Corte Constitucional que si la guerra busca primordialmente debilitar el enemigo no existe razón para afectar a personas que no combaten puesto que éstas no constituyen potencial militar (Sentencia C225, 1995).

En cuanto a la calificación del delito cometido en el desarrollo del conflicto interno armado, se debe hacer la precisión que las muertes no deben ser producto necesariamente de un combate, pero si perpetrado por un grupo con calidad de combatiente, como bien lo expuso la Procuraduría Delegada en sentencia de Casación No. 29753 de fecha 27 de enero de 2010, en la cual adujo

“1.4. Aun cuando no cualquier grupo de delincuencia organizada puede ser entendido como combatiente en términos de Derecho Internacional Humanitario, como sucede con bandas del narcotráfico o de sicariato, tal criterio no resulta extensivo a las Fuerzas de las autodefensas en tanto son aparatos militares que hacen parte de las hostilidades, no gozan entonces de protección contra los ataques a los civiles.

1.5 La aplicación de homicidio en persona protegida no demanda que las muertes se hayan producido en combate. Su ámbito de aplicación se extiende a la totalidad del territorio controlado, incluso a sitios en los cuales no ha existido confrontación armada. “

Al respecto de los argumentos expuestos por el Procurador Delegado, la Cortes Suprema de Justicia, Sala de casación Penal, admitió sus razones, en el entendido que el personal que falleció en los hechos, no encuadraba dentro del marco de personas internacionalmente protegida, y que el hecho que no se haya producido en combate, no les resta su calidad de persona protegida, delito enmarcado dentro de los crímenes de guerra, violatorios del Derecho

Internacional humanitario, en lo que expuso:

Separar esta cita por párrafos y en cada uno hacer un comentario.

“Examinadas las anteriores posturas, encuentra la Sala que la inaplicación del artículo 135 del Código Penal a los hechos juzgados, devino en virtud de varios supuestos errados como son:

(i) Que el ámbito de aplicación de tal dispositivo se restringe a las muertes causadas en desarrollo de un combate, desconociéndose así que lo demandado en el tipo penal es que éstas acaezcan en desarrollo o con ocasión del conflicto armado y que recaiga sobre persona protegida por el D.I.H.

En efecto, las expresiones de “combate” y “conflicto armado”, aparecen mencionadas en los fallos como sinónimas, cuando lo cierto es que cada una tiene distinto significado.

El combate, conforme lo ha expresado la Sala en múltiples determinaciones una de las cuales es citada por el A Quo, comporta una acción militar entre bandos opuestos determinable en tiempo y espacio. El Conflicto armado, en cambio, es de mayor cobertura: en términos del artículo 1° del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949, corresponde al enfrentamiento al interior de un Estado entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados, o entre éstos entre sí, que bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas.

En ese escenario, es claro que el conflicto armado se desarrolla a través de distintas manifestaciones, una de ellas el combate entre las fuerzas armadas que protagonizan las hostilidades, no siendo esa su única forma de materialización. Así, las acciones militares “sostenidas y concertadas” incluyen labores de patrullaje y todas aquellas dirigidas a ejercer control sobre ciertos sectores de la población o la restricción de su movilización, entre otras, siendo a partir de la constatación de su presencia que puede predicarse precisamente la existencia de un control territorial. Naturalmente, cualquiera sea la manifestación del conflicto,

subsiste para los miembros de las organizaciones armadas ilegales la obligación de mantener al margen de su accionar a las personas y bienes protegidas por el D.I.H.”⁵

es por lo anterior que no existe lugar a duda, que los desmanes realizados por parte de los miembros de las FARC – EP, como los cometidos por los miembros de las Fuerzas Militares, se encuentran enmarcados indiscutiblemente dentro del ámbito de homicidio en Persona Protegida, delitos estos que le permiten a sus perpetradores acceder en principio de los beneficios de la Justicia Transicional, por que como ya se expuso, dentro de las excepciones se encuentran incluidos los graves crímenes de guerra, pero que la postre han venido siendo objeto de la aplicación de dicha normatividad.

b) El bien jurídico tutelado. Si bien, queda claro que la calificación como persona protegida obedece a unas condiciones propias del contexto de los hechos, no menos cierto es que la protección especial a estas personas tiene una pulsión más profunda, y que surge de la necesidad imperiosa de salvaguardar unos intereses esenciales para la humanidad y, por supuesto, para la nación.

Lo más expedito de inferir frente a la tipificación como delito de conductas cometidas en contra de personas protegidas es que una norma en este sentido tiene como finalidad primigenia el aseguramiento de la paz y la prevención de la guerra. Sin embargo, la legislación, la doctrina y, sobre todo, la jurisprudencia señalan que en el fondo lo que se pretende con este tipo de normativas es la protección de los intereses individuales de la población afectada, principalmente su dignidad. En este sentido, la Corte Constitucional enunció que el Derecho Internacional –de donde emerge el concepto de persona protegida, así como las conductas penales relacionadas con estas personas-:

“...no es otra cosa que la codificación del núcleo inderogable de normas mínimas de humanidad que rigen en los conflictos armados y que como tales constituyen un valioso instrumento jurídico para lograr la efectividad plena del principio de la dignidad humana aún en las más difíciles y hostiles circunstancias, y sus

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 29753. (MP. José Leónidas Bustos Martínez, 27 de enero de 2010)

disposiciones se aplican independientemente de si los países se han comprometido o no jurídicamente en la adopción de tales disposiciones, por tratarse de prácticas consuetudinarias de carácter imperativo que responden a presupuestos éticos mínimos y exigibles a todas las partes del conflicto, se trate de un conflicto nacional o internacional.” (Sentencia C240, 2009)

Luego, el interés jurídico tutelado en los delitos en contra de personas protegidas es en esencia la dignidad humana.

De lo anterior se observa que en la misma Ley 599 de 2000 se menciona el carácter de persona protegida que difiere de aquellas como los agentes diplomáticos. A ese respecto, como lo ha precisado la Sala y así se desprende de sus antecedentes legislativos, el sujeto pasivo calificado incluido en el numeral 9º del artículo 104 ídem, se halla precisado en las leyes 169 de 1994 y 195 de 1995, aprobatorias, en su orden, de la “Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos”⁶ y el “Convenio para prevenir y sancionar los actos de terrorismo configurados en delitos contra las personas y la extorsión conexa cuando éstos tengan trascendencia internacional”⁷, como así se dejó señalado en la ponencia para primer debate ante el Senado de la República del proyecto de ley 040 de 1998, a la postre sancionado como Ley 599 de 2000. (Cárdenas, 2013, p. 15-16).

Una claridad que permite entender aun más la importancia de ahondar en la temática, pues al abrir paso a la llamada justicia transicional, los efectos de orden social y legal no se hacen esperar. Su interpretación facilitará el juzgamiento de quienes han infringido la norma, pero sin dejar de lado la responsabilidad de los miembros del ejército nacional cuando cometen delitos que están además tipificados en la Ley 599 de 2000.

El homicidio en persona protegida, fue incorporado a la legislación nacional a través del artículo 135 de la Ley 599 de 2000, en su Título II, correspondiente a los Delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, bajo la siguiente descripción típica:

⁶ Nueva York, 14 de diciembre de 1973

⁷ Nueva York, 2 de febrero de 1971

⁸ Gaceta del Congreso No. 280, del viernes 20 de noviembre de 1998

“El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, ocasione la muerte a persona protegida conforme a los Convenios Internacionales sobre Derecho Humanitario ratificados por Colombia, incurrirá en prisión de (...).

Lo antedicho, en virtud de los Convenios I, II, III y IV de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales I y II de 1977 y otros que llegaren a ratificarse. (Cárdenas, 2013, p. 17-18)

No obstante, se ha tratado de una situación reiterada por parte no sólo de los grupos alzados en armas, sino que además ha intervenido el ejército nacional, bien sea como un mecanismo para ocultar hechos, donde desafortunadamente la persona protegida, pudo haber estado presente, lo que les podría generar contratiempos desde el punto de vista militar como legal. Aunque este podría ser solo un claro ejemplo de la realidad que a diario enfrenta la sociedad civil en regiones apartadas, donde se levantan falsas pruebas y testimonios que han sido en algunos de los casos, difícil de controvertir por la misma influencia ejercida por quienes hacen parte de este sistema de seguridad nacional.

V. El derecho aplicable en el Homicidio en persona protegida frente a la justicia de transición.

Con la entrada en vigencia del Marco Jurídico para la Paz, la ley se transforma ampliamente el sistema de penas establecido en el país, lo que podría desestabilizar el orden legal aplicable hasta el momento, en especial cuando se hace referencia a la observancia y evaluación del delito en lo que a miembros de las fuerzas militares se refiere, pues el estar sometidos en la actualidad a un proceso e investigación por situaciones diversas, la imposición y solución de su misma situación, estaría supeditada a reducción de penas, incluso con una alternatividad que podría afectar emocionalmente a las víctimas por la misma exigencia que hacen sobre el reconocimiento de la acción, el perdón y el cumplimiento de la pena impuesta.

El Marco Jurídico para la Paz prevé una variedad de sanciones y contempla una ley estatutaria para establecer los requisitos y condiciones bajo las cuales serían apropiadas las sanciones extrajudiciales, las suspensiones de la ejecución de la pena, las penas alternativas u otras formas especiales de ejecución y cumplimiento de la pena. (International Crisis Group, 2013, p, 27)

Cambios que por demás, le generan al país una mejor imagen siempre y cuando existan las condiciones y exigencias necesarias desde el punto de vista jurídico en torno a la penalización de los delitos donde los miembros, en este caso del ejército nacional se halla inmerso, buscando la reparación de las víctimas, la imposición de una pena o sanción ejemplarizante, pues son responsables directos por la seguridad de los civiles, aun si se encuentran en estado de indefensión en la zona en conflicto.

Los miembros de las fuerzas de seguridad no son penalmente responsables por el uso legítimo, proporcionado y legal de la fuerza contra los grupos armados ilegales. Sin embargo, esta inmunidad por acciones que serían criminales si fueran realizadas por particulares no abarca los actos prohibidos por el DIH, como el homicidio de civiles.

La oficina del fiscal de la CPI considera que existe “fundamento razonable” para creer que entre 2002 y 2012 órganos del Estado cometieron, como mínimo, los crímenes de lesa humanidad de asesinato y desaparición forzada y que, del 2009 al 2012, miembros de las fuerzas del Estado cometieron los crímenes de guerra de homicidio, ataques contra civiles, la tortura y los tratos crueles y ultrajes contra la dignidad de la persona, y la violación y otras formas de violencia sexual. Algunos miembros de las fuerzas de seguridad han sido condenados por esos crímenes, pero esto constituye tan solo el punto de partida para abordar la conducta ilícita al interior de las fuerzas armadas. (International Crisis Group, 2013, p. 31)

Así las cosas, se generan efectos sobre la imagen del ejército nacional como institución de seguridad a la cual los civiles, le otorgan toda la confianza. Pero el continuar por esta senda, le exige a los altos mandos, encargados de juzgar a sus miembros por delitos tipificados desde un orden penal ordinario, aplicar los correctivos y las sanciones pertinentes, bajo la premisa de no repetición de tales actos, no sólo por la misma credibilidad como institución de seguridad, sino porque además debe haber un respeto a todos los protocolos y convenciones donde el tema de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, se asume como el principal eje legal para la protección y salvaguarda de los derechos de las personas son excepción alguna y con todos los condicionamientos necesarios.

De suerte es que para que el fallo sancionador, bien sea de un miembro de la Fuerza Pública o de cualquier otro agente estatal por la comisión de crímenes graves contra la humanidad,

cumpla con su cometido, es decir, que cumpla con su función preventiva⁹ (para que otros miembros tanto del Ejército como de la Policía, no lo hagan) y correctiva, que realmente sea un mecanismo ejemplarizante en el que la sociedad perciba contundentemente que el Estado no admite este tipo de conductas en servidores públicos (militares y policías) que están llamados a cumplir una función tan sensible y delicada.

Se torna urgente que tanto la acción como la sanción se adelanten dentro de un término largo, pero prudencial, no indefinido en el tiempo. (Daza, 2010, p. 452-453)

De conformidad con el marco de la justicia transicional, es apropiado que los agentes del Estado se beneficien de penas alternativas si hacen importantes contribuciones a la verdad y a la reparación. Sin embargo, al reconocer que la mayor responsabilidad es del Estado, sus agentes no deberían tener derecho a cumplir las penas en instalaciones alternativas. La concesión de cualquier beneficio de justicia transicional a algunos agentes del Estado es controversial, ya que el Estado no está negociando, al menos formalmente, con sus propias fuerzas armadas. Sin embargo, las penas alternativas para los agentes del Estado pueden justificarse. (International Crisis Group, 2013, p, 32)

Un modelo de justicia transicional para los agentes del Estado podría conducir a mejores resultados para la sociedad que los procedimientos penales ordinarios. Los “máximos responsables” tendrían incentivos para cooperar en revelar la verdad, incluyendo aquella en relación con las redes de apoyo a los perpetradores. Por el contrario, la actual estrategia de defensa de muchos soldados que enfrentan denuncias de violaciones de derechos humanos es negar la responsabilidad, lo que restringe la posibilidad de que revelen la participación de personal de más alto rango. El panorama más completo que se puede generar mediante las medidas de justicia transicional también proporcionaría una base para la depuración. (International Crisis Group, 2013, p, 32)

Aunque se hace claridad que el debate frente a la formulación de la política de justicia transicional, no se circunscribe exclusivamente a determinar en qué grado el estado es responsable directo por las acciones cometidas por parte de sus fuerzas militares. Lo realmente importante, es el evidenciar de manera abierta, cuáles son las percepciones de las víctimas

⁹ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-1193 del 3 de diciembre de 2008, M. P. Jaime Araujo Rentería.

frente a todos y cada uno de estos hechos que sin lugar a dudas perturbaron su tranquilidad, bien sea por el desplazamiento generado, como por las desapariciones forzosas de los integrantes de sus familia.

Es importante que quienes vayan a adelantar los procesos de investigación, sean personas civiles que no se encuentren vinculadas con las fuerzas militares, que tengan la suficiente capacidad, idoneidad profesional y ética, tanto para escuchar las versiones, analizar los hechos y emitir un dictamen donde no se de lugar a dudas sobre los resultados e informes. De manera adicional, se hace claridad con respecto a que se debe dejar un espacio de análisis concienzudo frente a a los cambios que en los últimos años se han producido en torno al tema del fuero militar, ya que algunos de sus cambios se han direccionado hacia un debilitamiento de la capacidad de respuesta de los miembros de dicha institución en materia penal.

El tema de la justicia transicional en este sentido, pone las cartas sobre la mesa, no tanto desde un punto de vista analítico, sino reflexivo respecto a las violaciones de los derechos humanos por parte de los miembros del ejército nacional que pueden estar en la actualidad siendo procesados y sancionados. De igual manera, se debe tomar en consideración, el nivel de responsabilidad y capacidad de las fuerzas militares para evitar que se omita la verdad, pues en no todos los casos, son ellos los únicos intervinientes en el proceso, pues suelen existir intereses particulares desde el punto de vista político, que podrían llevar a una persecución de las personas investigadas a cambio de ocultar la verdad.

En resumidas cuentas, se tiene ya la claridad que las actuaciones en las cuales participan los miembros de las Fuerzas Militares y que han dado lugar a la muerte de personas de la población civil, se encuadran dentro del marco legal como Homicidio en Persona Protegida, previsto este en el artículo 135 de la Ley Penal Colombiana, independientemente si el mismo ocurrió en un escenario de combate, ya que lo importante en este evento es que el dichas muertes han sido ocasionadas en el marco del conflicto interno armado.

Tenemos que la legislación tanto interna, como internacional ha dejado claro quienes tienen la calidad de persona protegida y estas se encuentran enmarcadas como: 1. integrantes de la población civil, 2. Las personas que no participan directamente de las hostilidades y los civiles en poder de la parte adversa, 3. Los heridos, enfermos o náufragos puestos fuera de combate,

4. El personal sanitario o religioso, 5. Lo periodistas en misión o corresponsales de guerra acreditados, 6. Los combatientes que hayan depuestos las armas por captura, rendición u otra causa análoga, 7. Quienes antes del comienzo de las hostilidades fueren considerados como apátridas o refugiados, 8. Cualquier otra persona que tenga aquella condición en virtud de los protocolos Adicionales I y II y IV de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales I y II de 1997 y otros que llegaren a ratificarse. Situación esta que define claramente la condición de persona protegida y no da lugar a dudas.

En cuanto al tratamiento penal a aplicar a los miembros de las Fuerzas Militares que se encuentran en curso de investigaciones por el Delito de homicidio en Persona Protegida, si bien la competencia radica inicialmente en cabeza de la Justicia Ordinaria, la misma puede ser objeto de estudio por parte de los operadores de la Justicia transicional y los mismos pueden verse favorecidos por los beneficios ofrecidos, como lo son: “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.*” Previstos en la Ley 1820 de 2016, así mismo como los contemplados en el Decreto 706 del 03 de mayo de 2017, consistente en 1. Libertad transitoria condicionada y anticipada, al igual que el beneficio de la suspensión de la ejecución de las órdenes de captura y la revocatoria o sustitución de la medida de aseguramiento, como ya anteriormente se expuso.

En la actualidad y como quiera que aún no se encuentra en funcionamiento la jurisdicción especial para la paz, la aplicación de los preceptos legales contemplados en la Ley 1820 de 2016, son de aplicación del competente actual, ya sea el caso que se encuentre en primera, segunda instancia, o hasta en etapa de casación y es a estos operadores judiciales a los cuales les corresponde realizar la valoración pertinente y establecer si es posible o no que el agente del estado que en la actualidad se encuentra investigado por el delito de homicidio de persona protegida, puede o no acceder a los beneficios ya expuestos.

VI. Conclusiones

No se puede desconocer ni borrar las huellas de la violencia que tras más de cincuenta años, ha generado todo tipo de dolor, incertidumbre, pobreza, desarraigo social, desapariciones, desplazamiento forzado, sin mencionar la afectación de los derechos humanos que le son propios a cada persona y sobre los cuales muchos defensores, han elevado su voz de protesta.

Los derechos humanos en esencia, son atributos de cada persona, que son reconocidos y valorados por protocolos y convenios y ratificados por el país y que le hace exigible su respeto, defensa y protección. No obstante, la misma situación de violencia ha generado todo tipo de afectaciones y violaciones a los mismos y que han causado estupor entre la comunidad internacional, exigiendo la consolidación de políticas concretas que le permitan al país fortalecer sus procesos sociales, jurídicos y políticos como primera medida.

Una labor que le ha sido difícil y negada a los gobiernos de turno, y pese a que han tratado de consolidar una política de paz, no han cumplido con el objetivo por motivos diversos entre los cuales se menciona la inexistencia de un sistema social, económico, jurídico y político que genere credibilidad y que permita la participación activa de los actores en conflicto.

El estudio además contempla las acciones que han llevado a un cuestionamiento de las tareas adelantadas por las fuerzas militares en aras de preservar el orden en el país y que han terminado en sanciones y condenas, incluidos delitos como las masacres, la violencia sexual, las desapariciones forzadas, el desplazamiento forzado, la sevicia, la tortura, entre otros que dejan cierta preocupación por las cifras evidenciadas en diversos informes que son pieza clave para cuestionar el accionar de las fuerzas militares, toda vez que ella ha controvertido su tarea de seguridad y defensa de las personas, sus derechos y sus bienes.

Muchos de estos delitos, surgieron con ocasión de las políticas de seguridad establecidos por los gobiernos, a razón de la necesidad de generar resultados favorecedores que disminuyeran los casos de violencia generalizada que ha vivido el país y como parte de un mecanismo de fortalecimiento de la imagen que como estado defensor y protector de los

derechos humanos se esperaría.

Ya en lo que a los efectos de orden social, sancionatorio y legal contemplados por la aplicación del régimen transicional en miembros del ejército nacional, que están siendo procesados por delitos de homicidio en persona protegida se refiere, habría que decir que el esquema de justicia que se espera el gobierno implemente en función de lo pactado en la Habana Cuba, y que esta nueva normatividad cumpla con las exigencias de reconocimiento de los delitos, restablezca los derechos de las personas, que exista la suficiente responsabilidad de los actores del conflicto, en este caso de los miembros del ejército, para que cumplan sus penas en los sitios designados pero con el compromiso de la no repetición.

El no cumplir con dichos requerimientos, le resta credibilidad al sistema de justicia, pudiendo ello ser un atenuante para que se recrudezca la violencia entre víctimas y victimarios y que llevaría a sanciones y cuestionamientos aun más fuertes por parte de la comunidad internacional y con todo lo que ello conlleva.

Legalmente la política de justicia transicional, en caso de ser cumplida, lleva a que se tengan que hacer reformas adyacentes que podían desvirtuar ampliamente lo estipulado en las negociaciones, generando incertidumbre entre las víctimas, aun cuando no se debe dejar de lado que el ejército en muchas de las instancias, descató las disposiciones y desconoció el orden constitucional aplicable en el caso de la persona protegida, pues ella fue quizá la víctima real de las acciones desarrolladas en las operaciones militares, por su misma vulnerabilidad que bien fue aprovechada por el ejército para cumplir con su cometido: demostrar resultados en operaciones militares por la situación de conflicto vivida en el país.

Los casos internacionales vistos en temas de justicia transicional son conexos necesarios para la consolidación de la política y la legislación con la cual se espera alcanzar la paz en Colombia. Estas experiencias indican que la única manera de hallar la verdad es a través de la justicia por medio del desarrollo de procesos penales que investiguen y condenen los crímenes de guerra cometidos, procesos que, conforme a la experiencia, en cualquier momento de la historia han de desarrollarse.

Por esta razón, lo más beneficioso para la sociedad civil y para los actores armados es negociar de manera oportuna un marco jurídico que albergue instrumentos dirigidos a favorecer el esclarecimiento de la verdad y la reparación, y, por supuesto, la imposición de condenas a los responsables por los delitos cometidos.

Referencias bibliográficas

1. Brysk, A. (2009, enero-junio). Communicative action and human rights in Colombia: when words fail. *Colombia Internacional*, 69, 36-49.
2. Cárdenas Gómez, J. G. (2013). *Homicidio agravado vs. homicidio en persona protegida: análisis de la Jurisprudencia Sala de Decisión Penal Tribunal Superior de Antioquia* (Trabajo de grado). Universidad EAFIT. Medellín.
3. Centro Internacional para la Justicia Transicional. (2009). *¿Qué es la justicia transicional?*. Recuperado el 01 de octubre de 2015, de <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Global-Transitional-Justice-2009-Spanish.pdf>
4. Colombia. Congreso de la República. (2012). *Acto Legislativo N° 02 (27 de diciembre)*. Recuperado el 1 de junio de 2016, de <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/actos-legislativos/Documents/2012/ACTO%20LEGISLATIVO%20N%C2%B0%2002%20DEL%2027%20DE%20DICIEMBRE%20DE%202012.pdf>
5. Colombia. Corte Constitucional. (1992). *Sentencia T-401 (junio 3)*. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
6. Colombia. Corte Constitucional. (1999). *Sentencia C-708*. M.P. Álvaro Tafur Galvis.
7. Colombia. Corte Constitucional. (2002). *Sentencia C-390 (mayo 22)*. M. P. Jaime Araujo.
8. Colombia. Corte Constitucional. (2003). *Sentencia C-099 (febrero 11)*. M. P. Jaime Córdoba Treviño.
9. Daza-Márquez, T. M. (2010). La imprescriptibilidad de la acción y la sanción

- disciplinaria por graves violaciones a los derechos humanos e infracciones graves al derecho internacional humanitario. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 12(1), 431-462.
10. Escobar Roca, G. (2005). *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*. Madrid: Trama.
 11. Fiscalía General de la Nación. (2013). *Informe de Gestión 2012 - 2013*. Bogotá: Imprenta Nacional
 12. Fundación para el Debido Proceso Legal. (2010). *Las víctimas y la justicia transicional: ¿Están cumpliendo los Estados latinoamericanos con los estándares internacionales?* Recuperado el 02 de noviembre de 2015, de <http://dplf.org/sites/default/files/1285258696.pdf>
 13. Galvis Ortiz, L. (2011). *Pensar la familia de hoy: el paradigma de los derechos humanos, fin del régimen patriarcal*. Bogotá: Aurora.
 14. Grupo de Memoria Histórica. (2011). *Mujeres y guerra: víctimas y resistentes en el Caribe colombiano*. Bogotá: Taurus/Semana.
 15. Grupo de Memoria Histórica. (2013). *¡Basta ya! Colombia: memorias de guerra y dignidad*. Bogotá: Imprenta Nacional.
 16. International Crisis Group. (2013). *Justicia transicional y los diálogos de paz en Colombia: Informe sobre América Latina N° 49*. Bruselas: El autor.
 17. Juliao Vargas, C. S. (2011). Los desplazados en Bogotá y Soacha: características y protección. *Revista Paz y Conflictos*, 4, 105.
 18. López, C. y Vargas, A. (Coord.). (2009). *Manual de procedimientos para la Ley de Justicia y Paz*. Bogotá: Embajada de la República Federal de Alemania.
 19. Montealegre, D. M. (s.f.). *Especialización de acción sin daño y construcción de paz: enfoques diferenciales de género y etnia. Módulo 3.1*. Bogotá:, Universidad Nacional de Colombia.. Recuperado el 05 de junio de 2016, de https://campusvirtual.univalle.edu.co/moodle/pluginfile.php/487596/mod_resource/content/1/4%20Enfoques%20diferenciales%20genero%20Etnia%20UNAL%20Colombia.pdf
 20. O'Donnell, D. (2004). *Derecho Internacional de los derechos humanos: normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. Bogotá: OACNUDH-USAID.
 21. Observatorio Legislativo del Instituto de Ciencia Política. (2011, diciembre). *Justicia*

- transicional: “marco legal para la paz”*. Recuperado el 30 de octubre de 2015, de http://www.icpcolombia.org/archivos/observatorio/boletin_191
22. Policía Nacional. (s.f.). *Expresión de los derechos humanos en Colombia*. Santafé de Bogotá: El autor.
23. Poole, D. (s.f.). *Filosofía del Derecho: la justicia*. Recuperado el 31 de octubre de 2015, de http://www.eticayderecho.com/Tema4_Justicia.pdf
24. Presidencia de la República de Colombia. (2000, febrero). La noción de derechos humanos. En *Observatorio de los derechos humanos en Colombia*, 6.
25. Robayo, C. (2013). *Justicia transicional y derechos humanos en Colombia*. Recuperado el 30 de octubre de 2015, de http://www.academia.edu/447568/JUSTICIA_TRANSICIONAL_Y_DERECHOS_HUMANOS_EN_COLOMBIA
26. Sikkink, K., Frey, B. y Luons, A. (2010). Reporte temático de política exterior colombiana: derechos humanos y derecho internacional humanitario. En *Misión de política exterior colombiana* (p. 459-520). Bogotá: Universidad de los Andes.
27. Universidad Tecnológica de Pereira. (2011). *Asignatura de Constitución Política*. Recuperado el 31 de octubre de 2015, de http://univirtual.utp.edu.co/cursos/constitucionV2011-2/modulo3/leccion3/temas/impresion/version_de_impresion.pdf
28. Uprimny, R. y Lasso, L. M. Verdad, reparación y justicia en Colombia. En E. Borda Medina y otros. (2004). *Conflicto y seguridad democrática en Colombia: temas críticos y propuestas*. Bogotá: Fundación Social Friedrich Ebert in Colombia.

I. Referencias

- Alexy, R. (2003). *Tres Escritos Sobre los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Aponte cardona, A. (2010). *Persecución Penal de Crímenes Internacionales: Diálogo abierto entre la tradición nacional y el desarrollo internacional*. Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibáñez.
- Collins, C. (2013). Chile a más de dos décadas de justicia de transición. *Política*, 51(2), 79-113.
- Congreso de la República. (2000). Código Penal. *Ley 599 de 2000*.
- Guastini, R. (1999). *Estudios Sobre la Interpretación Jurídica* (Primera ed.). México: Universidad Nacional Autónoma de México.

- Nunca más: Cómo se llegó a la cifra de 30.000 desaparecidos.* (01 de 02 de 2017). Obtenido de Minuto de Cierre: <http://www.minutodecierre.com/nota/2017-2-1--nunca-mas-como-se-llego-a-la-cifra-de-30-000-desaparecidos>
- Payero López, L. (2016). Justicia de transición en España: claves para aprobar una asignatura pendiente. *Revista de Paz y Conflictos*, 9(1), 209-234.
- Programa Presidencial de Derechos Humanos y DIH. (julio de 2008). *Protocolo Para el Reconocimiento de Violaciones a los Derechos Humanos e Infracciones al Derecho Internacional Humanitario, con Énfasis en el Homicidio en Persona Protegida.* Obtenido de <http://historico.derechoshumanos.gov.co>: http://historico.derechoshumanos.gov.co/LuchaImpunidad/Documents/2010/Protocolo_para_reconocimiento_de_casos.pdf
- Real Academia Española. (s.f.). *Principio*. Recuperado el 20 de julio de 2017, de Diccionario de la Lengua Española, Edición del Tricentenario: <http://dle.rae.es/?id=UC5uxwk>
- Rojas, M. E. (1988). *La Represión Política en Chile. Los Hechos*. Obtenido de <http://www.derechos.org/nizkor/chile/libros/represion/1.html>
- Sentencia C225 (Corte Constitucional 18 de mayo de 1995).
- Sentencia C240 (Corte Constitucional 1 de abril de 2009).
- Sentencia C291 (Corte Constitucional 25 de abril de 2007).
- Slavín, P. E. (2015). El Proceso de Justicia Transicional en Argentina (1983-2015) Un Modelo a Seguir. (C. A. Arias, Ed.) *Ruptura*(59), 313-334.
- Suárez, E. E. (2004). *Introducción al Derecho*. Santa Fe, Argentina: Universidad Nacional del Litoral.
- Tamarit Sumalla, J. (2014). Memoria histórica y justicia transicional en España: el tiempo como actor de la justicia penal. *Anuario Iberoamericanode Derecho Internacional Penal*, 2, 43-65.