

**La Fuerza Pública en el modelo de justicia transicional colombiano: análisis desde el delito  
de desaparición forzada**

**Andrés Orlando Peña Andrade**

Trabajo de grado presentado como requisito  
para obtener el título de Magister en Procesal Penal

Director temático:

Dr. Homero Sánchez Navarro

Abogado



**Universidad Militar Nueva Granada**

**Facultad de Derecho**

**Maestría en Procesal Penal**

**Bogotá D.C.**

**2015**

## **La Fuerza Pública en el modelo de justicia transicional colombiano: análisis desde el delito de desaparición forzada\***

**Andrés Orlando Peña Andrade\*\***

Candidato a Magister en Derecho Procesal Penal

aopa717@yahoo.com

### **Resumen**

Esta investigación establece una respuesta positiva al interrogante jurídico de si es viable o no incluir a los miembros de la fuerza pública en el proceso de justicia transicional que se avecina en Colombia, a fin de dar por terminado el conflicto armado, a través de un análisis del delito de desaparición forzada. En un primer momento se determina la naturaleza del conflicto; posteriormente, se analiza sí a partir de ella y su desarrollo, la fuerza pública se vinculó al mismo, en la posible comisión de desapariciones forzadas; finalmente, se realiza un análisis de los datos arrojados, a la luz de la teoría de la «justicia como corrección» formulada por Robert Alexy. Es viable incluir a los miembros de la fuerza pública en los procesos de justicia transicional pues, no existe un motivo para que a los mismos no se les reconozca como actores del conflicto, el derecho internacional lo permite, y con ello se hace factible la terminación del conflicto y consecuentemente la justicia.

**Palabras clave:** Colombia, conflicto, desaparición forzada, fuerza pública, justicia transicional.

---

\* Esta investigación es el trabajo de grado presentado como requisito para obtener el título de «magister en Derecho Procesal Penal» de la Universidad Militar Nueva Granada.

\*\* Abogado Especialista en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. Defensor del Pueblo Regional Cundinamarca.

## **Abstract**

This research provides a positive response to the legal question of whether it is viable or not include members of the security forces in the process of transitional justice in Colombia looming, to terminate the armed conflict, through an analysis the crime of forced disappearance. At first the nature of conflict is determined; then it analyzes whether from it and its development, the security forces linked to it, in the possible commission of enforced disappearances; finally, an analysis of the data produced, in the light of the theory of «justice as correction» by Robert Alexy is performed. Is viable include members of the security forces in the processes of transitional justice because there is no reason why the same are not recognized as actors in the conflict, international law permits, and hence conflict termination becomes feasible and consequently justice.

**Keywords:** Colombia, conflict, forced disappearance, security forces, transitional justice.

## **Sumario**

**Introducción. 1. El conflicto armado colombiano como fenómeno de origen político 2. Vinculación de la Fuerza Pública al conflicto armado a través de la comisión del delito de desaparición forzada 3. La teoría de la justicia como corrección frente a la existencia de varios regímenes para el tratamiento penal de la Desaparición Forzada. Conclusiones. Referencias.**

## Introducción

Actualmente en Colombia existen dos alternativas de justicia para sancionar las conductas delictivas cometidas con ocasión del conflicto; por una parte se encuentra la justicia ordinaria, guiada por las normas sustantivas establecidas en la Ley 599 de 2000 «por la cual se expide el Código Penal», y de la otra, la justicia transicional, orientada por las disposiciones de la Ley 975 de 2005 «por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios» (denominada «Ley de Justicia y Paz»).

Adicional a ello, cursan negociaciones entre el Gobierno y la Guerrilla de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), dirigidas a terminar el conflicto, a través de la implementación de un tercer modelo de justicia, el cual encuentra su soporte jurídico, en el Acto Legislativo 001 de 2012 «por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones», y en aquellas normas que lo desarrollen o complementen. Desde esta perspectiva, en un futuro cercano pueden llegar a existir tres regímenes que regulen los procedimientos y las penas a imponer a quienes cometieron delitos con ocasión del conflicto que atraviesa Colombia desde los años cincuenta del siglo pasado.

Lo anterior puede afectar el principio de igualdad, y con ello la justicia, toda vez que, los delitos cometidos por la fuerza pública, con ocasión del conflicto, son sancionados por la justicia ordinaria, pues no existe una normatividad que reconozca a sus miembros como actores del mismo. En contraste, los realizados por miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, desmovilizados, son sancionados por la Ley de Justicia y Paz (L.975/2005 art. 2).

Esta situación adquiere relevancia cuando se verifica que en el primer régimen las penas de prisión tendrán una duración de hasta de cuarenta (40) años (L.599/2000 art. 37) mientras que en el segundo se podrá aplicar una pena alternativa de hasta de ocho (8) (L.975/2005 art. 29). Adicionalmente, los integrantes de la Mesa de Negociaciones de la Habana han expresado públicamente que, de firmarse un acuerdo de paz, las penas alternativas imponibles se encuadrarían entre los cinco (5) y ocho (8) años de prisión (Presidencia, 2015, Núm. 7).

A partir del anterior contexto surge el siguiente interrogante; ¿Es viable, o no, incluir a los miembros de la fuerza pública en los procesos de justicia transicional a efectos de dar por terminado el conflicto armado en Colombia?

Se parte de la hipótesis de que la respuesta a la cuestión planteada es positiva atendiendo a tres razonamientos. El primero es que el conflicto armado interno tiene su origen en la segregación de los miembros de la sociedad, por lo tanto, los procesos de justicia que buscan terminarlo, deben integrar a todos sus actores; entre tanto, el segundo es que existe un marco jurídico internacional, reconocido por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que permite que los miembros de la fuerza pública sean sancionados por la justicia transicional; y, el tercero es que la aplicación de la justicia transicional parte de la imposición de una pena de prisión a quien lesionó el ordenamiento jurídico, es decir, no constituye una amnistía o un indulto, y por ello compone una forma de justicia.

Para respaldar esta hipótesis se realizará un análisis de las teorías que refieren la naturaleza del conflicto, los referentes internacionales que permiten la aplicación de la justicia a los miembros de la fuerza pública y la necesidad de corregir el ordenamiento colombiano, respecto a la existencia de varios regímenes para la sanción de delitos cometidos con ocasión del conflicto, a partir de la teoría de la justicia como corrección propuesta por Robert Alexy.

La investigación se divide en tres partes. Una inicial en donde se exponen las distintas teorías existentes respecto a la esencia del conflicto, a partir de la cual se construye una línea argumentativa que sirve de soporte a las dos siguientes. En la segunda, se determina, a partir de la evidencia nacional e internacional, si la fuerza pública se vinculó al conflicto en condición de actor, en aspectos como la desaparición forzada. Finalmente, en la tercera parte, se examinan los resultados obtenidos, a la luz de la teoría de la justicia como corrección propuesta por Robert Alexy (1989).

### **1. El conflicto armado colombiano como fenómeno de origen político**

El conflicto armado en Colombia es el origen y el contexto en el cual se desarrollaría la aplicación de las normas de justicia transicional a los miembros de la fuerza pública que realizaron, entre otras, conductas que condujeron a la desaparición forzada de civiles y guerrilleros. Es el origen, por cuanto si no existiera una situación de conflicto no se debería realizar un acuerdo de paz y, consiguientemente, tampoco sería viable la propuesta de su aplicación a situaciones jurídicas y de hecho que han estado gobernadas por normas anteriores, pero cuyos efectos jurídicos se encuentran en un proceso de consolidación (ya sea la judicialización o la ejecución de la sentencia condenatoria). A su vez es el contexto, pues la situación presenta unas particularidades que se deben tener en cuenta cuando se pretenda ponerle fin.

Desde esta perspectiva, es necesario determinar cuál es la naturaleza del conflicto armado en Colombia. Al respecto, cabe aclarar, que cuando se refiere la naturaleza o esencia de un hecho se habla de su fuente o causa y de la finalidad por la cual se realiza.

A continuación se expondrán de manera sucinta las diversas teorías que se tienen respecto al origen, las causas y la duración del conflicto armado en Colombia. Sea suficiente señalar que estos aspectos son tan debatidos como las fórmulas para su solución; esto se verifica en que, ante la inexactitud de la información existente, la Mesa de Diálogos de la Habana debió crear una

comisión histórica para establecer en que época surgió, sus causas y el motivo de su prolongación<sup>1</sup>. Al respecto, y ante el llamado de la Comisión, un grupo de alrededor de catorce académicos<sup>2</sup> elaboraron un conjunto de relatorías en las cuales se puede identificar al menos tres líneas argumentativas; (i) la de quienes sostienen que el conflicto tiene su origen en los años veinte a consecuencia de la imposición del capitalismo como modelo económico (Fajardo, 2014; Giraldo, 2014; Estrada, 2014; Zubiría, 2014), (ii) quienes argumentan que surgió en los años cincuenta como consecuencia de la falta de representatividad política del sector popular (Pécaut, 2014; Molano, 2014); y (iii) quienes manifiestan que el conflicto actual se originó en la incursión del narcotráfico en las problemáticas sociales de los años sesenta (Giraldo, 2014; Duncan, 2014; Gutiérrez, 2014; Torrijo, 2014).

Las teorías respecto a la época de origen del conflicto coinciden *a priori* en su totalidad con las elaboradas respecto a su causa. Por esta razón, la investigación respecto al génesis del conflicto armado en Colombia se hará unida a la de sus causas y, posteriormente, se desarrollará lo referente a la razón por la cual el mismo ha tenido una duración prolongada.

La primera teoría respecto a la época de aparición del conflicto armado en Colombia sostiene que el génesis del mismo se da en el período comprendido entre 1929/1930 y 1957/1958, debido a la falta de aceptación, por parte de algunos sectores de la sociedad, de las formulas con las que se resolvieron las cuestiones políticas centrales de la época, como fueron: el modelo de desarrollo económico de la nación –a través de la imposición del capitalismo–, el carácter de las instituciones estatales –a través de institucionalización del centralismo– y las relaciones entre los partidos políticos –con la aparición del Frente Nacional<sup>3</sup>– (Zubiría, 2014, p. 8). Algunos grupos

---

<sup>1</sup>La Mesa de Diálogos de la Habana, ante la necesidad de entender las razones del conflicto, a efectos de generar la solución actual del mismo, mediante el Acuerdo del 5 de agosto de 2014, instauró la «Comisión de Memoria Histórica del Conflicto y de sus Víctimas» con el principal objetivo de «producir un informe sobre los orígenes y las múltiples causas del conflicto, los principales factores y condiciones que han facilitado o contribuido a su persistencia, y los efectos e impactos más notorios del mismo sobre la población» (Comisión de Memoria Histórica del Conflicto y de sus Víctimas, 2015, p. 2).

<sup>2</sup> Los autores convocados a realizar relatorías referentes al tema fueron: Sergio De Zubiría; Gustavo Duncan; Jairo Estrada Álvarez, Darío Fajardo; Javier Giraldo; Jorge Giraldo; Francisco Gutiérrez; Alfredo Molano; Daniel Pécaut; Vicente Torrijos; Renán Vega; María Emma Wills; Eduardo Pizarro Leongómez y Víctor Manuel Moncayo Cruz (Comisión de Memoria Histórica del Conflicto y de sus Víctimas, 2015, p. 2).

<sup>3</sup> El Frente Nacional fue una coalición política entre liberales y conservadores que buscaba permitir que tanto los unos como los otros pudieran acceder al poder mediante la asignación de periodos electorales; inició en 1958 y estuvo vigente hasta 1974.

consideraban que el capitalismo, así como la centralización, eran nocivos para el Estado en la medida en que con ellos se desprotegían los intereses de los grupos más vulnerables y apartados de la sociedad –*v. gr.* el campesinado y la clase trabajadora-, en aras de lograr una mayor productividad económica; así mismo, que con la aparición del Frente Nacional se limitaba la posibilidad de partición de los posibles partidos políticos que pudieran surgir a consecuencia del pluralismo en el pensamiento político de los colombianos y que, en cierta medida, podrían velar por los deseos de estos sectores (Castro, 2005). De ahí que estos grupos se organizaron militarmente contra la posición estatal, surgiendo el conflicto armado y la situación de violencia actual del país.

(...) los orígenes del conflicto colombiano se sitúan al final de los años 20 y la década de los 30 del siglo XX. Un tiempo histórico de transformaciones en todos los ámbitos de la vida social. En estos años, a nivel político y cultural, se configuran los rasgos particulares del Estado-nación colombiano, los significados de la dimensión de lo político, las relaciones de poder fundamentales, la naturaleza y relaciones entre los partidos políticos, el tipo de conflictividad social y los mecanismos institucionales para su abordaje, el carácter del reformismo colombiano, las relaciones entre Estado, acción política y violencia, y rasgos centrales de la cultura política (...) la concepción, la actitud de las clases dominantes y el fracaso en la implementación práctica del reformismo, desde la década del treinta, son una causa acumulativa de la persistencia del conflicto colombiano. En su concepción tiene dos defectos estructurales: el primero, son dictaminadas por el Estado en una visión “dirigista” y “estado-centrista”; el segundo, sus propósitos no son redistributivos o de justicia social, sino priman los criterios de productividad o lucro. La actitud de las clases dominantes en Colombia frente a las reformas sociales (...) se caracteriza por una completa certidumbre de la legitimidad de sus privilegios y una reacción permanente contra toda transformación en la estructura socio-económica. La imposibilidad de realización práctica se acompaña de las dos actitudes anteriores y de cientos de trabas legales para su efectividad concreta. (Zubiría, 2014, pp. 25-27)

Otros autores coinciden en afirmar que en la década de los años veinte del siglo pasado se dieron los primeros enfrentamientos violentos a raíz de la lucha por la tierra, la cual constituye el problema fundamental que origina el conflicto (Fajardo, 2014; Giraldo, 2014; Estrada, 2014). La contrainsurgencia y subversión son inherentes al modelo económico capitalista asumido en Colombia a partir de la época referenciada; si la subversión en contra del capitalismo se erigió como una rebelión armada es porque así lo ameritaron las condiciones históricas concretas de constitución y reproducción de ese orden social, pues con la aparición del Frente Nacional se limitó la posibilidad de participación política a quienes no pensaban conforme a los postulados de los partidos tradicionales (Estrada, 2014). El capitalismo, es entonces abordado desde un análisis de la tendencia del proceso de acumulación de las tierras, de las formas históricas de organización del

poder y la dominación de clase desde la década de mil novecientos veinte (1920) hasta la actualidad.

A lo largo del proceso histórico colombiano -como se refleja en el anterior análisis- se han estructurado y activado múltiples dispositivos de preservación y reproducción del poder y la dominación de clase, los cuales se han fundamentado en la «combinación de las formas de lucha» por parte de un «bloque de poder contrainsurgente» (Palacios, 2012, p. 23). Esto quiere decir que, aunque el propósito estatal al imponer el capitalismo como modelo económico en Colombia era ayudar a satisfacer las necesidades de los asociados, las políticas a través de las cuales se implementó mantenían la dominación de clase a través de la preservación en el poder de una minoría privilegiada, lo cual desencadenó un «sinsabor» en los grupos sociales menos favorecidos, quienes no se sentían representados políticamente (Zubiría, 2014, p. 3). A partir de allí surgieron grupos de oposición que, al no existir formas de participación política, no encontraron otro medio más efectivo que la guerra para mostrar su desacuerdo con las decisiones del Gobierno.

Para una mejor comprensión de lo que encarna el bloque de poder contrainsurgente es conveniente señalar que no se trata de un aparato de dirección de la política antisubversiva y de determinación conspirativa de su implementación, sino más bien de un conjunto de disposiciones que pueden ser divergentes pero se unifican conflictivamente en torno a un propósito común. Tal comprensión no excluye desde luego la conspiración, los planes y las coordinaciones antisubversivas; así como los conflictos entre quienes lo integran. (...) La «combinación de las formas de lucha» por parte de ese bloque de *poder contrainsurgente*. Lo cual compromete la construcción de un orden jurídico-político, que organiza la reproducción del régimen político y la competencia política, produciendo una «democracia electoral estable», e incorpora a todos los poderes públicos, así como las fuerzas militares y de policía y los servicios de seguridad, en función de los propósitos de preservación, imponiendo un régimen que bien puede definirse como de excepcionalidad permanente; al tiempo que propicia el quebrantamiento de la propia legalidad a través de actividades ilegales para combatir el enemigo subversivo (como en el caso ha sido el caso de las expresiones paramilitares), y deviene en terrorismo de Estado (Fajardo, 2014, p. 24)

Conforme con lo anterior, la contrainsurgencia es un derecho de las personas y los grupos desprotegidos por el Estado; *esto suponiendo que la relación entre los ciudadanos y la organización política se entiende como la de socios de una empresa común que tiene como objetivo esencial la satisfacción de las necesidades biológicas y de convivencia de los asociados* (Giraldo, 2014). Dentro de las primeras necesidades, como lo afirma Giraldo (2014), se encuentran

la alimentación, la vivienda, la vinculación laboral formal, el acceso a la salud y a la educación; entre tanto, dentro de las de convivencia, se encuentran la de información, participación y protección. Así las cosas, la no utilización de los recursos del Estado para la satisfacción de esas necesidades deteriora progresivamente los vínculos entre los extremos de la relación hasta llegar al punto en que los ciudadanos busquen disolver los lazos entre ellos y el Estado, además de legitimar progresivamente un nuevo modelo económico. El derecho a la rebelión, contemplado como último derecho remedial en la tradición jurídica universal e implícitamente en el preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948<sup>4</sup>, es claramente diferenciable del «terrorismo», sin embargo, muchas veces –como en el caso de Colombia- este derecho natural se considera un delito por el derecho positivo (L. 599/2000 art. 467) (Giraldo, 2014, p. 6).

A corolario, el manejo político del factor agrario durante los años veinte fue un desencadenante de los enfrentamientos entre los grupos insurrectos de ciudadanos –o, dicho con menos rigor, de las guerrillas- y el Gobierno. Estos enfrentamientos encuentran su origen jurídico en el reconocimiento del derecho a la rebelión de los grupos marginados y excluidos políticamente. De ahí que el problema de la distribución de la tierra sea el eje fundamental para entender el conflicto, en la medida en que la tenencia de la tierra está directamente relacionada con las necesidades básicas de vivienda, alimentación y acceso al trabajo (Giraldo, 2014). Conforme a esto, en la medida en que el Estado falla en garantizar las necesidades biológicas y de convivencia de los ciudadanos se legitima el derecho a la rebelión que, siendo llevado a su punto máximo, explica el surgimiento de la insurgencia y la situación de conflicto armado violento que en la actualidad se experimenta en Colombia.

De la misma manera, para la Comisión de Memoria Histórica del Conflicto y de sus Víctimas (2015), la lucha de clases derivada de la imposición de un modelo económico capitalista engendró conflictos sociales que significaron el surgimiento de los grupos al margen de la ley. Frente a este aspecto Estrada (2014) sostiene:

---

<sup>4</sup> Allí se contempla que es «esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión».

La contrainsurgencia y subversión son inherentes al orden social capitalista imperante en nuestro país. Si la subversión asumió también la expresión de la rebelión armada, ello se explica esencialmente por las condiciones histórico-concretas de constitución y reproducción de ese orden social (p. 4).

La segunda posición encontrada en las relatorías estudiadas por la Comisión de Memoria Histórica del Conflicto y de sus Víctimas (2015), parte por realizar una aclaración respecto al conflicto, según la cual, este es la fuente de la violencia y, por lo tanto, se pueden determinar históricamente los principales episodios de violencia, pero no el origen del conflicto (Molano, 2014). Conforme con esta lógica, los autores que defienden esta teoría (Pécaut, 2014; Gaitán, 2014), plantean que la violencia en Colombia inicia en los años cincuenta del siglo veinte a consecuencia de la falta de representación política de los sectores económicamente menos favorecidos de la sociedad y el asesinato del líder populista Jorge Eliecer Gaitán en el año 1948, quien, junto con Carlos Arango Vélez, había creado la «Unión Nacional de la Izquierda Revolucionaria», un partido político derivado de las ideas del partido liberal, pero con el propósito principal de reivindicar la posición de los grupos oprimidos de la sociedad colombiana (Gaitán, 2014).

Este político había canalizado el descontento popular contra las minorías privilegiadas y la clase política, su asesinato no sólo desató la ira popular sino que acrecentó la rivalidad histórica entre liberales y conservadores. En las zonas rurales, los campesinos de filiación liberal se enfrentaron violentamente con las fuerzas represivas del gobierno conservador de Laureano Gómez (periodo presidencial comprendido entre 1950 a 1953), aduciendo un posible fraude en las elecciones de 1970, las cuales posicionaron al conservador como Presidente de la República, en el periodo conocido bajo el apelativo de «La Violencia» (Pecaút, 2014). Al respecto:

En la historia reciente de Colombia se pueden evocar sin duda algunas rupturas. Este es el caso de acontecimientos como el asesinato de Gaitán o la "Violencia". En la memoria colectiva se considera que estos hechos dieron lugar a un "antes" y un "después". Sin embargo, si bien tiene fundamento hablar de acontecimiento en el primer caso, no ocurre lo mismo en lo que tiene que ver con los fenómenos de la Violencia ya que no se sabe cuándo comienzan ni cuando terminan y comportan de manera ostensible una multiplicidad de dimensiones

heterogéneas, se desarrollan en zonas aisladas unas de otras en muchos aspectos y tienen una unidad incierta. Por lo demás, así sea muy fuerte la sensación de ruptura, la sensación de continuidad no lo es menos en lo que concierne a los modos de dominación o al funcionamiento institucional. Los mismos factores pueden ser invocados para explicar tanto las rupturas como las permanencias (Pécaut, 2014, p 1).

Como se evidencia en lo expuesto, la lucha en contra de la distribución inequitativa de la tierra –consecuencia del modelo de acumulación capitalista- originó divergencias ideológicas entre los grupos sociales menos favorecidos y la clase política. Los primeros sentencian poca representación política en el Gobierno, mientras los segundos luchaban por la permanencia de los partidos políticos tradicionales en el poder. Estas generaron el primer hecho de violencia fue el asesinato del caudillo liberal Jorge Eliecer Gaitán y la respuesta armada de la población insurgente en contra del Gobierno, con el llamado «Bogotazo». De ahí que los autores que comparten esta posición afirmen que el origen del conflicto se da en los años cincuenta del siglo pasado y, a su vez, que este se agudizó en los años setenta con la posibilidad de que se hubiera presentado un fraude electoral que sacaba del escenario político a un nuevo partido representativo de la clase popular –la Unión Liberal de Izquierda-, y el consecuente surgimiento del M-19, desmovilizado a mediados de la década de 1990, y las guerrillas que hasta hoy pelean en contra del Estado.

Ahora bien, la tercera posición afirma que el inicio del conflicto armado actual se da a finales del Frente Nacional e incluso a principios de la década del ochenta con el auge del narcotráfico (Giraldo, 2014). Quienes la comparten sostienen que el periodo de violencia comprendido entre 1948 y 1958 respondía a causales distintas al actual conflicto armado –*v.gr.* a la inequidad en la distribución de la tierra y la consecuente falta de representación política de los sectores populares-, y que las guerrillas, si bien tienen un antecedente en la guerra por el poder entre los partidos políticos tradicionales, surgieron como tal con posterioridad a este acuerdo político en razón de la corrupción, el narcotráfico y la impunidad que se presentó en Colombia en los años ochenta (80). Esto quiere decir, que si bien las dos oleadas de violencia están íntimamente conectadas «son distintas en sus protagonistas, principales motivos y lógicas subyacentes» (Gutiérrez, 2014, p. 1). Mientras la primera responde a un problema de distribución inequitativa de la tierra surgido en la adaptación del modelo capitalista, la segunda surge de las falencias del Gobierno para superarlas y la perpetuación en el poder de las clases dominantes.

En consecuencia, la explicación del origen del conflicto surge de la relación entre las variables «exclusión/desigualdad» con la «criminalidad», especialmente con la práctica del secuestro y el narcotráfico (Duncan, 2014, p. 8). Estas variables configuraron las dinámicas de los grupos insurgentes, tanto guerrilleros como paramilitares, y redefinieron las relaciones entre el centro y la periferia, toda vez que el Estado era incapaz de ofrecer una protección efectiva en las regiones apartadas de la Capital, permitiendo la aparición de estructuras alternas de poder en esos territorios o bandas criminales que dominan las localidades más vulnerables del país (conocidas hoy como las BACRIM).

Frente a lo expuesto, las teorías citadas comparten la diferenciación entre *conflicto* y *violencia* que planteó en su momento Pécaut (2014). El conflicto en Colombia tuvo su origen en los últimos años de la década de los veinte del siglo pasado con ocasión de la implementación del modelo económico capitalista y la consecuente segregación que se gestó entorno a los dueños de las tierras y los trabajadores (primera teoría). Esta segregación se mantuvo a través de los años y de manera casi secuencial los dueños de la tierra se hicieron miembros del Gobierno, con ello los miembros del sector popular –distanciados de los primeros- quedaron desprovistos de representación política, lo que en los años cincuenta se vivificó con el asesinato de Gaitán (segunda teoría).

Durante este proceso, como afirman Giraldo (2014) y Duncan (2014), brotaron en el sector popular movimientos guerrilleros de oposición a la clase privilegiada que ostentaba el gobierno, quienes se manifestaban políticamente a través de la violencia; esta situación se potencializaría en los años ochenta con la aparición de organizaciones criminales, quienes para poder actuar en el terreno de la impunidad, empezaron a financiar las actividades guerrilleras para mantener la desestabilidad política que les había permitido actuar sin la persecución de la ley (tercera teoría).

Como se evidencia, existe una conexión entre las teorías respecto al origen del conflicto. Por lo tanto, el estudio de las mismas no se debe restringir a la elección de una, sino por el contrario,

a la integración de todas, para encontrar en ellas un punto común, el cual dará luces sobre su verdadera causa. Si se examina con detenimiento todas las teorías se originan en el conflicto de clases que existe a partir de la imposición del capitalismo como modelo económico en Colombia, el cual generó una clase privilegiada que ostentaba los cargos de gobierno y una clase popular que no tenía cabida ni representación de sus ideales en las decisiones estatales. Los movimientos guerrilleros empezaron a surgir con el propósito de oponerse a esta situación; la violencia se ocasiono con base en el asesinato de un líder político representante del sector popular que buscaba insertarse en el gobierno. Pues bien, el punto de unión entre las teorías esta precisamente en las brechas que existen entre el Gobierno y sector popular, pues en el primero se ubica un grupo económico privilegiado, con sus propias ideas, mientras que en el segundo, se localizan las personas que no comparten los ideales de la clase dirigente.

En la visión conviviente e integradora que se desarrolló en las últimas líneas se hizo énfasis en las dos primeras teorías, sin embargo, la tercera –aquella que propugna que el conflicto surgió en los años ochenta con ocasión de la aparición del narcotráfico- no fue exaltada. Esta situación puede generar la inquietud de que en realidad no se asume una posición unificadora, sino que por el contrario, se segrega una de las construcciones teóricas elaboradas por la doctrina. Para corregir esto se desarrolla lo relativo al papel que desempeñó el narcotráfico y la implementación de políticas neoliberales en el modelo económico de Colombia en ocasión al conflicto.

El informe presentado por la Comisión Histórica del Conflicto y de sus Víctimas (2015) a la Mesa de Diálogos de la Habana, afirma que el conflicto armado en Colombia es el primero y el único activo en Latinoamérica, consecuentemente, el más longevo de la historia de la región. Respecto de las causas de su duración prolongada en el tiempo en dicho documento se afirma que existen por lo menos dos teorías perfectamente reconciliables; la primera, sostiene que la causa de dicha situación es la existencia del narcotráfico y su participación activa en los conflictos, y, la segunda, que la causa de la prolongación del conflicto es afianzamiento de las políticas neoliberales que debilitaron a los movimientos campesinos, generando que estos se volcaran a la criminalidad. De estas teorías se tratará esta última parte.

Según las relatorías de Pécaut (2014), Duncan (2014) y Molano (2014), el narcotráfico es una de las principales causas de la longevidad del conflicto armado en Colombia, su influencia y la manera como ha interactuado con las guerrillas y el paramilitarismo ha sido fundamental para alimentar la guerra. De ahí que se considere como el factor de mayor mutación del conflicto, porque financia a los movimientos insurgentes y contrainsurgentes con dineros fruto de actividades ilegales –principalmente del comercio de drogas y el secuestro extorsivo-, y además permea las esferas dirigentes del Estado. Al respecto:

El interés es en concreto por dos prácticas criminales de uso masivo en Colombia, el secuestro y el narcotráfico. Estas prácticas son importantes porque incidieron en tres atributos fundamentales del conflicto. En primer lugar, perfilaron gran parte de la estrategia de guerra tanto de la insurgencia como de las diferentes formas de contrainsurgencia privada, desde grupos de vigilantes campesinos organizados por las fuerzas de seguridad del estado hasta los ejércitos privados de los narcotraficantes. Las partes tuvieron que organizar sus aparatos coercitivos y planear sus acciones en el conflicto para acceder a los recursos provenientes de la criminalidad y/o para evitar que sus contrincantes accedieran a ellos. En segundo lugar, el narcotráfico permitió que una situación de guerra permanente en vez de destruir la economía, dada la frecuencia del secuestro, la extorsión y los atentados contra la infraestructura productiva, se convirtiera en un medio de acceso a los mercados, sobre todo para comunidades periféricas donde la disponibilidad de capital era bastante limitada. El conflicto, por ser un medio de protección de una actividad criminal que canalizaba enormes flujos de capital hacia la periferia, al mismo tiempo que agudizaba la exclusión de muchos sectores sociales se convirtió en un medio de inclusión para muchos otros. Si por alguna razón el conflicto ha tenido tan larga duración ha sido precisamente porque ha dispuesto de una economía política coherente con las condiciones productivas en aquellas regiones donde los enfrentamientos han sido más intensos (Duncan, 2014, p. 2)

Otra posición sostiene que el factor destacable para la prolongación temporal del conflicto armado es el afianzamiento de las políticas neoliberales durante la década de los noventa, que debilitaron considerablemente al campesinado propiciando que este se volcara a la criminalidad mediante la siembra de cultivos ilícitos y bajo el control de paramilitares y guerrilleros (Marín, 2005). Víctor Moncayo Cruz es uno de los expertos que defiende esta postura (Comisión Histórica del Conflicto y de sus Víctimas, 2015). Al respecto, también se hace destacable el factor de la «fallas geológicas» del Estado, toda vez que el conjunto de la debilidad institucional, la falta de pluralismo político y el auge de la contrainsurgencia, generó una desconfianza entre el Estado y la guerrilla que hasta el día de hoy ha truncado *once procesos de paz* (Comisión Histórica del Conflicto y de sus Víctimas, 2015).

Se puede afirmar, a partir de lo expuesto en la primera parte de esta investigación, que el conflicto armado en Colombia es de naturaleza política, pues surge de la sensación, en determinados grupos sociales, de que existe una falta de representación de los sectores más vulnerables de la sociedad, la cual se traduce en un distanciamiento entre el Gobierno y la clase popular. Por lo tanto, las prácticas estatales tendientes a la solución del conflicto deben procurar el acercamiento entre estos dos sectores en términos de igualdad. Acorde con esto los miembros de la fuerza pública (representantes del Gobierno) deben reconocerse como actores del conflicto y, consecuentemente, se les deben aplicar las normas de justicia transicional para la sanción de los delitos cometidos durante el mismo.

## **2. Vinculación de la fuerza pública al conflicto armado a través de la comisión del delito de desaparición forzada**

En esta parte de la investigación se probará que la fuerza pública se vinculó al conflicto armado en calidad de actora a través de la comisión del delito de desaparición forzada por sus miembros. Para ello se expondrán las características de este delito, las normas nacionales e internacionales que sancionan su comisión, y los pronunciamientos que al respecto ha expedido la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Una desaparición forzada se configura por una pluralidad de conductas que, realizadas con un único fin, vulnerar de manera permanente y continua, distintos bienes jurídicos que han sido protegidos no solo por normas nacionales, sino además de manera contundente, por fuentes del derecho internacional (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Radilla Pacheco vs. México, 2013). En este sentido, los derechos que resultan violados, con ocasión de una desaparición forzada son el reconocimiento de la personalidad jurídica, la vida, la integridad personal y la libertad personal, que se encuentran garantizados, en importantes instrumentos internacionales como, la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976), y la Convención Americana de Derechos Humanos (1969).

También existen instrumentos específicos en el ámbito regional e internacional, cuya finalidad, es imponerles a los Estados las obligaciones de prevenir, sancionar y erradicar la desaparición forzada al interior de sus territorios. Entre las normas convencionales están la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra la Desaparición Forzada (aprobada mediante la Ley 1418 de 2010), creada en el seno de las Naciones Unidas, y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, que entró en vigor para Colombia en 2005, la cual nació en el ámbito de la Organización de Estados Americanos. Se tiene como fundamento de estos instrumentos el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998 (promulgado en Colombia por el Decreto 2764 de 2002), el cual, en el literal i del numeral primero de su artículo 7, sostiene que la desaparición forzada es un crimen de lesa humanidad cuando se comenta como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil.

El Estado Colombiano, en virtud del artículo 93 de la Constitución Política de 1991, bajo una interpretación armónica con el artículo 4 de la misma normatividad, entre otros debe cumplir lo estándares impuestos por la comunidad internacional, en esta materia, debe llevar a cabo todas las actividades tendientes a prevenir, sancionar y erradicar las conductas de desaparición forzada.

Empero, como se anunció al principio de este documento, el Estado Colombiano ha estado muy lejos de cumplir las obligaciones internacionales. Si bien, ha prohibido tales actos atroces - *V.gr*, en el artículo 12 de la Carta Política de 1991-, no ha tenido intenciones de crear mecanismos efectivos en el ámbito punitivo (que es donde la prohibición se convierte en exigible) para sancionarla y de esta manera evitar la impunidad. En relación, el Informe de Derechos Humanos y Derecho Humanitario en Colombia (2008,2012), elaborado por Instituto Latinoamericano para una Sociedad & Otros (2012), evidencia que, de los 18.638 casos catalogados como desapariciones forzadas, la Fiscalía General de la Nación solo está adelantando 14.350 investigaciones. Esto se traduce en que más de 4.200 casos no están siendo investigados, pues el ente acusador no cuenta con los medios técnicos ni humanos necesarios para atender los 31.180 procesos que los 23 fiscales de la Unidad contra la Desaparición y Desplazamiento Forzado tienen a su cargo.

Finalmente, el informe estableció que más de 98% de los casos se hallan en la impunidad y en las etapas preliminares de la investigación, por tanto que, durante el 2011, más de 1.000 casos finalizaron con archivo del proceso; 135 casos con inhibitorio; solo hubo 6 sentencias condenatorias bajo el procedimiento de la Ley 906/04 (procedimiento acusatorio) y 10 sentencias bajo el anterior procedimiento (Ley 600/2000) (Instituto Latinoamericano para una Sociedad et al, 2012).

Conforme con esto, el Estado no solo ha negado que la fuerza pública ha realizado actos, sino que sus actitudes evidencian que no pretende cumplir las obligaciones adquiridas en el seno del Derecho Internacional. Muestra de ello, era lo dispuesto en la Ley 589 de 2000 «por medio de la cual se tipifica el genocidio, la desaparición forzada, el desplazamiento forzado y la tortura; y se dictan otras disposiciones»<sup>5</sup>, cuando refería que la desaparición forzada solo sería sancionada cuando hubiera sido cometida por un miembro de un grupo armado ilegal, dejando desprovistas las posibles conductas de los miembros de la fuerza pública.

Afortunadamente la Corte Constitucional en la Sentencia C-317 de 2002 declaró inexecutable las expresiones que identificaban el sujeto activo calificado, y a partir de ese momento, el sujeto activo es indeterminado, pudiendo incurrir en responsabilidad por desaparición forzada cualquier persona; interpretación que permite que el Estado se acerque al cumplimiento de las exigencias del principio *pro homine*.

Empero, la Ley 1448 de 2011 «Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones», establece en su artículo tercero que para los efectos de la misma se consideran «víctimas» las personas que –individual o colectivamente-, a consecuencia de las infracciones al Derecho Internacional Humanitario y a los Derechos Humanos cometidas con ocasión del conflicto, hayan sufrido un daño por hechos ocurridos después del primero de enero de 1985. Con ello tácitamente

---

<sup>5</sup> Esta normativa adiciona a la Ley 599 de 2000 «por la cual se expide el Código Penal» los artículos 268A, 268B, y 268C, en los cuales se incorpora el delito de desaparición forzada, así como sus circunstancias de agravación y atenuación punitiva. Un estudio completo sobre la normativa nacional en materia de Desaparición Forzada puede verse en: Comisión de Búsqueda de Personas Desaparecidas (2011; 2012).

establece que el brete que se presenta en Colombia tuvo sus orígenes en el año referido. Al respecto, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-250 de 2012 declaró exequibles las expresiones usadas por el legislador en la limitación temporal mencionada; sin embargo, se puede interpretar de la lectura detallada de dicha providencia, que ante las dificultades para establecer el momento de inicio del conflicto, esta fecha solo debe usarse para efectos de las reparaciones de índole patrimonial. Lo anterior se puede verificar en el siguiente abstracto:

Existen evidentes dificultades para establecer hitos relevantes en un conflicto de larga data como el que ha sufrido Colombia. En esa medida todas las fechas adoptadas pueden ser objeto de discusión y objeciones pues implican adoptar posturas sobre su naturaleza y evolución histórica. Ante esta dificultad se podría sostener que toda delimitación temporal es inconstitucional, pues en principio las medidas de reparación de índole patrimonial deberían ser garantizadas a todas las víctimas, sin embargo, tal postura limitaría de manera desproporcionada la libertad de configuración del Legislador, además que sería abiertamente irresponsable desde la perspectiva de los recursos estatales disponibles para la reparación de los daños causados, pues generaría expectativas de imposible satisfacción que acarrarían responsabilidades ulteriores al Estado Colombiano. Es decir, implicaría el sacrificio de bienes constitucionalmente relevantes cual es en primer lugar la efectividad de los derechos de las víctimas que se pretende reparar, pues no se puede desconocer las limitaciones de los recursos estatales que pueden ser invertidos para tal propósito (Corte Constitucional, Sentencia C-250 de 2012).

Como se evidencia, el Alto Tribunal enarbola el argumento de que la escases de recursos estatales para la reparación de las víctimas justifica el hecho de que el legislador haya adoptado un término; no obstante, aunque pueda considerarse la opción que mejor permite la viabilidad del sistema de reparaciones, *-en concepto propio-* jamás podrá considerarse justa para las personas que antes de dicho momento hayan sido lesionadas en sus derechos, las cuales deben ser bastantes si atendemos a que la violencia como manifestación política de los grupos oprimidos inició en el año 1958 –como se verificó en el primer apartado-; toda vez que, analizando la clásica definición de justicia «dar a cada quien lo suyo», estos hombres, mujeres y colectividades no podrán beneficiarse por la citada ley y por lo tanto no verán que se les restituya -o por lo menos se les repare- lo suyo<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Es menester aclarar que el parágrafo tercero del artículo estudiado dispone que «Las personas que hayan sido víctimas por hechos ocurridos antes del 1° de enero de 1985 tienen derecho a la verdad, medidas de reparación simbólica y a las garantías de no repetición previstas en la presente ley, como parte del conglomerado social y sin necesidad de que sean individualizadas», lo cual pone en mejor situación a las personas que hayan sufrido daños después de la fecha mencionada.

Continuando con el tema que convoca en este momento, la fuerza pública a nivel internacional ha sido parte de los procesos de justicia transicional pues a los miembros de la misma se les han aplicado las penas previstas en las leyes que la regulan. Son múltiples los ejemplos que se pueden referenciar al respecto; los juicios de Núremberg y Tokio, los procesos de paz en Uruguay, Argentina, Chile y Perú, e incluso pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como *Goiburú y Otros vs. Paraguay* (2006) (Rincón, 2005, pp. 124-124). Sin embargo, en el caso de la Desaparición Forzada, como lo exponen Arjona & Hardaga (2008 p. 359), los referentes más destacables en los cuales se sancionó a los miembros de la Fuerza Pública con normas de justicia transicional, son los casos *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (1988) y *Bámaca Velasquez vs. Guatemala* (2002).

En el primer caso se estudió la Desaparición Forzada del Señor Manfredo Velásquez Rodríguez cometida por miembros de la Fuerza Pública de Honduras en el año de 1981, en el marco de una política gubernamental que practicaba y toleraba la comisión de estos delitos<sup>7</sup>, frente a la cual los familiares interpusieron tres recursos internos y dos denuncias penales, sin embargo, los Tribunales de Justicia Hondureños, no efectuaron las investigaciones necesarias para encontrar a la persona desaparecida y sancionar a los responsables. En el trámite ante la CIDH, el Gobierno de Honduras propuso como excepción la existencia de recursos internos (párr. 5).

Para resolver el asunto la Corte partió del supuesto de que los Estados que han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), han adquirido la obligación de respetar los derechos y libertades contenidos en la misma y garantizar su libre y pleno ejercicio a todas las personas que estén sujetas a su jurisdicción (Art. 1 Núm. 1). Al respecto, sostuvo que esta obligación implica el deber de «organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el poder público» para tal fin (Rincón, 2010, p.

---

<sup>7</sup> En Honduras, durante el lapso comprendido entre 1981 y 1984, alrededor de ciento cincuenta (150) personas desaparecieron sin que se haya vuelto a tener noticia de su paradero. Estos sucesos tenían un patrón común, se iniciaba mediante el secuestro violento de las víctimas por parte de hombres armados, vestidos de civil y disfrazados, en vehículos sin identificación oficial y con cristales polarizados, sin placas o con placas falsas. La población consideraba que los secuestros se perpetraban por agentes militares, o por policías o por personal bajo su dirección (Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, párr. 147)

124). En consecuencia, los Estados tienen el deber de «prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos» (Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, párr. 167). Esta obligación «no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido al cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos» (Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, párr. 166).

Por otra parte, en el segundo caso se analizó la captura y posterior desaparición del Señor Efraín Bámaca Velásquez por parte del ejército de Guatemala en el año de 1992, la cual se enmarcó dentro de la práctica de la fuerza pública –auspiciada por el Gobierno- de capturar guerrilleros y mantenerlos en reclusión clandestina a efectos de obtener, mediante torturas físicas y psicológicas, información útil para la seguridad nacional<sup>8</sup>. Como resultado de los hechos relatados, se iniciaron varios procesos judiciales, sin embargo, no se realizaron mayores investigaciones por parte del Estado ni se sancionaron a los responsables. La Corte afirmó que los Estados deben tener herramientas jurídicas efectivas para enfrentar la comisión de delitos, con independencia de que el sujeto activo de la conducta sea un representante del Gobierno, y por ello, condenó al Estado de Guatemala a indemnizar a los familiares de la persona desaparecidas (Caso Bámaca Velásquez vs. Honduras, párr. 96).

En ambos casos se puede verificar la tendencia de la jurisprudencia de la CIDH a reconocer a los miembros de la fuerza pública como actores de los conflictos armados de los países y, coherentemente con ello, desarrolla el precedente de que los ordenamientos jurídicos internos deben tener herramientas efectivas para sancionarlos, especialmente, cuando cometen desapariciones forzadas, en el marco de una política gubernamental que utiliza esta práctica y la tolera.

---

<sup>8</sup> El 12 de marzo de 1992 se produjo un enfrentamiento armado entre combatientes de la guerrilla local y miembros del Ejército Nacional. En dicho enfrentamiento fue capturado el Señor Efraín Bámaca Velásquez, a quien los captores trasladaron a una base militar, sin que se volviera a saber nada de él (Caso Bámaca Velásquez vs. Honduras, párr. 54)

Esta situación no es apartada del escenario colombiano, pues la CIDH ha condenado al Estado Colombiano por la desaparición de personas que realizaron los miembros de la fuerza pública, en el marco del conflicto armado interno. Al respecto pueden referenciarse los casos Caballero Delgado & Santana vs. Colombia, 19 Comerciantes vs. Colombia, y Rodríguez Vera & Otros –desaparecidos del Palacio de Justicia- vs. Colombia, de los cuales se habló en el anterior apartado.

Como se evidencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha previsto en múltiples fallos el deber que tienen los Estados de poseer herramientas jurídicas efectivas para la sanción de los miembros de la fuerza pública que hayan cometido desapariciones forzadas. Frente a esto en Colombia –como se expuso al principio de esta parte de la investigación- existe una falta de recursos técnicos y humanos para la investigación de este delito. Por lo tanto, es viable que se les apliquen las normas de justicia transicional, pues ello implica que sean investigados y judicializados por unos fiscales y jueces especiales, respectivamente, con lo que se contribuye a la descongestión de la justicia ordinaria.

### **3. La teoría de la «justicia como corrección» frente a la existencia de un régimen distinto para la sanción de las desapariciones forzadas cometidas por miembros de la fuerza pública**

La existencia de varios regímenes normativos, que disponen distintas penas para quienes cometieron el delito de desaparición forzada, y la desproporción de los mismos –pues mientras que en uno la pena máxima imponible es hasta de cuatrocientos ochenta (480) meses (Ley 599/2000, art. 166), en los otros es alternativamente hasta de noventa y seis (96) meses (Ley 975/2005 art. 29; Presidencia de Colombia, 2005, N. 7)-, es un tema que toca directamente con el concepto de «justicia». Alguna posición puede considerar que es justo y conforme al derecho que este fenómeno se presente en el marco de un proceso de justicia transicional; otra, señalar que es una situación que desequilibra el sistema jurídico en favor de algunos y consecuentemente genera

injusticias para los otros miembros de la sociedad. Sin embargo, no se trata aquí de exponer las distintas opiniones que existan al respecto, sino de analizar el fenómeno puesto de manifiesto a la luz de una teoría de la justicia y del derecho que resulte integradora de los distintos miembros del conflicto, pues precisamente son las segregaciones las que lo han generado.

Se parte del supuesto de que el derecho no es un ideal, ni una construcción normativa basada exclusivamente en la opinión de las personas que ostentan el poder político, por el contrario es una realidad que encuentra su fundamento en la distribución que naturalmente existe de las cosas –esto es, de los derechos- (Hervada, 2014 a). Como señala Rojas (2012, p. 6) la ciencia jurídica puede analizarse desde dos perspectivas, la realista y la idealista; la primera, sostiene que el derecho, en cuanto ley, depende totalmente de la voluntad creadora del hombre que en el campo social está facultado para legislar (*v. gr.* los miembros del Congreso), entre tanto, la segunda, afirma que éste tiene su origen y fundamento en la distribución que naturalmente existe de las cosas (en el derecho natural). Hervada (2014 a) afirma al respecto que «cuando el derecho se toma como ley, el principio no es el del reparto de las cosas, sino la *ordenación de las conductas* [...] en efecto, la ley tiene por función propia ordenar racionalmente las conductas humanas » (p. 14). Conforme con ello, surge la necesidad de determinar si la igualdad en materia penal tiene su fundamento exclusivamente es la consideración del legislador o si por el contrario encuentra su origen en el respeto que merece todo hombre al ser persona.

Pues bien, el derecho a la igualdad sólo tiene sentido si se origina en la observación de que todos los hombres comparten la característica que los hace personas, esto es, la racionalidad; a su vez, en que un sujeto no es sólo razón, sino que es una unidad de cuerpo y alma<sup>9</sup>. Como destaco Naranjo (sf., p. 239) el hecho de que algunos miembros de la sociedad no hayan desarrollado en acto su capacidad de razonar, no quiere decir que no sean personas, la racionalidad esta potencialmente en todo hombre y por ello todo hombre es persona. A partir de esto, no existe naturalmente una circunstancia que justifique el trato desigual para los hombres, otra cosa es que en virtud de algún estado de vulnerabilidad en el cual se encuentre la persona –p.e. la discapacidad-

---

<sup>9</sup> En este sentido pueden verse los siguientes estudios: Hervada, 2000, pp. 223 -270; 2014 b, pp. 101-114; Giménez & Lombo, 2013, pp. 119 -132; Rojas, 2012, pp. 171- 238.

los operadores del derecho puedan adoptar «acciones afirmativas» para equilibrar la relación de los miembros de la comunidad (Corte Constitucional, 2013, Sentencia T-933). Por lo tanto, el derecho a la igualdad tiene su fundamento en la dignidad de la persona humana y mal haría el legislador en crear leyes que hagan diferenciaciones entre quienes por naturaleza son iguales. Esto también se aplica al derecho penal, en dónde a los hombres imputables que cometan un delito en iguales circunstancias fácticas se les debe imponer una pena igual a determinada en la ley, y respectivamente, esta no debe hacer diferenciaciones, pues con ello se quebrantaría la dignidad del procesado (Vergara, 1997, pp. 33-37).

Siguiendo esta línea de argumentación, la teoría jurídica sostiene que la justicia existe si se reconoce y se respeta previamente el derecho. En palabras de Hervada (2014 a) «*la justicia sigue al derecho, no lo antecede, es posterior a él, en el sentido de que obra según el derecho existente*» (p. 17). Esto adquiere sentido cuando se verifica la fórmula clásica de justicia; «*dar a cada uno lo suyo* o, también *dar a cada uno su derecho*» (Hervada, 2014 a., p. 15). Si el acto justo es aquel en el que se le da a un sujeto lo que es suyo, entonces el derecho existe de manera previa a la realización de la justicia.

Alexy (1989 p. 5) expone que la definición clásica de justicia pone de manifiesto que su objeto es aquella parte de la moral en que están en cuestión repartos y compensaciones. Por ello prefiere afirmar que «la justicia es corrección (*Richtigkeit*) en la distribución y en la compensación» (Alexy, 1989, p. 9). Esta apreciación tiene, *a priori*, la desventaja de ser demasiado abstracta, es decir, de estar privada de contenido; en ella, el concepto de justicia es sustituido por el de corrección, el cual es sumamente impreciso. Obsérvese que del término corrección existe al menos seis (6) acepciones; (i) la acción de enmendar lo errado, (ii) advertir, amonestar o reprender, (iii) actividad que hace un profesor al señalar los errores en los exámenes o los trabajos presentados por sus estudiantes, (iv) disminuir templanza o moderar la actividad de algo, (v) afeitar y (vi) defecar (RAE, 2014)<sup>10</sup>. Sin embargo, esta característica, contrario a sugerir

---

<sup>10</sup> En: [http://buscon.rae.es/drae/srv/search?id=oVK7h9fVLDXX2WEIIVzK#0\\_1](http://buscon.rae.es/drae/srv/search?id=oVK7h9fVLDXX2WEIIVzK#0_1)

un problema, hace posible que se realice un análisis integrador e incluyente del concepto de justicia.

En la justicia como corrección, el concepto de justicia se encuadra en una familia más amplia de conceptos, relativos a los más altos criterios de valoración (Alexy, 1989, p. 9). El más importante es el concepto de verdad, pues no se puede ser justo si no se da el derecho a quien en verdad le corresponde. De la misma manera que la verdad es el criterio más alto de valoración de la corrección de proposiciones que vierten en torno a aquello que ocurre, la justicia es el más alto criterio de valoración de la corrección de distribuciones y compensaciones.

A efectos de determinar qué es lo que se entiende en una sociedad como verdadero y consecuentemente justo, la teoría de la argumentación racional es aplicable a la teoría de la justicia, pues quien afirma que algo es justo sostiene, siempre y de algún modo, al mismo tiempo, que es correcto; en el mismo orden, quien afirma que algo es correcto sobreentiende que es susceptible de ser justificado mediante razones, esto es, fundamentado (Alexy, 1995, pp. 35-59). Por tanto, la hipótesis según la cual la justicia es corrección conduce directamente a la idea de la justicia como posibilidad de fundamentación, o justificación, mediante razones, es decir, tiene como consecuencia una relación interna entre el concepto de justicia y el de argumentación. Desde esta perspectiva, la determinación de si un acto humano es justo, debe hacerse siguiendo las reglas propias del último concepto. A este respecto Alexy (1989) determina que:

- (1) Quienes pueden hablar pueden tomar parte en el discurso
- (2) (a) Todos pueden problematizar cualquier acepción  
(b) Todos pueden introducir cualquier acepción al discurso  
(c) Todos pueden expresar sus opiniones, deseos o necesidades
- (3) A ningún hablante puede impedírsele ejercer sus derechos en fijados en (1) y (2) mediante coerción interna o externa al discurso (p. 13)

Estas reglas, aplicadas al derecho, expresan las ideas de libertad e igualdad entre las personas. A su vez garantizan que todos los argumentos sean puestos en consideración y que

ninguno de ellos sea excluido. Así las cosas, las ideas de neutralidad y objetividad se realizan en el plano de los argumentos; estos son los elementos fundamentales de la teoría discursiva de la justicia. A corolario, «la estructura de la argumentación contiene la estructura de la justicia» (Alexy, 1989, p. 14). En consecuencia, «son correctas, y por tanto justas, precisamente aquellas normas, relativas a distribuciones y compensaciones, a las cuales todos los participantes, en un discurso ideal, prestarían el propio asentimiento» (Alexy, 1989, p. 15).

Siguiendo esta línea de argumentación, estas aproximaciones teóricas respecto a la concepción de la justicia como corrección son perfectamente encuadrables en el fenómeno de la coexistencia de regímenes que regulan la pena imponible para el delito de desaparición forzada. Es propio señalar que el mismo Alexy (1989) tomó como ejemplo una situación como esta para construir su teoría respecto a la justicia como corrección. Al respecto puede verse la siguiente cita:

[El] derecho penal, tutela, entre otros, el reparto de ciertos bienes sociales preexistentes, como la propiedad. Pero tiene también un efecto distributivo. Supongamos que a *a* se le inflige una pena muy dura por un cierto acto, y a *b*, por el mismo acto, una pena leve, y que los dos casos presentan las mismas características relevantes a los fines de la punibilidad. En este caso, se nos podrá preguntar no solamente si en uno de los dos casos, o en ambos, la relación entre culpa y pena no ha sido determinada erróneamente (sino ha sido violada la justicia conmutativa), sino también si se está en presencia de una desigualdad de trato privada de fundamento, esto es, justamente, un problema de justicia distributiva (Alexy, 1989, p. 6).

Conforme con esto, las penas deben ser iguales para todos los ciudadanos que hayan cometido un delito en las mismas condiciones. Esto no es nuevo en el derecho penal, ya en el Siglo XVIII, Beccaria (1774) sugirió que tanto los nobles como los plebeyos debían ser condenados con las mismas penas. De tal manera, que la violación de este presupuesto constituye una lesión a la justicia distributiva. Este tipo de justicia se ejerce en el reparto de bienes y cargas o funciones entre los miembros de una comunidad, incluido el Gobierno y los Legisladores (Hervada, 2000). Así las cosas, frente a la imposición de las penas establecidas por el legislador por parte de los Jueces, se vulnera también la justicia conmutativa, que es aquella que se genera como consecuencia del intercambio de bienes, o por la lesión o apoderamiento de los bienes del otro<sup>11</sup> (Hervada, 2000). Desde esta perspectiva, la existencia de distintos regímenes para la sanción

---

<sup>11</sup> Es importante recordar que en el realismo jurídico los derechos se constituyen en bienes (res) (Hervada, 2000).

penal del delito de desaparición forzada, constituye una doble violación de la justicia; por una parte, el Legislador y el Gobierno lesionaron la justicia distributiva con la creación de estos, y, de la otra, los Jueces, al aplicar estas disposiciones, afectan la justicia conmutativa.

De tal modo que la acción de la justicia, en la teoría de Alexy, debe estar dirigida a corregir las desigualdades que el legislador ocasionó al permitir que las penas previstas en la Ley 589 de 2000 (en la cual se adicionó el tipo penal de la Desaparición Forzada a la Ley 599 de 2000), se aplicarán a los miembros de la fuerza pública que cometieron este delito en el marco del conflicto armado y, en contraste, al no incluirlos como destinatarios de la Ley 975 de 2005. Por otra parte, frente a la posibilidad de que las negociaciones de paz de la Habana dispongan la creación de un modelo de justicia transicional con las mismas penas de la ley de Justicia y Paz (L.975/2005), la justicia debe propender porque éstas se apliquen a todos los actores del conflicto –incluyendo a los miembros de la fuerza pública–, pues, como se mencionó líneas atrás, solo se pueden considerar correctas y consecuentemente justas aquellas normas en las cuales todos los miembros de la comunidad son tratados de manera igualitaria.

## **Conclusiones**

La hipótesis planteada al inicio de esta investigación queda validada con lo expuesto durante el desarrollo de la misma. Esto quiere decir que frente a la pregunta ¿Es viable, o no, incluir a los miembros de la fuerza pública en los procesos de justicia transicional a efectos de dar por terminado el conflicto? La respuesta es positiva, es decir que, según la evidencia encontrada, las conductas punibles cometidas por agentes estatales con ocasión del conflicto, son susceptibles de ser judicializadas en un sistema de justicia transicional. Consecuentemente, a estas personas se les deberá aplicar las normas que regulan las penas imponibles a los actores del conflicto, las cuales, como se mostró, son más dóciles que las de la justicia ordinaria. Lo anterior, con base en los siguientes argumentos:

- a) Desde el punto de vista de la naturaleza del conflicto, no existe un motivo para que a los miembros de la fuerza pública no se les reconozca como actores, y consecuentemente se les aplique las normas de la justicia transicional, por el contrario, los delitos cometidos por estos se originan dentro de la situación de conflicto, pues han sido el instrumento a través del cual los miembros del Gobierno se mantienen en el poder. A este respecto, como se determinó en la primera parte de esta investigación, el conflicto en Colombia es esencialmente político pues se origina en la falta de representación política del sector popular dentro del Gobierno, y la constante segregación de estos dos sectores de la sociedad.
- b) Así mismo, la Convención Americana de Derechos Humanos dispone que los Estados están obligados a respetar los derechos y libertades contenidos en la misma y garantizar su libre y pleno ejercicio a todas las personas que estén sujetas a su jurisdicción. Lo cual, en la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, verificable en múltiples sentencias, implica el deber de los Estados de tener herramientas jurídicas efectivas para prevenir, investigar y sancionar las desapariciones forzadas cometidas por miembros de la fuerza pública.
- c) La existencia de distintos regímenes que regulan las penas imponibles a quienes cometieron iguales delitos, vulnera el principio de igualdad de los miembros de la comunidad y contribuye a que el conflicto en Colombia se postergue, en la medida en que parte de una segregación entre el Gobierno y el sector popular; en donde el primero se ha idealizado como justo. Por lo tanto, la acción de la justicia, en el marco de la teoría *Alexiana* de la «justicia como corrección», debe estar dirigida precisamente a corregir los hierros que contiene el sistema de distribuciones del Estado.
- d) Aplicar la justicia transicional a los miembros de la fuerza pública no puede ser considerado como impunidad pues precisamente esta busca imponerles penas privativas de la libertad por los delitos cometidos con ocasión del conflicto.

## Referencias bibliográficas

### A. Doctrina

Alexy, R. (1989). *Justicia como corrección*. En: Cuaderno de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante, Núm. 26, pp. 5-26.

Alexy, R. (1995). *Teoría del discurso y de los derechos humanos*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.

Arjona, J. & Hardaga, C. (2008). *Terrorismo y derechos humanos*. Bogotá D.C.: Universidad Iberoamericana.

Beccaria, C. (1774). *Tratado de los delitos y las penas*. Madrid: Impresor de Cámara.

Centro de Memoria Histórica. (2013). *¡BASTA YA! Colombia: memorias de guerra y dignidad*. Bogotá D.C: Imprenta Nacional.

Comisión de Búsqueda de Personas Desaparecidas. (2011, 2012). *Desaparición forzada en Colombia: Normatividad Nacional*. Bogotá D.C: Imprenta Nacional.

Comisión Histórica del Conflicto y de sus Víctimas. (2015). *Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia (Informe)*. Septiembre 28, 2015, de Mesa de Conversaciones de la Habana Sitio web: [https://www.mesadeconversaciones.com.co/sites/default/files/Informe%20Comisi\\_n%20Hist\\_rica%20del%20Conflicto%20y%20sus%20V\\_ctimas.%20La%20Habana%2C%20Febreiro%20de%202015.pdf](https://www.mesadeconversaciones.com.co/sites/default/files/Informe%20Comisi_n%20Hist_rica%20del%20Conflicto%20y%20sus%20V_ctimas.%20La%20Habana%2C%20Febreiro%20de%202015.pdf)

Duncan, G. (2014). *Exclusión, insurrección y crimen*. Septiembre 28, 2015, de Centro de Memoria Histórica Sitio web: <http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/comisionPaz2015/DuncanGustavo.pdf>

Estrada, J. (2014). *Acumulación capitalista, dominación de clase y rebelión armada: elementos para una interpretación histórica del conflicto social y armado*. Septiembre 28, 2015, de Centro de Memoria Histórica Sitio web: <http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/comisionPaz2015/estradaJairo.pdf>

Fajardo, D. (2014). *Estudio sobre los orígenes del conflicto social armado, razones de su persistencia y sus efectos más profundos en la sociedad colombiana*. Septiembre 28, 2015, de Centro de Memoria Histórica Sitio web: <http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/comisionPaz2015/FajardoDario.pdf>

Gaitán, G. (1984). *Escritos políticos*. Bogotá D.C.: Áncora Editores.

- Gil, L. (2005). *Escuela de las Américas, entrenamiento militar, violencia política e impunidad en las Américas*. Bogotá: Lom Ediciones.
- Jiménez, J. & Lombo, J. (2013). *La unidad de la persona: aproximación interdisciplinaria desde la filosofía y la neurociencia*. Pamplona: EUNSA.
- Giraldo, J. (2014). *Aportes sobre el conflicto armado en Colombia, su persistencia y sus impactos*. Septiembre 28, 2014, de Centro de Memoria Histórica Sitio web: <http://www.centrodehistoriahistorica.gov.co/descargas/comisionPaz2015/GiraldoJavier.pdf>
- Guarín, C. (2013). *Colombia: democracia incompleta. Introducción a la oposición política*. Octubre 29, 2015, en sitio web: [http://www.pnud.org.co/img\\_upload/9056f18133669868e1cc381983d50faa/Tomo\\_II\\_TITULO\\_1reformaelect.pdf](http://www.pnud.org.co/img_upload/9056f18133669868e1cc381983d50faa/Tomo_II_TITULO_1reformaelect.pdf).
- Gutiérrez, F. (2014). *¿Una historia simple?* Septiembre 28, 2015, de Centro de Memoria Histórica Sitio web: <http://www.centrodehistoriahistorica.gov.co/descargas/comisionPaz2015/GutierrezFrancisco.pdf>
- Hervada, J. (2014 a). *¿Qué es el derecho? la moderna respuesta del realismo jurídico*. Bogotá D.C.: Temis.
- Hervada, J. (2014 b). *Introducción crítica al Derecho Natural*. Bogotá D.C.: Temis.
- Hervada, J. (2000). *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*. Pamplona: EUNSA.
- Instituto Latinoamericano para una Sociedad y un derecho alternativo (ILSA). (2012). *Situación de derechos humanos y derecho humanitario en Colombia 2008-2012: informe para el Examen Periódico Universal de Colombia*. Bogotá D.C: Editorial CÓDICE Ltda.
- Leal, F. & Mason, A. (2003). *Democracia y seguridad en los Andes: hacia una agenda regional (Informe sobre Colombia)*. Bogotá D.C.; Universidad de los Andes.
- Marín, J. (2005). *Historia y violencia en la Colombia contemporánea. En: En torno a la violencia en Colombia, una propuesta interdisciplinaria* (pp. 33-64). Cali: Universidad del Valle.
- Naranjo, A. (sf.). *Filosofía del Derecho*. Bogotá D.C.: Ediciones Jurídicas De Bedout.
- Palacios, M. (2012). *Violencia pública en Colombia, 1958 - 2010*. Bogotá, D. C: Fondo de Cultura Económica.
- Pécaut, D. (2014). *Una lucha armada al servicio del "statu quo" social y político*. Septiembre 28, 2015, de Centro de Memoria Histórica Sitio web: <http://www.centrodehistoriahistorica.gov.co/descargas/comisionPaz2015/PecautDaniel.pdf>
- Pérez, A. (2005). *Introducción al Derecho Penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Presidencia de Colombia. (2015). *Comunicado conjunto Numero 60 sobre el Acuerdo de creación de una Jurisdicción Especial para la Paz*. Disponible en: [http://wp.presidencia.gov.co/Noticias/2015/Septiembre/Paginas/20150923\\_03-Comunicado-conjunto-N-60-sobre-el-Acuerdo-de-creacion-de-una-Jurisdiccion-Especial-para-la-Paz.aspx](http://wp.presidencia.gov.co/Noticias/2015/Septiembre/Paginas/20150923_03-Comunicado-conjunto-N-60-sobre-el-Acuerdo-de-creacion-de-una-Jurisdiccion-Especial-para-la-Paz.aspx)
- Real Academia Española (RAE). (2014). *Diccionario de la lengua española* (vigésimo tercera edición). En línea: <http://dle.rae.es/>
- Rincón, T. (2010). *Verdad, justicia y reparación: la justicia de la justicia transicional*. Bogotá D.C.: Editorial Universidad del Rosario.
- Rojas, G. (2012). *De la justicia a los derechos fundamentales: una lectura desde el realismo jurídico clásico*. Bogotá D.C.: Temis & Universidad Católica de Colombia.
- Santos, J. (2006). *Instituciones de derecho civil*. Bogotá D.C: Pontificia Universidad Javeriana.
- Tascón, T. (1934). *Derecho constitucional colombiano*. Bogotá D.C.: Minerva.
- Valencia, A. (2011). *El juicio a Rojas Pinilla y la construcción de la memoria colectiva de los años cincuenta en Colombia*. Octubre 30, 2015, en Universidad Javeriana, Sitio web: <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/univhumanistica/article/view/2144/1388>.
- Vergara, J. (1997). *El principio de igualdad en materia penal al interior del Estado Social de Derecho*. En: Revista de derecho, Universidad del Norte, Núm. 7, pp. 21-46.
- Zubiría, S. (2014). *Dimensiones políticas y culturales en el conflicto colombiano*. Septiembre 28, 2015, de Centro de Memoria Histórica Sitio web: <http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/comisionPaz2015/zubiriaSergio.pdf>

## **B. Jurisprudencia**

Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. (Sentencia del 29 de julio de 1988).

- *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia*. (Sentencia del 5 de Julio de 2004)
- *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. (Sentencia del 22 de febrero de 2002)
- *Caso Caballero Delgado y Santana vs Colombia*. (Sentencia del 8 de diciembre de 1995)
- *Caso Goiburú y Otros vs. Paraguay*. (Sentencia del 22 de septiembre de 2006)
- *Caso Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. (Sentencia del 4 de febrero de 2005).
- *Caso Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. (Sentencia 31 de enero de 2006)

- *Caso Radilla Pacheco vs. México (Sentencia 23 de noviembre de 2013).*
- *Caso Rodríguez Vera & otros (desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia (Sentencia 14 de noviembre de 2014)*

Corte Constitucional. (1995). *Sentencia C-578*. MP: Cifuentes, E.

- (2001). *Sentencia C-619*. MP: Monroy, M.
- (2006). *Sentencia C-319*. MP: Tafur, Á.
- (2011). *Sentencia T-106*. MP: Vargas, L.
- (2012). *Sentencia C-052*. MP: Pinilla, N.
- (2012). *Sentencia C-250*. MP: Sierra, H.
- (2012). *Sentencia C-333*. MP: Calle, M.
- (2013). *Sentencia T-933*. MP: Pretelt, J.