



Cuadernos de Estrategia 189 El posconflicto colombiano: una perspectiva transversal

Instituto Español de Estudios Estratégicos
Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado



MINISTERIO DE DEFENSA



Cuadernos de Estrategia 189

El posconflicto colombiano: una perspectiva transversal

Instituto Español de Estudios Estratégicos
Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado



MINISTERIO DE DEFENSA

CATÁLOGO GENERAL DE PUBLICACIONES OFICIALES
<http://publicacionesoficiales.boe.es/>

Edita:



<https://publicaciones.defensa.gob.es/>

© Autores y editor, 2017

NIPO: 083-17-163-X (impresión bajo demanda)

NIPO: 083-17-164-5 (edición libro-e)

Fecha de edición: febrero 2018

Maqueta e imprime: Ministerio de Defensa

Las opiniones emitidas en esta publicación son exclusiva responsabilidad de los autores de la misma.

Los derechos de explotación de esta obra están amparados por la Ley de Propiedad Intelectual. Ninguna de las partes de la misma puede ser reproducida, almacenada ni transmitida en ninguna forma ni por medio alguno, electrónico, mecánico o de grabación, incluido fotocopias, o por cualquier otra forma, sin permiso previo, expreso y por escrito de los titulares del © Copyright.

ÍNDICE

	Página
Presentación	11
Introducción.....	13
<i>Alejandro Aponte Cardona</i>	
Colombia: dilemas de la transición de la guerra a la paz	17
<i>Shlomo Ben Ami</i>	
Capítulo primero	
Macrocriminalidad y función penal en lógica transicional: aportes posibles del derecho penal a las garantías de no repetición.....	27
<i>Alejandro Aponte Cardona</i>	
Introducción	29
Los límites del derecho penal frente a la macrocriminalidad	30
<i>Masividad de crímenes y límites del derecho penal: la angustia de los operadores de un sistema penal tradicional</i>	31
<i>Límites del derecho penal y el fantasma de una posible impunidad</i>	33
<i>La estrategia de priorización de la Fiscalía General de la Nación: una gran apuesta por reducir complejidad</i>	33
La función esencial del criterio de representatividad	35
<i>La desactivación de los aparatos criminales: una auténtica garantía de no repetición</i>	35
<i>El caso representativo</i>	36
<i>Verdad y poder: el juez como constructor de contradiscursos frente a los discursos criminales</i>	37
Convergencia de nuevas dogmáticas frente a las exigencias del derecho penal en lógica transicional	38
<i>Doble imputación y fotografía de la actuación macrocriminal</i>	39
Los límites del derecho penal de cara a la no repetición	41
El nuevo paradigma de la lucha contra las drogas ilícitas: hacia la con- fluencia necesaria de las políticas públicas	42
<i>De una visión punitivista y militarista del problema de las drogas, a una visión humanizadora</i>	43
<i>El tema especialmente crítico del consumo</i>	45

	Página
<i>La absorción de la política social por la política criminal: un error histórico ..</i>	45
Descriminalización de la protesta social: hacia la construcción de escenarios de no repetición	46
<i>Criminalización de la protesta social y derecho penal de enemigo</i>	46
La protesta social como derecho	47
<i>Directiva de la Fiscalía General de la Nación sobre descriminalización de la protesta social</i>	48
Bibliografía.....	50
Legislación citada.....	51
Jurisprudencia citada.....	51
 Capítulo segundo	
Las garantías de no repetición en el acuerdo final: ¿El día después de mañana de la justicia transicional en Colombia?	53
<i>Diana Dajer</i>	
Introducción	55
Las garantías de no repetición en el derecho internacional: ¿Componente del derecho a la reparación o área de acción independiente?	60
<i>Origen, contenido y desarrollo de las garantías de no repetición en el derecho internacional</i>	61
<i>Las garantías de no repetición en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos</i>	66
<i>Hacia una conceptualización de las garantías de no repetición como parte de una estrategia integral de justicia transicional en el derecho internacional</i>	69
Las garantías de no repetición en el marco de justicia transicional colombiano: ¿La justicia transicional más allá de la justicia?.....	73
<i>La Ley de Justicia y Paz: Origen fragmentado y acotado de las garantías de no repetición en el contexto de justicia transicional colombiano</i>	74
<i>La Ley de Víctimas y Restitución de Tierras: Hacia una despenalización de las garantías de no repetición</i>	75
<i>El Marco Jurídico para la Paz: Hacia una emancipación de las garantías de no repetición en el marco de una estrategia integral de justicia transicional</i>	77
<i>Ley 1592 de 2012: Avances y retos en materia de implementación de garantías de no repetición.....</i>	79
Las garantías de no repetición en el Acuerdo de Paz: ¿Límites difusos entre la justicia transicional y las disposiciones legales ordinarias? .	80
Reflexiones sobre los alcances, límites, desafíos y potencialidades de las garantías de no repetición en el Acuerdo Final	83
<i>El núcleo y los perímetros inmediatos y mediatos de las garantías de no repetición en el Acuerdo de Paz.....</i>	84
<i>La participación ciudadana como garantía de no repetición en el Acuerdo Final</i>	85
<i>Reflexiones finales: Entre el Estado de Transición y el Estado de Derecho ..</i>	88
 Capítulo tercero	
El acuerdo de paz colombiano ante la obligación internacional de persecución penal y castigo.....	91
<i>Elena Maculan</i>	
Introducción	93

	Página
<i>La obligación internacional de persecución y castigo</i>	95
<i>La difícil definición de la obligación</i>	95
<i>Interpretación estricta frente a interpretación flexible</i>	99
La Corte Interamericana: una postura estricta con un pequeño margen de flexibilidad	103
La Corte Penal Internacional: una actuación prudente y posibilista	108
Retos planteados por el Acuerdo de Paz	111
<i>La amnistía</i>	111
<i>Las sanciones propias y alternativas</i>	115
<i>La selección y priorización de casos</i>	118
Conclusiones	123
 Capítulo cuarto	
La seguridad en nuevos escenarios de posconflictos y el papel de las Fuerzas Armadas	125
<i>Emilio Sánchez de Rojas Díaz</i>	
Introducción	127
<i>Algunos datos sobre Colombia</i>	129
<i>Las Fuerzas Armadas de Colombia</i>	130
<i>La situación de Colombia en el año 2002</i>	131
Evolución de las políticas de Seguridad antes de los Acuerdos de La Habana	136
<i>La Política de Seguridad Democrática (PSD)</i>	136
<i>Política de Consolidación de la Seguridad Democrática</i>	138
<i>Estrategia de consolidación del control territorial</i>	139
<i>Política Integral de Seguridad y Defensa para la Prosperidad –PISDP (2011)</i>	140
<i>¿Por qué se considera la necesidad del proceso RSSD?</i>	142
<i>Pilares de la PISDP</i>	144
<i>Los planes militares</i>	145
El camino hacia los acuerdos de paz	146
Territorios de paz	148
Redefinir la política de seguridad.....	149
El paramilitarismo	149
Otras cuestiones de seguridad	149
<i>El cronograma de objetivos militares</i>	149
<i>Respeto a los derechos humanos y Derecho Internacional Humanitario</i>	152
<i>Los planes del Ministerio de Defensa sobre derechos humanos</i>	152
La paz imperfecta	155
Situación actual	156
<i>Plan Estratégico Militar de Estabilización y Consolidación Victoria 2017</i>	157
<i>Ejemplo de actuación en zona amarilla: el caso de Cali</i>	158
<i>Ejemplo de actuación en zona roja en aplicación del plan Victoria</i>	159
<i>El plan victoria en palabras del comandante general de las fuerzas militares</i>	160
<i>El problema de las zonas coccaleras</i>	161
Tras el fin del conflicto	163
<i>Los procesos DDR</i>	164
<i>DDR en los acuerdos de paz</i>	165
Desarme	165
Desmovilización	165

	Página
«Reincorporación» (concepto ONU)	166
«Reintegración»: reincorporación a la vida civil	167
No recurrencia del conflicto	167
La RSS	168
<i>La RSSD en los acuerdos de paz</i>	169
<i>El componente militar</i>	169
<i>El Ejército tras la firma del acuerdo de paz con las FARC-EP</i>	171
<i>¿Reducción militar y de presupuesto?</i>	171
<i>Redefinición de la función militar</i>	172
<i>Los elementos remanentes en Colombia</i>	172
<i>Las relaciones cívico-militares</i>	172
<i>El enlace entre DDR y RSS</i>	173
<i>Los procesos DDR y RSS tienen un objetivo político común</i>	173
<i>DDR y RSS están vinculados programáticamente</i>	173
<i>DDR y SSR están vinculados operacionalmente</i>	174
<i>Refuerzo de los acuerdos de paz</i>	174
<i>Promoción del desarrollo</i>	174
<i>Conclusiones: las futuras tareas de las Fuerzas Armadas en Colombia</i> ..	174
Referencias	179
 Capítulo quinto	
Gramáticas de la escucha: aproximaciones filosóficas a la construcción de memoria histórica.....	183
<i>María del Rosario Acosta López</i>	
Las dificultades epistemológicas de la memoria histórica: hacia una aproximación filosófica	184
«Catástrofes del sentido»: Retos filosóficos frente a la experiencia del trauma	188
<i>Entre el exceso de memoria y la ausencia del recuerdo: las paradojas de la borradura traumática y los riesgos del archivo</i>	191
<i>Entre la ausencia de lenguaje y el exceso de sentido: las paradojas de la demanda proveniente del trauma y sus «grafías dañadas»</i>	193
Gramáticas de la escucha: una respuesta desde la filosofía a las demandas de la memoria	196
Referencias bibliográficas	200
 Capítulo sexto 1	
Colombia: un proceso de paz innovador: enfoque de género	203
<i>Emilio Cassinello</i>	
 Capítulo sexto 2	
Aspectos novedosos de la participación política de las mujeres en el proceso de paz con las FARC-EP	209
<i>María Isabel Niño Contreras</i>	
«La paz sin las mujeres ¡no va!»	212
Logros de la Subcomisión de género	214
La «ideología de género» en el Acuerdo final	215
Plebiscito por la paz: resultados de la «ideología de género»	216
Retos de la implementación del enfoque de género	218

Capítulo sexto 3

La Jurisdicción Especial para la Paz (JEP): claridades e incertidumbres de un modelo innovador de justicia transicional	221
<i>Claudia Medina Aguilar</i>	
Las claridades: postulados básicos del modelo colombiano de justicia en el sistema de justicia transicional	225
Las incertidumbres: tensiones y dilemas del modelo de la JEP	226
Hiperselectividad o exhaustividad	227
Integralidad como sumatoria o como engranaje.....	229
Operatividad del enfoque restaurativo y la centralidad de las víctimas	231

Capítulo séptimo

Constitucionalización del sistema integral de verdad, justicia y reparación en Colombia: algunos comentarios sobre la participación política y la responsabilidad del mando.....	233
<i>Juana Inés Acosta López</i>	
<i>Carlos Enrique Arévalo Narváez</i>	
La adecuación del ordenamiento jurídico para la garantía de la participación en política de quienes hicieron parte del conflicto armado	236
<i>Los cambios introducidos por el Acto Legislativo y los efectos de la derogación del artículo 67 transitorio de la Constitución Política.....</i>	237
<i>El artículo transitorio 20 a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, la Constitución Política de Colombia y los derechos de las víctimas.....</i>	238
<i>Saldar su cuenta con la sociedad es un requisito indispensable para quienes quieran participar en política</i>	243
La responsabilidad del mando en el contexto de la paz en Colombia - ¿el nuevo invento de un viejo concepto?	246
<i>El concepto de responsabilidad del mando en el derecho internacional .</i>	252
<i>El criterio adoptado en Colombia de control efectivo sobre la respectiva conducta criminal</i>	258
<i>El conocimiento basado en la información a disposición del superior antes, durante y después de la realización de la conducta</i>	260
<i>Como corolario: la responsabilidad del mando en Colombia es un cáliz envenado</i>	262
Composición del grupo de trabajo.....	265
Cuadernos de Estrategia	267

Presentación

La firma de los acuerdos de paz en La Habana entre el gobierno de Colombia y las FARC, y su posterior refrendo por el parlamento, suponen un punto de inflexión en los más de cincuenta años de conflicto que ha sufrido Colombia, y una oportunidad para vislumbrar un futuro donde la dinámica de conflicto, de lugar a la dinámica de negociación. La gestión del posconflicto —en todos sus aspectos— es esencial.

El Instituto Español de Estudios Estratégicos y el Instituto General Gutiérrez Mellado, en línea con la excelente colaboración que vienen manteniendo en los últimos años y en temas de interés común relacionados con Iberoamérica, publica un año más un cuaderno de Estrategia titulado en esta ocasión *El posconflicto colombiano. Una versión transversal*.

La publicación ha sido coordinada por el profesor Alejandro David Aponte Cardona, director del Departamento de Derecho Penal y Justicia transicional de la facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana (Colombia), cuya magnífica labor queremos agradecer.

Igualmente nos gustaría destacar el apoyo y la colaboración prestada por Centro Internacional de Toledo para la Paz (CITPAX), con aportaciones de su Slomo Ben Ami, Emilio Cassinello, y por parte colombiana Claudia Medina Aguilar y María Isabel Niño Contreras. Sin olvidar las excelentes aportaciones del resto de los autores: Diana Dajer, Elena Maculan, María del Rosario

Acosta López, Juana Inés Acosta López, Carlos Enrique Arévalo Narváez y Emilio Sánchez de Rojas Díaz.

Les invitamos a leer esta publicación que estamos seguros les provocará interesantes reflexiones.

GB. Miguel Ángel Ballesteros Martín
Director del IEEE

Miguel Requena y Díez de Revenga
Director del Instituto Gutiérrez Mellado

Introducción

Alejandro Aponte Cardona

He tenido el honor de haber sido escogido por parte del Instituto Español de Estudios Estratégicos, del Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional, y del Instituto Universitario Gutiérrez Mellado, para ser el coordinador de la presente edición especial del cuaderno, dedicado al caso colombiano y a su modelo transicional. Se trata, además, de una colaboración, en el caso del Instituto Gutiérrez Mellado, de hace varios años, pues también acompañé su proyecto, recién concluido y dedicado a la «influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva».

El caso colombiano es, sin duda, un caso único hoy en la discusión internacional sobre justicia transicional. Pero actualmente, el proceso de paz con las guerrillas de las FARC, vive un momento muy complejo y carece de un consenso, apoyo y amplia legitimidad que son necesarios. Incluso, en la coyuntura más actual, hay profundos cuestionamiento al cumplimiento estatal de los acuerdos y serias dificultades en la implementación. La regulación de la jurisdicción especial para la paz, ha sufrido grandes tropiezos, aún no es una realidad, y un partido político importante, renuncia expresamente a dar su apoyo a su implementación. Además, ha sido muy cuestionado, desde los más diversos sectores y por ciudadanos independientes, el modelo seguido para la escogencia de magistrados de la jurisdicción. Incluso, hay acciones judiciales en curso contra el proceso de selección.

No obstante, la apuesta en general, deberá ser para que el Tribunal y la jurisdicción, no se conviertan, como ha ocurrido tantas veces en la historia del

país, en el contexto atávico de las relaciones y tensiones entre guerra y derecho, entre guerra y política, en un escenario más donde se viva y padezca la guerra: la justicia penal como continuación de la guerra por otros medios, ha sido una lastimosa lección histórica, que no se puede repetir.

Hay un aspecto especialmente crítico que parece profundizar aún más la falta de cohesión social en torno del acuerdo y su implementación, y que parece profundizar la polarización política: el tema central de la verdad. Subyace, sin duda, una competencia feroz por la construcción e imposición de verdad o verdades; existen en el discurso público, verdades en disputa y, tanto la jurisdicción como componentes del sistema general, como es la comisión de esclarecimiento de la verdad, incluso, la propia comisión de búsqueda de personas desaparecidas, estarán situadas en el centro de esta disputa por la verdad.

Una pregunta puede hacerse en este momento: ¿qué tanta verdad es posible tolerar por parte de una sociedad aún en conflicto? Parfraseando el título mismo de la edición, cabría la pregunta incluso: ¿qué tipo de verdad será la más apropiada para consolidar una verdadera situación de posconflicto? Será esta una cuestión fundamental, de cara a la consolidación del proceso y de cara, principalmente, a la verdadera dignificación de las víctimas y la puesta en serio de las mismas, en el centro del modelo transicional.

El proceso avanza, en todo caso; los logros son una realidad y el país debe seguir apoyando un esfuerzo ingente ya en marcha por lograrlo, y que represente una auténtica esperanza para nuevas generaciones. Además, con todas las dificultades, el proceso de paz con la otra guerrilla supérstite, el ELN, avanza igualmente.

Este es, por ello, un esfuerzo, desde el ámbito independiente de la academia, por pensar temas centrales relacionados con la implementación del acuerdo, por iniciar o continuar la discusión de aspectos que serán decisivos hacia el futuro. Es un esfuerzo, en fin, originado en un país amigo y que ha acompañado sin tregua el proceso colombiano. Por ello, además, como colombiano, sea este el espacio y el momento para agradecer, al Instituto Español de Estudios Estratégicos, y a su director, el general Ballesteros, lo mismo que al coronel Emilio Sánchez de Rojas; igualmente, al Instituto Universitario Gutiérrez Mellado, a su director, Miguel Requena, por este apoyo irrestricto, desde hace años, al proceso de paz colombiano. De la misma forma, sea este el momento para agradecer a los autores y autoras que, desde España y de Colombia, han contribuido a la edición del presente volumen.

El volumen se ha planeado y coordinado, desde una perspectiva interdisciplinaria. Así, el Centro Internacional de Toledo para la Paz, institución que desde hace más de una década, acompaña el proceso transicional colombiano, tanto en la oficina en Colombia como de manera decidida desde España, presenta aportes conjuntos en función de varios temas, incluyendo un valioso aporte de Schlomo Ben Ami que, desde el principio, hace relación a principales desafíos del proceso colombiano.

De otra parte, una renovada función del derecho penal y de la pena, en lógica transicional, son temas abordados por Alejandro Aponte: la construcción de relatos en función de la no repetición es su propuesta, pero antes de ello, pervive la pregunta por cuáles son y serán las condiciones sociales en función de la creación de discursos, relatos, verdades.

Elena Maculan profundiza en el estudio de los alcances y límites de la obligación estatal de investigar y sancionar crímenes internacionales. Justo, en el discurso público y en el escenario político polarizado, la discusión sobre una posible impunidad y, en general, sobre los alcances y límites del derecho penal, han profundizado dicha polarización. Igualmente, el tema de la participación política de excombatientes, ha sido un aspecto en disputa social y política. De su estudio y de propuestas concretas, se encarga la profesora Juana Acosta.

Frente a cualquier opción de creación auténtica de escenarios de no repetición, una conceptualización de qué significa ello precisamente, es necesaria, para que el concepto no se banalice. De ello se ocupa Diana Dajer y de las posibilidades enormes que, en un Estado en construcción, tienen las garantías de no repetición. De hecho, además, uno de los aspectos más complejos del caso colombiano, radica en la necesidad de hacer transición, al mismo tiempo que se construye Estado. En el centro de ello y del pesimismo social tan acendrado, está el cáncer de la corrupción que permea todo el sistema institucional y la sociedad. Con corrupción no hay posibilidad real para que actúen las garantías de no repetición.

La construcción estatal y el impulso al modelo transicional, pasa por la construcción de tejido social, ideal central de la justicia transicional y, frente a ello, la voz de la víctima, el reconocimiento de su dolor, son desafíos enormes, cotidianos. La voz de la víctima no puede perderse en un entorno técnico, ni de disputas jurídicas. De allí la necesidad de abordar a la víctima y a su rol en la transición, desde el punto de vista sociológico, filosófico. Este es el aporte de María del Rosario Acosta, quien desde la filosofía, se aproxima de manera genuina a la víctima.

Carlos Arévalo se ocupa de otro de los aspectos álgidos de la implementación constitucional y legislativa de los acuerdos: el tema central de la responsabilidad de mando y de cómo ha sido regulada. En una reciente visita de la fiscal de la Corte Penal Internacional a Colombia, la fiscal indagó, personalmente, en los avances de las investigaciones por los casos de los mal llamados «falsos positivos», ejecuciones extrajudiciales de civiles inocentes para hacerlos pasar por positivos en la guerra. Es un tema crítico, como lo es, en general, el tema de la responsabilidad del superior jerárquico, tanto respecto de agentes estatales, como de miembros de grupos irregulares.

Finalmente, el coronel Sánchez se ocupa, desde una perspectiva comparada y en función de la experiencia acumulada por el Instituto Español de Estudios Estratégicos, del papel de las Fuerzas Armadas en una situación poste-

rior a la guerra. Es un tema muy crítico, que requiere ser pensado, en función de una tarea renovada y renovadora del Ejército y de la Policía. Hay que celebrar, además que, tantos miembros de las Fuerzas Armadas y de Policía, como también los combatientes de las guerrillas, no sean hoy víctimas de una guerra de años. Unos y otros, sobre todo de quienes son los subalternos, vienen de los mismos entornos sociales y de abandono estatal por décadas. Sea el momento para celebrar cada vida y cada posibilidad de reconciliación, de perdón y de construcción de sociedad, aún en un ambiente hoy cargado de pesimismo y desesperanza.

Prof. Dr. Alejandro Aponte Cardona
Bogotá, 9 de octubre de 2017

Colombia: dilemas de la transición de la guerra a la paz

Shlomo Ben Ami

Resumen

La transición de la guerra a la paz plantea dilemas complejos a partir de las distintas condiciones de la negociación entre un gobierno democrático y una guerrilla - actor no estatal. El posconflicto y la sostenibilidad de la paz exige a su vez extender la presencia del Estado con la reintegración del territorio, seguridad, desarrollo en infraestructuras – acompañado todo de pedagogía democrática. La estabilidad de los acuerdos será resultado de la solidez de las instituciones, las garantías acordadas, el grado de inclusividad y la eficacia frente a los desafíos económicos – que exigirían una política de *New Deal* apoyada en un *Plan Marshall*.

Palabras clave

Paz, guerra asimétrica, políticos/estadistas, reintegración territorio, desarrollo, infraestructura.

Abstract

The transition from war to peace poses complex dilemmas, beginning with the different negotiation conditions between a democratic government and a non State actor – a guerilla organization. The post-conflict and a sustainable peace

demands in turn to assure the presence of the State throughout the territory, security, infrastructure development – accompanied by democratic pedagogy. The stability of the Accord will be a result from the solidity of the institutions, the agreed upon guarantees, the degree of inclusivity and the efficacy vis a vis the economic challenges – that in the case of Colombia would demand a telescoped New Deal policy and a Marshall Plan.

Keywords

Peace, asymmetric war, politician/stateman, territorial reintegration, development, infrastructures.

Colombia: dilemas de la transición de la guerra a la paz

La política es una de las profesiones más vilipendiadas popularmente, y al mismo tiempo probablemente la más ingrata de todas. Muy frecuentemente, los sacrificios del político serán vistos con sospecha como una manera de buscar su propio beneficio, engrandecer su ego, buscarse un espacio en la historia. Es así como ven los rivales políticos de Juan Manuel Santos sus políticas de paz en Colombia. Pero la más brillante definición la dio probablemente el legendario primer ministro británico Lloyd George cuando explicó que «a un líder se le suele definir como político cuando uno discrepa de sus políticas, y como estadista cuando uno está de acuerdo con sus planteamientos».

En estos momentos de debate tan profundo en Colombia en torno al acuerdo de paz entre el gobierno y la guerrilla de las FARC, un acuerdo ya derrotado en su día en un plebiscito, toda exposición de los dilemas en torno a las duras decisiones que el gobierno tuvo que ponderar y que normalmente no trascienden a la opinión nos deberían llevar a apreciar lo complejo que puede ser el arte de gobernar en la transición de la guerra a la paz.

El compromiso del Estadista con la paz nunca responde realmente a un idealismo pacifista, más bien responde a su convicción de que la paz es la forma para conseguir mayor seguridad para sus compatriotas y abrir el camino para el despegue definitivo del país hacia horizontes de desarrollo sostenible. Una Colombia en paz está destinada a ser una de las mayores revelaciones de este siglo, uno de los poderes emergentes de mayor proyección global en los años venideros.

Inevitablemente, en alguno de sus aspectos, el acuerdo al que se llegó no satisface a sectores importantes de la nación, pero las generaciones de una Colombia en paz sabrán aplaudirlo. Siempre a través de la historia el líder que conduce a su nación hacia la paz ha sido un profeta sin honor cuyos planteamientos fueron discutidos por sus contemporáneos, pero la historia supo hacerle justicia. Que se lo pregunten si no a De Gaulle en Argelia, a Richard Nixon en su reconciliación con China, o a Anwar Sadat por su dramática paz con Israel, todos ellos vilipendiados por sus contemporáneos (el último incluso acabó asesinado por «traidor»), y aclamados por la historia por haber abierto el camino a una «paz de los valientes», como la denominó De Gaulle.

O fíjense en el acuerdo entre las grandes potencias e Irán en torno a la cuestión nuclear. El acuerdo es profundamente controvertido e imperfecto. Es inevitable que así sea ya que no se trata de una capitulación por parte de Irán. Es un acuerdo donde se consigue un difícil equilibrio entre partes en un conflicto. La alternativa al acuerdo, por imperfecto que sea, es la guerra, una hecatombe regional. Será el futuro, no el texto del acuerdo, que decida su validez.

El dilema de líderes en la transición de la guerra a la paz es agonizante. La nación quiere la paz, pero frecuentemente se resiste a pagar el precio. Esa es

una de las mayores paradojas de la historia, el que la paz divida y la guerra una. La decisión de poner fin al conflicto armado en Colombia y de hacer justicia social a los millones de desheredados y desplazados a través de la vasta geografía colombiana es una empresa de dimensiones metahistóricas que los anales de la historia deberán de reconocer; es inevitable que las actuales generaciones se vean divididas en torno a esta difícil construcción de la paz.

Todos sabemos que esta es la era de las guerras asimétricas (guerras entre Estados y agentes no-estatales); pero las negociaciones de paz con agentes no-estatales también se llevan en condiciones asimétricas. El dilema del «peacemaker», particularmente cuando se trata de negociar la paz con un agente no-estatal como es el caso de las FARC, es particularmente dificultoso.

La oposición y la crítica son el alma de la democracia. Por lo cual, un gobierno democrático está siempre obligado a negociar en un estado permanente de enfrentamiento con sectores importantes de la opinión pública y del sistema político a los que tiene que convencer en una especie de plebiscito diario de que su política es la adecuada para el país. Y además lo tiene que hacer con las manos atadas ya que tiene que mantener la confidencialidad de las negociaciones. Sus interlocutores, en este caso la guerrilla de las FARC, estaban siempre libres de esos condicionamientos: no tenían parroquias políticas a las que atender y dar explicaciones.

En una democracia, el gobierno está obligado a luchar continuamente por el apoyo político, porque sin apoyo político se puede escribir poesía en torno a la paz, pero no se puede hacer la paz. Las FARC no comparten ese dilema. Tampoco comparten la misma preocupación del gobierno democrático por los tiempos. La política no suele dar espacios infinitos de tiempo para que los gobiernos les den resultados. La política exige resultados inmediatos, y la nación suele perder la paciencia. La opinión pública normalmente no piensa en términos de plazos históricos; pero sus líderes están obligados a pensar en espacios de tiempo más prolongados.

Otro dilema de los gobiernos en busca de la paz que suele ser políticamente atormentador, y que en el caso de Colombia llevó a una constante erosión del apoyo popular a las negociaciones de paz, es el de la violencia que frecuentemente acompaña a las negociaciones en este tipo de conflictos. Los colombianos se rebelaron, como es lógico, con cada ataque de la guerrilla y las víctimas que esta causó.

No es necesario ser un gran politólogo para entender que la diplomacia de paz no tiene mucho sentido si no está respaldada por la fuerza. Por lo cual, es la extraordinaria profesionalidad de las Fuerzas Armadas la que al final abrió las actuales esperanzas de paz para Colombia. El que las FARC hayan entrado en un proceso de paz y hayan aceptado poner fin al conflicto armado sin que sus grandilocuentes sueños revolucionarios estén en la mesa de negociación es otra forma de ganarles la guerra.

Colombia: dilemas de la transición de la guerra a la paz

La estrategia de paz del gobierno colombiano se entendió desde el inicio como un intento de integrar el territorio nacional, desarmar a los grupos insurgentes, y restaurar tanto el monopolio del gobierno sobre el uso de las armas como su control sobre la totalidad del territorio nacional. No se trata de un acuerdo para reestructurar el país y el Estado; más bien la aspiración fue la de conseguir, a través de un acuerdo esencialmente político, un consenso de mínimos entre las partes en cuanto a una transformación del país lo más digerible posible para el sistema.

La paradoja del caso colombiano reside en que una democracia estable, eso sí imperfecta como cualquiera, pero en el contexto regional nada menos que modélica, ha estado bajo el asalto permanente de una patología de violencia pseudo-revolucionaria.

Además, en gran parte y medida, es la ausencia del Estado en considerables partes de la vasta geografía colombiana la que podría explicar el fenómeno guerrillero y otros desafíos a la autoridad del Estado; así que la reintegración territorial, en todas sus dimensiones (la física, la institucional, y la socio-económica) es seguramente uno de los pilares más vitales y cruciales del posconflicto.

Ahora sí, la noción de que la paz debe convertirse en sinónimo de una sinergia total entre desarrollo, equidad social y una democracia perfecta es —francamente— difícilmente sostenible. Mezclar las agendas de la paz y del desarrollo perfecto puede generar problemas de eficacia y de legitimidad de los acuerdos de paz. El desarrollo es un proceso continuo, y no existe un momento preciso en el que se pueda decir que los cambios socio-económicos son suficientes para no dar razón de fondo a un asalto contra el Estado.

Al fin y al cabo, el caso colombiano es típico de un conflicto que puede tener origen en reclamaciones estructurales, pero que se ha transformado en su transcurso en intereses de naturaleza económica, y aspiraciones políticas que dominan la agenda y las motivaciones de los combatientes. Hoy no necesariamente hay relación entre aquello que desató el conflicto y aquello que contribuye a su perpetuación.

No se trata, pues, de buscar soluciones económicas al conflicto, sino simplemente de cometer las políticas que el país necesita, con o sin la existencia del conflicto armado. No solo es imposible saber que tanto bienestar económico o equidad son preconditiones de la paz, sino que es dudoso que un grupo armado ilegal esté dispuesto a dejar las armas simplemente porque se hayan puesto en marcha políticas de desarrollo y de mayor equidad social. Las políticas de desarrollo sirven a los insurgentes como el pretexto, el puente de oro, que necesitaban para dejar las armas.

No cabe duda de que la Ley de Restitución de Tierras fue de vital importancia para las políticas de paz, ya que logró sus dos objetivos, dar justicia a las zonas rurales de Colombia y conseguir la presencia de la guerrilla en las

negociaciones. Fue nada menos que Alfonso Cano, exjefe de las FARC, quien definió la Ley de Restitución de Tierras como «esencial para un futuro de reconciliación» y como una «contribución a una solución real al conflicto». Si se ejecuta según lo previsto, esta Ley constituiría la revolución social más profunda de la historia de Colombia.

Pero, la razón fundamental por la cual las FARC finalmente respondieron al momento histórico está indudablemente relacionada con la brillante política regional del gobierno colombiano que ha diluido el eje bolivariano y ha achicado el espacio político regional en el que se movía la guerrilla. En otras palabras, el proceso colombiano fue facilitado por el cambio geoestratégico que se produjo en el entorno regional de Colombia, cambio que por otra parte ha dado un estímulo considerable a las potencialidades económicas colombianas. El caso del proceso colombiano no es, pues, muy diferente a lo que sucedió en el caso de Oriente Medio y América Central, donde fue el cambio en el entorno internacional y regional, surgido tras el final de la Guerra Fría, el que creó las condiciones para el inicio de un proceso de paz.

El gobierno salvó la paz a pesar del NO en el plebiscito gracias a una sabia política de diálogo con las fuerzas de la oposición. Pero, desafortunadamente, Colombia llega a los momentos claves en la implementación de los acuerdos en un estado de polarización política altamente peligrosa. La convergencia del posconflicto con la agenda electoral a la presidencia, que con alta probabilidad acabará con los críticos al Acuerdo de paz en el palacio de Nariño, es altamente peligrosa para las perspectivas de una paz estable. Tampoco el hecho de que en varias partes de la vasta geografía colombiana estén reapareciendo nuevos grupos paramilitares y Bandas Criminales de todo tipo, sirve para asegurar la solidez de lo firmado en La Habana. Colombia es una tierra bendecida por la naturaleza, vasta, rica y diversa. En la lucha por la paz y la integración territorial, esta bendición no ha sido particularmente útil. La ausencia del Estado, y hoy la lentitud con la que se despliega para llenar el vacío dejado por la desmovilizada guerrilla, dan argumentos adicionales a los enemigos del Acuerdo de paz.

Tampoco el contexto económico es particularmente prometedor en estos momentos decisivos la construcción de la paz, cuando los dilemas del posconflicto se hacen más tangibles que nunca. Colombia se encuentra inmersa en una seria crisis de su modelo de crecimiento económico. No es nada casual que la recuperación del Estado colombiano coincidiese con la bonanza petrolera de la década de los 2000. Como consecuencia, entre el 2000 y el 2013, el peso del petróleo se incrementó sustancialmente sobre el conjunto de las exportaciones, pasando de representar el 27,34 % al 55,22 %. En otras palabras, los petrodólares colombianos pasaron a jugar un papel clave en financiar el fortalecimiento del Estado y en particular, tanto la política de Seguridad Democrática del presidente Uribe como la política de Seguridad para la Prosperidad y la Paz del presidente Santos.

Este modelo ha entrado hoy en crisis precisamente cuando se requiere financiación masiva para las leyes agrarias mencionadas, para la reinserción de los insurgentes, una pieza fundamental del posconflicto, y para enfrentarse a los dilemas de la nueva era. La era de precios bajos —exceso de oferta, la crisis de demanda china, la convulsión que crea el *fracking* en el mercado energético— se complica más para Colombia debido a que sus reservas de crudo están descendiendo rápidamente.

Ciertamente, existen alternativas para generar los recursos que permitan a Colombia continuar por la senda de la seguridad y la prosperidad; pero estas implican decisiones políticas difíciles. Se podría por ejemplo extender la exploración petrolera a zonas del sur-oriental del país que han estado vedadas en base a argumentos medioambientalistas; pero eso requiere enfrentarse a potentes movimientos y condicionamientos ecologistas.

La otra ruta de recuperación es el desarrollo de una agricultura de exportación, pero esto requiere reconciliar las inconsistencias que aún puedan existir en la Ley de Restitución de Tierras, ya que la devolución de tierras a propietarios expoliados ha incrementado sustancialmente la inseguridad jurídica en el campo en la medida en que prácticamente cualquiera pueda plantear que las tierras en manos de una compañía fueron obtenidas de forma ilegal, y abrir así un proceso judicial de duración indeterminada y resultados inciertos.

Para relanzar las energías económicas del país en estos momentos de crisis, es necesario también relanzar la producción industrial, lo cual requiere superar tres obstáculos claves. Uno es la pobreza de la infraestructura nacional que dificulta la atracción de capital extranjero para el sector industrial. Por otro lado está la competencia internacional de productos de baja y media tecnología, particularmente como resultado de la expansión de las exportaciones chinas. Finalmente, está el hundimiento más allá de toda posibilidad de recuperación del mercado venezolano.

La salida de esta difícil encrucijada requiere que Colombia entre en un Plan Marshall de dimensiones históricas para elevar sus infraestructuras internacionales al nivel que requieren estos nuevos tiempos. Las infraestructuras, además, son la clave para la integración del territorio nacional en el posconflicto, es la manera de extender la presencia del Estado a través de toda la vasta geografía colombiana. Donde hay Estado no hay guerrilla ni hay BACRIM; y con estos no hay desarrollo y prosperidad.

Infraestructuras es también seguridad. Colombia es un país con fronteras no controladas, por las cuales entra y salen, casi a su antojo, los delincuentes y enemigos del Estado. Eso sucede en la frontera sur donde se encuentra la selva amazónica; en buena parte del oriente por la Orinoquia y también en buena parte del occidente conformado por una selva impenetrable. Una de las explicaciones de la prosperidad del narcotráfico en Colombia, que aún hoy y a pesar del Acuerdo de paz sigue prosperando, está en las fronteras

no controladas: Grandes partes de las fronteras del oriente y del sur del país son «tierra de nadie», por las que circulan armas, cocaína y dinero ilegal a discreción. La territorialidad difusa hace imposible la soberanía del Estado sobre la totalidad de su territorio.

El posconflicto deberá, pues, no obstante basarse no solo en conceptos de seguridad e infraestructuras. Requiere no menos un magno esfuerzo de pedagogía democrática en la que sean asumidos por todos mecanismos pacíficos de resolución de conflictos sociales y económicos. Ningún gobierno en el planeta está en condiciones de garantizar a sus ciudadanos una seguridad total y absoluta, o nunca caer en crisis económicas, particularmente en esta era de interdependencia global en la que no solo la prosperidad puede extenderse a través de las fronteras nacionales, sino también las hecatombes económicas como lo hemos visto a raíz de la crisis de 2008.

En lo que concierne a la sostenibilidad de la paz, la experiencia empírica transmite mensajes mixtos a Colombia. Por una parte, estudios comparativos indican que la construcción de paz se facilita cuando los conflictos no giran en torno a identidades étnicas o nacionales. Y el colombiano no es un caso étnico-nacional.

Por otra parte, el mensaje mixto que experiencias comparativas ofrecen a Colombia afecta también al hecho de que los conflictos de bajo costo en víctimas y desplazamientos (en el colombiano, en ambos casos, ha pagado un altísimo precio), se asocian con mayor efectividad en la construcción de paz, ya que así los impedimentos psicológicos a la reconciliación suelen ser menores. Por otro lado, y este podría ser el caso de Colombia, entre mayor sea la duración del conflicto, mayor será la probabilidad de que tanto las negociaciones de paz como una efectiva construcción de la paz acaben en éxito.

En esta encrucijada vital, vale la pena destacar también la ventaja que posee Colombia al momento de enfrentarse a los desafíos de la construcción de la paz. Se trata de la solidez de sus instituciones, o sea de la fortaleza del Estado. Es verdad que el débil control del Estado sobre vastas zonas del territorio nacional puede explicar en gran medida el auge del fenómeno guerrillero; pero los éxitos en la lucha contra las FARC han ido achicando constantemente el espacio vital de los insurgentes.

De todos modos, ya no se trata de una situación en la que se corre el riesgo del colapso, o incluso del debilitamiento, del Estado por la fuerte competencia por el control del territorio y por la legitimidad por parte de los grupos armados. Más aún, más allá de la cuestión territorial, están las instituciones democráticas del Estado colombiano. Colombia posee el aparato institucional necesario tanto para soportar un acuerdo de paz que sea tanto avalado por las instituciones democráticas como para sacar adelante las políticas necesarias del posconflicto.

Con base en estudios comparativos, es posible deducir que solo los acuerdos extensamente institucionalizados —que aporten garantías institucionales a

las partes— tienen probabilidad de ser estables. La efectividad de la construcción de la paz será mayor donde los conflictos cesen por medio de un acuerdo que incluya a todas las partes relevantes, que provea garantías a las partes en conflicto, que especifique los requisitos, compromisos y pasos que se darán hacia la implementación y que cuente con respaldo institucional. Todos estos hitos se cumplen en el caso colombiano.

Es vital acelerar la llegada de los frutos de la paz a las zonas particularmente afectadas por el conflicto. Ha sido por los muy modestos progresos en la cuestión socio-económica que en Salvador y Guatemala —ambos son casos de procesos de paz exitosos, pero de posconflicto altamente defectuoso— hubo un dramático incremento en la criminalidad. El éxito duradero de la paz requiere ofrecer logros tangibles en la economía y en la profundización de la democracia en la Colombia profunda.

Colombia, según un reciente informe de la Agencia Nacional de Inteligencia de EE.UU. está destinada a ser una de las grandes sorpresas de la economía mundial. Eso no depende de la solución del conflicto armado; pero el fin del conflicto facilitará que este despegue histórico sea más socialmente incluyente, y por lo tanto más potente y sostenible si cabe.

Instituciones inclusivamente democráticas son vitales para impulsar la globalización. Esa es la razón por la cual los países que mejor se adaptan a la globalización no son necesariamente los más ricos (Arabia Saudita, Irán, Nigeria), sino los más democráticos (Polonia, Taiwán, Tailandia, Corea...). Rusia se encuentra en tal caos precisamente por sus problemas de estabilización democrática. Son las civilizaciones débiles las que ven una amenaza cultural en la globalización.

La paz en Colombia no depende del desarrollo, pero debe ser acompañada y cimentada por él. Este proceso de paz, no obstante, anuncia que esta podría ser la hora de Colombia, la hora de un despegue de dimensiones históricas de las infraestructuras en este país, infraestructuras que consoliden la paz a través de la plena integración del territorio nacional en un Estado que llegue y controle eficazmente —a través de sus instituciones— todos los rincones de su vasta geografía.

En esencia se trata de rehabilitar las lecciones fundamentales que el economista inglés John Maynard Keynes procuró inculcar a los estadistas europeos después de la Primera Guerra Mundial en su libro: «Las Consecuencias Económicas de la Paz». Keynes intentó explicar que los mayores desafíos para una era de paz no son políticos o territoriales, sino económicos —hoy podríamos añadir ecológicos también—; y que las grandes amenazas a la estabilidad no residen solo en cuestiones de fronteras y soberanías, sino en alimentación, transporte y carbón. Al derrotado, no hay que aplicarle un castigo, es más bien necesario integrarle. Desde los escombros de la guerra, Keynes invitó a su generación a pensar en la reconstrucción del futuro, para el cual la demagogia y la mano dura del patriotismo vengativo parecían irrelevantes. Los mitos políticos son nefastos consejeros para una era de paz.

Franklin Delano Roosevelt, cuatro veces presidente, y el que lideró Estados Unidos a lo largo de prácticamente toda la Segunda Guerra Mundial fue el gran alumno de Keynes. No en vano es recordado más que nada como el hombre del New Deal, estructuras y trabajo social. Colombia necesita un proyecto titánico de infraestructuras a nivel del New Deal para la integración del territorio nacional.

También es una ventaja que sus interlocutores de las FARC dan la impresión de ser un grupo unido y cohesionado detrás de la política de paz. También es verdad que comunidades rurales en zonas de conflictos ya no consideran a las FARC como defensores de sus derechos. Lo cual requiere que el Gobierno recupere la fe que podría haber perdido en su capacidad de resolver sus problemas. Esa es la razón por la cual es vitalmente necesario llegar a una participación óptima de las sociedades rurales e indígenas en el proceso.

El meollo de la cuestión gira a pesar de todo en torno al régimen político, es decir, a las reglas que faciliten la integración de los grupos armados ilegales a la democracia liberal, en particular aquellas que, creando estímulos y fórmulas electorales que puedan incentivar a los grupos armados para que se incorporen a la democracia, reducen el grado de incertidumbre democrática.

Todos son dilemas difíciles para el Gobierno, no menos que para la sociedad. Liderar un país en tiempos de guerra es siempre más fácil que hacerlo en la transición a la paz. En tiempos de guerra, los gobiernos suelen tener detrás una sociedad unida. La guerra une y la paz divide, por lo cual el desafío de liderazgo es mayor en tiempos de cambio y búsqueda de la paz. No en vano, la Biblia exigía coraje para hacer la paz, no menos que para la guerra: **«Dios dará coraje a su pueblo, Dios bendecirá a su pueblo con la paz».**

Capítulo primero

Macrocriminalidad y función penal en lógica transicional: aportes posibles del derecho penal a las garantías de no repetición

Alejandro Aponte Cardona¹

Resumen

El presente trabajo adelanta una propuesta para comprender en un sentido renovado, la función del derecho penal en lógica transicional. Se trata de la construcción de relatos, por parte del derecho penal, en función de la creación de auténticos escenarios de no repetición. La función de la pena se traslada, desde una lógica puramente punitiva, carcelaria y retributiva, a la función de creación de relatos articulados, serios, consistentes con lo fáctico, en función de la creación igualmente, de auténticos escenarios de no repetición de aquellas conductas que justamente, en esta nueva dimensión de construcción de relatos, fueron materia de los mismos.

En la medida en que el derecho penal pueda adelantar esta construcción de casos especialmente representativos, en los que confluyan elementos fundamentales, como el tipo de delitos, el tipo de víctimas, los escenarios regionales, el tipo de aparato que los cometió, puede constituir un aporte a

¹ Director del departamento de Derecho Penal y Justicia Transicional, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de La Sabana, Chía-Bogotá, Colombia. El presente trabajo se inscribe, además del proyecto que reúne los autores de este volumen, en la labor desarrollada por el autor en la línea de derecho penal internacional, del proyecto de investigación «interacción entre el derecho internacional y el derecho interno: modelos de adaptación e impacto recíproco», del Grupo de Derecho Internacional de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana.

dinámicas de no repetición. Se trata de un claro mensaje: nunca más en este territorio y frente a estas víctimas, pueden volver a ocurrir estos hechos; así, el derecho penal, en conjunto con políticas de reparación, de dignificación de las víctimas, puede apoyar, como se dice, a la creación de garantías de no repetición. Se trata, además y por este mismo camino, de concebir el acuerdo de paz y sus piezas constitucionales y legales más relevantes, en el marco de un escenario renovado de la función político-criminal del derecho penal.

Palabras clave

Derecho penal, sentido de la pena, justicia transicional, garantías de no repetición.

Abstract

The present paper presents a proposal in order to understand, in a renewed manner, the role of criminal law in transitional logic. It refers to criminal law's construction of stories which seek the creation of authentic scenarios of non-repetition. The function of penalty translates from a purely punitive, incarceration and retributive logic, to the function of creating stories which are articulated, serious, and consistent with the facts, pursuing equally, the creation of authentic scenarios of non-repetition of those demeanors that, precisely in this new dimension of the construction of stories, were the subject of such scenarios.

Since criminal law can advance in this construction of particularly representative cases, in which fundamental elements meet, such as the type of crime, the type of victims, the regional scenarios, the type of apparatus that committed them, this can constitute a contribution to non-repetition dynamics. It is a clear message: never again in this territory and in front of these victims, can these events happen again. In this way, criminal law, together with reparation policies and the dignification of victims, can support the creation of guarantees of non-repetition. Furthermore, it is a mechanism for conceiving the peace agreement and its most important constitutional and legal pieces within the framework of a renewed scenario of the criminal and political function of criminal law.

Keywords

Criminal law, function of penalty, guarantees of non-repetition.

Introducción

El presente trabajo se ocupa de un tema que no es solo jurídico, sino que es profundamente filosófico y sociológico. Se trata de una de las discusiones más complejas que han acompañado al sistema penal desde sus orígenes y que se ha intensificado aún más, con el derecho penal moderno: la función de la pena; la misma idea del castigo, del sentido y límite del derecho penal. Se aclara, además, que el autor ha trabajado esta propuesta en diversos escenarios y ha venido madurando su tesis. Por ejemplo, en el contexto del proyecto conjunto sobre la «influencia de las víctimas en el tratamiento de la violencia colectiva» en los congresos efectuados en desarrollo de dicho proyecto, sobre todo en el encuentro final del mes de diciembre de 2016, se ventiló por varios autores y autoras, el tema de la función penal frente a la violación masiva de derechos humanos y del derecho internacional humanitario. En la publicación final hay aportes sobre el tema². El autor de este escrito, piensa los dilemas de la función penal frente a una paz posible, tanto en lógica transicional, como en general, de cara al papel del derecho penal en un contexto de posconflicto.

Se trata, pues, de un trabajo que, en lógica transicional y en el contexto del modelo transicional colombiano, indaga en el sentido de la pena que acompaña o que puede hacerlo, la implementación del modelo de justicia pactado como fruto del acuerdo firmado entre el gobierno y Estado colombiano, y las guerrillas de las FARC. Es, además, de un acuerdo que es implementado a través de las reformas constitucionales, y de la expedición de leyes y decretos. Cuando se habla del modelo transicional colombiano, no solo se hace referencia al modelo más actual surgido del acuerdo mencionado, sino que se refiere igualmente, en perspectiva, a la discusión generada desde el proceso especial de Justicia y Paz y de sus lecciones aprendidas.

Así, se postula la tesis fundamental del presente trabajo: se trata de replantear la función de la pena y del mismo derecho penal, en lógica transicional, pero que puede y debe ser pensada en una perspectiva incluso más amplia, de tal suerte que el derecho penal y la pena que se imponga en su ejercicio y desarrollo, deben ser concebidas más en función de la construcción de relatos para generar auténticos espacios de no repetición. Es decir, se trata de fundamentar una nueva función de la pena y del derecho penal, no restringida al punitivismo retribucionista, o a un ideal instrumental de prevención general, sino de impulsar un modelo que, a partir de un cambio en la comprensión de sus propios límites, sirva para construir o elaborar relatos

² Se hace referencia aquí al proyecto: «La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva» (DER2013-43760-R), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad y el cual ha sido liderado por la profesora Alicia Gil, el Instituto Universitario Gutiérrez Mellado y su director Miguel Requena. Los resultados han sido publicados en el libro que lleva el mismo título, y que ha sido editado en el mes de junio en Madrid por la editorial Dikynson.

sobre los crímenes ocurridos, los responsables, las víctimas, los territorios, los tiempos, los terceros que los apoyaron, etc., todo ello en función de la creación de auténticos espacios de no repetición. Este hecho, además, en relación concreta con las víctimas, quienes son los sujetos por excelencia de las garantías de no repetición.

En el presente escrito, se plantean y estudian escenarios en los cuales es claramente perceptible y defendible la propuesta que se presenta. Así, por ejemplo, está presente de manera clara, en los casos auténticamente representativos, pero también, en la nueva visión de la lucha contra las drogas que, desde el cuarto acuerdo con las guerrillas de las FARC, representa un nuevo modelo en la lucha contra este flagelo o, siendo esto fundamental, se representa también en la perspectiva descriminalizante de la protesta social, que introduce hoy la Ley de Amnistía y que tenía en una directiva de la Fiscalía General de la Nación del año 2015, una dirección clara. Son todos aportes a una renovada función del derecho penal y, sobre todo, en la perspectiva de una paz posible. Se aclara, finalmente, que en el trabajo se hace recuento de hechos históricos, necesarios para que el público extranjero, tenga elementos de juicio y de contexto para valorar las tesis que se plantean.

Los límites del derecho penal frente a la macrocriminalidad

Tal como se aclaró en la presentación, cuando se hace referencia aquí al modelo transicional, no se restringe ello únicamente al actual modelo desarrollado a partir del acuerdo con las guerrillas de las FARC. Es un modelo que comenzó a forjarse de forma paralela a la expedición de la denominada Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005), legislación con base en la cual fueron desmovilizados miembros de grupos paramilitares, comprometidos en la comisión de los más graves crímenes internacionales, cometidos especialmente contra civiles indefensos.

En el periodo comprendido entre la propuesta del gobierno de entonces, denominada de «alternatividad penal», hacia el año 2003, basada en una absoluta alternatividad para dichos miembros, sin castigo penal efectivo, y la expedición de la Ley que sí contempló una pena entre cinco y ocho años de cárcel con una serie de condiciones, puede decirse que entró en escena la discusión sobre justicia transicional en el país. Luego de que el presidente de entonces, presentó su proyecto de alternatividad a Naciones Unidas, donde fue criticado severamente por los beneficios que otorgaba y que lo obligó a replantear su proyecto legislativo que amparaba la desmovilización, se generó con ello una rica discusión en la comunidad jurídica y, en especial, en el Parlamento colombiano, en el cual tuvo lugar la presentación de innumerables proyectos de ley³.

³ El autor de este escrito, se ocupó en su momento de la reconstrucción de este proceso de configuración de la ley, y de los debates arduos y fundamentales que tuvieron lugar.

Por primera vez en el país, se hizo referencia la triada, verdad, justicia y reparación. (Se aclara que en esa época, cuando se hacía referencia a escenarios de no repetición, se hacía en el contexto de la reparación. Hoy tenemos una terna ampliada, por decirlo así, de tal suerte que a los componentes tradicionales de verdad, justicia y reparación, se agrega de manera fundamental, las garantías de no repetición). De hecho, por ejemplo, el acto legislativo 1 del 4 de abril de 2017, que concreta el acuerdo 5 del Estado y las guerrillas, «por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones», regula, en el primer capítulo, el «Sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición». Es ya una posición común, entender la función de la no repetición de manera independiente y con una finalidad específica (véase, a propósito, en este volumen, el trabajo de Diana Dajer).

Así, con la expedición de la Ley de Justicia y Paz, entra en la comunidad jurídica el debate sobre justicia transicional y sobre la función de la pena frente a la comisión de miles de conductas constitutivas de violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario. En un lenguaje más propio del derecho penal y más actual: conductas que constituyen crímenes internacionales.

En desarrollo del proceso especial de Justicia y Paz, los fiscales y luego todos los operadores del sistema, comenzaron a trabajar desde un principio, dando cuenta del último hecho y del último responsable y, en poco tiempo, tanto fiscales, como jueces, procuradores y defensores públicos, se vieron abocados a una realidad incuestionable: la masividad de hechos y autores, hacía imposible avanzar con un modelo de derecho penal que pretendía investigar y sancionar hasta la última conducta y al último responsable. Así, de manera generalizada, los fiscales hacían referencia a la imposibilidad fáctica de avanzar en el proceso y al fantasma del colapso, si se persistía en una lógica investigativa tradicional.

Masividad de crímenes y límites del derecho penal: la angustia de los operadores de un sistema penal tradicional

En relación con el proceso de Justicia y Paz, el fantasma del colapso se hacía cada vez más evidente y el sistema tenía que reaccionar. Hacia los años 2010 y 2011, entraba en debate público, la necesidad de tomar medidas urgentes, y se habló por primera vez en el país, de manera reiterada, de la necesidad de priorizar, de introducir estrategias de selección de casos, basada en una

Ver, al respecto, APONTE, Alejandro, «Estatuto de Roma y procesos de paz: reflexiones alrededor del "proyecto de alternatividad penal en el caso colombiano"», en: APONTE, Alejandro, «Derecho Penal Internacional. Textos escogidos», Volumen II, editorial Ibáñez, Bogotá, 2014, pp. 176-214.

estrategia razonable y racional, apuntalada sobre los dictados del principio de realidad.

El autor de este escrito, hacia el año de expedición y de implementación de la Ley de Justicia y Paz, se desempeñaba como director del área de justicia del observatorio internacional de la Ley de Justicia y Paz, proyecto liderado por el CITpax- Madrid y su oficina en Colombia. En desarrollo de esa labor, el equipo de trabajo cubrió numerosas diligencias de versión libre en las cuales los paramilitares narraban los innumerables crímenes cometidos, los lugares, los contextos, las víctimas..., las alianzas de todo tipo, adelantadas con funcionarios estatales.

Un hecho narrado por una fiscal especialmente diligente y aguda, que laboró en la entonces Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía General de la Nación, reflejaba una angustia en los operadores, que inducía y obligaba a repensar el modelo con el cual comenzó su labor el sistema creado en ese momento. En efecto, los fiscales comenzaron a trabajar desde un principio, dando cuenta del último hecho y del último responsable y, en poco tiempo, tanto ellos como los jueces, procuradores y defensores públicos, se vieron abocados a una realidad incuestionable: la masividad de hechos y autores, hacía imposible avanzar con un modelo de derecho penal que pretendía investigar y sancionar hasta la última conducta y el último responsable. Así, la fiscal en cuestión, personalmente, expresó su angustia al autor de este escrito, hecho que se toma en este contexto con un sentido más general: «Tengo alrededor de cien casos documentados. Todos ellos con decenas de víctimas. He avanzado en unos veinte casos y me faltan ochenta por documentar bien. Las víctimas de los primeros me presionan para seguir y las víctimas de los que me faltan me presionan. No sé qué hacer».

Pero, en medio de esta angustia, una cosa era evidente y tenía un sentido muy positivo: la cantidad de información que los operadores pudieron acopiar, relacionada con la forma de operar de los grupos, sus alianzas, los crímenes cometidos, los contextos, era monumental y debía permitir la reconstrucción, no solo de la comisión de hechos individuales, sino de la comisión de conductas propias de verdaderos aparatos criminales. Se trataba de información fundamental que debía ser repensada en función de las garantías de no repetición, justo para que dichos hechos no volviesen a ocurrir. Se abría paso, a partir de la realidad fáctica, la necesidad de repensar el modelo tradicional de investigación y sanción de la macrocriminalidad; se trata así entonces, mejor, de ilustrar no tanto la comisión de crímenes por parte de individuos, sino por verdaderos aparatos que actuaban durante años, sobre diversos territorios, cometiendo toda clase de crímenes y contra la mayor diversidad de víctimas.

A pesar de los dictados del principio de realidad, los debates respecto de la posibilidad de priorizar o seleccionar, fueron arduos, pues en algunos sectores se hizo referencia a la posible impunidad del sistema, si se adoptaba dicha estrategia.

Límites del derecho penal y el fantasma de una posible impunidad

Era una reacción que parecía lógica, pues, además, desde los sistemas de protección de derechos humanos, con base en experiencias previas claramente marcadas por la falta de sanción de actores involucrados en graves crímenes, parecía establecerse el supuesto de que la obligación de investigación y sanción de violaciones de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, era absoluta y los Estados debían cumplirla frente a la totalidad de hechos y de responsables. Hoy, esta premisa ya no constituye una verdad incuestionable y la comunidad jurídica entiende que se trata de un deber estatal que puede y debe ser valorado en función de otros supuestos esenciales, como es el caso de la búsqueda de una paz posible.

De esta forma, hacia el año 2012, con base en supuestos fácticos incuestionables y con base en una agenda que colocaba la persecución penal nacional de crímenes internacionales en la primera línea, el fiscal general de aquel entonces, apuntaló su administración sobre la base de la necesidad de priorizar y de avanzar así en la verdadera ilustración de los casos más complejos y de los más grandes responsables. Nació de esta forma la estrategia de priorización de ese año, que fue el punto de partida de una reforma estructural de la Fiscalía General de la Nación que, además, llevaba necesariamente implícita una nueva forma de concebir la función del derecho penal en lógica transicional y frente a la macrocriminalidad. Se trató de la concepción y creación de la estrategia de priorización. Pero, además, esta estrategia introdujo un lenguaje que hoy, como se verá, está presente en la Constitución y los dictados de la ley.

La estrategia de priorización de la Fiscalía General de la Nación: una gran apuesta por reducir complejidad

La estrategia de priorización, contenida en la directiva 001 de 2012 de la Fiscalía General de la Nación fue, como se dice, una respuesta institucional que, en los años siguientes, adquiriría un rango constitucional y legal; es decir, hoy hace parte del lenguaje y de la normativa institucional del país⁴. La directiva y la estrategia, presentaron al debate público los criterios subjetivos, objetivos, los criterios complementarios. Presentó la noción de *contexto* en un lenguaje renovado y diferente, con alcances institucionales⁵. Para ello

⁴ Se trató de la Directiva «por medio de la cual se adoptan unos criterios de priorización de situaciones y casos, y se crea un nuevo sistema de investigación penal y de gestión de aquellos en la Fiscalía General de la Nación» disponible en el link: <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Directiva-N%C2%B0-0001-del-4-de-octubre-de-2012.pdf>

⁵ Para una reconstrucción del proceso de elaboración de la estrategia, ver: Fiscalía General de la Nación. La priorización. Memorias de los talles para la construcción de los

se creó la Unidad Nacional de Análisis y Contextos, (DINAC), hoy denominada Dirección Nacional de Análisis y Contextos.

Se produjo entonces una reestructuración compleja y completa, del aparato investigativo. La noción de máximo responsable, los criterios de selección y, particularmente los criterios de priorización en conjunto, incluso derivaciones actuales como la noción de «participación determinante», conforman un renovado lenguaje, que ya hace parte del uso común en Colombia.

Además, es un lenguaje hoy de carácter constitucional, con la consagración en su momento, también en el año 2012, del denominado «Marco Jurídico para la Paz», asentado de hecho sobre el lenguaje de la priorización. Estableció así en su momento, el Acto Legislativo No. 1 de 2012 sobre el artículo transitorio 66 de la Constitución Política:

«Tanto los criterios de priorización como los de selección son inherentes a los instrumentos de justicia transicional. El Fiscal General de la Nación determinará criterios de priorización para el ejercicio de la acción penal. Sin perjuicio del deber general del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, en el marco de la justicia transicional, el Congreso de la República, por iniciativa del Gobierno Nacional, podrá mediante ley estatutaria determinar criterios de selección que permitan centrar los esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables de todos los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio, o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática...»⁶.

Luego, en el año 2012, fue incorporado dicho lenguaje que es, además, una metodología de trabajo, en la propia reforma a la Ley de Justicia y Paz. Así, se exigía a los operadores, centralizar los esfuerzos en función de criterios para acertar con base, no solo en los límites internos del derecho penal, sino con base en la limitación de los propios recursos humanos y económicos del sistema penal⁷.

criterios del nuevo sistema de investigación penal. Disponible en: <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/123719-Libro-de-priorizaci%C3%B3n-web.pdf>

⁶ Actualmente, este articulado normativo fue incluido y modificado en el artículo 3° del Acto Legislativo 001 de 2017, en tanto agrega que la competencia de la Fiscalía para determinar los criterios de priorización se dará «salvo en los asuntos que sean de competencia de la Jurisdicción Especial para la Paz» y que la autorización de la renuncia condicionada a la persecución penal de algunos casos se debe dar «sin alterar lo establecido en el Acuerdo de creación de la JEP y en sus normas de desarrollo».

⁷ Esto se evidencia en la Ley 1592 de 2012, por medio de la cual se introducen modificaciones a la Ley 975 de 2005, cuyo primer artículo indica que el artículo 2° de la ley modificada señalará que el ámbito de la ley, interpretación y aplicación normativa de esa normativa se hará «aplicando criterios de priorización en la investigación y el juzgamiento de esas conductas».

La función esencial del criterio de representatividad

Para efectos de la exposición, un criterio de priorización y de selección, tiene un valor especial. Se trata del criterio de *representatividad*. Si bien es conocido como un criterio complementario y, a partir de ello, podría pensarse que es una especie de criterio con contenido e impacto menor, se trata de un criterio fundamental y que hoy se erige incluso como un criterio básico contenido en la estructura de la Jurisdicción Especial para la Paz y en la Ley de Amnistía; es, de hecho hoy, al lado de la selección como presupuesto general y junto al criterio de gravedad, el criterio básico previsto para la actuación por ejemplo, de la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, en la estructura concebida para la Jurisdicción Especial para la Paz; también de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, que como lo indica el primer inciso, del artículo transitorio 7° del Acto Legislativo 001 de 2017, «desarrollarán su trabajo conforme a criterios de priorización elaborados a partir de la gravedad y representatividad de los delitos y del grado de responsabilidad en los mismos»⁸.

Se trata, el criterio de representatividad, en consonancia por supuesto con el criterio de gravedad, de un criterio fundamental, además, en la medida en que se pueda asociar con otros criterios centrales, como son los criterios regionales por ejemplo y criterios asociados a las acciones cometidas y, por supuesto, al tipo de víctimas de conductas concretas. Así se construyen casos representativos con un valor fundamental. De esta forma, igualmente y en el contexto de este trabajo, se construyen casos cuyo impacto sea tan definitivo, que sirva realmente para crear espacios auténticos de no repetición. Esta es la propuesta que acompaña este escrito.

La desactivación de los aparatos criminales: una auténtica garantía de no repetición

No se trata de prurito simple de un caso emblemático o de un caso ejemplarizante. Se trata de ligar criterios y contenidos de verdad insoslayables, para construir casos tan complejos que revelen no la actuación de individuos, sino de verdaderos aparatos criminales; que dibujen los contextos que propiciaron la actuación macrocriminal en un entorno social, cultural y político concreto, en una región particular, por actores específicos y frente a víctimas también muy concretas. Su efecto real, no debe ser tan solo el de sancionar a los actores de los hechos, incluso a los máximos responsables o a quienes tuvieron participación determinante, sino y con ello, crear espa-

⁸ Así mismo, en el Acto Legislativo 001 de 2012, en el artículo 1° se indica que «(...) La ley estatutaria tendrá en cuenta la gravedad y representatividad de los casos para determinar los criterios de selección (...)».

cios auténticos para que la comunidad donde se actuó, pueda libremente y con presencia de un Estado que los proteja, apostar por la reconstrucción de las vidas de sus gentes; que sirva para reconocer la verdad de los hechos y así propiciar espacios de reconocimiento mutuo y de reconciliación. Lo más importante y este es el sentido de la no repetición con la que se trabaja en este texto: para que no se produzcan de nuevo los crímenes que más desarticulan el tejido social.

Por ello, además, uno de los efectos más concretos y por los cuales se debe trabajar denodadamente, es la desactivación de los aparatos macrocriminales. Es decir, si se tiene la ingente información de cómo actuaron, sus alianzas, sus protectores, el sistema penal, en esta lógica renovada que se propone, debe, en conjunto con las demás instancias estatales, desactivar efectivamente los aparatos. De lo contrario, no servirá su trabajo hacia el futuro.

El caso representativo

Un caso representativo, bien construido, debe aportar, en conjunto con dinámicas de reparación y de garantías de no-repetición, a un «nunca más», respecto de hechos terribles ocasionados por los actores de la guerra. Por ejemplo, el caso ya fallado en el contexto de Justicia y Paz, sobre los «niños del alemán», en referencia a la dinámica paramilitar de reclutamiento, agenciada de manera especial por Alias el alemán; en este caso, la documentación en detalle de esta práctica extendida de reclutamiento, es un ejemplo concreto de cómo se pueden construir relatos complejos, en función de dinámicas de no-repetición⁹. Esto, justo para que no se vuelva a repetir un fenómeno similar que desintegra una comunidad.

En este sentido, casos documentados sobre reclutamiento de indígenas o de personas de comunidades afro, constituyen otro tipo de casos emblemáticos, en la medida en que se devela la práctica completa, sus móviles, la política general, los lugares, los responsables, la duración de la misma. Por ello, un caso auténticamente representativo es un caso en el cual, como se dice, deben confluír los más variados criterios. También casos crueles de agentes del Estado que asesinaron civiles para presentarlos como «positivos» en la guerra, pueden y deben ser documentados en una perspectiva indicada; por supuesto, en estos caso, no se trata de sancionar simplemente a quienes materializaron las conductas, sino de desvelar también las políticas, los entornos, las alianzas, los que encubrieron los hechos, etc. Es un auténtico ejercicio de hallar verdades, más allá de lo más evidente que son los asesinatos mismos.

⁹ Véase, por contener una secuencia detallada de sentencias contra este jefe paramilitar, la providencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, contra Freddy Rendón Herrera, con radicado No. 38222.

Otro ejemplo muy crítico que, al igual que el reclutamiento y que en muchos contextos, se liga de hecho al desplazamiento forzado y al reclutamiento, son los casos de agresiones sexuales en conflicto armado, práctica en la cual han incurrido todos los actores del conflicto armado interno, sin excepción. Prácticas de aborto forzado, de desnudez forzada en persona protegida, de agresión contra miembros de comunidades LGTBI, de agresiones sexuales producidas por agentes del Estado, con absoluta impunidad; casos donde confluyen no solo el aspecto puramente sexual, sino el desprecio por la diversidad y las opciones sexuales, son casos que, bien documentados, deben ilustrar prácticas culturales, códigos machistas, discriminatorios, prácticas deleznable que no se pueden repetir.

En este sentido, igualmente, casos documentados, en los cuales por ejemplo, en la Costa Norte del país, jefes paramilitares recogían mujeres muy jóvenes, indígenas muchas de ellas, y las convertían en esposas por la fuerza, es decir, casos claros de matrimonio servil, como crimen de guerra, su ilustración debe desvelar estas prácticas en función de la no repetición; de la creación de entornos respetuosos de la decisión de la mujer sobre su sexualidad. De la misma forma, políticas de algunos frentes guerrilleros, de abortos forzados o de esterilización, son prácticas que necesariamente ilustrarían casos representativos.

Así, entonces, el caso representativo no es aquel que se disuelve en responsabilidades individuales, sino que constituye una auténtica fotografía de lo sucedido. Por eso son representativos. Además, un caso ilustrativo, en el cual confluyan diversas víctimas, es un caso que, bien construido, puede crear identificaciones de decenas de víctimas que por las más diversas razones, sus casos no pudieron ser reconstruidos. Ello es común en casos de agresiones sexuales, en los cuales es muy difícil reconstruir hechos en el tiempo.

Verdad y poder: el juez como constructor de contradiscursos frente a los discursos criminales

Hay, como se ve, una dimensión de verdad en esta función de la pena que se impulsa en este escrito. Pero no se trata de una especie de competencia por ejemplo con la función de una comisión de la verdad; es complementaria, deben actuar en conjunto. En todo caso, un aspecto central de la tesis que aquí se propone, es que permite a los fiscales y jueces, elaborar contradiscursos, elaborar relatos que sirvan para contrastar justamente discursos excluyentes, discriminatorios; igualmente, discursos que justificaron la muerte de civiles, a partir del uso de un lenguaje deshumanizante.

En el proceso especial de Justicia y Paz, se ventilaron al principio, sobre todo, casos en los cuales se narraron hechos de paramilitares, y en cuya narración, se usaba el lenguaje como técnica racionalizada de justificación

de las muertes y de los crímenes en general: «a ese lo matamos por sapo»; esa era la «moza del guerrillero y la matamos por puta»; «eran desechables que daban información al enemigo», fueron expresiones utilizadas recurrentemente¹⁰.

Este lenguaje que operó, como lo ha llamado la criminología crítica, como *técnicas de neutralización*, debe ser contrastado con un relato construido en función de la humanización, de la negación de las técnicas racionales de deshumanización usada por los criminales. El juez arrebató así al criminal el discurso racional de justificación de las muertes y le antepone un relato complejo de realidades incluso ocultas que han subyacente a los crímenes. No olvidemos siempre el gran legado de Michel Foucault, en su magnífico trabajo sobre la verdad y las formas jurídicas que, siguiendo a Nietzsche, establece una premisa incuestionable: a la construcción de la verdad, subyacen siempre formas, incluso ocultas, de poder, que son la que le dan sentido y realidad en un tiempo y lugar, a un contenido de «verdad» que se impone. Dice, de manera clara, el filósofo del poder:

«Solo puede haber ciertos tipos de sujetos de conocimiento, órdenes de verdad, dominios de saber, a partir de las condiciones políticas, que son como el suelo en que se forman el sujeto, los dominios del saber y las relaciones con la verdad»¹¹.

Lo más importante: a la verdad subyacen ante todo relaciones de poder. Así, el juez entra entonces a participar en la competencia discursiva y social por la construcción de la verdad, y su papel en la construcción de relatos, como aquí se propone, puede y debe ser fundamental en esta competencia que hoy es feroz en el país.

Convergencia de nuevas dogmáticas frente a las exigencias del derecho penal en lógica transicional

Cuando se habla aquí de construcción de contextos, de construcción de relatos, de hallazgo y comprobación de móviles y patrones, ello entraña, no solo una transformación institucional por ejemplo de la Fiscalía General de la Nación o del trabajo de jueces, sino que entraña una transformación cul-

¹⁰ El autor de este escrito, como director del área de justicia del observatorio internacional de la Ley de Justicia y Paz, del CITpax Colombia, tuvo la oportunidad de cubrir con su equipo numerosas diligencias de versión libre, en las cuales se confesaban las conductas y presencié el uso de epítetos y formas de lenguaje de descalificación del otro, de las víctimas; incluso, muchas de las alusiones, se hacían de manera inconsciente. Ver, al respecto, primer informe del área de justicia del observatorio Internacional de la Ley de Justicia y Paz, y ver el aparte referido a las técnicas de neutralización. Ver, al respecto, APONTE, Alejandro, director, área de justicia, primer informe. Disponible en: <http://www.citpaxobservatorio.org/index.php/justicia>

¹¹ FOUCAULT, Michel, primera conferencia que compone el libro, «La verdad y las formas jurídicas», Gedisa editorial, 2001, Barcelona, p. 32.

tural profunda. Ello requiere tiempo, pero debe avanzar; los fiscales, jueces, procuradores, no pueden seguir pensando en modelos tradicionales de atribución de responsabilidad, en fórmulas de imputación sin consecuencias reales y que solo delimitan responsabilidades individuales, perdiendo de vista la actuación macro de los aparatos criminales. Una sentencia contra un individuo, solo tiene sentido, si ella constituye un mapa de la actuación del grupo.

El sistema penal avanza en esta perspectiva, así como surgen nuevos aportes en la discusión doctrinal. Así, por ejemplo, modelos de imputación como el denominado modelo de la «doble imputación», apenas en una etapa inicial en el país, constituye un esfuerzo que bien definido, puede aportar en la dirección propuesta en este trabajo.

Doble imputación y fotografía de la actuación macrocriminal

A continuación, se hará una referencia corta al modelo, en función de la tesis central aportada en este escrito. En el origen de la discusión en Colombia, hay que situar la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional, que abordó la constitucionalidad del Marco Jurídico para la Paz y concibió, por ejemplo, la noción de máximo responsable, en relación con la manifestación fenomenológica que adopta el delito de sistema¹².

Lo novedoso de la sentencia de la Corte Constitucional radica en sujetar la figura de máximo responsable a las *estructuras de doble imputación*. Esto último, a pesar de que la misma Corte no aclara ni desarrolla los contenidos de esta teoría. Tan solo establece lo siguiente:

«Este concepto está relacionado con la doble imputación que implica todo crimen internacional, en el cual no solamente se investiga el *hecho individual* (imputación individual) sino también el hecho total ("*Gesamtat*") que describe el respectivo contexto colectivo de comisión (imputación colectiva)».

El concepto mismo, fue puesto en la escena nacional por el entonces fiscal general de la Nación, Eduardo Montealegre, en el *IX Conversatorio de la Jurisdicción Constitucional de Colombia «Diálogo Constitucional por la Paz»*, en el cual expuso los lineamientos generales de la teoría de doble imputación. De acuerdo con esta postura, lo esencial de la teoría radicaría en el supuesto de que el hecho individual delictivo (delitos individuales que adquieren, por ejemplo, no solo en su momento en el marco para la paz, sino de manera

¹² En el aparte relevante, la Corte alcanza esta conclusión que la explica de la siguiente forma: «Por lo anterior, el concepto de máximo responsable no puede identificarse necesariamente con un autor excluyendo a los partícipes, ni con el autor de un delito agravado, ni con un líder, sino que depende de la estructura misma de los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra y está relacionada con el concepto de macrocriminalidad para desmembrar la estructura organizada». Corte Constitucional, sentencia C-579 de 2013, MP: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, aparte 8.3.2.

general, connotación de crimen de lesa humanidad, crimen de guerra, o genocidio), debe imputarse al hecho total (*Gesamttat*) de la organización, considerado como delito de sistema. Definido el hecho total de la organización, procede su imputación a los máximos responsables o a personas que ejercieron —a manera de rol esencial— la dirección y control del aparato, o que están vinculados por actividades de financiación (v.gr narcotráfico o terceros civiles involucrados) del aparato macrocriminal.

Se advierte, como se ve, que se trata de una figura con un desarrollo nacional e incluso internacional, apenas incipiente y que debe ser abordada con todas las precauciones y teniendo en cuenta las implicaciones que ella puede ocasionar. Se encuentra situada, además, y por sus propios fines, en las fronteras entre la política criminal, los desarrollos internacionales, la lógica transicional e, incluso, en las fronteras con figuras más próximas a la reparación. En ella confluyen, por decirlo así, varias dogmáticas: la dogmática de los derechos humanos y de la atribución de responsabilidad al Estado, una dogmática del derecho penal y una muy propia del derecho penal internacional, más relacionada siempre con la identificación del contexto, del ámbito contextual propio de los crímenes internacionales.

Así, por ejemplo, y haciendo referencia a los crímenes de guerra que, en el caso colombiano, constituyen la mayoría de los crímenes cometidos, el elemento contextual, que es el conflicto armado interno, hace que los hechos individuales (*Einzeltaten*), requieran, para efectos de imputación, un elemento contextual internacional que propicie el hallazgo mismo del «hecho total» o (*Gesamttat*).

Este elemento contextual adicional, permitiría la atribución de responsabilidad, no solo a los individuos aislados que cometieron crímenes, sino de aquellos responsables de los planes y políticas. Así, se requeriría, más,

«una perspectiva doble: primero, la perspectiva colectiva se centra en el *elemento contextual* perteneciente a todos los participantes; es decir, el contexto o la situación criminal objetiva supra-individual. En segundo lugar, este contexto puede ser imputado como un todo o en parte a los participantes individuales, mediante el empleo de reglas concretas de imputación...»¹³.

Por ello, a pesar de que la noción de hecho total, pueda interpretarse erróneamente como una especie de contexto general a partir del cual se pueden imputar todos los delitos a todos los actores y que por ello pueda ser aprovechada para impulsar modelos que expanden la responsabilidad, como es el caso de la «empresa criminal común» por ejemplo, su efecto político criminal es totalmente distinto.

¹³ AMBOS, Kai, «¿Cómo imputar a los superiores crímenes de los subordinados en el derecho penal internacional? Fundamentos y formas». Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, p. 75.

Es una fórmula de imputación más propia para detectar la responsabilidad del máximo responsable o, en el caso de terceros civiles que, como ha ocurrido en el caso colombiano y se ha ventilado con suficiencia en el caso de Justicia y Paz, han apoyado con recursos los aparatos criminales y han estado detrás de muchos de sus crímenes. Así lo establece, por ejemplo, el artículo 15 transitorio del Acto Legislativo 1 del 4 de abril de 2017, que se refiere a «aquellos terceros que hayan tenido una participación activa o determinante» en la comisión de delitos especialmente graves. Por su parte y en consecuencia, un número muy importante de miembros del grupo, puede y tiene que ser sujeto de políticas de beneficios penales o de amnistías o indultos. La atribución del hecho total de la organización a sus máximos responsables, permite la vinculación de los delitos individuales a primera vista inconexos y aislados, sin patrones comunes ni modos de ejecución criminal. Pero, una vez se obtiene la conjugación de los hechos particulares constitutivos del hecho total, se procede a identificar las responsabilidades penales individuales que correspondan. Con esa finalidad habrá de indagarse por el papel o rol del sujeto en la organización y su contribución al hecho total. Los máximos responsables serán penalmente responsables por las conductas constitutivas del hecho total; pero, además, no solo ellos, sino aquellos que tuvieron una participación determinante o aquellos que en todo caso, puedan tener una mayor responsabilidad.

Así, al no ser una fórmula de atribución indiscriminada y totalizante de responsabilidad, debe operar como una construcción metodológica que, a manera de un mapa o de una fotografía de los hechos ocurridos, pueda unirlos en un contexto racional, serio, acorde con el *modus operandi* de los grupos y siempre conscientes de las falencias de modelos de atribución penal a menos individuos, por hechos aislados e inconexos. Si se aplica, debe aplicarse de manera fundada, acorde con estrategias de priorización y con los avances político-criminales, algunos de los cuales se hace reseña central en este trabajo.

Los límites del derecho penal de cara a la no repetición

Por supuesto que lo que se expone aquí, no pretende, en ningún caso, por otra vía diferente a la absolutización del deber de investigar y sancionar, expandir artificialmente los efectos del derecho penal. Es decir, el derecho penal, en una lógica diferente a la meramente punitiva, puede apoyar la creación de espacios de no repetición, pero no sustituye en ningún caso las políticas estatales dirigidas a la creación precisamente de garantías de no repetición. Por ejemplo, y como se verá en seguida, la visión renovada de la lucha contra las drogas ilícitas, constituye un paso fundamental hacia una renovada función del derecho penal. Pero, y tal como lo establece el acuerdo cuarto con las guerrillas, el papel del derecho penal es residual; en esa visión renovada, deben confluir las más diversas instituciones, las más

diversas acciones estatales y los más diversos actores de la sociedad civil. Debe operar una auténtica confluencia de las políticas públicas.

Otro ejemplo es tanto más ilustrativo: tal como se estudiará al final de este escrito, el tratamiento de la protesta social, que establece la Ley de Amnistía, en el sentido de descriminalizar la protesta, de defender del propio derecho penal a líderes sociales, a líderes del proceso de restitución de tierras, a líderes indígenas, etc., solo tiene sentido real si, simultáneamente, el Estado protege a los líderes que hoy están siendo asesinados. De lo contrario, el efecto del derecho penal será insuficiente, sin implicación real para la reconstrucción de tejido social. Este es el verdadero sentido de la no repetición.

El nuevo paradigma de la lucha contra las drogas ilícitas: hacia la confluencia necesaria de las políticas públicas

Cada uno de los acuerdos firmados entre el gobierno y el Estado, y las guerrillas de las FARC, contiene un catálogo de principios, ligados a una introducción o diagnóstico del problema. En este caso particular, en los supuestos iniciales, se considera «que la producción y comercialización de drogas ilícitas y las economías criminales han tenido graves efectos sobre la población colombiana, tanto en el campo como en la ciudad, afectando el goce y ejercicio de sus derechos y libertades, y que las mujeres y jóvenes han sido afectados de forma particular por estas economías criminales». Y atendiendo al hecho de que, igualmente, «el cultivo, la producción y comercialización también han atravesado, alimentado y financiado el conflicto interno», se debe plantear una política diversa a la tradicional en la lucha contra las drogas ilícitas¹⁴.

Luego, respecto de un nuevo sentido humanizante y humanizador que comporta el tratamiento del narcotráfico y, en general, de las drogas ilícitas, el punto 4.1.3.6 que se refiere al «Plan de atención inmediata y desarrollo de proyectos productivos» y establece una serie de beneficios y garantías para las personas cultivadoras y sus familias que se comprometan con la sustitución y no resiembra, que incluyen asistencias alimentarias hasta por un año, establecimiento de huertas caseras y entrega de insumos con su respectivo acompañamiento técnico e inscripción a proyectos de generación de ingresos rápidos. Así mismo, contempla otros beneficios y garantías para la sociedad en general como guarderías para infantes en las zonas rurales, construcción y dotación de comedores escolares, etc. (Página 113 del acuerdo final).

¹⁴ Gobierno de Colombia-FARC-EP, acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, (acuerdo final del 24.11. 2016), versión en PDF tomada de la página: www.mesadeconversaciones.com.co/ p. 98.

De conformidad con los mismos principios, el acuerdo establece lo siguiente: Así, en consecuencia, el acuerdo propone (punto 4.1.3.4, página 108 del acuerdo final), un «tratamiento penal diferencial» que consiste en «renunciar al ejercicio de la acción penal contra los pequeños agricultores que estén o hayan estado vinculados con el cultivo de cultivos de uso ilícito cuando, dentro de un término de 2 años, contados a partir de la entrada en vigencia de la nueva norma, manifiesten formalmente ante las autoridades competentes, su decisión de renunciar a cultivar o mantener los cultivos de uso ilícito»¹⁵.

De una visión punitivista y militarista del problema de las drogas, a una visión humanizadora

De esta manera y respecto de la respuesta propiamente jurídico-penal, lo más interesante es el cambio del paradigma: se desea transitar, de una visión punitivista a una visión humanista. Dice el acuerdo entonces, que habrá un «tratamiento penal diferencial». Ello, «a partir de una visión integral». Así, este establece, que el «gobierno se compromete a tramitar los ajustes normativos necesarios que permitan renunciar al ejercicio de la acción penal o proceder con la extinción de la acción penal contra los pequeños agricultores y agricultoras que están o hayan estado vinculados» a los cultivos ilícitos. Es una deposición que nunca ha tenido lugar en el caso colombiano y que refleja el cambio de paradigma que, ligado al tema de la paz, hunde sus raíces más profundas en respuesta al tratamiento que tradicionalmente se le ha dado al problema de las drogas.

En efecto, a lo largo de años, de décadas, sobre todo a partir de la década del ochenta, en el siglo pasado, el problema general del narcotráfico en el país, ha sido abordado con un énfasis militar, policivo y, ante todo, punitivo. De hecho, además y como lo ha estudiado el autor en diversos trabajos, el derecho penal de enemigo, como un derecho político-instrumental y como mecanismo privilegiado para afrontar todo tipo de problemas de carácter social, económico y político, ha sido el instrumento precisamente privilegiado para afrontar el narcotráfico como fenómeno que excede el ámbito punitivo y militar¹⁶.

Además, si una de las características principales de este derecho penal político-instrumental, es la indiferenciación de la respuesta punitiva, de tal suerte que no se diferencia entre los distintos eslabones del narcotráfico, dicha característica ha sido clara, en este caso y, en consecuencia, el tratamiento meramente militar y punitivo, ha traído el mayor impacto y las mayores consecuencias, en aquellos eslabones más frágiles del negocio del narcotráfico,

¹⁵ Ibídem, p. 108.

¹⁶ Ver, al respecto, el trabajo de APONTE, Alejandro «Guerra y derecho penal de enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo en el caso colombiano», primera edición, Editorial Ibáñez, Bogotá, 2006, capítulo II, C.

como es el caso de los campesinos cultivadores, de aquellos que incluso expendían drogas y no son grandes narcotraficantes; no siempre han sido precisamente los grandes capos los efectivamente perseguidos y judicializados. Cuando lo han sido, igualmente, el tratamiento expansivo penal, en todo caso, ha generado consecuencias nefastas para quienes ocupan un eslabón menor en la cadena de la producción y el consumo de las drogas ilícitas. Hoy existe una mirada diferente, que se expresa incluso en políticas que han sido muy recientemente presentadas, como es la «estrategia integral de sustitución de cultivos ilícitos», Programa Nacional Integral de Sustitución de Cultivos, anunciadas por el gobierno el día 22 de septiembre del año 2015.

Es por ello que, en desarrollo de políticas estatales que surgen hoy y que están en línea directa con el acuerdo firmado con las guerrillas, también se preserva el componente penal, pero quiere concebirse este de manera mucho más acorde con el fenómeno del narcotráfico, es decir, el aspecto punitivo estará más ligado, tal como lo viene haciendo la Fiscalía y el sistema penal en conjunto, a la lucha contra los eslabones principales de la cadena del narcotráfico, al desmantelamiento de las bandas criminales, a la macrocriminalidad ligada más al lavado de activos, al testaferrato, a la corrupción; incluso la lucha está dirigida a contrarrestar de manera general la criminalidad organizada, que se nutre del narcotráfico, y no la persecución al campesino cultivador, al indígena que usa la hoja de coca de manera ancestral, al mero consumidor.

En este punto adquiere pleno sentido entonces, el tratamiento penal diferenciado que se dará a los agricultores de cultivos ilícitos. Además, se debe hacer referencia, al punto 4.3 del acuerdo, que trata de forma independiente el fenómeno de producción y comercialización de narcóticos y en el punto 4.3.1 se refiere a un plan de judicialización efectiva de cualquier organización o agrupación criminal relacionada con la producción y/o comercialización de drogas ilícitas. Dice así el punto:

«(...) el Gobierno Nacional pondrá en marcha una estrategia de política criminal, en forma paralela a la implementación de una estrategia integral de lucha contra la corrupción, que fortalezca y cualifique la presencia y efectividad institucional y concentre sus capacidades en la investigación, judicialización y sanción de los delitos asociados a cualquier organización o agrupación criminal relacionados con la producción y comercialización de drogas ilícitas, siempre considerando el tratamiento diferenciado que se debe dar a los campesinos y campesinas y pobladores rurales vinculados a la explotación de los cultivos de uso ilícito (pág. 108-109 punto 4.3.1)»¹⁷.

¹⁷ Gobierno de Colombia-FARC-EP, acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, (acuerdo final del 24.11. 2016), versión en PDF tomada de la página: www.mesadeconversaciones.com.co/ p. 120.

Se agregan, además, las más diversas políticas de lucha contra el gran narcotráfico. Por ejemplo, interdicción frente al uso de avionetas. Igualmente, Colombia tiene una legislación muy endurecida de extinción de dominio, que debe fortalecerse en este punto. Tiene que existir un trabajo coordinado y complementario entre las nuevas instituciones creadas por el acuerdo final y el de drogas específicamente y las instituciones ya existentes.

El tema especialmente crítico del consumo

Finalmente, se hace referencia a un aspecto esencial del acuerdo: el problema central del consumo. Es un hecho resaltado por el presidente de la República, en su intervención en el foro de UNGASS, celebrado entre el 19 y 21 de abril de 2016, así, dijo el mandatario: «El consumo de drogas es un problema de salud pública y como tal no amerita un tratamiento criminal». De esta forma, no habría razón alguna para enviar a un adicto a la cárcel. En todo caso, el presidente, hizo énfasis en que Colombia no está a favor de la legalización de las drogas, y que, en esta medida, seguirá esforzándose en atacar el crimen organizado, «sustituyendo los cultivos ilícitos por lícitos», entre otras estrategias.

Resulta crucial recordar que Santos se refirió directamente al proceso de paz, al mencionar que, «ahora mismo trabajamos para firmar una paz en nuestro país con grupos guerrilleros que han participado en la cadena del narcotráfico y para convertirlos en aliados para la erradicación de los cultivos ilícitos y la promoción de proyectos productivos alternativos»¹⁸.

Se trata de un aspecto esencial, que debe ser leído en función de todos los acuerdos que componen el acuerdo final: el punto de partida es el enfoque transversal de derechos que se le ha dado al acuerdo en general. Es aquí, en el tema del consumo, donde se puede extremar la tensión entre política social y política criminal.

La absorción de la política social por la política criminal: un error histórico

De esta forma, hay que evitar un hecho perverso que ha acompañado las políticas públicas relacionadas con el narcotráfico, aunque tiene un sentido general: se trata de la perversa *criminalización de la política social*. De conformidad con ello, el sujeto consumidor, no es en realidad concebido como sujeto de derechos, sino como objeto de intervención de la política social. Al serlo así, se interviene en él, más como un sujeto potencialmente peligroso

¹⁸ <http://webtv.un.org/meetings-events/watch/5th-plenary-meeting-30th-special-session-on-world-drug-problem-general-assembly/4856146598001> (Perú, Bolivia, Colombia, Chile, Nicaragua, El Salvador).

para su entorno, y no porque sea un sujeto que requiere de una intervención estatal coordinada, integral. La política social no puede convertirse en la continuación de la política criminal por otros medios. Esto es perverso: el sujeto termina siendo siempre visto como una especie de criminal en potencia y no como un sujeto de derechos. Hacer prevención no es solo cuidar el entorno social, de sujetos potencialmente peligrosos, sino de recuperarlos, de apoyarlos, de potenciar todo el entorno en función de los derechos de los individuos.

En función de esta política renovada y hoy necesaria, hay que tener en cuenta que, de otra parte, desde el año 1994, en virtud de una decisión de la Corte Constitucional, se declaró inconstitucional la penalización del consumo mínimo de drogas y, además, fue declarada inconstitucional la obligación del adicto, de someterse a un tratamiento médico o psiquiátrico. Por ello, es especialmente importante la alusión general en este acuerdo, si bien lo hace especialmente para las comunidades y en función de la sustitución, a la expresión de la voluntad. Pero ello se logra más fácil, justamente, si el adicto o el consumidor en general, es sujeto de la política social, pública y diferenciada, tal como lo prevé el acuerdo.

Descriminalización de la protesta social: hacia la construcción de escenarios de no repetición

El artículo 3 de la Ley 1820 del 30 de diciembre de 2016, que es la Ley de Amnistía que se viene aplicando con muchas dificultades y que es central para el proceso de paz, contiene una regla que es básica frente a cualquier opción de consolidación de una paz posible. Dice, al respecto la ley, que la amnistía se aplicará, además, «a las conductas cometidas en el marco de disturbios públicos o el ejercicio de la protesta social en los términos en que esta ley se indica».

Criminalización de la protesta social y derecho penal de enemigo

Un tema especialmente sensible en la historia de las relaciones entre guerra y derecho en el país y, concretamente, en la historia del tratamiento penal y constitucional del delito de rebelión, está relacionado con el tratamiento punitivo de la protesta social. Uno de los impactos mayores que ha tenido el conflicto armado interno en el país, que ha operado durante décadas y que ha incidido directa y negativamente en la imposibilidad de expresión social de la disidencia o de la inconformidad, ha sido la criminalización de la protesta social.

Se trata del uso del derecho penal como instrumento de confrontación, produciendo, como consecuencia, la conversión, por la vía penal, de múltiples actores que se mueven en entornos violentos —pero que son civiles desar-

mados—, en verdaderos enemigos en la lucha contra las guerrillas. Es una de las mayores expresiones del derecho penal de enemigo, que sustituye sindicatos por enemigos y que sirve de continuación del conflicto por medios civiles y jurídico-institucionales¹⁹.

De igual manera, lo cual es aún más crítico, la cercanía de actores civiles a la guerra, ha propiciado que sean asesinados y perseguidos: decenas de líderes sociales han sufrido esta suerte. Así, a la sombra del enemigo, por ejemplo de las guerrillas rebeldes, se ha criminalizado la protesta social. Eso fue claro por ejemplo en la década de los setenta con el denominado «Estatuto de seguridad», y en general frente a numerosas normas de excepción que fueron dictadas al amparo del estado de sitio, tanto en esa década como en las siguientes. Por ello, igualmente, a la sombra de grandes enemigos posteriores, como es el caso del narcoterrorismo urbano, en la década de los ochenta y de los noventa, se colocaron tanto las guerrillas social-revolucionarias, como la misma protesta social.

Por esta razón, con muy buen criterio y atendiendo precisamente las lecciones históricas y la tradición de una aplicación disfuncional de la norma penal, tanto el acuerdo general firmado entre el gobierno y las guerrillas de las FARC-EP, como, en el caso concreto, de la amnistía, uno de los aspectos centrales está relacionado con la descriminalización de la protesta social. Ello, por la vía concreta de la aplicación del mecanismo de la amnistía. Se trata de aplicar esta ley, precisamente, a actores que se han movido en el escenario general de la protesta social y que, en escenarios degradados de conflicto armado interno, han cometido incluso delitos que, en todo caso, deben ser amnistiados, pues ellos están directamente relacionados con dicha protesta social.

Si es la amnistía un instrumento viable, en función del proceso de paz, para aquellos actores que, como los rebeldes o sediciosos, se han movido en el escenario de la confrontación, lo es tanto más, para aquellos actores que, desde la protesta social, han sido sujetos de la acción penal y que si bien han cometido delitos, lo han sido en desarrollo de la protesta social.

La protesta social como derecho

De conformidad con lo expuesto y de conformidad con la norma que luego es desarrollada por la propia ley en diversos artículos, es necesario introducir una

¹⁹ Se hace de nuevo referencia al texto ya citado, en el cual, se estudia en detalle unos de los aspectos más críticos de un derecho penal de enemigo, que es la criminalización de fenómenos sociales, políticos y económicos, APONTE, Alejandro, «Guerra y derecho penal de enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo en Colombia», editorial Ibáñez, Bogotá, primera edición, 2004. En este libro, se estudia en detalle, en el contexto de las formas en que se manifiesta el derecho penal de enemigo, la criminalización de fenómenos económicos, sociales y políticos.

aclaración fundamental: la protesta social en sí, desarmada, pacífica, es un derecho, no hará parte del tratamiento penal diferencial que establece la ley. Ello no puede estar sujeto a confusiones. La protesta social no es un delito, aunque en numerosas ocasiones haya sido concebida como tal. La protesta social a la cual se refiere la norma, es aquella que, como la misma norma lo indica y en contextos de violencia generalizada, terminó en disturbios, terminó en acciones delictivas que inclusive, han hecho parte del tercer delito que constituye en la tradición de Colombia el núcleo del delito político: *el delito de asonada*.

Hay que aclarar, de otra parte, que las acciones propias de la denominada asonada, han sido objeto de un tratamiento penal muy diferenciado, incluso en el escenario propio del delito político. En una escala de gravedad, el tratamiento penal de la asonada, ha sido el más benigno, aunque, precisamente por lo expuesto, numerosos casos de asonada, fueron criminalizados por años como casos propiamente de rebelión o de terrorismo.

También se debe aclarar y los operadores deben ser muy conscientes de ello, que el hecho de que sean sujetos de la protesta social violenta, sujetos de la Ley de Amnistía, no quiere decir que sean efectivamente guerrilleros. Precisamente, este hecho, este señalamiento, es el que ha propiciado su persecución y criminalización. Por ello, la aplicación de la amnistía, debe entenderse en un contexto más generalizado de descriminalización y de nueva concepción político-criminal, ligado al proceso de paz y no una vía indirecta y con beneficios, de señalamientos que nunca debieron tener lugar.

Es en este punto donde, además, la descriminalización de la protesta social, debe operar en la práctica, como un aporte esencial a dinámicas de no repetición. Tiene que ser un aporte a la reconstrucción de tejido social, a la incorporación a la vida social de líderes que han sido objetos de persecución penal; un aporte, en fin, a una reconciliación posible.

Por ello, como se dice, este hecho fundamental relacionado con la protesta social, expresa, a su vez, una tendencia general que, tanto el acuerdo en su totalidad, como en la Ley de Amnistía en concreto, es clara: se busca que el derecho penal cambie de signo, de sentido, de fundamento. Es el caso de cambio de sentido en la función penal de lucha contra las drogas, contenido en el acuerdo 4 y estudiado aquí. Se reconfigura la función del derecho penal, de tal suerte que se busca que este actúe como mecanismo residual, frente a los eslabones más responsables y no se usa, como se ha hecho durante años de fracaso en la lucha contra las drogas, como un mecanismo de criminalización de los más débiles.

Directiva de la Fiscalía General de la Nación sobre descriminalización de la protesta social

En este sentido, se trata y así debe entenderse, de una política estatal conjunta. Por ello, debe destacarse, de manera particular, un esfuerzo de la Fiscalía General de la Nación que, en su momento, con muy buen criterio y en

el marco de la estrategia de priorización creada en el año 2012, puso en marcha un sistema de descriminalización de la protesta social. Expidió el ente acusador, en efecto, una directiva sobre ello, no solo ligada como consecuencia, a un tema técnico de priorización, sino a una convicción liberal profunda de los límites de poder punitivo en el enfrentamiento de la protesta social en escenarios degradados de conflicto armado.

Dice la directiva No. 008 de 2015, «por medio de la cual se establecen lineamientos generales con respecto a delitos en que se puede incurrir en el curso de la protesta social», en su primer apartado sobre decisiones que deben asumir los fiscales: «Esta directiva tiene como objetivo establecer límites al poder punitivo del Estado cuando ocurren hechos violentos en el curso de manifestaciones públicas».

Se trata de un documento extenso y complejo que debe ser leído en consonancia con el acuerdo de paz, con la Ley de Amnistía y con la estructura final de la jurisdicción especial para la paz. Hace parte, como se ha dicho, de la estrategia de priorización, pero va mucho más allá, aunque es apenas coherente: no solo se trata de descriminalizar la protesta social, sino que, además, en una empresa de persecución penal coherente, líderes de la protesta social, que antaño fueron criminalizados por un derecho penal de enemigo, incluso cuando han actuado en el contexto de protestas que generan violencia, no son, según la Directiva, en ningún caso, «máximos responsables».

Así, se trata de un nuevo lenguaje en la persecución penal de crímenes internacionales, o de la macrocriminalidad. Se une entonces nueva visión político-criminal que hoy actúa de la mano de estrategias coherentes de priorización, con una visión renovada del derecho penal que debe actuar de manera diferenciada y no en lógica punitivista indiferenciada. Por esa razón, la directiva parte del punto de partida según el cual, «las conductas punibles cometidas por los manifestantes deben interpretarse de conformidad con los derechos fundamentales a la libertad de expresión y de reunión, y de acuerdo con el principio democrático». Así, dicho punto de partida recalca el hecho de que la protesta social en sí, es un derecho y expresa derechos fundamentales, es intocable desde el punto de vista penal; pero, una vez se entra en el terreno de las conductas punibles, de conductas violentas, se debe prohijar el mismo principio democrático. Esta vez, este se expresa en una lógica no criminalizante.

Así, a manera de conclusión, puede decirse que en el contexto del acuerdo de paz y, de cara en general al modelo transicional colombiano, se ha producido un cambio de perspectiva en la función penal y en la función político criminal en general. No solo se trata de una transformación institucional compleja desde el año 2005, con la Ley de Justicia y Paz, y muy especialmente desde el año 2012, a partir de la restructuración de la Fiscalía General de la Nación, sino que se trata de un cambio auténtico en la manera de comprender la función penal en lógica transicional y sus aportes a una posible reconciliación y,

en el contexto de este escrito, un aporte a la creación de auténticos espacios o escenarios de no repetición.

Se aclara, además, que si bien estos cambios tienen lugar en lógica transicional, postulados esenciales que tienen que ver con la descriminalización de fenómenos sociales, políticos o económicos; la descriminalización de la protesta social, la apuesta por el principio de libertad más que por el principio de autoridad, el aporte del derecho penal a una paz posible, debe ser un cometido general del sistema penal integral. En el sistema penal ordinario se comenten múltiples injusticias; es selectivo, es feroz con sujetos vulnerables.

Hay que seguir trabajando en estos entornos críticos que, más allá de los escenarios de conflicto armado, son los que en secreto, en silencio, siguen produciendo violencia y desigualdad, lo que es precisamente contrario a todo propósito de paz. Los logros en lógica transicional, deben ser logros en la justicia ordinaria. Debe pensarse un cambio de paradigma en general, de la función penal y de la política criminal. Es una tarea sin pausa que compromete especialmente al ejercicio intelectual.

Es, además, una tarea que viene siendo acompañada por una discusión internacional, como es el caso del proyecto mencionado en la introducción sobre la influencia de las víctimas en la violencia colectiva, coordinado por la profesora Alicia Gil y en cabeza del director del Instituto Gutiérrez Mellado, Miguel Requena; además y precisamente, este cuaderno especial, constituye un ejemplo concreto del pensamiento conjunto y solidario, frente a problemas tan complejos, que requieren una visión renovada y en perspectiva internacional.

Bibliografía

- APONTE, Alejandro, «Técnicas de neutralización» en el primer informe del área de justicia, <http://www.citpaxobservatorio.org/index.php/justicia>.
- APONTE, Alejandro, «Guerra y derecho penal de enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo en Colombia», editorial Ibáñez, Bogotá, primera edición, 2004.
- Fiscalía General de la Nación: «La priorización. Memorias de los talles para la construcción de los criterios del nuevo sistema de investigación penal», <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/123719-Libro-de-priorizaci%C3%B3n-web.pdf> (31.07.2017)
- Fiscalía General de la Nación, Directiva, «por medio de la cual se adoptan unos criterios de priorización de situaciones y casos, y se crea un nuevo sistema de investigación penal y de gestión de aquéllos en la Fiscalía General de la Nación», <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Directiva-N%C2%B0-0001-del-4-de-octubre-de-2012.pdf> (01.08.2017)

Macrocriminalidad y función penal en lógica transicional:...

- Fiscalía General de la Nación, Directiva, «por medio de la cual se establecen lineamientos generales con respecto a delitos en que se puede incurrir en el curso de la protesta social».
- Foucault, MICHEL, «La verdad y las formas jurídicas», Gedisa editorial, 2001: Barcelona.
- Jäger, HERBERT, «Ist Politik kriminalisierbar?», en: Klaus Lüderssen, Augeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?: Makrodelinquenz, Nomos, Baden-Baden: 1998.
- Jäger, HERBERT, «Makrocriminalität, Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt», Frankfurt: 1989.
- Lampe, ERNST-JOACHIM, «Systemunrecht und Unrechtssysteme», en: ZStW 106, cuaderno 4: de Gruyter, Berlin: 1994, 683 y ss.
- Prittitz, CORNELIUS, en: Klaus Lüderssen, Augeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?: Makrodelinquenz, Nomos, Baden-Baden: 1998.
- Vest, HANS: «Humanitätsverbrechen. Herausforderung für das Individualstrafrecht», ZSTW113, cuaderno 3: de Gruyter, Berlin: 2001.

Legislación citada

- Acto Legislativo 001 de 2012
Acto Legislativo 001 de 2017
Ley 1592 de 2012
Ley 1820 de 2016
Ley 599 de 2000
Ley 975 de 2005

Jurisprudencia citada

- Corte Suprema de Justicia, Sala Penal: radicado No. 38222 del 12 de diciembre de 2012, M.P. Leonidas Bustos, contra Freddy Rendón Herrera.

Capítulo segundo

Las garantías de no repetición en el acuerdo final: ¿El día después de mañana de la justicia transicional en Colombia?

Diana Dajer¹

Resumen

Este capítulo tiene como propósito aportar algunos elementos de análisis para el estudio empírico, teórico y normativo de las garantías de no repetición incluidas en el Acuerdo Final entre el Gobierno de Colombia y las FARC-EP, como componente autónomo del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición. Para tal efecto, el capítulo está integrado por cuatro secciones. En la primera, se examina el origen y conceptualización de las garantías de no repetición a nivel internacional. Por su parte, en la segunda sección se reseña su desarrollo en el marco normativo que regula la justicia transicional en Colombia, así como la implementación de dichas medidas en diferentes instrumentos jurídicos. Posteriormente, en la tercera

¹ La autora es abogada especialista en derecho administrativo de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá y máster en políticas públicas de la Escuela de Gobierno de la Universidad de Oxford. Este capítulo está basado en una investigación para una tesis doctoral que la autora está realizando sobre la relación entre justicia transicional, participación ciudadana y uso de herramientas tecnológicas para la construcción de paz en Colombia, en el Centro de Estudios Socio-Jurídicos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oxford. La autora agradece especialmente la invitación del Prof. Dr. Alejandro Aponte a hacer parte de esta publicación, la orientación de su supervisora en el Centro de Estudios Socio-Jurídicos de la Universidad de Oxford, la Prof. Dra. Bettina Lange, y el apoyo de COLCIENCIAS y del Programa Build Peace Fellows liderado por Build Up para llevar a cabo esta investigación.

sección se realiza un estudio de las garantías de no repetición contenidas en los acuerdos, así como de la regulación de las mismas durante el primer semestre de 2017. Por último, la cuarta sección sugiere algunas reflexiones sobre los alcances, límites, desafíos y potencialidades de las garantías de no repetición, particularmente en materia de participación ciudadana, incorporadas en el Acuerdo e incluye algunas conclusiones finales.

Palabras clave

Garantías de no repetición, justicia transicional, participación ciudadana.

Abstract

This chapter provides some elements of analysis for the empirical, theoretical and normative study of the guarantees of non-recurrence comprised in the Peace Agreement between the Government of Colombia and the FARC-EP guerrilla, as an autonomous component of the System of Truth, Justice, Reparation and Non-Recurrence established by the parties in the accord. The text has four sections. The first one examines the origins and conceptualization of the guarantees of non-recurrence in international law. Subsequently, the second section outlines their development in the Colombian transitional justice legal framework, as well as the implementation of these measures. Next, section three studies the guarantees of non-recurrence integrated in the Peace Agreement, as well as their regulation during the first half of 2017. Finally, section four suggests some reflections on the scope, limits, challenges and potentialities of the guarantees of non-recurrence related with citizen participation enclosed in the Final Agreement, and includes some final conclusions.

Keywords

Guarantees of non-recurrence, transitional justice, citizen participation.

Introducción

El 27 de junio de 2017 Colombia vivió un acontecimiento histórico que durante décadas pareció imposible: la dejación total de armas por parte de la guerrilla de las FARC-EP, luego de más de cincuenta años de lucha armada que culminaron con la firma de un Acuerdo de Paz entre el Gobierno de Colombia y la mencionada agrupación². Si bien este hito solo pone fin al conflicto armado con las FARC, es un considerable avance en materia de construcción de paz en el país, que no solo traza las bases para la desmovilización de dicho grupo y su reintegración a la sociedad a cambio de la satisfacción de los derechos a la verdad, justicia y reparación de las víctimas conforme a lo negociado, sino que también incluye una serie de garantías de no repetición para prevenir el surgimiento de nuevos conflictos³.

El proceso de negociación y aprobación del Acuerdo de Paz no fue fácil⁴. Durante más de cuatro años las partes se reunieron en La Habana para con-

² El proceso de dejación de armas por parte de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (FARC-EP), se llevó a cabo de acuerdo con una hoja de ruta trazada por la Comisión de Seguimiento, Impulso y Verificación a la Implementación del Acuerdo Final (CSIV) el 29 de mayo de 2017. Dicho proceso fue verificado por la Misión de Observación de las Naciones Unidas en Colombia, creada por medio de la Resolución 2261 de 2016 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, la cual hace parte del Mecanismo de Monitoreo y Verificación del Acuerdo de Paz. Para mayor información sobre el balance final de la entrega de armas, ver: Misión de la ONU en Colombia, *Balance del proceso de extracción de caletas de las FARC-EP de acuerdo a la hoja de ruta del 29 de mayo*, Bogotá, 2017, disponible en: <https://colombia.unmissions.org/balance-del-proceso-de-extracción-de-caletas-de-las-farc-ep-de-acuerdo-la-hoja-de-ruta-del-29-de>.

³ Valga resaltar que en marzo de 2016 el Gobierno de Colombia y el Ejército de Liberación Nacional (ELN) anunciaron una agenda de seis temas para ser negociados en una mesa de conversaciones instalada oficialmente durante el primer semestre de 2017 en Ecuador. Para más información, ver: Gobierno de Colombia y ELN, *Acuerdo de Diálogos para la Paz de Colombia entre el Gobierno Nacional y el Ejército de Liberación Nacional*, marzo de 2016, disponible en: http://es.presidencia.gov.co/Documents/20160330_AcuerdoPazELN.pdf.

⁴ Luego de la instalación oficial de la mesa de conversaciones entre el Gobierno de Colombia y las FARC en Oslo el 19 de octubre de 2012, las partes iniciaron un lento proceso de negociación de los seis puntos de la Agenda, que culminó con el anuncio de un Acuerdo Final el 24 de agosto de 2016. Una de las condiciones para la implementación de dicho Acuerdo, representativa de los desafíos que se presentaron durante los diálogos de paz, era su refrendación popular a través de un plebiscito, el cual se llevó a cabo el 2 de octubre de 2016. Dado que el resultado final del plebiscito no avaló el Acuerdo, el contenido de un nuevo texto, el cual incluyó algunas modificaciones sugeridas por los representantes que se opusieron al Acuerdo original, fue negociado por las partes poco después y aprobado por el Congreso de Colombia en noviembre de 2016, luego de una sentencia de la Corte Constitucional que permitió dicho procedimiento. Para mayor información sobre la cronología del proceso de paz se sugiere consultar: Oficina del Alto Comisionado para la Paz, *Cronología del proceso de paz*, disponible en: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/proceso-de-paz-con-las-farc-ep/Paginas/cronologia.aspx#>. A su vez, en el siguiente enlace es posible consultar varias comparaciones y análisis de las versiones antigua y final del Acuerdo de Paz: Oficina del Alto Comisionado para la Paz,

certar consensos comunes frente a seis puntos centrales al inicio, desarrollo y fin de la guerra en Colombia⁵: (i) el desarrollo agrario integral; (ii) la participación política y ciudadana; (iii) las condiciones para el fin del conflicto; (iv) la solución al problema de las drogas ilícitas; (v) las garantías de los derechos de las víctimas y; (vi) la implementación, verificación y refrendación de lo pactado⁶. A la par, en Colombia el diálogo público de diversos sectores políticos y sociales, tanto afines como críticos a la negociación, tuvo lugar de manera continua a través de foros, demandas ante la Corte Constitucional, elecciones políticas, pronunciamientos de prensa y redes sociales, entre otros.

El debate, además de político, ha tenido también profundas dimensiones técnicas sobre el diseño del modelo de justicia transicional en el país. Por ejemplo, durante las intervenciones públicas se hicieron comunes frases como «paz sí, pero sin impunidad» o «justicia transicional para todos». Así, a lo largo de los últimos años han sido varias las discusiones sobre el modelo de justicia y las penas a aplicar a los desmovilizados, los mecanismos de reparación de las víctimas y el diseño de instrumentos para conocer la verdad sobre lo sucedido durante el conflicto⁷.

Sin embargo, un tema propio de la justicia transicional que es sustancial al Acuerdo Final y que ha sido poco analizado en el derecho comparado en general, y de manera particular en el contexto de justicia transicional colom-

Documentos técnicos sobre el Acuerdo, disponible en: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/herramientas/Paginas/Todo-lo-que-necesita-saber-sobre-el-proceso-de-paz.aspx>

⁵ Adicionalmente, durante la negociación las partes utilizaron diversos mecanismos para escuchar las percepciones de las víctimas frente al proceso, recoger propuestas de la ciudadanía y recibir la opinión de expertos. Algunos de los resultados oficiales del desarrollo de dichos mecanismos de participación pueden ser consultados en el siguiente enlace: Oficina del Alto Comisionado para la Paz, *Mecanismos de participación*, disponible en: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/mecanismos-de-participacion/Paginas/Mecanismo-de-participacion.aspx>

⁶ La Agenda que sirvió como mapa de navegación de las negociaciones entre el Gobierno y las FARC puede ser consultada en: Gobierno de Colombia y FARC-EP, *Acuerdo general para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*, agosto de 2012, disponible en: http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/acuerdo-general/Documentos%20compartidos/Acuerdo_General_para_la_terminacion_del_conflicto.pdf

⁷ Dos hitos de estos debates públicos se presentaron con ocasión de la discusión de diversas demandas de inconstitucionalidad contra algunas disposiciones del Acto Legislativo 1 de 2012, también conocido como Marco Jurídico para la Paz, que permiten la selección y priorización de crímenes en el marco de un sistema general de justicia transicional, así como la potencial participación política de personas desmovilizadas. Para mayor información sobre las discusiones generadas alrededor de estos temas se sugiere ver: AMBOS, Kai (Coord.), *Justicia de transición y Constitución: Análisis de la Sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional*, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2014; y AMBOS, Kai (Coord.), *Justicia de transición y Constitución II: Análisis de la Sentencia C-577 de 2014 de la Corte Constitucional*, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2015.

biano, son las garantías de no repetición del conflicto⁸. Esto contrasta, por su parte, con el asesinato a líderes sociales que ha sido advertido de manera recurrente por diversas organizaciones en Colombia tras la firma del Acuerdo Final, así como con la alerta sobre el surgimiento y fortalecimiento de bandas criminales emergentes en el país durante el 2016 y 2017, lo cual amenaza la exitosa implementación del Acuerdo y puede devenir en el surgimiento de nuevos conflictos⁹.

Para hacer frente a esta disyuntiva, como eje conductor del punto sobre los derechos de las víctimas del Acuerdo Final entre el Gobierno y las FARC, las partes convinieron establecer el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición. Dicho Sistema crea una estrategia holística en materia de justicia transicional, la cual combina de manera coherente instrumentos judiciales y extrajudiciales para satisfacer los derechos de las víctimas a la verdad, justicia, reparación y no repetición, los cuales se concretan de manera particular en cinco mecanismos¹⁰: (i) la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición; (ii) la Unidad especial para la búsqueda de personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado; (iii) la Jurisdicción Especial para la Paz; (iv) medidas de reparación integral para la construcción de la paz; y (v) garantías de no repetición.

Según lo pactado, estas garantías se derivarán de la implementación, tanto de los otros cuatro elementos del Sistema, como de los demás puntos del

⁸ Ver, por ejemplo, DE GREIFF, Pablo, *Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición*, A/HRC/30/42. Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 30º periodo de sesiones, Nueva York, 2015; CHAVARRÍA, Carolina, *Estrategias utilizadas para la satisfacción de la garantía de no repetición en desmovilizados de grupos armados ilegales: un estudio con desmovilizados de grupos paramilitares de las Autodefensas Unidas de Colombia*. Medellín, Valle de Aburrá-Colombia, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 42 (116), pp. 195-252, Medellín, 2012; y DUQUE, Carlos & TORRES, Laura, *Las garantías de no repetición como mecanismo permanente para la obtención de la paz*, Univ. Estud. N° 12, pp. 269-290, Bogotá, 2015.

⁹ Cf. Defensoría Delegada para la Prevención de Riesgos de Violaciones de los Derechos Humanos y el DIH, *Informe de riesgo: «Violencia y amenazas contra los líderes sociales y los defensores de derechos humanos»*, Bogotá, 2017, disponible en: <http://www.observatorioidetierras.org/wp-content/uploads/2017/05/INFORME-ESPECIAL-LÍDERES-30-03-17-1.pdf>; y Fundación Ideas para la Paz, *Crimen organizado y saboteadores armados en tiempos de transición*, Bogotá, 2017, disponible en: <http://www.ideaspaz.org/publications/posts/1539>.

¹⁰ De acuerdo con autores como Pablo de Greiff, y conforme se señala en los artículos 11 y 12 de la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras de Colombia, es apropiado que los diversos mecanismos de justicia transicional tengan coherencia externa e interna, de manera tal que todos los instrumentos para procurar verdad, justicia, reparación y no repetición sean armónicos y complementarios. Para mayor información ver: DE GREIFF, Pablo, *Los esfuerzos de reparación en una perspectiva internacional: el aporte de la compensación al logro de la justicia imperfecta*, Revista de Estudios Socio-Jurídicos, Volumen 17, Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, 2005, pp. 153-199.

Acuerdo Final, especialmente el referente al «Fin del Conflicto», estableciendo así lo que en este texto se denomina una *cláusula amplia de no repetición*¹¹. De esta manera, a diferencia de instrumentos jurídicos de justicia transicional anteriores en el país, como la Ley de Justicia y Paz y la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras o la misma jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos —donde las garantías de no repetición son consideradas como un componente del derecho a la reparación—, y en una línea ya trazada por el Marco Jurídico para la Paz, el Acuerdo de Paz les otorga un carácter propio e independiente¹². Esto muestra que, como sucede a nivel comparado, aun cuando la justicia transicional es ya un término común en el país, con más de diez años de implementación, sus componentes se encuentran aún en transformación y desarrollo¹³.

No obstante, quizás precisamente por su dinamismo, a pesar de la continua y creciente evolución de la justicia transicional en diversos lugares del mundo, así como de la variada literatura que ha surgido al respecto en los últimos más de veinte años, el nivel de teorización e investigación empírica de esta área aún es bajo¹⁴. Si bien esto es cierto de manera general con todos los elementos de la justicia transicional, lo es especialmente para las garantías de no repetición¹⁵.

¹¹ Para mayor información, ver: Gobierno de Colombia y FARC-EP, Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, La Habana, 2016, pp. 186-188, disponible en: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf>.

¹² Al respecto, se recomienda ver: SUAREZ, Carolina, *et al.*, Guía para la construcción de garantías de no repetición en Colombia, Fundación Social, 2013, Bogotá; LONDOÑO, María Carmelina, Las garantías de no repetición en la jurisprudencia interamericana: derecho internacional y cambios estructurales del Estado, Universidad de la Sabana, Bogotá, 2014; y ACOSTA, Juana y LONDOÑO, María Carmelina, «Juicio de sustitución: La participación política de excombatientes como desarrollo del marco democrático participativo», en: AMBOS, Kai (Coord.), Justicia de transición y Constitución II: Análisis de la Sentencia C-577 de 2014 de la Corte Constitucional, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2015.

¹³ Para un análisis sobre la constante evolución y desarrollo de la justicia transicional a nivel comparado se recomienda ver: PLOTNIKOV, Oleksii, *Defining transitional justice: scholarly debate and UN precision*, Lex Portus 1, 2017, pp. 50-63; TEITEL, Ruti, *Globalizing transitional justice*, Oxford University Press, Oxford, 2014; and ARTHUR, Paige, *How «transitions» reshaped human rights: A conceptual history of transitional justice*, Human Rights Quarterly, n.º 31(2), 2009, pp. 321-367.

¹⁴ Algunos textos que desarrollan con mayor profundidad la teorización e investigación empírica en materia de justicia transicional son: FLETCHER, Laurel & WEINSTEIN, Harvey, *Writing transitional justice: An empirical evaluation of transitional justice scholarship in academic journals*, Journal of Human Rights Practice, n.º 7(2), 2015, pp. 177-198; DANCY, Geoff and WIEBELHAUS-BRAHM, Eric, *Timing, Sequencing, and Transitional Justice Impact: A Qualitative Comparative Analysis of Latin America*, Human Rights Review, 2015; y DE GREIFF, Pablo, «Theorizing transitional justice», en: WILLIAMS, Melissa, NAGY, Rosemary & ELSTER, Jon (eds.), *Transitional justice*, NYU Press, Nueva York, 2012.

¹⁵ Al respecto, se recomienda consultar el informe presentado por Pablo de Greiff, Relator Especial sobre la Promoción de la Verdad, la Justicia, la Reparación y las Garantías de

Desde hace varios años se ha presentado una profunda discusión en Colombia sobre el papel de la justicia penal, las reparaciones judiciales y administrativas y las comisiones de verdad para satisfacer los derechos a la verdad, la justicia y la reparación en el contexto de justicia transicional colombiano. En igual sentido, el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición diseñado por el Acuerdo Final también invita a reflexionar de manera crítica sobre los alcances y límites de las garantías de no repetición incluidas en el mismo¹⁶.

Un mejor entendimiento al respecto podría enriquecer el diseño de lineamientos técnicos sobre el diseño, implementación y evaluación de políticas públicas participativas con enfoque territorial, destinadas a garantizar la no repetición del conflicto en Colombia, así como establecer expectativas realistas y equilibradas para la sociedad civil, frente a su participación en el desarrollo de lo pactado. Lo anterior es especialmente relevante al tener en consideración que, de acuerdo con el mismo Acuerdo Final, todas sus disposiciones pueden ser entendidas como *garantías de no repetición*.

En este contexto, el propósito de este texto es aportar algunos elementos de análisis para el estudio empírico, teórico y normativo de las garantías de no repetición en el Acuerdo Final entre el Gobierno de Colombia y las FARC-EP, como componente autónomo del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición. Para tal efecto, el capítulo está integrado por cuatro secciones. En la primera, se examina el origen y conceptualización de las garantías de no repetición a nivel internacional. Por su parte, en la segunda sección se reseña el desarrollo de las garantías de no repetición en el marco normativo que regula la justicia transicional en Colombia, así como la implementación de dichas medidas en diferentes instrumentos jurídicos. Posteriormente, en la tercera sección se realiza un estudio de las garantías de no repetición contenidas en los acuerdos, así como de la regulación de las mismas durante el primer semestre de 2017. Por último, la cuarta sección sugiere algunas reflexiones sobre los alcances, límites, desafíos y potencialidades de las garantías de no repetición, particularmente en materia de participación ciudadana, incorporadas en el Acuerdo e incluye algunas conclusiones finales.

no Repetición, A/HRC/30/42, Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 30º periodo de sesiones, Nueva York, 2015.

¹⁶ A modo de ejemplo, sobre los límites de la justicia transicional en Colombia se sugiere ver: UPRIMNY, Rodrigo, & SAFFÓN, María Paula, *Usos y abusos de la justicia transicional en Colombia*, Anuario de Derechos Humanos, n.º 4, 2008; APONTE, Alejandro, *Persecución penal nacional del homicidio en persona protegida: Alcances y límites del derecho penal en contextos de justicia transicional*, International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional, n.º 17, 2010; y APONTE, Alejandro, et al., *El proceso penal especial de Justicia y Paz: Alcances y límites de un proceso penal concebido en clave transicional*, Observatorio Internacional DDR-Ley de Justicia y Paz, Centro Internacional de Toledo para la Paz, Bogotá, 2011.

El artículo ha sido elaborado a través de una investigación cualitativa, en virtud de la cual se examinaron diversos documentos e instrumentos jurídicos referentes a las garantías de no repetición a nivel nacional e internacional. A su vez, las reflexiones del texto han sido enriquecidas a través de una investigación que la autora se encuentra realizando sobre garantías de no repetición en Colombia, utilizando como caso de estudio un mecanismo de participación ciudadana en particular contenido en el Acuerdo Final como garantía de no repetición del conflicto, que ya ha sido implementado en Colombia y otros países durante varios años: la presupuestación participativa, un espacio de participación que permite que los ciudadanos decidan directamente cómo gastar parte del presupuesto local de sus municipios¹⁷. Este caso ha sido explorado haciendo un seguimiento de su desarrollo en Medellín durante los años 2016 y 2017, a través de entrevistas, grupos focales y observación de diversas discusiones públicas con actores locales, en el marco del proceso de reforma de la reglamentación del Programa de Planeación Local y Presupuestación Participativa llevado a cabo en Medellín durante dicho periodo¹⁸.

Las garantías de no repetición en el derecho internacional: ¿Componente del derecho a la reparación o área de acción independiente?

En términos generales, mientras la verdad, la justicia y la reparación en un contexto de justicia transicional miran al pasado, las garantías de no repetición están dirigidas al futuro. De manera particular, a prevenir que nuevos conflictos emerjan, a través de un ataque primordial a las causas estructurales de los mismos. Así, las garantías de no repetición pueden ser entendidas como el *día después de mañana* de los acuerdos de paz: el blindaje que impide el resurgimiento de la violencia una vez se desmovilizan los grupos armados. Dicho concepto tiene origen en el derecho internacional y poco a poco ha ido evolucionando y adquiriendo características propias.

¹⁷ Para mayor información sobre la inclusión de la presupuestación participativa en el Acuerdo Final se sugiere ver: Red Nacional de Planeación Local y Presupuestación Participativa (Red de PLyPP), *Memorias del VIII Encuentro de la Red Nacional de Planeación Local y Presupuestación Participativa*, «Construimos paz para transformar nuestros territorios», Viva la Ciudadanía, Bogotá, 2015; y Viva la Ciudadanía, *Arquitectura institucional para la implementación de los acuerdos en La Habana en materia de participación ciudadana: Presupuestos Participativos, Mesa temática de Presupuesto Participativo*, Bogotá, 2016.

¹⁸ En este contexto, es pertinente poner de presente que algunas ideas contenidas en el capítulo se desarrollan con mayor profundidad y en inglés en el texto de la autora titulado *Charting Uncharted Waters: Participatory Budgeting as a Novel Transitional Justice Guarantee of Non-Recurrence of the Conflict in Colombia?*, publicado en GIGAPP Estudios Working Papers n.ºs 66-71, 2017, pp. 197-230, disponible en: <http://www.gigapp.org/ewp/index.php/GIGAPP-EWP/issue/view/51/showToc>

En este orden de ideas, antes de hacer un estudio de las garantías de no repetición en la legislación colombiana en general, y en el Acuerdo de Paz, en particular, a continuación se realizan una serie de precisiones conceptuales sobre el origen, la evolución, el contenido y los límites de dicho concepto a nivel internacional, pues estos aspectos han permeado su desarrollo en el ordenamiento jurídico nacional¹⁹.

Origen, contenido y desarrollo de las garantías de no repetición en el derecho internacional

En el derecho internacional público, las garantías de no repetición fueron inicialmente entendidas como un componente específico del derecho a la reparación. Igualmente, tanto la Comisión de Derechos Humanos²⁰ y la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas²¹, como la Corte Internacional de Justicia²² y la Corte Interamericana de Derechos Humanos²³, han resaltado la relevancia de dichas medidas para prevenir nuevas violaciones de derechos humanos.

Como señala de Greiff, la primera vez que el término garantías de no repetición fue utilizado en un Informe de las Naciones Unidas fue en 1993, a través de un estudio presentado por el Relator Especial Theo van Boven, conocido como las *Directrices van Boven*, relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los

¹⁹ En este sentido, en el desarrollo de diversos elementos de la justicia transicional en Colombia, particularmente en materia de la persecución penal de crímenes internacionales, se resalta la necesidad de establecer un diálogo entre el derecho nacional e internacional, tal como lo proponen autores como APONTE, Alejandro, *Persecución penal de crímenes internacionales: diálogo abierto entre la tradición nacional y el desarrollo internacional*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2011.

²⁰ Ver, entre otros, la Resolución sobre impunidad, n.º 2005/81, de la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, Doc. ONU E/CN.4/RES/2005/81, así como el *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, contenidos en el documento E/CN.4/2005/102/Add.1 de 8 de febrero de 2005.

²¹ Ver, entre otros, la Resolución n.º 60/147 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en virtud de la cual se aprueban los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*.

²² Al respecto, por ejemplo, se sugiere ver la sentencia de la Corte Internacional de Justicia sobre el caso LaGrand entre Alemania y Estados Unidos, Reporte de la Corte Internacional de Justicia de 2001, p. 466.

²³ Cf. LONDOÑO, María Carmelina, *Las garantías de no repetición en la jurisprudencia interamericana: derecho internacional y cambios estructurales del Estado*, Universidad de la Sabana, Bogotá, 2014.

derechos humanos y las libertades fundamentales²⁴. Es pertinente destacar tres elementos del citado Informe²⁵.

Por un lado, el mismo hace especial alusión a la segunda serie de proyectos de artículos sobre la responsabilidad del Estado preparada por la Comisión de Derecho Internacional en 1985, en la cual ya se hacía referencia explícita a la necesidad de que un Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito estuviese obligado a ofrecer garantías de no repetición del mismo a la parte lesionada²⁶. Estos artículos fueron finalmente aprobados en el año 2001 a través de la Resolución n.º 56/83, de 2001 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. El artículo 30 de la mencionada resolución establece que todo Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado, entre otros, a «ofrecer seguridades y garantías adecuadas de no repetición, si las circunstancias lo exigen»²⁷.

Por otro lado, el Informe del Relator Especial van Boven incluyó a las garantías de no repetición como un componente del derecho a la reparación plena de las víctimas de violaciones graves a los derechos humanos, dentro de los principios y directrices básicos sugeridos al respecto. A su vez, sugirió algunas medidas explícitas para prevenir nuevas violaciones, como el limitar las competencias de los tribunales militares, reforzar la independencia del poder judicial y enseñar a todos los sectores de la sociedad a respetar y conocer mejor los derechos humanos²⁸.

²⁴ Cf. DE GREIFF, Pablo, *Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición*, A/HRC/30/42, Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 30º periodo de sesiones, Nueva York, 2015, párr. 15.

²⁵ Cf. VAN BOVEN, Theo, Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales, E/CN.4/Sub.2/1993/8, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, 45º periodo de sesiones, Nueva York, 1993.

²⁶ VAN BOVEN, Theo, Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales, E/CN.4/Sub.2/1993/8, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, 45º periodo de sesiones, Nueva York, 1993, párr. 48.

²⁷ Asamblea General de las Naciones Unidas, *Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, Resolución n.º 56/83, de 2001, Quincuagésimo sexto periodo de sesiones, Nueva York, 2001.

²⁸ VAN BOVEN, Theo, Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales, E/CN.4/Sub.2/1993/8, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, 45º periodo de sesiones, Nueva York, 1993, principio 11, numeral h.

Por último, las Directrices van Boven también sirvieron como antecedente para la aprobación por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 2005, de los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*. Siguiendo la recomendación del Relator Especial, dichos Principios señalan de manera explícita que las garantías de no repetición son un elemento del derecho a la reparación de las víctimas de violaciones a los derechos humanos²⁹.

Igualmente, estos Principios contienen una enunciación de posibles garantías de no repetición para prevenir nuevas violaciones. Entre estos instrumentos se encuentra el ejercicio de un control efectivo por las autoridades civiles sobre las Fuerzas Armadas y de seguridad, la garantía de que todos los procedimientos civiles y militares se ajustan a las normas internacionales relativas a las garantías procesales, la equidad, imparcialidad, y promoción de la observancia de los códigos de conducta y de las normas éticas por los funcionarios públicos, el impulso de mecanismos destinados a prevenir, vigilar y resolver los conflictos sociales y la revisión y reforma de leyes que contribuyan a las violaciones de derechos humanos³⁰.

De manera paralela, en 1997 el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos, Louis Joinet, también publicó un Informe haciendo alusión a las garantías de no repetición, esta vez en relación con la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos³¹. Con base en dicho Informe, el autor propuso un *Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, conocidos como las *Directrices Joinet*³².

Al igual que frente a las Directrices van Boven, tres elementos se destacan de las Directrices Joinet. Primero, en el Informe el Relator Especial no se-

²⁹ Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución n.º 60/147, Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, A/RES/60/147, Nueva York, 2006, párr. 18.

³⁰ *Ibidem*, párr. 23.

³¹ JOINET, Louis, *Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos*, E/CN.4/Sub. 2/1997/20/Rev.1, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, 49º periodo de sesiones, Nueva York, 1997.

³² Una recopilación de las Directrices van Boven y de las Directrices Joinet, así como de su posterior evolución y principios originados a partir de las mismas en materia de lucha contra la impunidad y reparación de víctimas de violaciones a derechos humanos, se pueden encontrar en: GALLÓN, Gustavo & REED, Michael, *Principios internacionales sobre impunidad y reparaciones*, Comisión Colombiana de Juristas, Bogotá, 2007.

ñala de manera explícita que las garantías de no repetición hacen parte del derecho a la reparación de las víctimas. Así, el Principio 36 sugerido por el Relator, referente al «Ámbito de aplicación del derecho a obtener reparación», indica que «El derecho a obtener reparación deberá abarcar todos los daños y perjuicios sufridos por la víctima; comprenderá, por una parte, medidas individuales de reparación relativas al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación y, por otra, medidas de satisfacción de alcance general, como las previstas en el Conjunto de principios y directrices fundamentales sobre el derecho a obtener reparación».

Un segundo aspecto relevante sobre el Informe objeto de estudio, es que los principios 37 a 42 enuncian una serie de medidas destinadas a garantizar la no repetición de las violaciones. Dichos instrumentos se enuncian de manera particular en el Principio 37, en el cual se señala que los Estados deben «adoptar medidas adecuadas para que las víctimas no puedan volver a ser objeto de violaciones que vulneren su dignidad», especialmente: (i) medidas encaminadas a disolver grupos armados paraestatales; (ii) medidas de derogación de disposiciones que favorezcan las violaciones; y (iii) medidas administrativas respecto de los agentes de Estado implicados en violaciones graves de derechos humanos.

Por último, se destaca que el Informe que se comenta sirvió de base para la posterior aprobación en el año 2005 por parte de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, del *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*³³. En estos Principios, tal como indica el Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de la actualización de los mismos, si bien las garantías de no repetición tienen unos lineamientos muy parecidos a los inicialmente establecidos por las Directrices Joinet, las mismas fueron ajustadas en la versión del año 2005, con el objetivo de reflejar las realidades de varios países en aquél entonces, particularmente en América Latina, en materia de restablecimiento de la democracia y construcción de paz o transición hacia estos fines³⁴.

En este contexto, la versión actualizada de los *Principios para la lucha contra la impunidad* indica que, con el fin de prevenir nuevas violaciones a los derechos humanos, «los Estados deben emprender reformas institucionales y otras medidas necesarias para asegurar el respeto del imperio de la ley, promover y mantener una cultura de respeto de los derechos hu-

³³ Comisión de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, *Resolución sobre impunidad n.º 2005/81*, Nueva York, 2005.

³⁴ ORENTLICHER, Diane, Informe de Diane Orentlicher, Experta independiente encargada de actualizar el Conjunto de principios para la lucha contra la impunidad, Documento E/CN.4/2005/102, Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, Nueva York, 2005, párr. 64.

manos, y restaurar o establecer la confianza pública en las instituciones gubernamentales»³⁵.

Igualmente, el Principio 35 destaca la importancia de incluir la representación de mujeres y grupos minoritarios en instituciones públicas, así como la necesidad de que las mencionadas reformas institucionales se realicen a través de un proceso de amplias consultas públicas con todos los sectores de la sociedad civil. A su vez, entre los objetivos de las mencionadas reformas el Principio 35 incluye: (i) la adhesión de las instituciones públicas al imperio de la ley; (ii) la derogación de las leyes que contribuyan a las violaciones de los derechos humanos; (iii) el control civil de las fuerzas militares y de seguridad y de los servicios de inteligencia y el desmantelamiento de las Fuerzas Armadas paraestatales; y (vi) la reintegración a la sociedad de los niños que hayan participado en conflictos armados.

En este contexto, el artículo 36 de los citados Principios hace particular referencia a diversas reformas legislativas y administrativas para procurar que las instituciones públicas protejan los derechos humanos. Por su parte, el artículo 37 determina unos lineamientos sobre el desmantelamiento de las Fuerzas Armadas paraestatales y la desmovilización y reintegración de menores. Por último, el artículo 38 sugiere una serie de reformas frente a leyes e instituciones que contribuyan a la impunidad en materia de violaciones de derechos humanos.

Si bien las Directrices van Boven y Joinet coinciden en varios elementos frente a los objetivos y componentes de las garantías de no repetición, como indica el Informe sobre Derechos Civiles y Políticos de Cherif Bassiouni, existen varias diferencias entre ambos instrumentos en este sentido³⁶. De manera particular, los dos Informes sugieren medidas distintas para prevenir las violaciones de derechos humanos³⁷. Así, mientras las Directrices van Boven tienen una gama más amplia de garantías de no repetición, las Directrices Joinet se concentran específicamente en tres: la disolución de los grupos paramilitares, la derogación de las leyes de excepción y los procedimientos

³⁵ Comisión de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102/Add.1, febrero de 2005, Nueva York, Principio 35.

³⁶ BASSIOUNI, Cherif, Informe del experto independiente sobre el derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales, presentado de conformidad con la Resolución 1998/43, de la Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/1999/65, párr. 33.

³⁷ Cf. LÓPEZ, Claudia, *et al.*, «Justicia transicional en Colombia», en: FORER, Andreas & LÓPEZ, Claudia (eds.), *Colombia: un nuevo modelo de justicia transicional*, ProFis-GIZ, 2011, Bogotá.

administrativos relativos a los agentes del Estado implicados en violaciones graves de los derechos humanos³⁸.

En el ordenamiento jurídico interno, en varias oportunidades la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha hecho referencia a las disposiciones referidas para determinar el contenido y alcance del derecho a la reparación de las víctimas. Así, por ejemplo, en la sentencia n.º C-344 de 2017, luego de citar dichos instrumentos, la Corte Constitucional señaló expresamente que «la Asamblea General de las Naciones Unidas ha adoptado resoluciones en las que ha determinado que el derecho a la reparación integral o plena, adecuada, efectiva, rápida y proporcional se compone de medidas de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición»³⁹.

Las garantías de no repetición en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Las garantías de no repetición también han tenido un desarrollo particular en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos como componente del derecho a la reparación de las víctimas. Lo anterior, tomando como fundamento el artículo 63 de la Convención Americana, en el cual se señala que, si fuere procedente, la Corte Interamericana podrá ordenar que se reparen las consecuencias de la medida o situación que hubiere configurado una vulneración de los derechos protegidos por la Convención, así como el pago de una justa indemnización a la parte lesionada⁴⁰.

Con base en dicha disposición, en varias oportunidades la Corte Interamericana ha ordenado variadas garantías de no repetición a Estados parte en la Convención. Así, como señala Londoño, dicho Tribunal ha dictado alrededor de ciento sesenta medidas de este estilo, las cuales han implicado «la revisión de estructuras, instituciones, legislación, políticas y prácticas de los Estados americanos que presuntamente no se corresponden con los estándares internacionales en materia de derechos humanos»⁴¹.

Para citar algunos ejemplos, en el caso *Caso Almonacid Arellano y otros contra Chile*, referente a la falta de investigación y sanción de los responsables de la ejecución extrajudicial del señor Almonacid Arellano, a partir de la apli-

³⁸ BASSIOUNI, Cherif, Informe del experto independiente sobre el derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales, presentado de conformidad con la Resolución 1998/43, de la Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/1999/65, párr. 41.

³⁹ Corte Constitucional, sentencia n.º C-344/17, MP. Alejandro Linares, Bogotá, 2017.

⁴⁰ Convención Americana de Derechos Humanos, Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos de San José, Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969.

⁴¹ LONDOÑO, María Carmelina, Las garantías de no repetición en la jurisprudencia interamericana: derecho internacional y cambios estructurales del Estado, Universidad de la Sabana, Bogotá, 2014, p. 143.

cación de la Ley de Amnistía de 1978 de Chile, así como a la falta de reparación adecuada a sus familiares, la Corte adoptó medidas tendientes a que el Estado chileno adecuase su derecho interno a la Convención Americana. Esto, con el objetivo de prevenir nuevas violaciones a los derechos humanos. De manera particular, la Corte indicó que la referida Ley de Amnistía era incompatible con la Convención al permitir la amnistía de responsables de delitos de lesa humanidad, por lo que indicó que el Estado debía asegurar que este Decreto dejase de ser obstáculo para la investigación, juzgamiento y, en su caso, sanción de los responsables de este tipo de delitos en Chile⁴².

De manera similar, en el caso *Gomes Lund y otros («Guerrilha do Araguaia») contra Brasil*, donde la Corte se pronunció sobre la responsabilidad del Estado brasileño en la detención arbitraria, tortura y desaparición forzada de 70 personas, como resultado de operaciones del Ejército entre 1972 y 1975 con el objeto de erradicar a la Guerrilha do Araguaia, en el contexto de la dictadura militar de Brasil (1964-1985), la Corte ordenó diversas garantías de no repetición para prevenir que se presentasen hechos similares. Así, entre otras, la Corte se refirió a la necesidad de que el Estado reforzase la formación de las Fuerzas Armadas en materia de derechos humanos y dispuso que el Estado de Brasil debía adoptar las medidas que fueren necesarias para tipificar el delito de desaparición forzada de personas de conformidad con los estándares interamericanos⁴³.

Otro caso representativo es el de la *Masacre de Pueblo Bello frente a Colombia*, en el cual la Corte ordenó al Estado construir un monumento apropiado y digno para recordar los hechos de la masacre, como medida para prevenir su ocurrencia en el futuro. En dicha ocasión el Tribunal determinó la responsabilidad del Estado colombiano en la desaparición forzada de 37 personas, así como la ejecución extrajudicial de seis campesinos de la población de Pueblo Bello en enero de 1990, perpetrada por grupos paramilitares con la aquiescencia de agentes del Estado⁴⁴.

Las variadas garantías de no repetición ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos suscitan varios interrogantes en materia del fundamento de la potestad de este Tribunal para ordenar dichas medidas, así como frente a qué exactamente son las garantías de no repetición, cómo se pueden reconocer y cuáles son sus linderos. Precisamente, como señala Nash, estas órdenes de la Corte abarcan territorios que tradicionalmente

⁴² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Almonacid Arellano y otros contra Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n.º 154, párr. 145.

⁴³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Gomes Lund y otros («Guerrilha do Araguaia») contra Brasil, Sentencia de 24 de noviembre de 2010, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n.º 219, párr. 281 y ss.

⁴⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Masacre de Pueblo Bello contra Colombia, Sentencia de 31 de enero de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n.º 140, párr. 278.

han sido considerados como «propios de la soberanía nacional y respecto de los cuales, hasta hace poco tiempo, era impensable que un órgano internacional pudiera intervenir»⁴⁵. En consecuencia, una profunda discusión suscitada a partir de las medidas en comento está relacionada con sus límites y legitimidad.

En este contexto, valga resaltar que Londoño propone tres fundamentos para justificar la legitimidad de las garantías de no repetición ordenadas por el órgano judicial del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Primero, los principios *propersona*, de subsidiariedad y de efectividad que se encuentran en la base del Sistema Interamericano, cuya conexión articulada motiva la necesidad de que la dignidad humana sea el centro de las órdenes de la Corte Interamericana, quien tiene potestad subsidiaria para coadyuvar en la garantía de los derechos consagrados en la Convención y de esta manera hacerla efectiva. Segundo, el principio de *pacta sunt servanda* y las obligaciones generales consagradas en la Convención, en virtud de los cuales dichos compromisos que los Estados parte asumieron al suscribir dicho tratado se deben cumplir de buena fe, lo que incluye las órdenes de la Corte en materia de garantías de no repetición. Finalmente, la naturaleza y función encomendada al Tribunal Interamericano, quien tiene función pedagógica y de tutela, por lo que «goza de poder para ordenar al Estado una acción que favorecerá a terceros no intervinientes en el proceso internacional»⁴⁶.

Sin embargo, estos fundamentos pueden causar varios retos al ser trasladados al nivel interno en el ámbito de las potestades de los jueces nacionales. Para citar un caso, si se tiene en cuenta que la Corte Constitucional colombiana ha señalado que a nivel interno «la jurisprudencia interamericana en materia del derecho a la reparación, es una pauta hermenéutica en materia de derechos fundamentales»⁴⁷, surge el interrogante sobre hasta qué punto las cortes nacionales pueden emular a la Interamericana, y ordenar medidas más propias de políticas públicas estatales, que podrían sobrepasar sus competencias expresas⁴⁸.

⁴⁵ NASH, Claudio, *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (1988-2007), Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, 2009, p. 65.

⁴⁶ LONDOÑO, María Carmelina, *Las garantías de no repetición en la jurisprudencia interamericana: derecho internacional y cambios estructurales del Estado*, Universidad de la Sabana, Bogotá, 2014, p. 283.

⁴⁷ Corte Constitucional, sentencia n.º C-344/17, MP. Alejandro Linares, Bogotá, 2017, párr. 21.

⁴⁸ A modo de ejemplo sobre la discusión del papel del juez en materia de diseño de políticas públicas estatales en Colombia, ver: HENAO, Juan Carlos, *El juez constitucional: un actor de las políticas públicas*, Revista de Economía Institucional, 2013, vol. 15, no 29; y CLAVIJO, Sergio, *Fallos y fallas de la Corte Constitucional: el caso de Colombia 1991-2000*, Alfaomega, Bogotá, 2001.

Lo anterior adquiere particular relevancia si se tiene en cuenta, como señalan Londoño y Nash, que el mismo término garantías de no repetición, es un vocablo abierto, que requiere precisión y criterios sobre su definición y alcances⁴⁹. En este sentido, es pertinente destacar tres criterios propuestos por Londoño, para establecer los linderos de legitimidad a las garantías de no repetición ordenadas por la Corte Interamericana: la necesidad, la adecuación y el margen nacional de apreciación⁵⁰.

Hacia una conceptualización de las garantías de no repetición como parte de una estrategia integral de justicia transicional en el derecho internacional

A diferencia de su carácter como componente del derecho a la reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el marco de la justicia de transición repetidos pronunciamientos de las Naciones Unidas reconocen a las garantías de no repetición como un elemento independiente. En este sentido, se señala que las mismas hacen parte de lo que debe ser una estrategia integral de justicia transicional, a la par de los derechos a la verdad, justicia y reparación de las víctimas.

Como antecedente de esta concepción, en algunas resoluciones del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de la primera década del siglo XXI, se indica que la justicia de transición debe tener un enfoque global. Esto es, abarcar «medidas judiciales y no judiciales, como enjuiciamientos individuales, reparaciones, la búsqueda de la verdad, la reforma de las instituciones, la selección de los empleados o funcionarios públicos, o bien una combinación apropiada de estas medidas, a fin de, entre otras cosas, garantizar la rendición de cuentas, hacer justicia, brindar vías de recurso a las víctimas, fomentar la recuperación de la normalidad y la reconciliación, establecer entidades independientes que supervisen los sistemas de seguridad, restablecer la confianza en las instituciones del Estado y promover el Estado de derecho de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos»⁵¹.

En este contexto, en un informe del año 2009, preparado por el alto comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, donde se realiza

⁴⁹ Cf. NASH, Claudio, *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007)*, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, 2009, p. 65; y LONDOÑO, María Carmelina, *Las garantías de no repetición en la jurisprudencia interamericana: derecho internacional y cambios estructurales del Estado*, Universidad de la Sabana, Bogotá, 2014.

⁵⁰ LONDOÑO, María Carmelina, *Las garantías de no repetición en la jurisprudencia interamericana: derecho internacional y cambios estructurales del Estado*, Universidad de la Sabana, Bogotá, 2014.

⁵¹ Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Derechos humanos y justicia de transición*, Resolución n.º A/HRC/9/L.22 de 19 de septiembre de 2008, Nueva York, párr. 3.

un *Estudio analítico de los derechos humanos y la justicia de transición*, se recogen diversas medidas implementadas por varios Estados con el propósito de prevenir nuevos conflictos, como reformas institucionales y consultas nacionales⁵². Con posterioridad, y haciendo eco a dicha visión holística de la justicia transicional, la Resolución 18/7 del Consejo de Derechos Humanos nombró al actual *relator especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición*, Pablo de Greiff⁵³. Desde ese entonces, el relator especial ha presentado diversos informes ante las Naciones Unidas en materia del desarrollo de la justicia transicional a nivel mundial, tanto desde un componente analítico y conceptual, como desde un ámbito más descriptivo, para establecer recomendaciones al respecto.

Para efectos de dilucidar el contenido y alcances de las garantías de no repetición en este contexto, es pertinente poner de presente de manera particular dos informes del relator especial. Por un lado, el Primer Informe presentado en el marco del mandato, en el cual de Greiff hace un análisis de los alcances y la estrategia de implementación del mismo y resalta la importancia de aplicar un enfoque global al abordar las violaciones manifiestas de los derechos humanos y las violaciones graves del derecho humanitario internacional. Esto, con el fin de conjugar de manera complementaria e interrelacionada los elementos de la búsqueda de la verdad, las iniciativas de justicia, la reparación y las garantías de no repetición⁵⁴.

De igual forma, el relator concluye que, si bien a nivel abstracto las cuatro áreas podrían tener como fin último la consecución de la justicia, un análisis más funcional permite deducir que estos cuatro elementos permiten alcanzar dos objetivos mediatos, ofrecer reconocimiento a las víctimas y fomentar la confianza, así como dos objetivos finales, contribuir a la reconciliación y reforzar el Estado de derecho. De esta manera, las garantías de no repetición se constituyen como uno de los cuatro cimientos fundamentales para alcanzar estos propósitos⁵⁵.

Sin embargo, es pertinente precisar tres elementos del primer informe del relator, relacionados con la eficacia de la implementación de garantías de no repetición en el marco de una estrategia integral de justicia transicional, que son particularmente relevantes al analizar las garantías de no repetición contenidas en el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repe-

⁵² Alto comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Estudio analítico de los derechos humanos y la justicia de transición*, A/HRC/12/18, presentado ante el Consejo de Derechos Humanos, Nueva York, 2009.

⁵³ Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, relator especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Resolución n.º A/HRC/RES/18/7, de 13 de octubre de 2011, Nueva York.

⁵⁴ DE GREIFF, Pablo, *Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición*, A/HRC/21/46, Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 21º periodo de sesiones, Nueva York, 2012.

⁵⁵ *Ibidem*, párr. 21.

tición acordado en el Acuerdo de Paz. Primero, de Greiff destaca la necesidad de implementación integral de la verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición, de manera tal que se evite el diseño y la ejecución fragmentada de dichas medidas⁵⁶.

Segundo, el Informe señala que, en materia de consolidación del Estado de derecho, si bien los distintos componentes de una estrategia integral de justicia transicional son necesarios para avanzar en este sentido, no son suficientes en sí mismos para establecerlo y sostenerlo. Por esta razón, el relator destaca la necesidad de incluir de manera coordinada con una estrategia integral de justicia transicional, otras intervenciones encaminadas hacia la corrección de desigualdades estructurales y la superación de los patrones de exclusión y marginación, entre otros⁵⁷.

Por último, el relator indica que «la promesa de garantizar la no repetición de las violaciones (...) puede convertirse en algo más que una promesa solo si se producen, de hecho, transformaciones sociales y estructurales que trasciendan a aquellas que surjan de la aplicación de las medidas a las que se refiere la resolución»⁵⁸. Es decir, si bien la garantía de los derechos a la verdad, justicia y reparación de las víctimas podría prevenir la ocurrencia de ciertas violaciones, hay medidas más ligadas, por ejemplo al desarrollo y la seguridad, que trascienden una estrategia de justicia transicional, pero que son necesarias para atacar de raíz las causas de la violencia.

Un segundo estudio del relator especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición que es pertinente resaltar para efectos del análisis del Acuerdo de Paz, es el Informe de 7 de septiembre de 2015. En este documento, el relator especial examina con detenimiento el contenido y alcances de las garantías de no repetición como elemento de una estrategia de justicia transicional⁵⁹. De este Informe es pertinente hacer referencia a tres conclusiones del relator sobre las garantías de no repetición.

Primero, la noción misma de lo que significan las garantías de no repetición todavía requiere precisión en el marco de la justicia transicional. Así, en palabras del relator especial, frente a este componente, es necesario analizar con detenimiento cuál es: (i) «la “oferta”, porque no queda claro qué se entiende por “garantía”»; (ii) el «“objeto”, ya que la referencia en los textos fundacionales a la no repetición de la violación manifiesta de los derechos humanos por los Estados se ha ampliado para incluir la no repetición de los “crímenes internacionales” cometidos por agentes estatales y no estatales,

⁵⁶ *Ibidem*, párr. 22-23.

⁵⁷ *Ibidem*, párr. 43.

⁵⁸ *Ibidem*, párr. 51.

⁵⁹ DE GREIFF, Pablo, *Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición*, A/HRC/30/42, Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 30° periodo de sesiones, Nueva York, 2015, párr. 15.

la no repetición de atrocidades e incluso la no repetición de conflictos violentos»; (iii) «el “sujeto” o quienes han de ser los beneficiarios de las garantías, es decir, las víctimas, un grupo más amplio de “posibles” víctimas o la sociedad en general»; y (iv) «los “garantes de derechos”, es decir, quienes deben cumplir su obligación de proporcionar esas garantías»⁶⁰.

En este contexto, con el fin de aportar algunas nociones para precisar los anteriores factores, de Greiff señala que, en términos generales, las garantías de no repetición se distinguen de la verdad, justicia y reparación como elementos de una estrategia integral de justicia, en cuanto que estas tres áreas hacen referencia a medidas concretas. Por su parte, las garantías de no repetición están destinadas a cumplir una función de prevención que es posible cumplir a través de diversas medidas, como la reforma de las instituciones o el desmantelamiento de los grupos armados no oficiales⁶¹.

El relator especial precisa que el objeto de las garantías de no repetición «no es la prevención de violaciones aisladas, sino de violaciones manifiestas de los derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario»⁶². A su vez, indica que el sujeto «de las garantías es la sociedad previamente victimizada, considerada en su conjunto y, por tanto, no limitada a las víctimas directas o indirectas»⁶³. Por su parte, señala que, en materia de elaboración de políticas preventivas, las instituciones del Estado serán los principales garantes de derechos, aun cuando los mismos son, en última instancia, múltiples⁶⁴.

Por último, frente a la oferta existente en materia de garantías, el Informe establece que esta se refiere a una combinación de diversas intervenciones deliberadas que contribuyen a reducir la probabilidad de que se repitan las violaciones⁶⁵. Específicamente, el relator especial expone una serie de intervenciones en el Informe que pueden ser parte de dicha oferta, las cuales se enmarcan en tres esferas distintas de intervención, que requieren tanto de condiciones de seguridad apropiadas, como de identidad jurídica de los ciudadanos para poder ser aplicadas. Por un lado, intervenciones institucionales, como la ratificación de tratados y la implementación de reformas jurídicas, judiciales y constitucionales. Por otra parte, intervenciones en la sociedad, como la cesación de las agresiones y amenazas contra la sociedad civil, el empoderamiento jurídico de la ciudadanía y la creación de entornos que faciliten la partición de la sociedad civil. Finalmente, intervenciones en las esferas cultural e individual, como el diseño e implementación de medi-

⁶⁰ *Ibidem*, párr. 20.

⁶¹ *Ibidem*, párr. 23.

⁶² *Ibidem*, párr. 25.

⁶³ *Ibidem*, párr. 26.

⁶⁴ *Ibidem*, párr. 26.

⁶⁵ *Ibidem*, párr. 25.

das destinadas a fortalecer la educación, las artes, la cultura y el asesoramiento postraumático y apoyo psicosocial.

Aplicando estas consideraciones del relator para el caso colombiano, es claro que el Acuerdo de Paz contiene variadas intervenciones que constituyen una oferta amplia de garantías de no repetición. En la sección tercera se hará un análisis particular sobre la oferta, sujetos, objeto y garantes de dichas medidas contenidas en el Acuerdo, con referencia específica a las garantías de no repetición en materia de espacios de participación ciudadana.

Las garantías de no repetición en el marco de justicia transicional colombiano: ¿La justicia transicional más allá de la justicia?

Al igual que a nivel internacional, en el ordenamiento jurídico colombiano, y particularmente en los instrumentos legales que han regulado la justicia transicional en el país, las garantías de no repetición han tenido un carácter mutable. De esta manera, aun cuando en los inicios de la justicia transicional en Colombia las garantías de no repetición eran entendidas como un componente del derecho a la reparación, desde la constitucionalización de la justicia transicional en Colombia con el Marco Jurídico para la Paz, las mismas han sido caracterizadas como un elemento independiente de una estrategia integral de justicia transicional.

En este contexto, esta sección tiene como objetivo reseñar el desarrollo de las garantías de no repetición en el marco normativo que regula la justicia transicional en Colombia, así como la implementación de dichas medidas en diferentes instrumentos jurídicos. Cuatro momentos se pueden distinguir al respecto: (i) el origen fragmentado y acotado de las garantías de no repetición con la promulgación e implementación de la Ley de Justicia y Paz; (ii) la despenalización de las garantías de no repetición con la creación de la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras; (iii) la emancipación de las garantías de no repetición en el marco de una estrategia integral de justicia transicional colombiana a través del Marco Jurídico para la Paz; y (iv) los avances y retos en materia de implementación de garantías de no repetición, a partir de la aprobación de la Ley 1592 de 2012, la cual reformó la Ley de Justicia y Paz⁶⁶.

Una quinta etapa, que será analizada en la sección tercera, es el posible surgimiento de límites difusos entre la justicia transicional y las disposiciones legales ordinarias a través de la *cláusula amplia de no repetición* contenida en el Acuerdo Final.

⁶⁶ Otros autores, como Rúa, distinguen tres momentos en el proceso de incorporación de la justicia transicional en Colombia, a saber: la adopción de la Ley de Justicia y Paz, la aprobación de la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras y la constitucionalización de la justicia transicional a través del Marco Jurídico para la Paz. Cf. RÚA, Carlos, *Los momentos de la justicia transicional en Colombia*, Rev. Derecho, 2015, n.º 43, pp. 71-109.

La Ley de Justicia y Paz: Origen fragmentado y acotado de las garantías de no repetición en el contexto de justicia transicional colombiano

Un primer instrumento normativo que es pertinente resaltar frente al desarrollo de las garantías de no repetición en el marco de justicia transicional colombiano es la Ley 975 de 2005, mejor conocida como Ley de Justicia y Paz. Esta normatividad tenía como objetivo desmovilizar a los grupos paramilitares en Colombia⁶⁷. Para tal efecto, dicha ley ofrecía a los combatientes la posibilidad de reducir sus penas a un periodo de 5 a 8 años, a cambio de su desmovilización. Ahora bien, la Ley de Justicia y Paz ha planteado diversas restricciones relacionadas con la garantía de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición en un escenario en el que persiste el conflicto armado⁶⁸.

Sin embargo, es el primer instrumento jurídico de justicia transicional a nivel interno que incluye explícitamente garantías de no repetición para prevenir el surgimiento de nuevos conflictos. Al respecto, hay dos elementos que es pertinente resaltar. Primero, los artículos 8 y 48 de la ley en comento incluyeron este componente como un elemento particular del derecho a la reparación de manera fragmentada, sin articular dichas garantías con políticas públicas estatales amplias o de manera estratégica con los demás elementos de la justicia transicional.

Segundo, la Ley de Justicia y Paz señala de manera explícita ciertas medidas como garantías de no repetición, entre las cuales se encuentra la desmovilización y el desmantelamiento de los grupos armados al margen de la ley y la asistencia a cursos de capacitación en materia de derechos humanos a los responsables de las violaciones. Si bien a nivel estatal durante la implementación de esta normatividad se avanzó en diversas lecciones y programas en materia de desmovilización, la mayoría de competencias frente a la implementación de garantías de no repetición estaban en cabeza de los jueces encargados de decidir los procesos penales contra de los desmovilizados⁶⁹.

En este orden de ideas, entre otros debido a que dicha Ley hacía particular énfasis en un proceso penal especial para garantizar los derechos de las víctimas y no en una estrategia integral y articulada de justicia transicional, las garantías de no repetición tuvieron poco desarrollo en el marco de esta nor-

⁶⁷ Cf. AMBOS, Kai, *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) y derecho penal internacional*, GTZ, Bogotá 2010.

⁶⁸ GARZÓN, Baltasar, (coord.), *Diagnóstico de Justicia y Paz en el marco de la justicia transicional en Colombia*, Mapp-OEA, Bogotá, 2011.

⁶⁹ Al respecto, se sugiere consultar MOLANO, Andrés (ed.), *Entre transición y restauración. Desafíos para la sociedad colombiana en el posconflicto. Contribuciones al debate sobre justicia transicional en Colombia*, Fundación Konrad Adenauer, 2014.

matividad⁷⁰. De esta manera, como concluyen Navarro *et al.*, las garantías de no repetición implementadas no fueron suficientes para que no se repitiesen los hechos victimizantes⁷¹. Así, tanto el estudio citado, como informes de la Fundación Ideas para la Paz y el Centro Nacional de Memoria Histórica, entre otros, han señalado que, tras la desmovilización de los grupos paramilitares en Colombia con ocasión de la Ley de Justicia y Paz, nuevas bandas criminales han surgido, llenando los vacíos dejados por los esquemas armados anteriores⁷².

La Ley de Víctimas y Restitución de Tierras: Hacia una despenalización de las garantías de no repetición

Otro instrumento jurídico que es pertinente resaltar en materia del desarrollo legal de las garantías de no repetición en el contexto de justicia transicional colombiano, es la Ley 1448 de 2011, mejor conocida como la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras. Dicha normatividad, a diferencia de la Ley de Justicia y Paz, no requiere de la implementación de procesos penales para implementar medidas destinadas a garantizar algunos derechos de las víctimas del conflicto armado colombiano. En este contexto, la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, entre otras, creó varias agencias públicas especializadas en la atención y reparación de las víctimas y estableció un proceso de restitución de tierras⁷³.

Más de ocho millones de víctimas están actualmente inscritas en el Registro de Víctimas creado por la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras. Asimismo, el número de víctimas que el programa incluye es más amplio que mecanismos similares en otros países⁷⁴. No obstante, diversos desafíos han afectado la implementación de este marco normativo, como la falta de coordinación

⁷⁰ Cf. APONTE, Alejandro, *et al.*, *El proceso penal especial de Justicia y Paz: alcances y límites de un proceso penal concebido en clave transicional*, Observatorio Internacional DDR-Ley de Justicia y Paz, Bogotá, 2011; y APONTE, Alejandro, *et al.*, *Dinámica de la reparación en el proceso penal especial de Justicia y Paz. El impacto de los incidentes de reparación integral*, Centro Internacional de Toledo para la Paz CIT PAX y el Observatorio Internacional DDR Ley de Justicia y Paz, Bogotá, 2012.

⁷¹ Navarro, CONSUELO *et al.*, *Participación de las víctimas en el proceso de justicia y paz*, ProFis, GIZ, Bogotá, 2014.

⁷² Cf. Fundación Ideas para la Paz, *Crimen organizado y saboteadores armados en tiempos de transición*, Bogotá, 2017; y Centro Nacional de Memoria Histórica, *Desmovilización y Reintegración Paramilitar. Panorama posacuerdos con las AUC*, Bogotá, 2015.

⁷³ Cf. PFEIFFER, Silke, *Building up a peace infrastructure for Colombia: lessons from implementing the Victims Law*, 2015.

⁷⁴ Cf. PHAM, Phuong Ngoc, *et al.*, «Evaluating Transitional Justice: The Role of Multi-Level Mixed Methods Datasets and the Colombia Reparation Program for War Victims», *Transitional Justice Review*: Vol. 1: Iss. 4, Article 3, 2016.

entre las instituciones locales y nacionales que deben dar atención a las víctimas y la falta de mecanismos para satisfacer el derecho a la verdad⁷⁵.

Frente a la inclusión de garantías de no repetición en este instrumento jurídico, se destaca que el artículo 25 de la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras también las incluyó como un componente particular del derecho a la reparación de las víctimas. A su vez, los artículos 11 y 12 de dicha ley indican de manera explícita que estas medidas se deben aplicar de acuerdo con los principios de coherencia interna y externa anteriormente referidos.

De manera particular, el artículo 149 de la citada Ley incluyó más de quince garantías de no repetición del conflicto, entre ellas la desmovilización y el desmantelamiento de los grupos armados al margen de la ley, el fortalecimiento de la participación efectiva de las poblaciones vulneradas, la difusión de la información sobre los derechos de las víctimas radicadas en el exterior y la declaratoria de insubsistencia de los funcionarios públicos condenados por vulnerar los derechos de las víctimas.

A su vez, haciendo eco al Primer Informe del relator especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, citado con anterioridad, el artículo 150 establece las bases para una política pública amplia en materia de garantías de no repetición, que ataca de raíz las estructuras económicas y sociales que propiciaron el conflicto. Así, la norma referida establece que «El Estado Colombiano adoptará las medidas conducentes a lograr el desmantelamiento de las estructuras económicas y políticas que se han beneficiado y que han dado sustento a los grupos armados al margen de la ley, con el fin de asegurar la realización de las garantías de no repetición».

A pesar de los avances en materia de regulación de las garantías de no repetición en el país con la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, su implementación ha enfrentado muchos desafíos. Entre ellos se encuentran amenazas a la seguridad de las víctimas, falta de articulación institucional y las limitadas competencias de las agencias creadas por dicha ley para diseñar y ejecutar políticas públicas amplias en materia de garantías de no repetición⁷⁶.

Así, por ejemplo, y de manera particular haciendo especial énfasis a la relación entre garantías de no repetición y participación ciudadana, Vargas señala que, a pesar de que la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras introduce «reglas de juego para hacer de la participación de las víctimas un

⁷⁵ Cf. PLATA, Oswaldo, De la Ley de Justicia y Paz a la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras: de la indignación a la reconciliación. *Agora USB*, 12(1), 2012, pp. 47-59; y BOHÓRQUEZ, Javier, *Ley de Víctimas y Restitución de Tierras: un estudio sobre la eficacia real del proceso de restitución de tierras*, 2016.

⁷⁶ Cf. CIDH. *Verdad, justicia y reparación: Cuarto Informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia*, 2013.

proceso más incluyente y democrático, persisten determinados diseños de política pública que hacen de esta un ejercicio separado de las instancias de decisión en lo programático y lo presupuestal (...). Lo anterior, sumado a la incapacidad estatal de garantizar la seguridad de las víctimas y de sus líderes en lo local, dificulta a todas luces su incidencia en escenarios de toma de decisiones y establece enormes retos que debería tener en cuenta el Estado colombiano para replantear diseños de política y garantizar una participación efectiva»⁷⁷.

Es de resaltar, sin embargo, que la Unidad de Víctimas creada por dicha Ley, ha llevado a cabo diversos esfuerzos para implementar estrategias coordinadas en materia de garantías de no repetición. Así, por ejemplo, el Grupo de Garantías de no Repetición de esta Agencia ha diseñado una serie de lineamientos para la formulación de garantías de no repetición en los planes de reparación colectiva.

Entre estas directrices, el Grupo incluye un diagnóstico de los obstáculos en el diseño e implementación de las garantías de no repetición dentro de los planes de reparación colectiva —como la falta de competencia de la Unidad en algunos temas—, así como de estrategias diseñadas para superarlos —como la articulación con otras entidades públicas, entre ellas la Agencia Colombiana para la Reintegración—. A su vez, se resalta que en el citado documento la Unidad reconoce que las garantías de no repetición tienen una dimensión preventiva y una dimensión reparadora, pero el Grupo señala que precisamente la Unidad carece de competencia para elaborar políticas públicas en materia del elemento preventivo de las garantías de no repetición⁷⁸.

El Marco Jurídico para la Paz: Hacia una emancipación de las garantías de no repetición en el marco de una estrategia integral de justicia transicional

Teniendo en cuenta las debilidades presentadas durante el primer quinquenio de implementación de instrumentos de justicia transicional en Colombia, y *ad portas* del proceso de negociación con las FARC, el Congreso de la República discutió y aprobó durante el año 2012 el Acto Legislativo n.º 1, mejor conocido como Marco Jurídico para la Paz. Esta reforma constitucional integró a la Constitución las bases para una estrategia integral de justicia transicional en Colombia.

⁷⁷ VARGAS, Jenniffer, Análisis comparativo de los diseños institucionales que regulan la participación de las víctimas en Colombia: antes y después de la Ley 1448 de 2012, Estudios Socio-Jurídicos, 16(1), 2014, p.167.

⁷⁸ Unidad de Víctimas, Lineamientos para la formulación de garantías de no repetición en los planes de reparación colectiva, Grupo de Garantías de no Repetición, Código 400.08.16-1, Bogotá, 2015.

En términos generales, el Marco Jurídico para la Paz permite, desde la propia Constitución, la creación de instrumentos excepcionales de justicia transicional para facilitar los acuerdos de paz con grupos armados y, al mismo tiempo, garantizar los derechos de las víctimas, y establece criterios para tal efecto⁷⁹. Por ejemplo, la reforma contiene lineamientos para la creación de una estrategia de investigación y juzgamiento basada en la priorización y selección de delitos, para concentrar los esfuerzos y recursos institucionales en los delitos más graves y en los más altos responsables⁸⁰. Asimismo, el Acto Legislativo en alusión permite la creación de mecanismos extrajudiciales para satisfacer las demandas de las víctimas en materia de verdad y reparación, como comisiones de la verdad y un programa de reparaciones administrativas⁸¹.

Ahora bien, para efectos del análisis en materia de garantías de no repetición, es de resaltar que el Acto Legislativo las incluyó como uno de los principales objetivos de los mecanismos de justicia transicional en Colombia. Así, el Artículo Transitorio 66 de la Constitución, incluido por el Marco, señala que «Los instrumentos de justicia transicional serán excepcionales y tendrán como finalidad prevalente facilitar la terminación del conflicto armado interno y el logro de la paz estable y duradera, con garantías de no repetición y de seguridad para todos los colombianos; y garantizarán en el mayor nivel posible, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación».

Las garantías de no repetición fueron un elemento primordial que inspiró el diseño del Marco Jurídico para la Paz. Así, por ejemplo, en el Informe de Ponencia para Primer Debate en el Senado del Proyecto de Acto Legislativo, los ponentes señalaron que uno de los graves riesgos hasta ese momento en materia de justicia transicional en el país, era la imposibilidad de garantizar la no repetición⁸².

Frente al desarrollo del Marco Jurídico para la Paz en materia de garantías de no repetición, es pertinente resaltar dos aspectos. En primer lugar, aun cuando el Acto Legislativo contenía lineamientos específicos para prevenir la repetición de las violaciones, en ejercicios de participación de las víctimas

⁷⁹ Cf. SUÁREZ, Beatriz y JARAMILLO, Felipe, La satisfacción del derecho a la justicia en el marco del proceso de paz colombiano. Una mirada a la evolución en materia de responsabilidad penal en el contexto de un proceso de paz y de los actuales estándares internacionales, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 2014, vol. 16, no 2.

⁸⁰ Cf. AMBOS, Kai (Coord.), *Justicia de transición y Constitución: Análisis de la Sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional*, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2014.

⁸¹ Cf. UPRIMNY, Rodrigo, *et al.*, *Justicia para la paz: crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada*, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, BOGOTÁ, 2014.

⁸² Congreso de la República, Ponencia para primer debate en segunda vuelta al Proyecto de Acto Legislativo n.º 14 de 2011, Senado, 094 de 2011, Cámara, «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», Bogotá, 30 de mayo de 2012.

propiciados por el Ministerio de Justicia, las mismas manifestaron reiteradamente su preocupación por las garantías de no repetición ante el surgimiento de nuevos grupos de crimen organizado⁸³.

En segundo lugar, las directrices establecidas en el Marco en materia de garantías de no repetición, han sido aplicadas por la Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad del artículo 67 transitorio del Marco Jurídico para la Paz. Esta disposición, por su parte, establece algunos criterios para la posible expedición de una ley estatutaria que pudiese regular qué delitos podrían ser considerados como conexos al delito político, para efectos de la posibilidad de que quienes fueren juzgados por los mismos puedan participar en política.

Así, por ejemplo, como resaltan Acosta y Londoño, las garantías de no repetición como elemento independiente de una estrategia integral de justicia transicional, fueron fundamentales en la Sentencia n.º C-577 de 2014, que declaró la exequibilidad de dicha norma⁸⁴. En este pronunciamiento, la Corte Constitucional las utilizó para diferenciar dos obligaciones distintas e independientes, pero a su vez complementarias del Estado colombiano a nivel internacional: «por un lado, la obligación de reparación integral a las víctimas y, por otro, la obligación de prestar garantías de no repetición»⁸⁵.

Ley 1592 de 2012: Avances y retos en materia de implementación de garantías de no repetición

A pesar de los avances en materia de garantías de los derechos de las víctimas en Colombia con ocasión de la promulgación de la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, este nuevo instrumento de justicia transicional presentó una nueva dificultad: la necesidad de armonizar y articular los diferentes mecanismos colombianos de justicia transicional existentes hasta el momento. En este sentido, dado que las disposiciones en materia de reparación de víctimas consagradas en la Ley de Justicia y Paz eran distintas a las establecidas en la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, el Congreso de Colombia decidió modificar la primera a través de la Ley 1592 de 2012⁸⁶.

⁸³ DÍAZ, Catalina (coord.), *La justicia transicional vista desde las regiones: Hallazgos del proceso de participación social para el desarrollo de nuevos instrumentos de justicia transicional en Colombia*, Bogotá, Ministerio de Justicia, 2014.

⁸⁴ Corte Constitucional, Sentencia n.º C-577 de 2017, MP. Martha Victoria Sáchica Méndez.

⁸⁵ ACOSTA, Juana y LONDOÑO, María Carmelina, «Juicio de sustitución: La participación política de excombatientes como desarrollo del marco democrático participativo», en: AMBOS, Kai (Coord.), *Justicia de transición y Constitución II: Análisis de la Sentencia C-577 de 2014 de la Corte Constitucional*, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2015.

⁸⁶ Cf. APONTE, Alejandro, *et al.*, *Perspectivas del proceso penal especial de Justicia y Paz en una dinámica ampliada de justicia transicional*, Observatorio Internacional de DDR y Ley de Justicia y Paz, CITpax, Madrid-Bogotá, 2012.

En consecuencia, dicha enmienda reformó las normas sobre reparación judicial contenidas en la Ley de Justicia y Paz y limitó la posibilidad de indemnización de las víctimas al Programa de Reparación Administrativa de la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras. Sin embargo, varias disposiciones de la Ley 1592 de 2012 fueron posteriormente declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, entre otras, en las Sentencias C-180 de 2014 y C-694 de 2015, precisamente haciendo referencia a varios obstáculos presentados en la armonización de ambas disposiciones, particularmente en materia de reparación de víctimas.

Al respecto, es de resaltar que en la referida Sentencia C-694 de 2014, la Corte Constitucional hizo especial énfasis en la necesidad de garantizar la no repetición del conflicto, al evaluar algunos límites a la reparación integral en Justicia y Paz, establecidos con la Ley 1592 de 2012. Así, por un lado, la Corte se pronunció expresamente sobre los diferentes tratamientos dados a las garantías de no repetición en el derecho internacional, señalando: «en estricto sentido —y a pesar de las confusiones que se verifican también en el plano internacional— las garantías de no repetición son autónomas: no necesariamente se corresponden con una forma de reparación, aunque el Tribunal Interamericano lo hubiere desarrollado históricamente de ese modo. Reconocer esta diferencia, en nada mengua los efectos jurídicos que surgen de la obligación, en cabeza del Estado, de asegurar que no se presenten casos repetitivos de violaciones a los derechos humanos»⁸⁷.

A su vez, y haciendo especial mención a la conexión entre las garantías de no repetición y el derecho a la reparación integral de las víctimas, la Corte indicó que «imponer límites a la reparación integral por vía administrativa a las víctimas de daños causados por crímenes de lesa humanidad, tales como tortura, genocidio, desaparición forzada, ejecuciones extrajudiciales, y violaciones, o cuando concurren en una misma víctima varios de estos hechos y sean atribuibles a agentes del Estado, genera una carga desproporcionada y desconoce el principio de no repetición»⁸⁸.

Las garantías de no repetición en el Acuerdo de Paz: ¿Límites difusos entre la justicia transicional y las disposiciones legales ordinarias?

En más de diez años de desarrollo de un marco jurídico de justicia transicional en Colombia, han sido implementados diversos instrumentos jurídicos para garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación. Sin embargo, como se puede notar del recuento normativo realizado en la sección anterior, solo recientemente, y aún así de manera tangencial y sin muchos resultados, las garantías de no repetición han empezado a adquirir

⁸⁷ Corte Constitucional, Sentencia n.º C-694 de 2014, MP. Alberto Rojas, punto 5.6.

⁸⁸ *Ibidem*, punto 5.7.

igual protagonismo como cuarto elemento de una estrategia integral de justicia transicional en el país.

Ahora bien, a pesar de los avances en esta materia, son todavía varios los retos en Colombia para garantizar la no repetición, especialmente frente al surgimiento de nuevos grupos armados y asesinato a líderes sociales. De manera ilustrativa, en el primer semestre de 2017, justo después de que el Acuerdo Final entrara en vigor, la Defensoría del Pueblo de Colombia resaltó que entre el 1º de enero de 2016 y el 5 de marzo de 2017, dicha entidad documentó 156 homicidios contra líderes sociales, comunitarios y defensores de derechos humanos, los cuales se concentraron en 98 municipios del país⁸⁹.

A su vez, en una investigación reciente de la Fundación Ideas para la Paz sobre crimen organizado y otras expresiones de criminalidad en Colombia tras la firma del Acuerdo de Paz, dicha organización concluye, entre otros, que «tras el desmonte de las FARC persisten o están surgiendo otro tipo de saboteadores armados, aún difíciles de caracterizar, pero con capacidad de coerción y de poner en aprietos la estabilidad de la transición en medio de la implementación del Acuerdo de Paz»⁹⁰.

Justamente para prevenir el surgimiento de nuevos conflictos en el país, el Acuerdo Final entre el Gobierno y las FARC incluye una amplia gama de garantías de no repetición, como elemento autónomo del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición creado por el Acuerdo, como parte de una estrategia de justicia transicional. En este contexto, las garantías de no repetición que integran el quinto elemento del Sistema Integral, son presentadas por las partes como resultado de la ejecución de tres componentes complementarios que, sumados entre sí, constituyen todo el Acuerdo de Paz.

Primero, serán el producto de la *ejecución coordinada de las otras cuatro medidas del Sistema* en materia de verdad, justicia y reparación. Esto es, de la implementación de: (i) la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición; (ii) la Unidad especial para la búsqueda de personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado; (iii) la Jurisdicción Especial para la Paz; y (iv) medidas de reparación integral para la construcción de la paz.

Esta primera categoría de garantías de no repetición establecida en el Acuerdo tiene especial sentido al tener en cuenta que, es precisamente la

⁸⁹ Defensoría Delegada para la Prevención de Riesgos de Violaciones de los Derechos Humanos y el DIH, *Informe de riesgo: «Violencia y amenazas contra los líderes sociales y los defensores de derechos humanos»*, Bogotá, 2017, disponible en: <http://www.observatorioidetierras.org/wp-content/uploads/2017/05/INFORME-ESPECIAL-LÍDERES-30-03-17-1.pdf>

⁹⁰ Fundación Ideas para la Paz, *Crimen organizado y saboteadores armados en tiempos de transición*, Bogotá, 2017, disponible en: <http://www.ideaspaz.org/publications/posts/1539>, cita tomada de la p. 4 del Resumen Ejecutivo.

relación de todas las medidas, comprendidas en el marco de una estrategia integral, la fórmula de éxito en términos de la relación entre las garantías de no repetición y la tríada verdad, justicia y reparación. Es por esto que el mismo Acuerdo indica que los cuatro elementos del Sistema buscan dar una respuesta holística a la satisfacción de los derechos de las víctimas, por lo que se encuentra interconectados, no pueden entenderse de manera aislada y ninguno primará sobre otro⁹¹.

En este contexto, algunas de las normas expedidas hasta el momento en relación con el desarrollo del Acuerdo de Paz, contienen disposiciones específicas en materia de no repetición relacionadas con los otros cuatro elementos del Sistema. Para citar un caso, el parágrafo del artículo 50 de la Ley 1820 de 2016, *Por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones*, señala que «El Estado realizará los cambios institucionales y de política pública que garanticen la no repetición de las graves violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario, como mecanismo de protección prevalente para las víctimas».

De igual forma, el Acuerdo Final dispone que, en casos de ausencia de reconocimiento de verdad y responsabilidad, la Sección de Primera Instancia del Tribunal para la Paz «podrá fijar garantías de no repetición como ya vienen haciendo tanto el derecho nacional como el derecho internacional, y siempre conforme a lo establecido en el Acuerdo Final»⁹².

Una segunda categoría de garantías de no repetición planteadas por el Acuerdo, señala que las mismas se derivarán del *cumplimiento específico del Punto 3 del Acuerdo*, referente a los consensos de las partes frente al «Fin del Conflicto». De esta manera, todos los compromisos señalados en el Acuerdo frente al cese al fuego y de hostilidades bilateral y definitivo y dejación de las armas entre el Gobierno Nacional y las FARC, son clasificados como garantías de no repetición. Esto tiene sentido teniendo en consideración que son precisamente la dejación de armas y el cese al fuego, una de las principales condiciones para acabar el conflicto y así entrar en un escenario de prevención de nuevas expresiones de violencia.

Al respecto, frente al desarrollo normativo del Punto 3 del Acuerdo en materia de no repetición, es de resaltar que el Decreto 898 de 2017, en virtud del cual se crea al interior de la Fiscalía General de la Nación la Unidad Especial de Investigación para el desmantelamiento de las organizaciones y conductas criminales pactada en el Acuerdo, contiene disposiciones particularmente encaminadas a prevenir nuevos conflictos. Por ejemplo, el artículo 4

⁹¹ Gobierno de Colombia y FARC-EP, *Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*, La Habana, 2016, pp. 186-188, disponible en: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf>, Punto 5.1.

⁹² *Ibidem*, página 162.

señala como principio orientador de la Unidad las garantías de no repetición, indicando que la Unidad adoptará las medidas necesarias para garantizar el esclarecimiento del fenómeno paramilitar, evitar su repetición y garantizar el desmantelamiento de las organizaciones y conductas criminales responsables de violaciones de derechos humanos.

En tercer lugar, y como *cláusula amplia de no repetición*, una tercera vía consagrada en el Acuerdo para garantizar la no repetición, son las demás disposiciones del Acuerdo Final. Así, de acuerdo con las partes, las garantías de no repetición se producirán también como *consecuencia de la observancia de todos los demás puntos del Acuerdo Final*. En este contexto, a partir de este entendimiento general de la no repetición, los puntos sobre desarrollo agrario integral, participación política y ciudadana, solución al problema de las drogas ilícitas, e implementación, verificación y refrendación de los acuerdos, son entendidos como garantías de no repetición.

Reflexiones sobre los alcances, límites, desafíos y potencialidades de las garantías de no repetición en el Acuerdo Final

Como se señaló en la sección anterior, el Acuerdo Final contiene generosas disposiciones en materia de garantías de no repetición, incluyéndolas de manera independiente pero interrelacionada en una estrategia integral de justicia transicional. No obstante, el Acuerdo también incluye una amplia gama de medidas catalogadas como garantías de no repetición, correspondientes a políticas públicas estatales más ligadas a los derechos económicos, sociales y culturales, así como con el desarrollo económico y social, los cuales tradicionalmente se han ejecutado a través de disposiciones legales de derecho ordinario⁹³.

Estos nuevos pasos dados en el país en materia de no repetición suscitan ciertas reflexiones sobre los límites de la justicia transicional, su relación con las disposiciones de derecho ordinario y la generación de expectativas a las víctimas y la sociedad, así como con referencia a las condiciones previas

⁹³ Son muchas las discusiones que se han dado tanto a nivel nacional como internacional, sobre la relación de la justicia transicional con los derechos económicos sociales y culturales y el desarrollo económico y social, hasta el punto de ser común la referencia a la justicia transformadora. Por ejemplo, en Colombia este tema ha sido debatido con ocasión de la inclusión del concepto de reparación transformadora en la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras. Excede los límites de este trabajo hacer referencia amplia sobre estas relaciones, pero para mayor profundidad al respecto se recomienda revisar UPRIMNY, Rodrigo y GUZMÁN, Diana, «En búsqueda de un concepto transformador y participativo para las reparaciones en contextos transicionales», en: *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 17, Bogotá, 2010, pp. 247- 248; DUTHIE, Roger, *Toward a development-sensitive approach to transitional justice*, *International Journal of Transitional Justice*, 2(3), 2008, pp. 292-309; and SHARP, Dustin (ed.), *Justice and Economic Violence in Transition*, New York: Springer.

que se deben cumplir para poder implementar ciertas medidas como garantías de no repetición.

En consecuencia, este capítulo contiene tres consideraciones sobre estos aspectos, como elementos preliminares para futuras discusiones al respecto. Primero, algunos lineamientos para una posible categorización de las garantías incluidas en los acuerdos, con el ánimo de informar una estrategia de priorización sobre su implementación y apoyar el entendimiento de la relación entre las diversas medidas de no repetición contenidas en el Acuerdo. Segundo, unas reflexiones generales sobre las garantías de no repetición en materia de participación ciudadana contenidas en el Acuerdo y una propuesta de criterios para identificar el contenido de dichas garantías, de acuerdo con el enfoque de paz territorial propuesto por las partes para su implementación. Por último, unas consideraciones de cierre frente a los alcances y límites de las garantías de no repetición.

El núcleo y los perímetros inmediatos y mediatos de las garantías de no repetición en el Acuerdo de Paz

En este orden de ideas, y retomando el argumento planteado con anterioridad, en materia de la importancia de establecer ciertos posibles límites o prioridades entre lo que podría ser considerado como elementos propios de la justicia transicional y contenidos más afines con disposiciones de derecho ordinario, se propone hacer una diferenciación de diversas categorías de garantías de no repetición contenidas en el Acuerdo.

Así, una primera categoría está conformada por lo que se denomina en este artículo como *núcleo duro* de la no repetición en Colombia, el cual parte de considerar que, sin el fin del conflicto y la desmovilización de los grupos armados, es difícil implementar cualquier medida consagrada en el Acuerdo. Por lo tanto, ese núcleo duro de no repetición está conformado por las medidas del punto 3 sobre fin del conflicto. Su implementación, a la par del cese al fuego y la dejación de armas, dependerá también de la presencia del Estado en el territorio y las garantías de seguridad a la población. En un sentido similar, una encuesta realizada en 2012 sobre la percepción de los colombianos frente a la Ley de Justicia y Paz, señaló que, en materia de garantías de no repetición, la medida que los encuestados señalaron como prioritaria para garantizar la no repetición del conflicto era la presencia de la fuerza pública en el territorio⁹⁴.

De otro lado, una segunda categoría propuesta se denomina el *perímetro inmediato* de la no repetición, el cual está conformado por los cuatro elementos del Sistema Integral, referentes a los derechos a la verdad, justicia y

⁹⁴ Centro de Memoria Histórica (2012). ¿Qué piensan los colombianos después de siete años de justicia y paz?, Bogotá.: CNMH, p. 54.

reparación de las víctimas. Lo anterior puesto que, una vez finalizado el conflicto y depuestas las armas, será la garantía de los derechos de las víctimas lo que permita empezar a establecer lazos de confianza, construcción de ciudadanía y presencia en los territorios para poder implementar los demás puntos del Acuerdo.

Como se ha evidenciado en Colombia a lo largo de más de diez años de implementación de instrumentos de justicia transicional, son diversos los retos en materia de garantía de los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación en contextos de transición. Por esta razón, si la prevención del conflicto depende, en parte, de la efectividad en la práctica de dichos derechos, será particularmente importante el diseño de estrategias claras, con una sólida articulación interinstitucional, con resultados concretos y en consonancia con las promesas planteadas a la población, para así no generar desconfianza ciudadana con respecto a la implementación del Acuerdo.

Por su parte, la tercera categoría de garantías de no repetición está conformada por lo que se denomina el *perímetro mediato* de la no repetición, el cual está compuesto por aquellos puntos del Acuerdo que hacen referencia a aspectos más relacionados por las causas estructurales del conflicto y el desarrollo económico. En este sentido, estos aspectos hacen particular relación a los acuerdos en materia de desarrollo agrario integral, solución al problema de las drogas ilícitas y participación política y ciudadana. El punto sobre implementación, refrendación y verificación de los acuerdos no se incluye dentro de esta categoría, puesto que este es transversal a la implementación de todas las garantías de no repetición, desde el núcleo duro hasta el perímetro mediato. Sin embargo, como se ha señalado a lo largo de este escrito, es precisamente este perímetro mediato de garantías de no repetición el que contiene límites difusos con el marco jurídico no transicional.

La participación ciudadana como garantía de no repetición en el Acuerdo Final

Un elemento transversal a los acuerdos, que será determinante en la implementación de las diferentes garantías de no repetición contenidas en los mismos, y que a su vez requiere también mayor teorización e investigación empírica, es la *participación ciudadana*. En palabras del propio texto, «la participación ciudadana es el fundamento de todos los acuerdos que constituyen el Acuerdo Final. Participación en general de la sociedad en la construcción de la paz y participación en particular en la planeación, la ejecución y el seguimiento a los planes y programas en los territorios, que es además una garantía de transparencia»⁹⁵.

⁹⁵ Gobierno de Colombia y FARC-EP, Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, noviembre de 2016, La Habana, p. 7.

Este elemento, igualmente, permite a su vez desarrollar a nivel local el concepto de *paz territorial*, central al modelo de construcción de paz diseñado por el Acuerdo⁹⁶. De acuerdo con esta noción, la implementación de lo pactado deberá tener como epicentro el nivel local, a través de una alianza entre los ciudadanos y las autoridades por medio de diversos espacios de participación ciudadana⁹⁷.

Además de estar contenida dentro de uno de los puntos del Acuerdo Final, a lo largo del texto las partes incluyeron más de cuarenta espacios de participación ciudadana⁹⁸. Entre estos se encuentran los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial, mecanismos de planeación y presupuestación participativa, espacios de participación y decisión en la planificación de los usos del suelo rural y el ordenamiento del territorio, garantías de participación ciudadana en la formación y actualización del catastro e impuesto predial rural y la participación comunitaria en la elaboración del Programa Nacional Integral de Sustitución de Cultivos de Uso Ilícito⁹⁹.

Al ser parte del Acuerdo de Paz, y bajo el entendimiento ampliado de las garantías de no repetición incluido por las partes en el Acuerdo, dichos mecanismos de participación son también categorizados como garantías de no repetición en el marco del anteriormente reseñado Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición. Sin embargo, como advierten estudios especializados, esta participación no está exenta de retos, que pre-

⁹⁶ Para mayor información sobre el concepto de paz territorial se recomienda ver: BARRERA, Víctor, «Sociedad civil y paz territorial. Aprendizaje social, movilización ciudadana y gobernabilidad local», en: GONZÁLEZ, Fernán et al. (eds.), *Estrategias para la construcción de paz territorial en Colombia*, CINEP, Bogotá, 2016; y MALDONADO, Diego, *La participación ciudadana en la construcción de la paz territorial en Colombia. 20 años de Construcción de Desarrollo y Paz: Aprendizajes y Recomendaciones desde los Territorios*, Bogotá, 2016.

⁹⁷ Es de resaltar en este punto que, de acuerdo con Julián Arévalo Bencardino, el Acuerdo de Paz crea un nuevo modelo de construcción de Estado, que tiene como uno de los ejes temáticos fundamentales «la participación de la ciudadanía, las organizaciones y los movimientos en la fase de construcción de la paz». Cf. ARÉVALO, Julián, *Construcción de paz y un nuevo modelo de construcción de estado: Una lectura de los dos primeros acuerdos de La Habana*, Revista de Economía Institucional, n.º 16(30), Bogotá, 2014, pp. 131-169.

⁹⁸ El número exacto de espacios depende de la definición dada a los mismos. Así, por ejemplo, un estudio de la Fundación Ideas para la Paz hace referencia a 70 ejercicios incluidos en el Acuerdo de Paz para que la ciudadanía participe en la implementación de lo pactado. Cf. GUARÍN, Sergio, et al., *Participación ciudadana en el posconflicto, Recomendaciones para saldar una deuda histórica en Colombia*, Fundación Ideas para la Paz, 2017, Bogotá.

⁹⁹ Para un análisis de algunos de estos mecanismos se sugiere revisar: Oficina del Alto Comisionado para la Paz, *Los Planes de Desarrollo Territoriales como un instrumento de construcción de paz*, Bogotá, 2016, disponible en: http://viva.org.co/PDT_para_la_Construccion_de_Paz/Los%20PDT%20como%20instrumento%20de%20construccion%20de%20paz.pdf

cisamente podrían dificultar la implementación de los ejercicios y su capacidad para prevenir el surgimiento de nuevos conflictos¹⁰⁰.

En este contexto, para que estos mecanismos de participación puedan cumplir el fin de prevenir nuevos conflictos, se considera necesario garantizar que los mismos se puedan desarrollar de manera libre e informada, así como gestionar con antelación al desarrollo del espacio las expectativas que se podrían generar en la población. Para tal efecto, se sugiere solo realizar el ejercicio cuando se hubiere garantizado la presencia estatal y seguridad en el territorio, así como informado de manera amplia y suficiente a la población acerca de los objetivos, alcances y límites del mecanismo y de su participación.

Asimismo, y en desarrollo del enfoque de paz territorial contenido en el Acuerdo, es necesario que la implementación de estos diversos mecanismos de participación ciudadana se realice de manera estratégica en el territorio, con especial énfasis en los elementos que harían de cada espacio una garantía de no repetición.

Para tal efecto, y con el objetivo de diseñar y evaluar el contenido preventivo del mecanismo de participación, se sugiere utilizar la estructura para determinar los elementos concretos de las garantías de no repetición sugeridas por el relator especial sobre la Promoción de la Verdad, la Justicia, la Reparación y las Garantías de no Repetición en su Informe del año 2015, pero con algunos elementos adicionales. Así, se propone identificar en cada espacio concreto y con un enfoque territorial, de manera clara y precisa, además de la oferta en concreto, los sujetos, el objeto y los garantes de dichas medidas, cuál es la causa específica del conflicto que dicho mecanismo pretende atacar y prevenir de manera específica.

A modo de ejemplo, un ejercicio interesante al respecto fue llevado a cabo por la Alcaldía de Medellín durante el año 2015, para efectos de la construcción de una política pública de garantías de no repetición. Así, la Alcaldía diseñó una estrategia al respecto, posteriormente integrada al Plan de Desarrollo, a partir de una investigación cualitativa y cuantitativa con la población, para indagar sobre las causas de la violencia en las diferentes comunas y corregimientos de la ciudad, los daños ocasionados por las mismas y las

¹⁰⁰ Sobre los retos de la participación ciudadana en el posconflicto colombiano se recomienda consultar, entre otros: NÚÑEZ, Magda & MONTOYA, Carlos, «Tipologías de relaciones de grupos armados ilegales con población civil y mecanismos de tramitación de conflictos», en: VALENCIA, León & ÁVILA, Ariel (eds.) *Los retos del postconflicto: justicia, seguridad y mercados ilegales*, Ediciones B, 2016, Bogotá; VELÁSQUEZ, Fabio, *La institucionalización de la participación en Colombia: notas para su interpretación*, Política & Sociedade, Volumen n.º 10 - 18, 2011, pp. 155-186; y VELÁSQUEZ, Fabio & GONÁLEZ, Esperanza, *¿Qué ha pasado con la participación ciudadana en Colombia?*, Fundación Corona, Bogotá, 2003.

garantías de no repetición que podrían ayudar a su prevención¹⁰¹. Solo un enfoque territorial en la implementación de las garantías de no repetición, permitirá darles un sentido concreto en el territorio, que permita verdaderamente atacar las causas estructurales del conflicto un enfoque territorial.

Reflexiones finales: Entre el Estado de Transición y el Estado de Derecho

El Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición pactado en el Acuerdo es un paso en la dirección correcta frente a la implementación de una estrategia coordinada y coherente de justicia transicional en el país. No obstante, frente a la diversa cantidad de garantías de no repetición contenidas en el texto final y referidas con anterioridad, surge una pregunta en materia de la relación de las medidas de justicia transicional con aquellas más relacionadas con disposiciones legales ordinarias: ¿Dónde termina la justicia transicional y dónde comienza el Estado de derecho consolidado?

Esta pregunta es particularmente relevante al considerar que en el caso colombiano se presenta lo que ha sido descrito por algunos autores como una justicia transicional sin transición o un caso *sui generis* de justicia transicional¹⁰². Es decir, aun cuando en algunos lugares del país se siguen presentando componentes que permitirían calificarlo como conflicto armado y en otros opera un Estado de derecho consolidado, en el país se ha gestado también un rico marco normativo en materia de justicia transicional por más de diez años.

Gran parte de las garantías de no repetición contenidas en el Acuerdo, tales como la jurisdicción agraria, el catastro rural y los diversos mecanismos de planeación y presupuestación participativa, están destinadas a corregir desigualdades estructurales y superar patrones de exclusión y marginación. En este sentido, si bien estas medidas podrían calificarse en un sentido amplio como garantías de no repetición, y de hecho son calificadas como tales en el Acuerdo, su implementación requiere la consolidación de diversos aspectos en materia de seguridad y consolidación del Estado, que trazan dudas sobre su inclusión dentro de una estrategia de justicia transicional y los límites difusos y variados entre el derecho transicional y el ordinario.

¹⁰¹ Cf. Corporación Región, Diseño de la metodología de abordaje para la formulación de una estrategia de garantías de no repetición en la ciudad de Medellín y sobre su ruta de implementación, Medellín, 2015; y Alcaldía de Medellín, Política Pública de Seguridad y Convivencia del municipio de Medellín, Medellín, 2015.

¹⁰² Cf. UPRIMNY, Rodrigo, *et al.*, ¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Bogotá, 2006; y APONTE, Alejandro, Colombia: Un caso *sui generis* en el marco de la justicia de transición, *International Law*, 2008, n.º 12, pp. 395-433.

El debate de caracterización del caso colombiano como transitorio no es indiferente a los desafíos de la conceptualización de la justicia transicional en otros lugares. Para citar un caso, Arthur ha señalado algunos desafíos relacionados con los límites conceptuales iniciales de la justicia transicional. Por ejemplo, si y de qué manera, el punto final elegido para una transición tiene relevancia frente a los tipos de demandas de justicia presentadas, la aplicabilidad de la justicia de transición en contextos donde no hay transición discernible y el hecho de que algunos observadores ponen en duda el paradigma de las transiciones y rechazan por completo el marco de justicia transicional¹⁰³.

Más que un debate teórico, la discusión sobre el contenido de las garantías de no repetición tendrán profundas repercusiones prácticas en la población y la consolidación del Estado colombiano, especialmente para evitar el surgimiento de nuevas violencias. En este sentido, el discernimiento técnico de los alcances, límites y potencialidades de las garantías de no repetición, puede ser un apoyo en el diseño, implementación y evaluación de estrategias de prevención ajustadas a las realidades de los territorios, de manera tal que la lucha armada y la violencia nunca más vuelvan a ser una solución para resolver los conflictos en el país.

¹⁰³ Cf. ARTHUR, Paige, How «transitions» reshaped human rights: A conceptual history of transitional justice, *Human Rights Quarterly*, Volume 31, Number 2, May 2009, pp. 321-367.

Capítulo tercero

El acuerdo de paz colombiano ante la obligación internacional de persecución penal y castigo

Elena Maculan¹

Resumen

Esta contribución analiza la compatibilidad de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), prevista en el Acuerdo de paz firmado entre el Estado colombiano y las FARC-EP, con la obligación internacional de persecución y castigo de crímenes internacionales y graves violaciones de los derechos humanos. En primer lugar se describe el contenido de esta obligación y la existencia de dos interpretaciones opuestas del mismo, haciendo especial hincapié en las posturas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Penal Internacional al respecto. Posteriormente, a partir de una interpretación flexible de esta obligación internacional, se analizan tres elementos especialmente debatidos de la JEP, a saber, la concesión de amnistías por delitos políticos y conexos, las sanciones propias y alternativas y la política de selección y priorización de casos. Se pretende mostrar que todos estos mecanismos no vulneran el deber de persecución y castigo y que, al revés, son instrumentos necesarios y valiosos para la consecución de la paz.

¹ Este artículo se enmarca en el Proyecto de I+D+i «La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva» (DER2013-43760-R) financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad. Quiero agradecer a Alicia Gil Gil y a Miguel Requena por sus valiosas sugerencias sobre este texto.

Palabras clave

Colombia – proceso de paz – obligación de persecución y castigo – justicia de transición – amnistía – sanciones alternativas – selección y priorización de casos – Corte Interamericana de Derechos Humanos – Corte Penal Internacional.

Abstract

This article analyses the consistency of the Special Jurisdiction for Peace (SJP), envisaged in the Peace Agreement that was signed by the Colombian Government and the FAARC-EP with the international duty to prosecute and punish those responsible for international crimes and gross human rights violations. Firstly, it describes the content of this duty and the existence of two opposed interpretations of it. Special attention is paid to the position of the Inter-American Court of Human Rights and of the International Criminal Court regarding this point. Secondly, with a flexible interpretation of the international duty as a starting point, the article analyses three elements that are especially critical in the SJP, that is, the amnesty for political crimes and related offences, the “own sanctions” and “alternative sanctions” and the policy for the selection of cases and definition of priorities. The aim is to demonstrate that all these mechanisms do not infringe the duty to prosecute and punish and that, on the contrary, they are necessary and valuable tools for achieving peace.

Keywords

Colombia – Peace Process – Duty to prosecute and punish – Transitional Justice – Amnesties – Alternative sanctions – Selection of cases and definition of priorities – Inter-American Court of Human Rights – International Criminal Court.

Introducción

El «Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera» (de aquí en adelante, Acuerdo final o Acuerdo de paz) firmado en 2016² por el Gobierno colombiano y las FARC-EP marca el comienzo de una nueva etapa en el proceso transicional en Colombia, que puede, quizás por primera vez, conducir al cese definitivo de las hostilidades y de la violencia. Tanto el Acuerdo como el largo y tormentoso proceso de negociación que llevó a su adopción suscitan un enorme interés, desde la perspectiva de la justicia transicional, entre otras cosas porque por primera vez se plantea una aproximación realmente holística a la transición y se elabora un conjunto de soluciones y mecanismos, originales y complejos, para buscar el mejor equilibrio posible entre los dos polos en tensión de la paz y la justicia³.

En esta contribución me centraré en uno de los elementos que componen el complejo diseño creado por el Acuerdo, es decir, la Jurisdicción Especial para la Paz que, junto con la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición, la Unidad Especial para la Búsqueda de Personas y un conjunto de medidas de reparación, constituye —bajo el paraguas del punto 5 del acuerdo, «Víctimas»— el Sistema integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición. Este sistema plasma el diseño de justicia transicional en sentido estricto, es decir, el conjunto de mecanismos para dar respuesta a los crímenes cometidos durante el conflicto armado, tanto por los grupos armados ilegales como por las Fuerzas Armadas y de seguridad del Estado.

La Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), a su vez, prevé un conjunto de medidas que suponen una alteración en la normal aplicación de la justicia penal: en primer lugar, un procedimiento especial que se desarrolla en una doble vía, dependiendo de si los sujetos implicados en los crímenes relatan los hechos y reconocen su responsabilidad o no. En segundo lugar, un sistema de penas alternativas —que el Acuerdo denomina sanciones propias y sanciones alternativas—, aplicables si hubo reconocimiento de responsabilidad —temprano o tardío— o no, y que, además de basarse en un mecanismo de incentivo para los criminales, introduce un componente de justicia

² El acuerdo fue anunciado, y su texto fue publicado en la página web de la Mesa de conversaciones de La Habana, el 28 de agosto de 2016, pero la firma fue escenificada en un acto cargado de simbolismo el día 26 de septiembre de 2016 en Cartagena de Indias. Sin embargo, tras ser rechazado por una (ajustada) mayoría de la población en el plebiscito al que fue sometido el 2 de octubre de 2017, el Acuerdo fue sometido a revisión ante la misma Mesa de conversaciones. La nueva versión del texto fue firmada el 24 de noviembre de 2016 y refrendada por el Congreso el día 30 de ese mismo mes. Salvo indicación contraria, en el análisis que sigue me referiré a esta última versión del Acuerdo.

³ MACULAN, Elena, «El proceso transicional colombiano en perspectiva comparada», en A. GIL GIL, E. MACULAN, S. FERREIRA (dirs.), *Colombia como nuevo modelo para la justicia de transición*, Madrid, IUGM, 2017, pp. 53-84, a p. 79.

restaurativa en la esfera penal. En tercer lugar, un tribunal penal especial, de carácter temporal, competente para juzgar por los delitos cometidos en el marco del conflicto armado, cuya actividad se desarrollará aplicando criterios de selección y priorización de casos. Por último, la posibilidad de otorgar amnistías a los responsables de delitos políticos y conexos y beneficios equivalentes a los miembros de las Fuerzas del Estado que hayan cometido delitos durante la confrontación armada⁴.

De entre todos estos elementos originales, voy a analizar tres, a saber: la amnistía, las sanciones propias y alternativas y la selección y priorización de casos, por ser los puntos que más tensión generan con la obligación internacional de persecución penal y castigo que recae sobre el Estado ante la presunta comisión de crímenes internacionales.

Previamente intentaré ofrecer una conceptualización de la obligación mencionada, destacando la indefinición parcial de su alcance, contenido y efectos y alegando que su aplicación en escenarios transicionales requiere una interpretación flexible que permita la limitación o modificación del ejercicio de la acción penal, en una o todas sus fases, para ajustarse a las características y a los objetivos propios de estos contextos.

Dedicaré una atención especial a la postura de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y de la Corte Penal Internacional (CPI), respecto de la obligación internacional de persecución y castigo, debido a que son los órganos que tienen competencia para pronunciarse directamente, con efectos vinculantes y posibilidad sancionatoria, sobre el Acuerdo de paz colombiano⁵.

A partir de una interpretación flexible de la obligación internacional de persecución y castigo y tomando en cuenta la postura manifestada por esos dos

⁴ Para un examen más detallado de los componentes de la JEP, véanse, además de las contribuciones contenidas en este mismo volumen, APONTE CARDONA, Alejandro, «El Acuerdo de paz y el modelo transicional colombiano: hacia un reconocimiento y dignificación de las víctimas», en A. GIL GIL, E. MACULAN (dirs.), *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, Madrid, Dykinson, 2017, pp. 329-340; MACULAN, Elena, «Il proceso di pace colombiano: una nuova pagina nella storia della giustizia di transizione», *Diritto penale XXI Secolo*, 2017, en prensa. Para un esquema detallado del contenido del punto 5 del Acuerdo de paz, véase: MELAMED VISBAL, Janiel, «El Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. Una exposición esquemática», en A. GIL GIL, E. MACULAN, S. FERREIRA (dirs.), *Colombia como nuevo modelo para la justicia de transición*, Madrid, IUGM, 2017, pp. 179-220.

⁵ Cabe recordar que la naturaleza y la competencia de los dos tribunales son estructuralmente diferentes: la Corte IDH es un órgano de protección de los derechos humanos en el sistema regional de la Organización de Estados Americanos, vela por el respeto de la Convención Americana de Derechos Humanos y puede declarar la responsabilidad de los Estados por vulnerar los derechos allí afirmados, mientras que la CPI es un Tribunal penal de carácter internacional y con vocación universal, que enjuicia y en su caso condena a individuos por cometer crímenes internacionales (genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y, en el futuro, crimen de agresión).

tribunales, intentaré demostrar que los retos planteados por la amnistía, por las sanciones propias y alternativas y por los criterios de selección y priorización de casos en el marco de la JEP no entrañan un incumplimiento de los deberes internacionales del Estado colombiano, sino que son herramientas legítimas y útiles para lograr un proceso de paz exitoso.

La obligación internacional de persecución y castigo

En las últimas décadas ha ido emergiendo en el Derecho internacional un deber de los Estados de perseguir penalmente y castigar a los presuntos responsables de crímenes internacionales o, según una noción más amplia, de graves violaciones de derechos humanos. Aunque su aparición puede verse, inicialmente, como la otra cara de la moneda de la prohibición de amnistías e indultos para los responsables de esas infracciones, en realidad este deber también afecta a mecanismos que modifican o limitan la persecución penal o el castigo sin llegar a anularlos. Me refiero a mecanismos que inciden en los límites para llevar a cabo la persecución penal (como ocurre con los criterios de selección y priorización de casos), en el *quantum* de pena o en su tipo (es el caso de las penas reducidas y de las sanciones alternativas) o en su ejecución (como la suspensión condicional de la pena), y es interesante destacar que todos estos caminos han sido (y están siendo) explorados en el proceso de paz en Colombia, tanto en el marco del procedimiento de la Ley de Justicia y Paz, como en el Acuerdo de paz con las FARC-EP.

La difícil definición de la obligación

La obligación de persecución y castigo de crímenes internacionales y/o graves violaciones de los derechos humanos surge de la «fusión de regímenes»⁶ entre Derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), Derecho internacional humanitario (DIH) y Derecho penal internacional (DPI). Se arraiga en algunas normas convencionales, como los cuatro Convenios de Ginebra⁷, el Convenio sobre Genocidio de 1948 (art. 6), la Convención sobre Imprescriptibilidad de 1968 (art. 7), el Convenio sobre Apartheid de 1973 (art. 4), el Convenio sobre Tortura de 1984 (art.7), la Convención sobre Desaparición Forzada de 2006 (art. 11), que imponen la persecución penal o, en vía alternativa, la extradición de los responsables de esas violaciones de los derechos humanos⁸. Además, existen varios instrumentos de *soft law* que prohíben las amnistías e indultos para graves violaciones de los dere-

⁶ BUENO, Isabella y DIAZ ROSAS, Andrea, «Which Approach to Justice in Colombia under the Era of the ICC», *International Criminal Law Review*, n. 13, 2013, pp. 211-247, a p. 217.

⁷ Art. 49 I Convenio; art. 50 II Convenio; art. 120 III Convenio; art. 146 IV Convenio.

⁸ Para un listado más completo de los instrumentos internacionales que contienen disposiciones similares, véase: International Law Commission, «Survey of multilateral conventions which may be of relevance for the work of the International Law Commission

chos humanos o que imponen ejercer la acción penal contra sus presuntos responsables⁹.

Sin embargo, en estos instrumentos la obligación de persecución y castigo no aparece de manera tan clara y unívoca, sino que se hace referencia a un deber de tipificación de los delitos en las legislaciones nacionales, a la *obligación*, o, en otros casos, la *posibilidad*, de persecución penal o extradición o al rechazo de las amnistías «en general».

En la esfera del DPI, la prohibición de amnistías por crímenes internacionales aparece en los Estatutos de algunos Tribunales penales híbridos¹⁰, pero no en los de los Tribunales *ad hoc*, ni en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI). Este último solamente prevé en su Preámbulo —que, merece la pena recordar, no tiene eficacia vinculante— que: «los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo»¹¹. No obstante, el ECPI nada dice acerca de la admisibilidad de amnistías, indultos u otras medidas para paralizar la acción penal o el castigo, porque, pese a haber debatido el tema durante la Conferencia de Roma, no se alcanzó un acuerdo entre los Estados sobre el asunto.

El intento de clasificar el deber de persecución y castigo como parte de la costumbre internacional o incluso de *jus cogens*, como mantienen algunos

on the topic “The obligation to extradite or prosecute (aut dedere aut judicare)”» (A/CN.4/630), de 18.06.2010.

⁹ El más relevante al respecto es sin duda el «Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad, adición al Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad» (E/CN.4/2005/102/Add.1) adoptado por el Consejo Económico y Social de NN.UU. el 8.2.2005. Véase también la *Vienna Declaration and Programme of Action* adoptada en la *World Conference on Human Rights* de 1993 (A/CONF.157/24, 12.07.1993), párrs. 60 y 62. Entre los instrumentos de *soft law* redactados por actores no estatales, cabe recordar los *Princeton Principles on Universal Jurisdiction*, adoptados por un grupo de expertos independientes (la *International Commission of Jurists*) en 2001, donde se afirma que las amnistías son «generalmente incompatibles con la obligación de los Estados de garantizar la responsabilidad por graves crímenes bajo el Derecho internacional...»: <http://hrlibrary.umn.edu/instreet/princeton.html> (consultado el 19.06.2017, traducción libre).

¹⁰ Art. 10 del Estatuto de la Special Court for Sierra Leone (SCSL), art. 40 de la Law on the Establishment of the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia (ECCC), art. 16 del Estatuto del Special Tribunal for Lebanon.

¹¹ Además, en el sistema de la CPI la obligación de persecución y castigo constituye el fundamento implícito de la intervención de la Corte, pues, de acuerdo con el principio de complementariedad, cuando un Estado no cumple con su obligación primaria de perseguir los crímenes internacionales sobre los que tenga competencia la Corte puede intervenir en su sustitución. Para una explicación resumida del principio de complementariedad, véase por ejemplo MACULAN, Elena, «La Corte penal internacional», en A. GIL GIL, E. MACULAN (dirs.), *Derecho penal internacional*, Madrid, Dykinson, 2016, pp. 84-97.

autores¹², no parece convincente¹³, debido a que la práctica de los Estados en relación con las medidas de amnistía e indulto no es unívoca en absoluto; al contrario, exhaustivos estudios comparados han demostrado que el recurso a estos mecanismos no ha disminuido e incluso ha ido creciendo en las últimas décadas¹⁴.

Pero la configuración de esta obligación internacional se debe sobre todo a la labor de los Tribunales de derechos humanos que, a raíz de una interpretación evolutiva, lo han derivado del deber genérico de protección de los derechos humanos que establecen sus respectivos Convenios¹⁵. Así, la Corte Interamericana, desde su primera sentencia en el caso *Velásquez Rodríguez*¹⁶, ha derivado esta obligación del deber de respeto y protección de los derechos humanos establecido en el art. 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)¹⁷. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), por su parte, la ha vinculado a la doctrina de las obligaciones positivas, que derivan del art. 1 del Convenio Europeo un deber de los Estados no solamente de abstenerse de vulnerar ellos mismos los derechos afirmados (obligación negativa), sino también de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar su protección y prevenir su violación por parte de actores particulares (obligación positiva)¹⁸.

¹² WERLE, Gerhard y JESSBERGER, Florian, *Principles of International Criminal Law* (3.ª ed.), Oxford, OUP, 2014, pp. 79-80.

¹³ Para un análisis detallado, véase DELLA MORTE, Gabriele, *Le amnistie nel diritto internazionale*, Milano: CEDAM 2011, pp. 159-255. A la misma conclusión llegan SEIBERT-FOHR, Anja, *Prosecuting serious Human Rights Violations*, Oxford, OUP, 2009, pp. 277-280; McEVOY, Kieran y MALLINDER, Louise, «Amnesties in Transition: Punishment, Restoration and the Governance of Mercy», *Journal of Law and Society*, vol. 39, n.º 3, 2012, pp. 401-440, a pp. 418-420.

¹⁴ Véanse la base de datos creadas por Mallinder, que detalla 506 amnistías concedidas en 130 países desde el fin de la Segunda Guerra Mundial hasta enero de 2005: L. MALLINDER, «Amnesties», en M. C. BASSIOUNI, *The Pursuit of International Criminal Justice: A world Study on conflicts, Victimization, and Post-Conflict Justice*, vol. I, Intersentia, 2010, pp. 900-922, y la base de datos creada en el marco del *Transitional Justice Database Project*, dirigido por PAYNE, Leigh A., OLSEN, Tricia D. y REITER, Andrew G., que contiene más de 600 amnistías aprobadas entre 1970 y 2008: <http://tjdbproject.com/index.php?mtype%3A%3A3=Amnesty&startyear=&endyear=&go=Search> (consultado el 3.07.2017).

¹⁵ ROHT-ARRIAZA, Naomi, «Sources in International Treaties of an Obligation to Investigate, Prosecute and Provide Redress», en LA MISMA, *Impunity and Human Rights in International Law and Practice*, Oxford, OUP, 1995, pp. 24 y ss. Para un análisis de esta jurisprudencia, véase SEIBERT-FOHR, *Prosecuting*, cit., pp. 51-110.

¹⁶ Corte IDH, *Velásquez Rodríguez v. Honduras*, sentencia de fondo, 29.07.1988.

¹⁷ *Ibidem*, párrs. 164-6, 176.

¹⁸ VIGANÓ, Francesco, «Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del TEDH», en S. MIR PUIG, M. CORCOY BIDASOLO, *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 320 y ss. Fundamental en esta construcción ha sido la línea jurisprudencial que ha venido determinando las obligaciones *procesales* de investigación, que recaen sobre los Estados ante la violación de derechos protegidos por el Convenio Europeo, y la consiguiente

La prohibición de las amnistías y, en su caso, de los indultos, también ha sido estipulada por otros órganos de protección de los derechos humanos¹⁹, y la encontramos en unas pocas decisiones de algunos Tribunales penales internacionales e híbridos²⁰.

No obstante, el conjunto de estos instrumentos y pronunciamientos no determina de manera clara y unívoca el alcance ni el contenido de la obligación de persecución y castigo²¹. Por un lado, aunque se pueda afirmar que este deber está consolidado en relación con el núcleo reducido de los crímenes internacionales (crímenes de guerra, de genocidio y contra la humanidad)²², la tendencia de la jurisprudencia de los Tribunales de derechos humanos es expandir su alcance a las «graves violaciones de derechos humanos»²³, una categoría (propia del DIDH, y no del Derecho penal) más amplia, y cuya delimitación exacta es bastante incierta. Además, algunas decisiones se refieren directamente a las «violaciones de derechos humanos», omitiendo el requisito de gravedad²⁴, expandiendo así el alcance de la obligación de manera potencialmente indefinida. De hecho, como bien argumenta Malarino al analizar la jurisprudencia interamericana, si la Corte IDH fundamenta la prohibición de amnistías y el correspondiente deber de perseguir y sancionar

infracción del Convenio por parte del Estado en caso de incumplimiento de las mismas. Véase: CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier, «La competencia *ratione temporis* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la obligación de investigar (art. 2. Derecho a la vida). Teoría y práctica: de *De Becker c. Bélgica* a *Canales Bermejo c. España*», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXVI, 2014, pp. 125-158.

¹⁹ Entre ellos, el Comité de Derechos Humanos, la Comisión de Derecho Humanos, el Comité contra la Tortura, el relator especial de Naciones Unidas sobre Tortura: véase DELLA MORTE, *Le amnistie...*, cit., pp. 181-186.

²⁰ El Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia en la sentencia *Furundzija* ha afirmado que el carácter *jus cogens* de la prohibición de tortura implica la prohibición de medidas nacionales que absuelvan a sus responsables (ICTY, *Prosecutor v. Anto Furundzija*, Judgment (IT-95-17/1), 10.12.1998, párr. 155). Relevante es también *Prosecutor v. Karadzic* (IT-95-5/18-PT), «Decision on the accused's second motion for inspection and disclosure: Immunity issue», 17.12.2008, aunque se refiera a un acuerdo de inmunidad y no a una amnistía propiamente dicha. De la SCSL, véase *Prosecutor v. Kallon* (SCSL-04-15-AR72(E)) and *Kamara* (SCSL-04-16-AR72(E)), «Decision on Challenge to Jurisdiction: Lomé Accord Amnesty», 13.03.2004, paras. 82, 84, afirmando la invalidez de la disposición de amnistía que contenía el Acuerdo de Paz de Lomé. De las ECCC, véase: *Prosecutor v. Ieng Sary*, case 002, «Decision on Ieng Sary's Appeal against the Closing Order» (case no. 002/19 09-2007-ECCC/OCIJ (PTC75), 11.04.2011, y «Decision on Ieng Sary's Rule 89 Preliminary Objections (Ne bis in idem and Amnesty and Pardon)», 3.11.2011, Doc. No. E51/15, párrs. 23 y ss., alegando que una disposición de clemencia otorgada a Ieng Sary de manera incondicionada era incompatible con el deber internacional de persecución y castigo de crímenes internacionales.

²¹ DELLA MORTE, *Le amnistie...*, cit., p. 139.

²² SEIBERT-FOHR, *Prosecuting...*, cit., pp. 274 y ss.

²³ Véanse, por ejemplo, Corte IDH, *Barrios Altos v. Perú*, sentencia de fondo, 14.3.2001, párrs. 41-44.

²⁴ Así Corte IDH, *Velásquez Rodríguez*, cit., párr. 166, afirma que «los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención»; *Bulacio v. Argentina*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 18.9.2003, párrs. 116-117.

en el deber de garantía enunciado en el art. 1.1 de la CADH, esta prohibición/ deber no debería referirse solamente a las *graves* violaciones, sino a todas las violaciones de todos los derechos protegidos por la Convención²⁵.

Otro aspecto indeterminado de la obligación de persecución y castigo, debido probablemente a su origen esencialmente jurisprudencial y a la falta de uniformidad entre los varios pronunciamientos, es la definición de su contenido exacto. ¿Es un deber de *investigación* seria y eficaz o de *enjuiciamiento* penal? Solamente en el primer caso se podría considerar suficiente para cumplir con esa obligación la actividad de investigación llevada a cabo por un órgano fuera del ámbito judicial, como una comisión de la verdad. ¿Requiere una sentencia con declaración de responsabilidad y la imposición de una condena, o es suficiente con que se celebre el juicio? En el primer caso cabría aplicar indultos a procesados, mientras que en el segundo no. ¿Impone algo también en relación con el *quantum* de pena y/o con su ejecución? Si así fuera, toda opción que contemple la aplicación de una pena reducida o de una sanción alternativa, o que suspenda o reduzca su ejecución, quedaría terminantemente prohibida.

La jurisprudencia y la práctica tanto de los Estados como de los órganos internacionales no permiten contestar estas preguntas de manera unívoca²⁶. Esta falta de uniformidad se entrelaza con la existencia de dos posturas enfrentadas sobre la obligación internacional mencionada.

Interpretación estricta frente a interpretación flexible

Por un lado, una interpretación estricta o maximalista, mantenida por los llamados *human righters*²⁷, y cuya abanderada más notoria es la Corte IDH, considera que este deber se aplica en todo tipo de circunstancia y conlleva la prohibición de toda clase de amnistía, indulto y medidas que tienen el efecto de suspender o limitar la acción penal²⁸.

²⁵ MALARINO, Ezequiel, «Las víctimas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en A. GIL GIL, E. MACULAN, *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, (pp. 23-44). Madrid: Dykinson, 2017, pp. 23-44, a p. 41.

²⁶ MACULAN, Elena, «Derecho penal, obligaciones internacionales y justicia de transición», *Revista penal*, en prensa.

²⁷ Así los definen GIL GIL, Alicia, «El tratamiento jurídico de los crímenes cometidos en el conflicto armado colombiano. La problemática jurídica en el marco de la dicotomía paz-justicia», en A. GIL GIL, E. MACULAN, S. FERREIRA (dirs.), *Colombia como nuevo modelo para la justicia de transición*, Madrid, IUGM, 2017, p. 28; CHINCHÓN ÁLVAREZ, *Derecho internacional y transiciones...*, cit., pp. 280 y ss.

²⁸ MALARINO, Ezequiel, «Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en K. AMBOS, E. MALARINO, G. ELSNER, *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y Derecho penal internacional*, Montevideo, KAS, 2010, pp. 25-61. La Com IDH también, pese a un inicial pronunciamiento en sentido más flexible (*Informe sobre la*

Esta postura parte de la premisa de que el castigo penal es necesario, siempre y en todo caso²⁹, porque sería la única manera de garantizar plenamente el derecho a la justicia de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos y de alcanzar una verdadera pacificación social después de una época de violencia colectiva. Lo expresa con meridiana claridad el lema con el que suelen anunciarse los partidarios de esta interpretación: «no hay paz sin justicia».

Por otro lado, la interpretación flexible de la obligación internacional, mantenida por los llamados *peace-makers*³⁰, aun reconociendo la existencia de un deber general de persecución y castigo en relación —al menos— con los crímenes internacionales, argumenta que en determinados contextos *extraordinarios* —como los procesos de transición— pueden existir razones válidas para limitar el ejercicio de la acción penal: por ejemplo, la finalidad de acabar con un conflicto armado o de evitar nuevos golpes de Estado primarían sobre el ideal de garantizar la persecución penal y el castigo por todos abusos cometidos³¹. Esto no significa que cualquier tipo de amnistía sea aceptable, sino que no suponen una vulneración de las obligaciones internacionales del Estado las amnistías, indultos y demás medidas que cumplan con unas condiciones mínimas de legitimidad. Esencialmente, tiene que tratarse de medidas aprobadas por instituciones democráticas, de acuerdo con el pro-

situación de Guatemala de 1983), comparte esta postura estricta, por efecto de la influencia de su «hermana» la Corte: así SEIBERT-FOHR, *Prosecuting...*, cit., pp. 85-97.

²⁹ En la doctrina, véanse entre otros: CHINCHÓN ÁLVAREZ, *Derecho internacional y transiciones...*, cit., pp. 437 ss.; BASSIOUNI, Cherif M., «The Need for International Accountability», en M.Ch. BASSIOUNI, *International Criminal Law*, vol. III, New York, 1999, pp. 6 y ss.; ROHT-ARRIAZA, Naomi y GIBSON, Laura, «The Developing Jurisprudence on Amnesty», *Human Rights Quarterly*, vol. 20, n.º 4, 1998, pp. 843-45; EDELENBOS, Carla, «Human rights violations: a Duty to Prosecute?», *Leiden Journal of International Law*, 1994, pp. 5 y ss.

³⁰ Según la terminología que relatan GIL GIL, «El tratamiento jurídico...», cit., p. 28 y CHINCHÓN ÁLVAREZ, *Derecho internacional y transiciones...*, cit., pp. 280 y ss.

³¹ FORNASARI, Gabriele, «Giustizia di transizione (diritto penale)», en *Enciclopedia del diritto*, vol. Annali VIII, Milano, 2014, p. 566 y ss.; MCEVOY, MALLINDER, «Amnesties in Transition...», cit., pp. 410-440; DELLA MORTE, *Le amnistie...*, cit., pp. 266 y ss.; EIROA, Pablo D., *Políticas del castigo y derecho internacional. Para una concepción minimalista de la justicia penal*, Buenos Aires: Ad Hoc, 2009, pp. 344 y ss.; AMBOS, Kai, «El marco jurídico de la Justicia de transición», en K. AMBOS, E. MALARINO, G. ELSNER, *Justicia de transición*, Montevideo: KAS, 2009, pp. 23-129; MALLINDER, Louise, «Amnesties», cit., pp. 900-922; MALLINDER, Louise, «Can Amnesties and International Justice be Reconciled?», *International Journal of Transitional Justice*, vol. 1, 2007, pp. 208-230. Un caso peculiar es Diane Orentlicher, quien, en uno de los primeros trabajos de referencia sobre el tema, pareció adherirse a la postura rigurosa (ORENTLICHER, Diane, «Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime», *The Yale Law Journal*, vol. 100, n.º 8, 1991, pp. 2537-2615), pero posteriormente la modificó, acercándose a una interpretación flexible de las obligaciones internacionales en contextos de transición (ORENTLICHER, Diane, «Settling Accounts Revisited: Reconciling Global Norms with Local Agency», *International Journal of Transitional Justice*, vol. 1, n.º 1, 2007, pp. 10-22).

cedimiento legal —excluyendo por ende las autoamnistías—, destinadas a la reconciliación y sometidas a condiciones que impliquen alguna forma de «coste» para los beneficiarios y que favorezcan la contribución de estos a la averiguación de la verdad, a la reparación, al desarme y desmovilización³².

Parece alinearse con esta visión el Tribunal Europeo de Derecho Humanos (TEDH), que, a diferencia de su homólogo interamericano, ha tomado una postura tradicionalmente más prudente, sin llegar a afirmar una prohibición absoluta de las amnistías, los indultos y las medidas similares³³. Las sentencias de varios tribunales constitucionales que confirman la legitimidad constitucional de disposiciones de amnistía e indulto aprobadas en contextos de transición también apuntan hacia la necesidad de adoptar una postura flexible acerca de esa prohibición³⁴.

De acuerdo con esta visión, el deber que recae sobre los Estados es de *prevención* de las graves violaciones de derechos humanos³⁵, de tal manera que el Derecho penal es solamente una de las herramientas que el Estado tiene

³² MACULAN, «Derecho penal, obligaciones internacionales...», cit., sección 4.

³³ Véase el análisis jurisprudencial realizado por GIL GIL, Alicia, «Las aportaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al derecho penal internacional. Coincidencias y diferencias con la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en K. AMBOS, E. MALARINO, G. ELSNER, *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos* y Derecho penal internacional, tomo II, Montevideo, KAS, 2011, pp. 322 y ss. En la sentencia *Margus v. Croacia*, con un giro respecto a sus precedentes en este tema, el Tribunal afirma que la prohibición de amnistías para crímenes internacionales *está alcanzando* el estatus de norma consuetudinaria *en formación*. Pero el Tribunal matiza esta afirmación al declarar que: «*Incluso si se aceptara que las amnistías son posibles, donde hay algunas circunstancias particulares, como un proceso de reconciliación y/o una forma de compensación a las víctimas, la amnistía concedida al recurrente en el presente caso aún no sería aceptable porque no se dan estas circunstancias*» (TEDH, *Marguš v. Croacia* (4455/10), Judgment, 13.11.2012, párr. 139). Además, merece la pena destacar los argumentos esgrimidos por el grupo de expertos que intervinieron en el proceso como *amici curiae*, y en su esencia recogidos por los jueces Šikuta, Wojtyczek y Vehabović en su voto concurrente: se reconoce que el estado actual del Derecho internacional no permite concluir que existe una prohibición *absoluta* de amnistías, y que semejante postura estricta *tampoco es deseable* (especialmente el párr. 9 del voto concurrente).

³⁴ El ejemplo más próximo en este sentido es la STS 101/2012 en el caso *Garzón*, donde se reconoce la legitimidad y la utilidad de la Ley 46/2007 de Amnistía como medida de reconciliación social en el marco de la transición española: Tribunal Supremo de España, Sala Segunda de lo Penal, sentencia n.º 101/2012 de 27 de febrero de 2012, ponente Martínez Arrieta (sentencia absolutoria). A conclusiones similares han llegado también otros tribunales constitucionales: se pueden mencionar la decisión la intervención del *Supremo Tribunal Federal* brasileño que rehusó revocar la Ley de Amnistía de 1979 (STF, *Julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* (ADPF 153), 29.04.2010) y la sentencia de la Corte Constitucional sudafricana sobre la legitimidad del *Promotion of National Unity and Reconciliation Act* de 1995, ley que constituyó la conocida *Truth and Reconciliation Commission* (caso «Azapo»: *Azanian Peoples Organization v. President of the Republic of South Africa*, sentencia del 25.07.1996).

³⁵ FREEMAN, Mark, *Necessary Evils: Amnesties and the Search for Justice*, Cambridge, CUP, 2010.

a su disposición para alcanzar ese objetivo³⁶. Al mismo tiempo, el Derecho penal puede, en estos contextos extraordinarios, convertirse en un *obstáculo* para ese fin preventivo, en la medida en que la amenaza del castigo genera el riesgo de nuevos golpes de Estado o de un recrudecimiento de la violencia y fomenta la oposición de los responsables de los crímenes al proceso transicional en su conjunto. Por último, la propia fenomenología de los delitos, que son masivos y a menudo cometidos de manera sistemática, y la fragilidad de las instituciones en el momento transicional pueden dificultar enormemente el ejercicio de la acción penal.

La interpretación flexible del deber internacional de persecución y castigo reconoce estas situaciones de *imposibilidad* o *inoportunidad* de una intervención penal llevada a cabo según los estándares y criterios ordinarios, y admite la posibilidad de suspenderla, limitarla o modificarla de manera excepcional.

Solamente al abordar la obligación internacional del Estado desde esta interpretación flexible se pueden entender y legitimar los mecanismos adoptados en la Jurisdicción Especial para la Paz y, en general, todas aquellas soluciones que, en la justicia de transición, suponen una alteración del normal funcionamiento del sistema penal. Por lo tanto, esta aproximación flexible al deber de persecución y castigo no solamente está arraigada en sólidas bases normativas y jurisprudenciales y confirmada por la práctica de los Estados, sino que además es la única que permite tomar en cuenta las especificidades de los contextos transicionales y buscar el mejor cumplimiento posible de los múltiples objetivos que persiguen sus actores: justicia, verdad, reparación, cese de la violencia y no repetición, consolidación del nuevo orden social y reconciliación.

A continuación, analizaré dónde se sitúan, entre estos dos extremos de posible lectura del deber de persecución y castigo, los dos tribunales internacionales cuyas decisiones pueden tener efectos directos y vinculantes y capacidad sancionatoria en relación con las medidas previstas en el Acuerdo de paz, es decir, la Corte IDH y la CPI.

³⁶ No puedo detenerme aquí a analizar en profundidad otra cuestión muy debatida en este tipo de escenarios, es decir, si la justicia retributiva puede realmente cumplir tanto con los fines que el Derecho penal se propone realizar en términos generales (retribución, prevención general positiva y negativa y prevención especial), como con los derechos y las expectativas de las víctimas de experiencias de criminalidad masiva. Numerosos estudios realizados desde diferentes disciplinas han concluido que este tipo de contextos pone en entredicho la capacidad del Derecho penal para alcanzar esos fines y para garantizar la satisfacción de los múltiples intereses de las víctimas. Para un análisis más profundo, remito a GIL GIL, Alicia, «El papel del Derecho penal en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva», en A. GIL GIL, E. MACULAN (dirs.), *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, Madrid, Dykinson, 2017, pp. 365-392.

La Corte Interamericana: una postura estricta con un pequeño margen de flexibilidad

Como he adelantado, la Corte IDH es el representante más destacado de la que he llamado postura estricta, que rechaza las amnistías, indultos y medidas similares por considerarlas generadoras de una inaceptable impunidad. Mientras que en un primer momento (sentencia *Barrios Altos*) la prohibición se refería a una disposición de autoamnistía³⁷, la Corte la ha extendido posteriormente a toda ley de amnistía que pretenda cubrir crímenes de lesa humanidad³⁸, torturas³⁹ o desapariciones forzadas de personas⁴⁰, con independencia de la legitimidad del órgano que la apruebe⁴¹. Por último, ha llegado a condenar a un Estado por una Ley de Amnistía aprobada por un Parlamento democrático y confirmada en dos referendos populares (caso *Gelman v. Uruguay*)⁴², bajo el argumento de que «la incompatibilidad respecto de la Convención incluye a las amnistías de graves violaciones de derechos humanos y no se restringe solo a las denominadas “autoamnistías” y ello en atención, más que al proceso de adopción y a la autoridad que emitió la Ley de Amnistía, a su *ratio legis*: dejar impunes graves violaciones al derecho internacional»⁴³.

³⁷ Corte IDH, *Barrios Altos v. Perú*, sentencia de fondo, 14.03.2001, 41-43. La sentencia declaró la incompatibilidad con la CADH de la Ley peruana N° 26479 de 14.06.1995 (Ley de amnistía), que exoneraba de responsabilidad a los militares, policías, y también a civiles, que hubieran cometido, entre 1980 y 1995, violaciones a los derechos humanos o participado en esas violaciones, y de la Ley N° 26492 de 28.06.1995 (Ley de interpretación de la Ley de Amnistía), que declaró que esa amnistía no era «revisable» en sede judicial y que era de obligatoria aplicación. Ambas leyes fueron aprobadas bajo el Gobierno de Fujimori para garantizar la impunidad a sus miembros y colaboradores que hubieran cometido graves violaciones de derechos humanos en el marco de la represión de los grupos guerrilleros y disidentes.

³⁸ Corte IDH, *Almonacid Arellano v. Chile*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26.09.2006, párrs. 105-114.

³⁹ Corte IDH, *García Lucero y otras v. Chile*, sentencia de excepción preliminar, fondo y reparaciones, 28.08.2013, párrs. 150-154.

⁴⁰ Corte IDH, *Gomes Lund y otros («Guerrilha do Araguaia») Vs. Brasil*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 24.11.2010, párrs. 134-182.

⁴¹ Véase el análisis jurisprudencial realizado por GUTIÉRREZ RAMÍREZ, Luis Miguel, «La obligación internacional de investigar, juzgar y sancionar graves violaciones a los derechos humanos en contextos de justicia transicional», *Estudios socio-jurídicos*, vol. 16, n.º 2, 2014, pp. 38-44.

⁴² Corte IDH, *Gelman v. Uruguay*, sentencia de fondo y reparaciones, 24.02.2011. La sentencia condena al Estado uruguayo a la derogación de la «Ley de caducidad de la pretensión punitiva» (Ley 15.848), que había sido aprobada por el Parlamento uruguayo el 22.12.1986, en época de restaurada democracia, y cuya validez había sido confirmada en un referéndum popular en 1989 y en otro referéndum en 2009, bajo la Presidencia de un exmiembro de los tupamaros y en un momento en el que ya no cabía pensar en posibles presiones por parte de los miembros de la dictadura cívico-militar de Bordaberry.

⁴³ *Ibidem*, párr. 229.

Además, la Corte ha afirmado en varias ocasiones que las comisiones de la verdad son mecanismos muy útiles para garantizar el derecho a la verdad, pero no deben ser entendidas como un sustituto del deber del Estado de asegurar la determinación judicial de responsabilidades individuales por los medios jurisdiccionales correspondientes, lo que viene a decir que la investigación para averiguar lo ocurrido ha de realizarse necesariamente en la esfera judicial penal⁴⁴. Asimismo, ha ido detallando los requisitos para el cumplimiento efectivo del deber de persecución y sanción, aclarando que la investigación debe iniciarse *ex officio* y sin dilación, debe ser seria, imparcial y efectiva⁴⁵ y debe responder a unas «líneas lógicas», como la de evidenciar los patrones sistemáticos en los que se enmarca cierto tipo de violaciones a los derechos humanos⁴⁶.

La interpretación estricta del deber de persecución y castigo lleva además a la Corte IDH a afirmar la posibilidad de suspender otros institutos de Derecho penal que, al igual que las amnistías, ponen límites (en su visión, «obstáculos») a la persecución penal, como la prescripción⁴⁷, el principio *ne bis in ídem*⁴⁸ o el principio de legalidad en su componente de irretroactividad de normas penales desfavorables⁴⁹.

Sin embargo, hay que destacar que la Corte parece matizar ligeramente su postura maximalista cuando se ocupa de amnistías aprobadas en el marco

⁴⁴ Corte IDH, *Almonacid Arellano*, cit., párrs. 149-150; *La Cantuta v. Perú*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 29.11.2006, párrs. 223-224; *masacre de las Dos Erres v. Guatemala*, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparación y costas, 24.11.2009, párr. 232; *Chitay neck y otros v. Guatemala*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 25.05.2010, párr. 234; *Baldeón García v. Perú*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 6.04.2006, párrs. 167 y 196; *Heliodoro Portugal c. Panamá*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 12.08.2008, párr. 23. Véase también GUTIÉRREZ RAMÍREZ, «La obligación internacional...», cit., pp. 34-38.

⁴⁵ Por ejemplo, Corte IDH, *Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*, sentencia, 31.01.2006, párr. 143.

⁴⁶ Corte IDH, *González y otras («Campo Algodonero») vs. México*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 16.11.2009. Sobre este punto véase ACOSTA, Juana I. y ÁLVAREZ, Lina, «Las líneas lógicas de investigación: una contribución del Sistema Interamericano de Derechos Humanos al juzgamiento de los crímenes de sistema en marcos de justicia transicional», *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n.º 18, 2011, pp. 57-87.

⁴⁷ PARENTI, Pablo, «La inaplicabilidad de normas de prescripción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en K. AMBOS, E. MALARINO, G. ELSNER (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y Derecho penal internacional*, tomo I, Montevideo: KAS, 2010, pp. 211-228.

⁴⁸ M. ZILLI y OTROS, «*Ne bis in ídem* e coia julgada fraudulenta. A posição da Corte Interameircana de Direitos Humanos», en K. AMBOS, E. MALARINO, G. ELSNER (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y Derecho penal internacional*, tomo II, Montevideo: KAS, 2011, pp. 393 y ss.

⁴⁹ GIL GIL, «Las aportaciones del Tribunal Europeo...», cit., pp. 322 y ss.

de un conflicto armado interno⁵⁰. Lo demuestran las sentencias en los casos *Tiu Tojín* y *masacre de las Dos Erres*, ambos relativos a la Ley de Reconciliación Nacional guatemalteca, cuya compatibilidad con la CADH se confirma debido a que excluye expresamente de su alcance los delitos de genocidio, tortura y desaparición forzada de personas y los demás delitos imprescriptibles⁵¹.

La salvedad que la Corte hace respecto de la prohibición de amnistías para situaciones de conflicto armado interno puede apreciarse con más claridad todavía en el caso *masacre de El Mozote v. El Salvador*⁵². La sentencia concluye que la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz aprobada en el marco del proceso de paz en El Salvador es contraria a lo pactado en el Acuerdo de paz de 1992 y a lo recomendado por la Comisión de Esclarecimiento Histórico. Pero pese a esta conclusión, establece que, en términos generales, para valorar la legitimidad de una amnistía en contextos de conflicto armado interno, hay que tomar en cuenta también el art. 6.5 del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra⁵³, que admite estas medidas como instrumentos para la paz⁵⁴. Además, la sentencia cuenta con el voto particular del juez García Sayán —al que se adhirieron otros jueces de la Sala también— que expone, en apenas diez páginas pero de manera brillante y convincente, los argumentos a favor de una aproximación flexible a la persecución penal en contextos de transición de un conflicto armado a la paz, haciendo hincapié en la necesidad de ponderar todos los derechos e intereses en juego. Afirma el juez: «De este modo, en ciertas situaciones de tránsito de un conflicto armado a la paz, puede ocurrir que un Estado no se encuentre en posibilidad de materializar plenamente, en forma simultánea, los distintos derechos y obligaciones contraídas internacionalmente. En

⁵⁰ De la misma opinión GUTIÉRREZ RAMÍREZ, «La obligación internacional...», cit., pp. 44-48.

⁵¹ Corte IDH, *Tiu Tojín Vs. Guatemala*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 26.11.2008 y *Masacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala*, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 24.11.2009. Aunque en esta última sentencia la Corte advierte que «la eventual aplicación de las disposiciones de amnistía (...) en este caso contravendría las obligaciones derivadas de la Convención Americana» (ibídem, párr. 131), instando así a la inaplicación de la ley de amnistía (efecto diferente de su nulidad o derogación) a ese caso concreto.

⁵² Corte IDH, *El Mozote y lugares aldeanos v. El Salvador*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 25.10.2012, voto concurrente del juez García Sayán.

⁵³ «A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado».

⁵⁴ Aunque algunos expertos consideran que esta disposición pretende impedir que los combatientes puedan ser enjuiciados por el solo hecho de haber tomado parte en las hostilidades, pero no podría aplicarse en ningún caso a los crímenes de guerra: así NAQVI, Yasmin, «Amnesty for War Crimes: Defining the Limits of International Recognition», *International Review of the Red Cross*, n.º 851, 2003, pp. 604-605. Critica esta interpretación DELLA MORTE, *Le amnistie...*, cit., pp. 125-131.

esas circunstancias, *tomando en consideración que no se le puede conferir a ninguno de esos derechos y obligaciones un carácter absoluto, es legítimo que se ponderen* de manera tal que la plena satisfacción de unos no afecten de forma desproporcionada la vigencia de los demás. Así, el grado de justicia al que se pueda llegar no es un componente aislado, del cual se podrían derivar legítimas frustraciones e insatisfacciones, sino parte de un ambicioso proceso de transición hacia la tolerancia recíproca y paz»⁵⁵.

El caso de la *masacre de El Mozote* marca de alguna manera un punto de inflexión en la jurisprudencia interamericana sobre amnistías y abre una pequeña brecha en la, por lo demás, granítica visión del deber internacional de persecución y castigo que mantiene la Corte IDH.

Por lo que se refiere específicamente a la experiencia transicional colombiana, la Corte ha tenido la oportunidad de pronunciarse en siete ocasiones sobre la Ley de Justicia y Paz (LJP)⁵⁶. En ninguno de estos casos se llega a declarar la incompatibilidad de esa ley con la CADH, limitándose a reiterar la existencia del deber internacional de investigación y sanción⁵⁷ y a dictar unas pautas generales para que el procedimiento previsto en esa ley garantice una investigación efectiva y eficaz⁵⁸. En la última de esta serie de sentencias, además, se reconoce que fue precisamente el procedimiento especial de la LJP lo que permitió obtener mucha información relevante sobre los crímenes cometidos en el marco del conflicto armado colombiano, que de otra manera difícilmente se habría llegado a descubrir⁵⁹.

La prudencia con la que la Corte IDH se ha aproximado a la valoración del mecanismo de la LJP se debe, por un lado, a la insuficiencia de datos sobre el funcionamiento y los resultados concretos de la LJP en el momento en el que se pronunció el órgano interamericano, y por otro lado, en mi opinión, a razones de carácter político, es decir, a la voluntad de no mermar un mecanismo que, pese a sus límites y fallos, ha producido importantes avances en la construcción de paz en Colombia. El argumento para apoyar esta posición consiste en apelar a la especificidad del contexto colombiano, donde sigue

⁵⁵ Corte IDH, *El Mozote*, cit., voto particular del juez García Sayán, párr. 38, cursiva añadida.

⁵⁶ Ley 975/2005, de 25.07.2005, «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».

⁵⁷ Corte IDH, *Masacre de Mapiripán v. Colombia*, sentencia, 15.09.2005, párr. 304; *Masacre de Pueblo Bello v. Colombia*, sentencia, 31.01.2006, párrs. 265-269; *Masacre de Ituango v. Colombia*, sentencia, 1.07.2006, párrs. 299-300.

⁵⁸ Corte IDH, *Masacre La Rochela v. Colombia*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 11.05.2007, párr. 190; *Valle Jaramillo y otros v. Colombia*, sentencia de fondo reparaciones y costas, 27.11.2008, párr. 164; *Manuel Cepeda Vargas v. Colombia*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26.05.2010, párrs. 116 y ss. y especialmente párr. 166.

⁵⁹ Corte IDH, *Operación Génesis v. Colombia*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 20.11.2013, párrs. 392-393.

habiendo un conflicto vivo y la necesidad prioritaria es poner fin al mismo: esta consideración permitiría alterar el peso de los factores y objetivos que normalmente se toman en cuenta en la justicia de transición, inclinando la balanza hacia la paz más que hacia la justicia penal retributiva.

Pero además, me parece que la peculiaridad del tratamiento que la Corte da al caso colombiano radica también en que la LJP no dispone una amnistía, sino la suspensión de la pena impuesta en vía ordinaria y su sustitución por una pena reducida, que consiste en la prisión de 5 a 8 años, más un tiempo de libertad a prueba, a cambio del cumplimiento de determinados requisitos⁶⁰. El cuadro bajo el prisma de la Corte es por lo tanto diferente de los anteriores casos en los que se apelaba a la obligación de persecución y castigo, porque no implica la parálisis de la acción penal ni la anulación de la pena, sino la aplicación de una pena reducida. Este mecanismo entrañaría una violación del Derecho internacional solamente si se interpretara que el deber del Estado incluye el de imponer en todo caso una pena proporcional a la gravedad del delito y a la culpabilidad del responsable —sin posibilidad de rebajarla por otra clase de razones— y de garantizar su ejecución plena⁶¹. La verdad es que un entendimiento tan riguroso contrasta con los límites y criterios de aplicación del Derecho penal ya en una situación de normal funcionamiento del ordenamiento jurídico, que con más razón deberían tomarse en consideración en un contexto extraordinario como es un proceso de transición.

⁶⁰ Participar en el procedimiento de desarme y desmovilización (individual o colectiva), prestar declaración sobre los hechos delictivos y su responsabilidad en una versión libre y contribuir a la reparación en beneficio de las víctimas. La Corte Constitucional, con su Sentencia C-370/2006 de 18.05.2006, pese a confirmar la legitimidad constitucional de la LJP, introdujo unos requisitos ulteriores dirigidos a garantizar los derechos de las víctimas, a saber, que el postulado prestara una declaración completa y veraz, que proporcionara información sobre el paradero de las víctimas secuestradas, y que contribuyera a la reparación con todos sus bienes.

⁶¹ Hay quienes defienden esta visión: véase por ejemplo la Carta de J.M. VIVANCO (Director de *Human Rights Watch* – División de las Américas) del 3.08.2006 al entonces presidente Álvaro Uribe, que afirmaba: «Al ofrecerles una rebaja de penas a las pocas personas que han sido condenadas en Colombia por sus atrocidades, su gobierno está reforzando el mensaje que los abusos casi nunca son sancionados» (<https://www.hrw.org/es/news/2006/08/03/carta-al-presidente-alvaro-uribe-velez>, consultado el 20.6.2017). El mismo fue también muy crítico con las sanciones alternativas propuestas en el Acuerdo de: en su Informe «Paz y justicia en Colombia», manifestaba su preocupación en relación con el hecho de que los responsables de crímenes «estarían sujetos a modestas y ambiguas "restricciones de libertades y derechos". El derecho internacional establece que las sanciones por violaciones de derechos humanos deben reflejar la gravedad de los delitos. No conocemos otros tribunales que hayan condenado a máximos responsables de crímenes de guerra con sanciones que no impliquen la privación de la libertad»: <https://www.hrw.org/es/news/2016/10/18/paz-y-justicia-en-colombia> (consultado el 20.06.2017). Su opinión cambió ante la nueva versión del Acuerdo final, aprobada tras el plebiscito, y la mayor definición que este ofrecía de las sanciones alternativas.

La Corte Penal Internacional: una actuación prudente y posibilista

El sistema de la CPI también tiene una especial importancia para la determinación del contenido y alcance del deber internacional de persecución y castigo. Más allá de la declaración de rechazo a la impunidad contenida en el Preámbulo, el Estatuto, como ya he recordado, mantiene un «elocuente silencio»⁶² acerca de admisibilidad de amnistías o indultos por crímenes internacionales.

Es más: existen disposiciones que parecen permitir un margen para que la Corte tome en consideración situaciones peculiares en las que el Estado adopte decisiones que conlleven una parcial limitación del ejercicio de la acción penal. Se trata principalmente del art. 53 ECPI, que hace referencia a los «intereses de la justicia» como factor que la Fiscalía tiene que ponderar a la hora de decidir si abrir una investigación o, de haberla abierto, si pasar a la etapa de juicio⁶³. La Fiscalía podría recurrir a este concepto indeterminado para valorar la decisión de un Estado de aplicar amnistías, indultos o mecanismos alternativos como herramientas de un proceso transicional y considerar que una intervención de la CPI, deslegitimando esa opción, haría peligrar los resultados que puedan haber obtenido en términos de justicia y paz.

Otros autores argumentan que la valoración sobre la compatibilidad de amnistías, indultos o medidas similares con el Estatuto tendría cabida en el sistema de la CPI más bien a través del poder de *deferral* que el art. 16 ECPI reconoce al Consejo de Seguridad⁶⁴. Una tercera interpretación propone ubi-

⁶² DELLA MORTE, *Le amnistie...*, cit., p. 146.

⁶³ EIROA, *Políticas del castigo...*, cit., pp. 385 y ss.; ROBINSON, Darryl, «Serving the Interests of Justice: Amnesties, Truth Commissions and the International Criminal Court», *European Journal of International Law*, vol. 14, n.º 3, 2003, pp. 401-505. La letra del art. 53 ECPI dice que el fiscal debe tener en cuenta, entre otras cosas, si «existen razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia» y si «el enjuiciamiento no redundaría en interés de la justicia, teniendo en cuenta todas las circunstancias». Critican esta postura, proponiendo una interpretación más restrictiva de la noción de «intereses de la justicia», entre otros, ACOSTA ARCARAZO, Diego, BUCHAN, Russell y URUEÑA, Rene, «Beyond Justice, Beyond Peace? Colombia, the interests of justice, and the limits of international criminal law», *Criminal Law Forum*, n.º 26, 2015, pp. 291-318, a pp. 311-314; STAHN, Carsten, «Complementarity, Amnesties and Alternative Forms of Justice: Some Interpretive Guidelines for the International Criminal Court», *Journal of International Criminal Justice*, n.º 3, 2005, pp. 695-720, a p. 718.

⁶⁴ ROBINSON, «Serving the Interests...», cit., pp. 502-503; ACOSTA ARCARAZO, BUCHAN y URUEÑA, «Beyond Justice, Beyond Peace?...», cit., pp. 314-5. La disposición establece: «En caso de que el Consejo de Seguridad, de conformidad con una resolución aprobada con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, pida a la Corte que no inicie o que suspenda por un plazo de doce meses la investigación o el enjuiciamiento que haya iniciado, la Corte procederá a esa suspensión; la petición podrá ser renovada por el Consejo de Seguridad en las mismas condiciones».

car esa valoración en el propio test de complementariedad que la Corte tiene que realizar para determinar si el Estado tiene la capacidad y voluntad para llevar a cabo una persecución penal eficaz o si, al contrario, la propia Corte debe ejercer su jurisdicción sobre el caso. Más específicamente, habría que interpretar la «investigación» llevada a cabo por el Estado, a la que se refiere el art. 17.1.b ECPI⁶⁵, de tal manera que incluya investigaciones realizadas por órganos diferentes de los Tribunales penales, como una comisión de la verdad, y cuya conclusión haya sido la decisión de no ejercer la acción penal en razón de consideraciones que *no* dependan de la falta de capacidad o de voluntad del Estado para llevar a cabo una persecución penal efectiva⁶⁶.

La práctica de la CPI parece confirmar, aunque sea indirectamente, una posible apertura a mecanismos que supongan una limitación de la acción penal: lo demuestra la decisión de la Fiscalía de la Corte de presentar cargos, en la situación de Libia, solamente contra los miembros del anterior régimen de Gadafi, sin oponer reservas a la Ley de Amnistía aprobada por el nuevo Gobierno para cubrir a los revolucionarios finalmente vencedores⁶⁷. Leyendo entre líneas, esta decisión sugiere que la CPI no rechaza de manera absoluta y tajante las amnistías.

En relación con la experiencia colombiana que aquí nos interesa, la CPI ha demostrado por ahora una gran flexibilidad y la disponibilidad a aceptar como válidos los mecanismos que se han ido aplicando en este proceso transicional. En la investigación preliminar abierta desde 2004 sobre Colombia⁶⁸, la Fiscalía de la CPI ha estado observando muy de cerca la aplicación de la LJP, el Marco Jurídico para la Paz y los demás instrumentos transicionales, y ha

⁶⁵ (La Corte resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando...) «El asunto haya sido objeto de investigación por un Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo».

⁶⁶ ROBINSON, «Serving the Interests...», cit., pp. 498-502; MALLINDER, «Can Amnesties and International Justice...», cit., p. 212.

⁶⁷ Law 38 «On some Procedures for the Transitional Period», de mayo de 2012. La ley excluye del alcance de la amnistía los delitos de tortura y violación sexual, pero no otros crímenes graves como el asesinato y el desplazamiento forzado. Véase KERSTEN, Mark, *Justice in Conflict*, Oxford, OUP, 2016, pp. 158-161.

⁶⁸ El Congreso Nacional colombiano aprobó el Estatuto de la CPI por Ley 742 de 4 de junio de 2002 y la Corte Constitucional confirmó su legitimidad constitucional por Sentencia C-578/02, de 30 de julio de 2002. A continuación, Colombia ratificó el Estatuto de la CPI el 5 de agosto de 2002 (entrando este en vigor para Colombia el 1 de noviembre de 2002), realizando una declaración por la cual no aceptaba la competencia de la Corte en relación con crímenes de guerra por un periodo de 7 años, según la cláusula de *opting out* prevista en el art. 124 ECPI. Esta declaración no fue renovada, por lo que la CPI desde 2009 tiene competencia también sobre crímenes de guerra cometidos en Colombia. En 2004 la Fiscalía de la CPI decidió, por su propia iniciativa, abrir una investigación preliminar sobre la posible comisión de crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra. La situación se encuentra la fase de examen preliminar, es decir, que no se ha abierto un procedimiento todavía (<https://www.icc-cpi.int/colombia>, consultado el 5.07.2017).

concluido que demuestran la capacidad y voluntad del Estado de perseguir los crímenes cometidos durante el conflicto armado. En aplicación del principio de complementariedad positiva⁶⁹, la Fiscalía, pese a detectar algunos fallos y límites en la aplicación de estos mecanismos, no sustrae la competencia al Estado colombiano, sino que monitorea sus actuaciones, lo asesora y le dirige recomendaciones para garantizar un efectivo cumplimiento de las obligaciones internacionales y de los derechos de las víctimas⁷⁰.

En el Informe intermedio publicado en noviembre de 2012, la Fiscalía identificó cinco áreas del proceso transicional colombiano que necesitaban especial atención, es decir, el seguimiento del Marco Jurídico para la Paz y de las demás reformas legislativas, la emersión de nuevos grupos armados ilegales, las actuaciones judiciales relacionadas con la expansión de los grupos paramilitares, con el desplazamiento forzado y con los delitos sexuales y los casos de los llamados falsos positivos⁷¹. Estas áreas críticas fueron confirmadas en el Informe de 2014⁷², que reconoció a la vez que las autoridades colombianas habían avanzado en la priorización de investigaciones y persecuciones penales de los máximos responsables, así como en la investigación de los casos de los falsos positivos. El Informe destacaba en cambio la insuficiencia de las investigaciones acerca de los delitos sexuales. En la

⁶⁹ Se trata de un concepto desarrollado por la propia Fiscalía de la CPI, que concibe su papel como el de fomentar, apoyar y asesorar, donde sea posible, las investigaciones y los enjuiciamientos llevados a cabo por los Estados, antes que proceder a intervenir directamente en la situación, apartando al Estado de la misma: Fiscalía de la CPI, *Policy Paper on Preliminary Examinations*, 1.11.2013, https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/OTP-Policy_Paper_Preliminary_Examinations_2013-ENG.pdf (consultado el 18.07.2017).

⁷⁰ Véanse, para más detalle, VACAS FERNÁNDEZ, Félix, *El Derecho internacional ante el conflicto de Colombia*, Valencia, Tirant lo blanch, 2015, pp. 336 y ss.; QUESADA ALCALÁ, Carmen, «La Justicia penal internacional y Colombia», en C. FERNÁNDEZ LIESA y C. DÍAZ BARRADO, *Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos. Reflexiones sobre el conflicto colombiano*, Navarra, Aranzadi, 2013, pp. 691-710; OLÁSULO ALONSO, Héctor, «El principio de complementariedad y las estrategias de actuación de la Corte Penal Internacional en la fase de examen preliminar: ¿por qué la Corte Penal Internacional mantiene su examen preliminar, pero no abre una investigación sobre la situación en Colombia?», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 24, 2012. Es importante subrayar, además, que, junto con las visitas y comunicaciones públicas, que siempre han mostrado una postura prudente y en ocasiones ambigua, la Fiscalía de la CPI y las instituciones colombianas han mantenido numerosos canales de contacto informales o secretos, en los que, al parecer, el órgano supranacional ha expresado su satisfacción con las medidas aplicadas por el Estado colombiano en el marco de la justicia transicional: BUENO y DÍAZ ROSAS, «Which Approach to Justice...», cit., pp. 228-229.

⁷¹ Fiscalía de la CPI, *Informe intermedio*, 14.11.2012, <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/3D3055BD-16E2-4C83-BA85-35BCFD2A7922/285202/OTP2012035032COLResumenEjecutivoDelReporteIntermed.PDF> (consultado el 5.07.2017), párr. 22.

⁷² Fiscalía de la CPI, *Informe sobre las Actividades de Examen Preliminar de 2014. Situaciones de Honduras y Colombia*, 2.12.2014, <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/OTP-Pre-Exam-2014-Spa.pdf> (consultado el 5.07.2017).

misma línea seguían los Informes intermedios de 2015 y 2016, en los que también se destacaban los avances realizados pero todavía insuficientes en las áreas críticas antes mencionadas⁷³.

Asimismo, en una conferencia dictada en la Universidad del Rosario (Colombia), el vicesfiscal de la CPI (James Stewart) confirmó la compatibilidad, en principio, con el ECPI de las penas reducidas y de las sanciones alternativas, siempre y cuando se cumplan unas condiciones mínimas, considerando estos mecanismos como «un ejemplo del amplio margen del que los Estados gozan al decidir sobre los mecanismos diseñados para establecer la verdad, y que también son compatibles con el objetivo del Estatuto de Roma de poner fin a la impunidad por los crímenes más graves»⁷⁴.

De esta manera, la Fiscalía de la Corte desempeña el doble papel de controlador y defensor de los mecanismos transicionales aplicados en Colombia, confirmando implícitamente su legitimidad y compatibilidad con los estándares internacionales fijados por el Estatuto de la CPI y, a la vez, la opción por una interpretación flexible del deber internacional de persecución y castigo de crímenes internacionales.

Retos planteados por el Acuerdo de Paz

La Jurisdicción Especial para la Paz, prevista por el Acuerdo de Paz firmado en 2016 y desarrollada por una serie de actos legislativos, leyes y decretos que implementan el contenido de ese Acuerdo, contiene una serie de mecanismos que, al suponer una limitación o modificación en el ejercicio de la acción penal, plantean retos importantes a la obligación internacional que se acaba de analizar. Como he adelantado, considero que son tres puntos los que podrían generar tensiones respecto de ese deber: la amnistía, las sanciones propias y alternativas y los criterios de selección y priorización de casos.

La amnistía

Una de las herramientas clave de la JEP es la amnistía para delitos políticos y conexos, prevista por el Acuerdo de Paz y regulada por la Ley 1820/2016, de 30 de diciembre y el Decreto del presidente de la República de Colombia

⁷³ Respectivamente, Fiscalía de la CPI, *Informe sobre las Actividades de Examen Preliminar (2015). Situaciones en Colombia y Honduras*, 12.11.2015, <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/OTP-PE-rep-2015-Spa.pdf> e *Informe sobre las actividades de examen preliminar (2016). Situación en Colombia*, 14.11.2016, <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/161114-otp-rep-PE-Colombia.pdf> (consultados el 17.07.2017).

⁷⁴ STEWART, James, «Transitional justice in Colombia and the role of the International Criminal Court», 13.05.2015, disponible en: <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/otp-stat-13-05-2015-SPA.pdf> (consultado el 14.07.2017).

n.º 277/2017, de 17 de febrero⁷⁵. A primera vista, esta medida podría constituir un incumplimiento, por parte del Estado colombiano, de su obligación internacional de perseguir y castigar las graves violaciones de derechos humanos. Sin embargo, como se ha evidenciado en los epígrafes anteriores, la prohibición de amnistías no es absoluta, sino que, adoptando la interpretación flexible antes descrita, deja un margen para ciertas clases de amnistías —amnistías democráticas y condicionadas, y posiblemente bilaterales— en contextos de transición.

Desde este punto de partida, la amnistía prevista en el marco del proceso de paz colombiano no entraña una vulneración de las obligaciones internacionales de Colombia. En primer lugar, se trata de una amnistía democrática, pues ha sido aprobada por el Parlamento colombiano, de buena fe y con el objetivo de favorecer el cese del conflicto armado y la reconciliación social. Lejos de las numerosas autoamnistías utilizadas —y posteriormente invalidadas— en los demás países del continente latinoamericano, esta medida es legítima en razón tanto del órgano que la aprueba, como de la finalidad que persigue.

En segundo lugar, se trata de una amnistía condicionada, pues, como afirma el art. 14 de la Ley 1820/2016, su aplicación no exime de la obligación de contribuir a la averiguación de la verdad —por medio de la colaboración con la Comisión de la Verdad también creada en el marco del Sistema integral— y a la reparación a las víctimas —a través de la participación en los programas de reparación y en la actividad de la Unidad de Búsqueda de Desaparecidos—, con la posibilidad de perder el derecho al beneficio en caso de incumplimiento reiterado e injustificado de estas obligaciones⁷⁶. Además, un prerequisite fundamental para acceder a ese beneficio es la desmovilización y desarme de los grupos armados ilegales⁷⁷, que es otro pilar del Acuerdo de Paz respecto del cual la amnistía funciona, al fin y al cabo, como incentivo.

En tercer lugar, esta medida tiene carácter bilateral, pues se aplica no solamente a los miembros del grupo guerrillero, sino también a los miembros de las Fuerzas Armadas y de seguridad del Estado. En realidad, estos sujetos no pueden ser acusados de haber cometido delitos políticos, que son los delitos a los que se puede aplicar la amnistía como tal, sino que al revés actuaron precisamente para evitar la comisión de esos delitos por parte de los grupos ilegales. Aun así, el Acuerdo de Paz y la Ley de Amnistía prevén, para los miembros de las Fuerzas Armadas y de seguridad del Estado, un «tratamiento especial, simultáneo, equilibrado y equitativo basado en el Derecho

⁷⁵ Estas disposiciones prevén y regulan, más precisamente, amnistías, indultos y tratamientos especiales para agentes del Estado.

⁷⁶ Art. 14 de la Ley de Amnistía.

⁷⁷ Párr. 10, sección 5.1.2, p. 145 del Acuerdo de Paz.

Internacional Humanitario»⁷⁸ que se concreta en la «renuncia a la persecución penal» y en la «libertad transitoria condicionada y anticipada»⁷⁹, cuyos efectos prácticos son equiparables a aquellos producidos por la amnistía.

Pero más allá de estas características, que ya de por sí, en mi opinión, convertirían la amnistía prevista en el proceso de paz colombiano en una herramienta transicional legítima y conforme con la obligaciones internacionales, creo que el elemento principal que permite confirmar la admisibilidad de esta medida es la identificación de los delitos a los que se aplica. Efectivamente, es una amnistía para delitos políticos y conexos «cometidos en el marco de la rebelión por parte de grupos con los que se firme un acuerdo de paz», que sigue en este sentido una tradición, consolidada en el ordenamiento colombiano, de introducir medidas de gracia y beneficios penales para los responsables de delitos políticos, como parte de las negociaciones con grupos armados ilegales⁸⁰. La familiaridad del ordenamiento colombiano con el tratamiento especial de la categoría del delito político queda confirmada, además, por la cláusula que Colombia añadió al ratificar el Estatuto de la CPI: «Ninguna de las disposiciones del Estatuto de Roma que conciernen el ejercicio de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional impide al Estado colombiano otorgar amnistías, conmutación de penas o indultos judiciales por delitos políticos, siempre que sean compatibles con la Constitución y los principios y normas de Derecho internacional aceptados por Colombia»⁸¹.

Tanto el Acuerdo como la Ley de Amnistía enumeran, de manera no taxativa, unas conductas que configuran delitos políticos: «la rebelión, la sedición, la asonada, así como el porte ilegal de armas, las muertes en combate compatibles con el Derecho Internacional Humanitario, el concierto para delinquir con fines de rebelión»⁸². Además, indica algunos criterios esenciales para determinar la conexidad de otros delitos con esta categoría y la consiguiente posibilidad de aplicarles la amnistía, refiriéndose a aquellos delitos «relacionados específicamente con el desarrollo de la rebelión cometidos con ocasión del conflicto armado, como las muertes en combate compatibles con el Derecho Internacional Humanitario y la aprehensión de combatientes efectuada en operaciones militares», «aquellos delitos en los cuales el sujeto pasivo de la conducta es el Estado y su régimen constitucional vigente» y

⁷⁸ Párr. 44, p.152 del Acuerdo de Paz.

⁷⁹ Arts. 45 y ss. y 51 y ss. de la Ley de Amnistía, respectivamente.

⁸⁰ APONTE CARDONA, *El Acuerdo de paz*, cit., pp. 333 y ss.; SUÁREZ LÓPEZ, Beatriz Eugenia y JARAMILLO RUIZ, Felipe, «La satisfacción del derecho a la justicia en el marco del proceso de paz colombiano. Una mirada a la evolución en materia de responsabilidad penal en el contexto de un proceso de paz y de los actuales estándares internacionales», *Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 16, n.º 2, 2014, pp. 61-88, a pp. 67-73.

⁸¹ Véase los documentos de ratificación del Estatuto de Roma disponibles en: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-10&chapter=18&clang=_en#EndDec (consultado el 10.07.2017).

⁸² Párr. 38, p. 150 del Acuerdo de Paz y art. 15 de la Ley de Amnistía.

«aquellas conductas dirigidas a facilitar, apoyar, financiar u ocultar el desarrollo de la rebelión»⁸³.

Junto con este criterio inclusivo, el Acuerdo y la Ley de Amnistía establecen un criterio exclusivo, que deja fuera del alcance de la amnistía «los delitos de lesa humanidad, el genocidio, los graves crímenes de guerra —esto es, toda infracción del Derecho Internacional Humanitario cometida de forma sistemática o como parte de un plan o política—, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores, de conformidad con lo establecido en el Estatuto de Roma»⁸⁴.

Como puede apreciarse, la amnistía no puede beneficiar a los responsables tanto de crímenes internacionales, como de otros delitos tipificados en el ordenamiento colombiano que se consideran especialmente graves y destacan por su frecuencia en el marco del conflicto armado.

Por lo tanto, la amnistía no es incompatible con las obligaciones adquiridas al ratificar el Estatuto de Roma porque, sencillamente, no afecta a los crímenes sobre los que la Corte Penal Internacional tiene jurisdicción. Quizás el único punto controvertido sea la referencia a los *graves* crímenes de guerra, que la Ley define como «las violaciones del Derecho internacional humanitario cometidas de manera sistemática»⁸⁵. No obstante, el propio Estatuto de Roma limita la jurisdicción de la CPI a los crímenes de guerra «en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes», introduciendo de esta manera un umbral de relevancia ulterior respecto del simple hecho de ser cometidos en el marco de un conflicto armado, que se acerca mucho a la cláusula contenida en el Acuerdo de Paz colombiano. De esta manera, los crímenes de guerra que no presenten ese carácter de sistematicidad no podrían, en todo caso, ser objeto de la jurisdicción de la CPI, porque el propio Estatuto de Roma los excluye. Al revés, cabe imaginar que la Corte IDH considere que no excluir de la amnistía esta categoría —que no deja de calificarse como crimen internacional— constituye una vulneración del deber de persecución y castigo. Más allá de que me parece difícil que se den muchos casos concretos en los que los delitos cometidos en el conflicto armado colombiano no satisfagan ese

⁸³ Párr. 38, p. 150 del Acuerdo de Paz y art. 16 de la Ley de Amnistía. A raíz de las dudas sobre la posibilidad de clasificar como delito conexo el narcotráfico, la nueva versión del Acuerdo final ha introducido una cláusula en la que especifica que, para decidir sobre esta calificación, se tomarán en cuenta los criterios de la jurisprudencia interna y el principio *in dubio pro reo* (ibídem).

⁸⁴ Párr. 40 del Acuerdo. El párr. 41 añade que también quedan excluidos del alcance de la amnistía los delitos comunes que carezcan de conexión con la rebelión. Lo mismo prevé el art. 23, parágrafo de la Ley de amnistía.

⁸⁵ Art. 23, último párrafo de la Ley de Amnistía.

carácter de sistematicidad, ante un supuesto de ese tipo la única solución posible me parece la de acudir a la ponderación de intereses en juego para valorar la admisibilidad de la amnistía⁸⁶.

Los delitos que el Acuerdo y la Ley de Amnistía excluyen expresamente del alcance de la medida cubren, además de los crímenes internacionales, otras conductas que coinciden con la categoría de «graves violaciones de derechos humanos» a la que se refiere la jurisprudencia de la Corte IDH al afirmar —aunque sin definir el exacto alcance de esa categoría, como se ha dicho— el deber de persecución y castigo.

Por lo tanto, la exclusión expresa de esas conductas de la posible amnistía, junto con la previsión de su sometimiento a proceso penal y castigo —aunque de carácter especial, como comentaré a continuación— garantiza la compatibilidad de esta medida transicional con las obligaciones internacionales del Estado colombiano.

Las sanciones propias y alternativas

Un segundo mecanismo fundamental en la JEP es el sistema de sanciones aplicables a los sujetos condenados por el Tribunal especial para la Paz. El Acuerdo de Paz introduce un mecanismo de intercambio que permite aplicar penas menos gravosas a los condenados que hayan reconocido su responsabilidad por los crímenes cometidos.

Si el reconocimiento se realiza antes de la apertura del juicio, se imponen las llamadas «sanciones propias», que consisten en la restricción de libertad para un tiempo de entre 5 y 8 años, acompañada por la obligación de realizar trabajos en beneficio de la comunidad y otras tareas de contenido reparador. El primer elemento, la restricción de libertad, se concreta en la determinación judicial de los lugares y de los horarios para desarrollar las actividades obligatorias, junto con la prohibición de alejarse de los lugares establecidos sin autorización del juez, la obligación de residir en determinados sitios y el control de los desplazamientos⁸⁷. El segundo elemento —que es probablemente el aspecto más novedoso— implica la realización de actividades dirigidas a reparar a las víctimas y comunidades afectadas por el conflicto armado —como programas de reparación, desarrollo y protección en zonas rurales o urbanas—⁸⁸, introduciendo así un componente de justicia restaurativa en la ejecución de la pena⁸⁹.

⁸⁶ Véase *infra*, sección 5.3.

⁸⁷ Cabe recordar que la definición de estos contenidos de la restricción de libertad ha sido introducida en la nueva versión del Acuerdo de Paz, revisada tras el referéndum del 2 de octubre, en atención a las críticas de los partidarios del «no» al Acuerdo en relación con la indefinición de esos puntos en la primera versión del texto.

⁸⁸ «Listado de sanciones», pp. 171 y ss. del Acuerdo de Paz.

⁸⁹ Párr. 60, p. 146 del Acuerdo de Paz.

En caso de reconocimiento tardío de responsabilidad, que se produzca después de haber empezado el juicio oral pero antes de que se dicte sentencia, el Acuerdo prevé la imposición de una «sanción alternativa», que consiste en la privación de libertad por un tiempo de entre 5 y 8 años, al igual que lo establecido por la Ley de Justicia y Paz.

Ambas sanciones son por lo tanto mucho menos gravosas —las sanciones propias por naturaleza y duración, las alternativas solamente por duración— que las penas de prisión que cabría imponer a los condenados por esos graves delitos de acuerdo con la ley penal colombiana. La contrapartida para acceder a ese tratamiento beneficioso es que los criminales relaten los hechos delictivos en los que participaron y declaren su responsabilidad. Las sanciones propias y alternativas funcionan por ende como un incentivo para fomentar la contribución de los sujetos que cometieron los crímenes en la averiguación de la verdad sobre lo ocurrido y en el reconocimiento de responsabilidades.

Este mecanismo de intercambio es el mismo que se puede apreciar tras las amnistías condicionadas, con la diferencia de que en este caso no se otorga una amnistía, sino una importante reducción de pena. Por lo tanto, no plantea problemas respecto del deber internacional de persecución y castigo, en la medida en que permite el enjuiciamiento y la imposición de condena, modificando solamente el *quantum* de pena y/o la modalidad de su ejecución⁹⁰. Lo único que se puede criticar de estas penas alternativas es que no son proporcionales a la gravedad de los delitos y a la culpabilidad del sujeto.

Sin embargo, por un lado, como he explicado, no está nada claro que el deber internacional de persecución y castigo imponga condiciones estrictas acerca del tipo y la cantidad de pena a imponer. Incluso la Corte IDH, pese a destacar que «la respuesta que el Estado atribuye a la conducta ilícita del autor de la transgresión debe ser proporcional al bien jurídico afectado y a la culpabilidad con la que actuó el autor, por lo que se debe establecer en función de la diversa naturaleza y gravedad de los hechos»⁹¹, no ha llegado, de momento, a denunciar la desproporción de la pena alternativa prevista en la Ley de Justicia y Paz⁹² —que coincide, como se ha dicho—, con la sanción alternativa de la JEP.

⁹⁰ Por eso se ha destacado que estos mecanismos reflejan la preferencia por los modelos retributivos de justicia que Colombia ha demostrado en los últimos años, a partir esencialmente de la Ley de Justicia y Paz: BUENO y DÍAZ ROSAS, «Which Approach to Justice...», cit., p. 223.

⁹¹ Corte IDH, *masacre de La Rochela*, cit., párr. 196.

⁹² En las sentencias, antes recordadas (sección 3), en las que la Corte IDH ha entrado a valorar la Ley de Justicia y Paz, ha declarado al Estado colombiano responsable de la violación de los arts. 8 y 25 de la CADH no por las penas reducidas previstas por la LJP, sino porque algunas de las condenas impuestas por los tribunales no se habían cumplido por no haberse ejecutado las órdenes de captura libradas en contra de los responsables (por ejemplo, Corte IDH, *Valle Jaramillo*, cit., párr. 165).

Asimismo, la Fiscalía de la CPI destacó en su Informe de 2014 que «una condena que fuera severa o manifiestamente inadecuada [sic]⁹³ a la luz de la gravedad de los crímenes y de la forma de participación de la persona acusada, viciaría el carácter genuino del procedimiento nacional, aun en caso de que todas las fases anteriores del procedimiento hubiesen sido consideradas genuinas»⁹⁴, pero, a la hora de valorar la JEP, no cerró la puerta a estas sanciones especiales. En su Informe de 2016 se limitó a declarar que «la Fiscalía no ha adoptado una posición específica o final respecto de la Jurisdicción Especial para la Paz, la cual todavía no ha entrado en funcionamiento. La Jurisdicción Especial para la Paz parece estar diseñada para determinar la responsabilidad penal individual, hacer que los perpetradores rindan cuentas y para descubrir la verdad integral, y a la vez procurar satisfacer los objetivos sancionatorios de disuasión, retribución, rehabilitación y restauración. El cumplimiento de estos objetivos no dependerá únicamente de los procedimientos y condiciones establecidos en el Acuerdo, sino también de la efectividad de las restricciones a la libertad impuestas a los individuos, cuya naturaleza aún debe precisarse claramente»⁹⁵. Esta precisión se realizó en la modificación del texto del Acuerdo tras el resultado del plebiscito, mientras que para la valoración de su efectividad habrá que esperar, evidentemente, a que la JEP comience a funcionar.

Por otro lado, la posibilidad de apartarse, por razones de oportunidad, de la pena estrictamente proporcionada está prevista prácticamente en todos los ordenamientos penales, incluido el colombiano, en situaciones de normal funcionamiento —como ocurre con las circunstancias atenuantes de confesión de la infracción o de reparación del daño—⁹⁶, y con más razón debe permitirse ante las exigencias extraordinarias de un proceso transicional y en el marco de mecanismos de intercambio de este tipo.

Pero hay otra consideración que, en mi opinión, ofrece un argumento a favor de la compatibilidad de estas penas reducidas, en particular de las sanciones propias, con las normas internacionales, a saber: su enfoque en la reparación a las víctimas⁹⁷. Tanto la Corte IDH como la CPI participan de la

⁹³ En este punto la traducción oficial al español no refleja con exactitud el texto original en inglés, que se refiere a «*a sentence that is grossly or manifestly inadequate*».

⁹⁴ Fiscalía de la CPI, Informe sobre las Actividades de Examen Preliminar de 2014, cit., párr. 53.

⁹⁵ Fiscalía de la CPI, Informe sobre las Actividades de Examen Preliminar de 2016, cit., párr. 257.

⁹⁶ Véase al respecto el interesante trabajo que analiza la punibilidad como categoría del delito en relación con (y para desmentir) el concepto de pena como obligación del Estado y derecho de las víctimas: NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José, *Sobre punibilidad, terrorismo, víctimas y pena*, Czur Menor, Aranzadi, 2017, especialmente a pp. 33-97.

⁹⁷ Otro elemento importante en la configuración de las sanciones alternativas es la necesidad de reincorporar a los miembros de grupos armados ilegales a la vida civil, como destaca (refiriéndose a la LJP, pero con consideraciones que se pueden extender a las sanciones previstas en la JEP), BURBIDGE, Peter, «Justice and Peace? – The Role of Law in

difundida tendencia a destacar la importancia de garantizar a las víctimas una reparación integral. Así, el tribunal americano ha ido consolidando un concepto muy amplio de reparación, que además de la simple indemnización incluye la restitución en los derechos violados, medidas de carácter simbólico, reparaciones colectivas como construcciones de memoriales y otros⁹⁸. La CPI, a partir del reconocimiento expreso en su Estatuto (art. 75) del derecho de las víctimas a la reparación, ha desarrollado un procedimiento para emitir órdenes de reparación que puede activarse, de manera autónoma respecto del proceso penal, una vez se haya dictado condena contra un acusado⁹⁹. Estos datos demuestran la centralidad de la reparación a las víctimas de graves violaciones de derechos humanos, tanto para el sistema interamericano como para el sistema de la CPI. Además, la extensión de la atenuante de reparación del daño en los ordenamientos nacionales también confirma que la idea de que cabe renunciar a la pena retributiva —estrictamente proporcionada a la gravedad del delito y a la culpabilidad del sujeto— en función de la reparación a las víctimas goza de amplio reconocimiento también entre los Estados.

Prever sanciones penales que combinan un componente aflictivo —la restricción de libertad— con otro dirigido precisamente a la reparación a la víctima me parece por ende una solución muy acertada, porque, además de imponer un castigo al responsable del delito, contribuye al mismo tiempo a realizar la reparación, que constituye un derecho de las víctimas y, a la vez, una de las obligaciones fundamentales que recaen sobre el Estado ante una experiencia de violencia colectiva.

La selección y priorización de casos

El último elemento de la JEP que puede plantear problemas de compatibilidad con la obligación internacional de persecución y castigo es la previsión de aplicar, en la actividad de este tribunal especial, criterios de selección y

Resolving Colombia's Civil Conflict», *International Criminal Law Review*, n.º 8, 2008, pp. 557-587, a pp. 575-577.

⁹⁸ OLÁSOLO, Héctor y GALAIN PALERMO, Pablo, «La influencia en la Corte Penal Internacional de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de acceso, participación y reparación de víctimas», en K. AMBOS, E. MALARINO y G. ELSNER (eds.), *Sistema interamericano...* pp. 401-407 y, con especial referencia al cumplimiento por parte de Colombia de las medidas de reparación, ACOSTA LÓPEZ Juana I. y BRAVO RUBIO, Diana, «El cumplimiento de los fines de reparación integral de las medidas ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos: énfasis en la experiencia colombiana», *International Law: Revista colombiana de Derecho internacional*, n.º 13, 2008, pp. 323-362.

⁹⁹ GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, María, «Las víctimas ante la Corte Penal Internacional: ¿efectiva realización de los derechos de participación y reparación?», en A. GIL GIL, E. MACULAN (dirs.), *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, Madrid, Dykinson, 2017, pp. 66-76.

priorización de casos. Esta opción responde a la imposibilidad material de garantizar la persecución penal de todos los responsables de todos los delitos cometidos durante el conflicto armado, circunstancia que suele darse ante experiencias de violencia colectiva debido a la dimensión masiva, y a menudo sistemática, de los crímenes.

El recurso a estos criterios no es una novedad en el proceso de paz colombiano, pues la reforma constitucional de 2012 que creó el Marco Jurídico para la Paz ya reconoció expresamente esa posibilidad¹⁰⁰. En ese mismo año la Fiscalía General de la Nación elaboró un conjunto de criterios guía para la selección y priorización de casos¹⁰¹, clasificándolos en criterios subjetivos —entre los cuales destaca la referencia a los «mayores responsables»—, criterios objetivos —como la gravedad y la «representatividad» de los casos— y criterios complementarios, como la factibilidad y la «riqueza didáctica». La Ley 1592/2012, de 3 de diciembre, que reformó la Ley de Justicia y Paz, dispuso la aplicación de esos criterios en el procedimiento especial de Justicia y Paz.

Asimismo, el Acuerdo de paz con las FARC-EP, al regular la Sala de reconocimiento de verdad y responsabilidad y de determinación de los hechos y conductas —uno de los órganos que componen la JEP—, dispone que «para asegurar el funcionamiento eficiente, eficaz y célere del componente de Justicia, la Sala tendrá las más amplias facultades para (...) fijar prioridades, (...) así como adoptar criterios de selección y descongestión. Al ejercer estas facultades tendrá en cuenta la necesidad de evitar tanto que las conductas graves y representativas queden impunes así como prevenir la congestión del Tribunal»¹⁰² y que Sala de definición de situaciones jurídicas —otro órgano de la JEP— tendrá la facultad de, «con el fin de que se administre pronta y cumplida Justicia, determinar los posibles mecanismos procesales de selección y priorización para quienes no reconozcan verdad y responsabilidad»¹⁰³.

Además, el Acto Legislativo 1/2017, de 4 de abril, que recoge en el texto constitucional parte de lo previsto en el Acuerdo de Paz, modifica el artículo transitorio 66 de la Constitución afirmando que: «Tanto los criterios de priorización como los de selección son inherentes a los instrumentos de justicia transicional. El Fiscal General de la Nación determinará los criterios de priorización para el ejercicio de la acción penal, salvo en los asuntos que sean de competencia de la Jurisdicción Especial para la Paz. Sin perjuicio del deber general del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, en el marco de la justicia transicional, el Congreso de la República, por iniciativa del Gobierno

¹⁰⁰ Artículo transitorio 66 de la Constitución, introducido por Acto legislativo 1/2012, de 14 de junio.

¹⁰¹ Fiscalía General de la Nación, Directiva 001/2012, de 4 de octubre.

¹⁰² Párr. 48, letra (s), p. 157 Acuerdo de Paz.

¹⁰³ Párr. 50, Letra c, p. 158 del Acuerdo de Paz.

Nacional, podrá mediante ley estatutaria determinar criterios de selección que permitan centrar los esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables de todos los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio, o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática».

Ahora bien, la aplicación de criterios de selección y priorización de casos es un dato constante en la actividad de todos los Tribunales penales internacionales e híbridos. En algunos casos es el Estatuto correspondiente el que fija esos criterios, por ejemplo limitando su jurisdicción a los «máximos responsables»¹⁰⁴ o estableciendo umbrales de gravedad para activar la Corte¹⁰⁵, en otros casos se trata de una decisión de la Fiscalía y del Tribunal en el ejercicio de su competencia¹⁰⁶. Mientras que en algunas de estas experiencias la selección de casos realizada por los Tribunales internacionales suponía que los casos excluidos serían objeto de investigación y enjuiciamiento ante los Tribunales internos —como los dos Tribunales penales internacionales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda—, en otras no se preveía esta condición —como las Salas Extraordinarias de Camboya. Esto significa que implícitamente se aceptaba que los casos no seleccionados podían quedar impunes, en el sentido de exentos de juicio penal y castigo.

Ante estos precedentes, es muy improbable que la CPI critique la selección y priorización de casos en Colombia, siempre y cuando se respeten los criterios establecidos y la condición de que los mayores responsables de los crímenes internacionales sean sometidos a persecución penal. Es cierto que la Fiscalía de la CPI, en el marco del examen preliminar de la situación colombiana, afirmó en su Informe intermedio de 2012 que: «aunque la Fiscalía celebra la adopción de una política nacional para dar prioridad a la investigación y el procesamiento de casos contra los máximos responsables de los crímenes más graves, vería con preocupación toda medida que pareciera diseñada para proteger u obstaculizar el establecimiento de la responsabilidad penal de personas por crímenes de competencia de la Corte. Incluso cuando se tratara de infractores de rango aparentemente menor, las actuaciones en torno a la presunta comisión de crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad deben garantizar el máximo nivel de conocimientos posible sobre los crímenes específicos cometidos por cada acusado, ya que esa información podría resultar muy útil para reconstruir la conducta operacional de cada grupo, así como las líneas de mando interno»¹⁰⁷. Pero estas afirmaciones hacen hincapié, en mi opinión, en la garantía de *conocimiento* sobre crímenes específicos, que podría satisfacerse también a través de una in-

¹⁰⁴ Es el caso del Estatuto de la SCSL (art. 1.1) y de la Ley que instituyó las ECCC (art. 2).

¹⁰⁵ Art. 17 ECPI.

¹⁰⁶ Como ocurre con el criterio de centrarse en los «big fishes», aplicado en los Tribunales *ad hoc* para antigua Yugoslavia y Ruanda.

¹⁰⁷ Informe intermedio de 2012, cit., párr. 205.

investigación llevada a cabo por un órgano extrapenal, como, en este caso, la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad.

Además, en los Informes intermedios de 2015 y 2016 la Fiscalía ha valorado positivamente los avances en la investigación y enjuiciamiento de casos, tomando en consideración también la aplicación de la selección y priorización de casos en el marco de la LJP y destacando que los delitos sexuales deben incluirse entre aquellos a tratar de manera prioritaria¹⁰⁸. Asimismo, la comunicación oficial de la fiscal de la CPI ante la firma del Acuerdo de Paz entre el Estado colombiano y las FARC destacaba como un dato positivo el que la JEP garantice que los perpetradores de graves crímenes sean llevados ante la justicia y «se centre en los máximos responsables de los crímenes más graves cometidos durante el conflicto»¹⁰⁹.

La aceptación de estos mecanismos puede plantear más problemas, en cambio, para la Corte IDH. Dado que su jurisdicción se activa ante la solicitud de cualquier víctima individual que alegue la violación de uno de los derechos protegidos en la CADH, no resulta aventurado imaginar que la víctima de un delito no seleccionado para su enjuiciamiento ante la JEP pueda recurrir ante el Tribunal interamericano por la vulneración de su derecho de acceso a la justicia. Si se toma en cuenta solamente ese caso individual, evidentemente se llegará a concluir que hay responsabilidad del Estado colombiano por violación de ese derecho.

No obstante, considero muy importante que la Corte IDH adopte, si se diera una situación parecida, una perspectiva más amplia, que tome en consideración no solamente el caso de la víctima individual, sino el contexto en su conjunto. Se trata de reconocer, por un lado, los límites que cualquier sistema judicial —interno o internacional— encuentra ante situaciones de violencia masiva y de aceptar la imposibilidad fáctica de enjuiciar a todos los presuntos responsables¹¹⁰. Por otro lado, habría que incidir en la necesidad de ponderar los intereses en juego en este tipo de situación, a saber, la justicia entendida como persecución y castigo de los criminales y el objetivo —en este caso prioritario— de poner fin a un conflicto armado y de construir una paz estable y duradera¹¹¹, tal y como ha concluido la Corte Constitucional colombiana al confirmar la legitimidad constitucional, precisamente, de los criterios de selección y priorización de casos previstos

¹⁰⁸ Fiscalía de la CPI, *Informe intermedio de 2016*, párr. 250.

¹⁰⁹ Fiscal de la CPI, Statement on the conclusion of the peace negotiations between the Government of Colombia and the Revolutionary Armed Forces of Colombia – People’s Army, 1.09.2016, <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=160901-otp-stat-colombia> (consultado el 18.07.2017).

¹¹⁰ SUÁREZ LÓPEZ y JARAMILLO RUIZ, «La satisfacción del derecho a la justicia...», cit., pp. 80-81.

¹¹¹ GIL GIL, «El tratamiento jurídico...», cit., p. 36.

en el Marco Jurídico para la Paz¹¹². Estos dos factores llevarían sin duda a aceptar la política de selección y priorización de casos y asegurar, más bien, que los criterios en los que se concreta sean racionales, eficientes y correspondientes a los estándares mínimos marcados por las normas internacionales.

El camino interpretativo para argumentar esta conclusión ya está esbozado, en mi opinión, en la sentencia *El Mozote*: ante situaciones de conflicto armado vivo, es legítimo y hasta necesario recurrir a mecanismos —amnistías, indultos, reducción de penas, selección y priorización de casos— que limiten el ejercicio de la acción penal en aras de la consecución de la paz. Haciendo hincapié en la peculiaridad de la situación colombiana, como proceso de transición que se inserta en un conflicto armado vivo, la Corte IDH ni siquiera tendría que desdecirse de su línea interpretativa estricta, desarrollada en contextos «típicos» de transición pero no trasladable sin más a la experiencia *sui generis*¹¹³ de Colombia.

Además, hay otro aspecto que podría favorecer la aceptación de los mecanismos de selección y priorización de casos por parte de la Corte IDH: esos criterios, pensados para permitir una mayor optimización de los recursos en la investigación judicial, hacen hincapié en la comprensión y la desarticulación de patrones de violencia sistemática. En este sentido, serían perfectamente conformes con una interpretación constante en la jurisprudencia del órgano interamericano, según la cual la obligación de investigación derivada del art. 1 CADH requiere, ante contextos de violencia sistemática, el conocimiento de las estructuras de poder y de los patrones de criminalidad en los que se insertaron los delitos¹¹⁴. Asimismo, el criterio de la representatividad de casos «puede ofrecer otro tipo de rendimientos más de carácter simbólico, fundamentales en lógica transicional [...] ilustrar dicha barbarie para evitar su repetición, al mismo tiempo que ello contribuye, por supuesto y en consecuencia, con el hallazgo de verdad de los hechos cometidos». Para ello, la garantía de participación de las víctimas en el caso elegido puede paliar la situación generada por la imposibilidad fáctica de perseguir penalmente a todos los responsables.

¹¹² Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-579/2013, de 28.08.2013. Para un comentario crítico, véase AMOBS, Kai y ZULUAGA, John, «Justicia de Transición y Constitución. Análisis de la sentencia C-579 de 2013 sobre el Marco Jurídico para la Paz», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, n.º 4, 2014, pp. 165-176.

¹¹³ Así la define APONTE CARDONA, Alejandro, «Colombia: un caso *sui generis* de la justicia de transición», en J. ALMQVIST, C. ESPÓSITO (dirs.), *Justicia transicional en Iberoamérica*, Madrid, CEPC, 2009, pp. 87-114.

¹¹⁴ ACOSTA, Juana Inés y ÁLVAREZ, Lina, «Las líneas lógicas de investigación: una contribución del Sistema Interamericano de Derechos Humanos al juzgamiento de los crímenes de sistema en marcos de justicia transicional», *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n.º 18, 2011, pp. 57-87.

Conclusiones

El análisis realizado ha mostrado que la JEP es compatible con la obligación de persecución y castigo. A partir de una interpretación flexible de ese deber internacional, y tomando en consideración la jurisprudencia de la Corte IDH y de la CPI y la postura mantenida por la Fiscalía de este último órgano en el examen preliminar sobre Colombia, se ha destacado la existencia de argumentos sólidos para confirmar esa conclusión.

De entre los puntos más críticos de la JEP, la amnistía no vulnera las obligaciones del Estado colombiano por ser una amnistía democrática, bilateral y condicionada y sobre todo porque se aplica solamente a delitos políticos y conexos y excluye expresamente de su alcance los crímenes internacionales y otras graves violaciones de los derechos humanos.

Las sanciones propias y alternativas tampoco constituyen una violación del deber de persecución y castigo, porque ese deber no parece conllevar una obligación infranqueable de proporcionalidad de la pena, porque todos los ordenamientos prevén factores que permiten reducir la pena por debajo del umbral proporcional a la gravedad del delito y porque, además, el insertar un componente de justicia restaurativa, como hacen las sanciones propias, permite combinar el castigo con una importante contribución a la satisfacción del derecho de las víctimas a la reparación.

Por último, los criterios de selección y priorización de casos, además de ser aplicados de manera constante por las jurisdicciones penales internacionales, son necesarios ante la imposibilidad fáctica de perseguir penalmente a todos los presuntos criminales en contextos de violencia masiva, permiten racionalizar los recursos investigativos y judiciales y redundan en favor del conocimiento y reconocimiento de los patrones criminales recurrentes en este tipo de situaciones.

Todos estos mecanismos comparten el mismo fundamento y justificación: los procesos transicionales, y más aún la situación de conflicto armado vivo, plantean la necesidad de realizar una ponderación de los intereses en juego. El objetivo prioritario de cesar la violencia permite flexibilizar la acción penal —en la fase de investigación, en la identificación de la pena a imponer o en su ejecución—, siempre y cuando se respeten unas condiciones mínimas que garanticen la satisfacción de los derechos de las víctimas a la verdad, al acceso a la justicia, a la reparación y a la no repetición. Y es que, como ha dicho el presidente Santos, «todo proceso de paz es imperfecto. Una justicia perfecta no permite la paz»¹¹⁵.

¹¹⁵ Entrevista de J. LAFUENTE al presidente Juan Manuel Santos, (04 de 09 de 2016). Juan Manuel Santos: «Una justicia perfecta no permite la paz». *El País*, 4.09.2016, http://internacional.elpais.com/internacional/2016/09/03/colombia/1472916991_531673.html?rel=mas, consultado el 3.06.2017.

Capítulo cuarto

La seguridad en nuevos escenarios de posconflictos y el papel de las Fuerzas Armadas

Emilio Sánchez de Rojas Díaz

Resumen

La firma y posterior aprobación por parte del Congreso colombiano de los acuerdos de paz que dieron fin a 52 años de conflicto entre las FARC y las Fuerzas Militares, parecía evocar un nuevo escenario en el que, tras un proceso de desarme, desmovilización y reintegración, coordinado con una reforma del sector de la seguridad, daría lugar a una situación propicia para una reducción del contingente militar, del presupuesto de defensa y a una redefinición de las misiones de las Fuerzas Militares.

Pero la realidad es diferente. Por un lado, Colombia ha hecho «sus deberes» en cuanto a la reforma del sector de seguridad, con una transformación constante desde los tiempos de Uribe, y un progresivo control civil sobre las Fuerzas Militares. Por otro lado, las amenazas existentes han evolucionado, y han aparecido nuevos retos en las zonas abandonadas por las FARC, y nuevas demandas de la sociedad relacionadas con la seguridad ciudadana, atención en caso de desastres, o presencia del Estado en zonas periféricas. No habrá redefinición, sino asunción de nuevas misiones por parte de las fuerzas militares, y un escenario de reducción del presupuesto de defensa parece ilusorio a coto medio plazo.

Palabras clave

Colombia, Fuerza Pública, Fuerzas Militares, Policía Nacional, PSD, PCSD, PISDP, FARC-EP, ELN, BACRIN, Úsaga, Fronteras, Uribe, Santos.

Abstract

The signing and subsequent approval by the Colombian Congress of the peace agreements that ended 52 years of conflict between the FARC and the Colombian Military Forces seemed to evoke a new scenario in which, following a disarmament, demobilization and Reintegration, coordinated with a reform of the security sector, would lead to a situation conducive to a reduction of the military contingent, the defense budget and a redefinition of the missions of the Armed Forces.

But the reality is different. On the one hand, Colombia has done "her duties" regarding the reform of the security sector, with a constant transformation since the days of Uribe, and a progressive civilian control over the Military Forces. On the other hand, the existing threats have evolved, and new challenges have appeared in areas abandoned by the FARC, and new demands from society related to citizen security, disaster care, or presence of the state in peripheral areas. There will be no redefinition, but assumption of new missions by the military, and a scenario of reduction of the budget of illusory defense to the medium term.

Keywords

Colombia, Public Force, Armed Forces, National Police, PSD, PCSD, PISDP, FARC-EP, ELN, BACRIN, Úsaga, borders, Uribe, Santos.

Introducción

Como apunta Jorge Giraldo

«Uno de los tópicos más sorprendentes en los estudios y reflexiones sobre la guerra colombiana es su naturalización, es decir, la representación de que siempre ha estado allí, que su ocurrencia se explica por factores ajenos a la voluntad y a la decisión de grupos de individuos y de que los actos de estos grupos eran necesarios, un último recurso, un momento en el que no había más alternativas. Otro factor llamativo de ella es su larga duración...»¹.

Los revolucionarios latinoamericanos tras el año 1959, consideraban que «las revoluciones no sucedían sino que se hacían»², que «las guerras son asuntos conscientes y conscientemente decididos»³, y como Debray, creían en «la primacía de la acción bruta, del hecho consumado, sobre la concepción y organización de la acción». En América Latina la brutalidad ha sido mayúscula⁴ y Colombia no fue la excepción.

Tras el asesinato del líder liberal Jorge Eliécer Gaitán, en abril de 1948, la violencia latente durante años, da lugar a una guerra civil en Colombia. En las zonas rurales los «chulavitas» defendían la propiedad privada, contra las comunidades agrarias de tendencia comunista. En las zonas urbanas, entre los años 1948 y 1953, se produce el fenómeno de la «violencia», que ocasiona la muerte de 200.000 personas y el desplazamiento de comunidades enteras⁵.

A finales de la década de los años cincuenta, se hablaba ya de las «Repúblicas Independientes», movimientos agrarios de autodefensa bajo inspiración comunista. En la intervención hecha en el senado, el 25 de octubre de 1961, el Senador conservador Álvaro Gómez Hurtado exclamaba:

«(...) Hay en este país una serie de repúblicas independientes que no reconocen la soberanía del Estado colombiano, donde el ejército colombiano no puede entrar, donde se le dice que su presencia es nefanda, que ahuyenta al pueblo, a los habitantes (...) hay la república independiente de Sumapaz, hay la República independiente de Planadas, la de Riochiquito, la de este bandolero que se llama Richard y ahora, tenemos el nacimiento de la república independiente de Vichada»⁶.

¹ J. Giraldo Ramírez, «Las ideas en la guerra», Debate, Bogotá, 2015. p. 65.

² *Ibíd.* p. 102.

³ D. Smith, «Trends and Causes of Armed Conflict», Berghof Research Center for Constructive Conflict Management, 2004, <http://www.berghof-handbook.net>

⁴ J. Giraldo Ramírez, *Ibíd.*

⁵ Ortiz Jiménez, W. «Los Paraestados en Colombia», Univesidad de Granada Facultad de Sociología y Ciencias Políticas, Granada, 2006, p. 105.

⁶ *Ibíd.*, p. 108.

En Colombia había aparecido los llamados «parapoderes» o «paraestados», con una estructura y organización inspiradas en los ideales de la guerrilla, que en un principio se llamaron «movimientos agrarios de autodefensa», que se desarrollan durante el proceso de colonización en las zonas de Marquetalia, Guayabero y Riochiquito, eran de carácter defensivo, y con estructuras de autogestión y militar propias⁷.

Los postulados del senador Gómez, propiciaron la «Operación Marquetalia» en el año 1964, contra regiones de autodefensa campesina, como aplicación de la «Doctrina de Seguridad Nacional», nacida en la Escuela de las Américas. El 20 de julio de 1964, fecha de independencia, los guerrilleros se reúnen en Asamblea General, redactan el «Programa Agrario de los Guerrilleros»⁸.

A finales de 1965, se convoca la Primera Conferencia Guerrillera, que establece como principal objetivo el mantenimiento del movimiento, que paso a llamarse «Bloque Sur»⁹. Tras la Segunda Conferencia Guerrillera (abril de 1966), el «Bloque Sur» transforma en las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), que cuenta con trescientos cincuenta hombres, y que pretendía extender la «guerra de guerrillas móvil» a otras zonas del Estado¹⁰.

El conflicto con las FARC-EP, que nace como un levantamiento campesino, consecuencia de la aplicación de la Doctrina de Seguridad Nacional, ha dejado 220 mil muertos y 6 millones de desplazados. Como dice el refrán castellano, «de aquellas chanzas vienen estas danzas».

Como recoge Estanislao Zuleta, en su libro Colombia: Violencia Democracia y Derechos-Humanos.

«Consideremos ahora el dilema en que se encuentra el sector más importante del movimiento guerrillero —principalmente las FARC-EP—, que ha constatado la imposibilidad de una victoria por vía armada (...). Por otra parte saben también que la política de paz, si el gobierno logra imponerla ante todos los sectores que le son adversos en su propio seno, les abrirá un espacio político con que la izquierda nunca ha contado; saben que les permitirá impulsar reformas económicas, sociales y políticas y con eso ampliar su base de opinión y popularidad. Pero debe reconocer que esas reformas y esa paz no podrán ser utilizadas para su posterior fortalecimiento militar, porque con ellas la guerrilla pierde toda justificación y toda legitimidad»¹¹.

⁷ Ortiz Jiménez, Los Paraestados en Colombia, *Ibíd.*, p. 109.

⁸ Ortiz Jiménez, Los Paraestados en Colombia, *Op. cit.*, p. 109.

⁹ Debido a su situación al Sur del departamento de Tolima, donde se une a los departamentos de Huila, Valle y Cauca.

¹⁰ Ortiz Jiménez, *Ibíd.*, p. 111.

¹¹ E. Zuleta, «Colombia Violencia Democracia y Derechos-Humanos», Ariel Ciencias Sociales, 2015.

En la introducción del acuerdo final entre el Gobierno Nacional y las FARC-EP podemos leer

«(...) Se trata de construir una paz estable y duradera, con la participación de todos los colombianos y colombianas. Con ese propósito, el de poner fin de una vez y para siempre a los ciclos históricos de violencia y sentar las bases de la paz, acordamos los puntos de la Agenda del Acuerdo General de agosto de 2012, que desarrolla el presente Acuerdo».

Valorar si es posible «construir una paz estable y duradera» —en contra de la historia— e identificar qué papel deberán jugar las «Fuerzas Militares» en ese futuro, son objetivos de este capítulo. Evaluaremos como se han contemplado dos herramientas de NN.UU. que, aunque no se citan en los acuerdos de paz, sin duda se han tenido en cuenta en el mismo, y que son los procesos de Desarme Desmovilización y Reintegración (DDR) y de Reforma del Sector de la Seguridad y la Defensa (RSSD). Analizaremos el control civil de las Fuerzas Armadas a través de las Políticas de Seguridad y el no menos importante tema de los derechos humanos. Pero antes de afrontar los objetivos señalados, recordemos algunos datos relevantes.

Algunos datos sobre Colombia

Colombia, con una extensión territorial de 1.141.750 km², y una población de 43,9 millones de habitantes, tiene un PIB de 282,46 millones de dólares. Dispone de unas Fuerzas Militares con unos efectivos de 265.000 pax¹² y un presupuesto de defensa (2016) de 4.916.946,842 dólares¹³ (datos del banco Mundial).



Ilustración 4.1. El ministro Villegas con los generales Rodríguez Barragán y Nieto Rojas

¹² Personal.

¹³ <https://goo.gl/oeHrzM>.

El presidente —actualmente Juan Manuel Santos— es el jefe supremo de las Fuerzas Militares, estando asesorado por un Consejo de Defensa nacional, y de él depende el ministro de la Defensa nacional, Luis Carlos Villegas. Del citado ministro depende el comandante general de las Fuerzas Militares, general Juan Pablo Rodríguez Barragán, y el general Jorge Hernando Nieto Rojas, director de la Policía Nacional, que también se relacionan directamente con el presidente.

El presupuesto de defensa se ha reducido de 6.004.957.107 US\$ en 2008 (con un PIB de 202.437.000.000) a 4.916.946.842 en 2016 (con un PIB de 253.240.000.000), alcanzando su punto álgido en 2014 con 8.416.388.574 US\$ cuando el PIB había alcanzado su máximo (387.243.000.000) gracias a los elevados precios del petróleo.

Mientras tanto, los efectivos de las FAS se han reducido de 285.382 en 2008 (66 pax. por cada 10.000 habitantes) a 268.160 (55 pax. por cada 10.000 habitantes).

Las Fuerzas Armadas de Colombia

El primer paso para estudiar el papel de las Fuerzas Armadas colombianas, es identificar su misión y su visión:



Figura 4.2.

Misión

El Ejército Nacional conduce operaciones militares orientadas a defender la soberanía, la independencia y la integridad territorial y proteger a la población civil y los recursos privados y estatales para contribuir a generar un ambiente de paz, seguridad y desarrollo, que garantice el orden constitucional de la nación¹⁴.

¹⁴ Ejército Nacional, «Misión y Visión» 27 07 2017. Disponible en: <https://goo.gl/NVRrp9>.

Visión

En el año 2030, el Ejército Nacional continuará siendo la fuerza de acción decisiva de la Nación, con capacidad de conducir operaciones autónomas, conjuntas, coordinadas y combinadas, en forma simultánea en dos teatros de operaciones, uno externo y/o uno interno¹⁵.

La Constitución de 2015

En lo relativo a las Fuerzas Armadas, la Constitución de 2015 recoge lo siguiente:

Artículo 189. Corresponde al presidente de la República como jefe de Estado:

- (...)
- 3. Dirigir la fuerza pública y disponer de ella como comandante supremo de las Fuerzas Armadas de la República.
- 4. Conservar en todo el territorio el orden público y restablecerlo donde fuere turbado.
- 5. Dirigir las operaciones de guerra cuando lo estime conveniente.
- 6. Proveer a la seguridad exterior de la República, defendiendo la independencia y la honra de la nación y la inviolabilidad del territorio; declarar la guerra con permiso del Senado, o hacerla sin tal autorización para repeler una agresión extranjera; y convenir y ratificar los tratados de paz, de todo lo cual dará cuenta inmediata al Congreso.
- 7. Permitir, en receso del Senado, previo dictamen del Consejo de Estado, el tránsito de tropas extranjeras por el territorio de la República.

Artículo 217. La nación tendrá para su defensa unas fuerzas militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. Las fuerzas militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional.

Artículo 218. La Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz.

La situación de Colombia en el año 2002

Para evaluar la situación en Colombia en el año 2002, es preciso estudiar la evolución que había tenido la izquierda armada y sus divisiones históricas, sus abandonos de las armas, y sus reintegraciones. El gráfico de la ilustración 1 confeccionado por Jorge Giraldo Ramírez¹⁶ es un resumen del proceso.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ J. Giraldo Ramírez, *Las ideas en la guerra*, *Op. cit.*, p. 77.

A comienzos del siglo XXI, Álvaro Vásquez del Real, jefe histórico del partido comunista de Colombia, y partidario de la línea dura, publicó «la astucia de la historia», un artículo en el que reflexionaba sobre las opciones socialistas y populistas en América Latina, donde llegaba a una conclusión: tras la larga lucha insurgente para establecer una alternativa de poder por la fuerza, el éxito se había conseguido con más frecuencia por medio de las elecciones. En algunos países, la izquierda insurgente se reorientó por el «fracaso general de las tres oleadas guerrilleras»¹⁷.

Como apunta Giraldo,

«No era necesario ser hegeliano para aceptar que algunos fenómenos históricos, solo pueden comprenderse a la luz de su trayectoria durante tiempos largos»¹⁸.

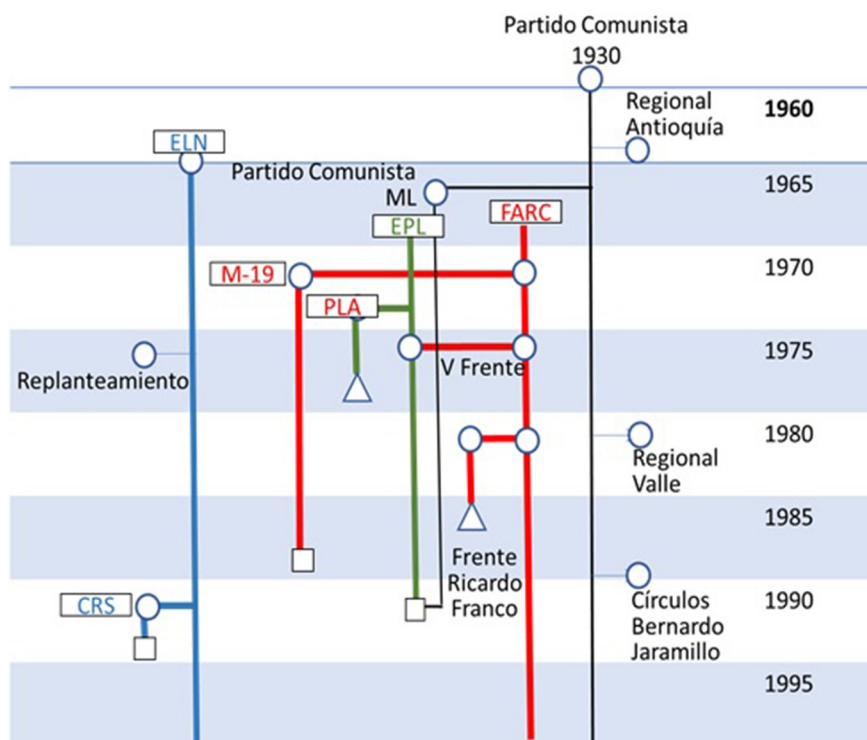


Ilustración 4.3. Izquierda armada principales divisiones 1960-1995, Fuente: (Giraldo Ramirez, 2015).

¹⁷ Ibíd, p. 97.

¹⁸ J. Giraldo Ramirez, Las ideas en la guerra, *Op. cit.*, p. 99.

Durante el gobierno de Andrés Pastrana (1998-2002), los grupos insurgentes habían aprovechado las negociaciones del Caguán, para extenderse su zona de influencia hacia el Pacífico, aumentando su protagonismo armado.

Lo que interesaba a las FARC-EP en su momento álgido, era alcanzar sus objetivos militares, y las negociaciones de paz servirían de pretexto para extender su dominio territorial y profundizar unas contradicciones que dieran lugar al colapso de las instituciones del Estado¹⁹.

Las FARC ha empleado el lado venezolano de la frontera colombiana como «santuario». Compartían la ideología bolivariana; y sobrevivían gracias a la cocaína, evitando extinguirse como otras guerrillas latinoamericanas nacidas durante la Guerra Fría. Pero en Venezuela se producían frecuentes escaramuzas entre las FARC y el ELN. «(...) por las rutas del tráfico de cocaína. Hay muchísimo dinero en juego en esa zona fronteriza donde la droga entra desde Colombia. Porque la línea más segura para llevar droga a Europa es por Venezuela»²⁰.

Un testigo protegido del DAS²¹ identificó los centros de entrenamiento de las FARC-EP en Apure, Maturín, Monagas, Aragua, Santa Cruz de Aragua y en la periferia de Maracay, donde se encontrarían integrantes del grupo terrorista vasco ETA y algunos grupos de iraníes con miembros del frente 59 de las FARC-EP. En los centros de entrenamiento de en la frontera con Arauca, se acampaban unos 1.500 hombres en 28 campamentos usados «como alivio para los combatientes que vienen de Colombia». En esas áreas se autorizan despegues de aeronaves para el narcotráfico²².

En el último periodo, la insurgencia sufrió un retroceso militar acusado y mostró su incapacidad para retomar la iniciativa en el conflicto; lo que forzó la aceptación de la negociación de un escenario posconflicto. Este escenario, es el resultado de disponer unas Fuerzas Militares, reforzadas y modernizadas con un proceso continuo de Reforma del Sector de la Seguridad y la Defensa comenzado durante el mandato de Andrés Pastrana y ahondado en los dos mandatos de Álvaro Uribe (2002-2006 y 2006-2010)²³.

¹⁹ Echandía Castilla, C. (27 de agosto de 2015). *Cincuenta años de cambios en el conflicto armado colombiano (1964-2014)*. Obtenido de Zero: <https://goo.gl/c4PEkx>

²⁰ Carlin, J. «El narcosantuario» de las FARC. El País, 16 de 12 de 2007 disponible en <https://goo.gl/Wp16ax>

²¹ El Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) era responsable hasta 2011 de la inteligencia y contrainteligencia en Colombia.

²² El Espectador, «Farc tienen 1.500 hombres en 28 campamentos en Venezuela», (15 de 07 de 2010). disponible en <https://goo.gl/R7nbgK>

²³ Echandía Castilla, *Cincuenta años de cambios en el conflicto armado colombiano*, *Op. cit.*

En muchos países, la seguridad del Estado ha sido, a lo largo del tiempo, una cuestión tanto de política interior como de internacional. En palabras de Ronald Noble, secretario general de Interpol en 2003²⁴.

Ningún país puede luchar eficazmente contra la delincuencia transnacional organizada dentro o fuera de sus fronteras. Por lo tanto, afirmo que los países deben renunciar a parte de su soberanía de procedimiento o sustantiva para que el propósito para el cual la soberanía principalmente existe, permanezca intacto.

La situación de grupos insurgentes en las proximidades de las fronteras con Venezuela y Ecuador, les ha permitido evitar las acciones de la Fuerza Pública, al situar sus «santuarios» en países vecinos y lanzar sus acciones desde allí²⁵. La operación «Fénix» que la Fuerza Pública ejecutó el 1 de marzo del año 2008, consistió en una incursión en territorio ecuatoriano donde murieron Raúl Reyes, portavoz y asesor del Bloque del Sur, y otros 17 miembros de las FARC-EP, dando lugar a una crisis diplomática.

Colombia sufría en 2002 un abanico de riesgos que la delincuencia proyectaba contra la seguridad. Las organizaciones delictivas, representaban una seria amenaza contra la seguridad de los habitantes, y junto con los grupos insurgentes, habían socavado las posibilidades de gobernanza el país. Se autorizó la entrada de fuerzas extranjeras para combatir a los barones de la droga y recuperar el control de una parte sustancial del territorio nacional, que había sido tomada —durante años— por los «narcoterroristas». Colombia representaba un caso extremo de Estados en los que sus gobiernos estaban amenazados por grupos insurgentes que aterrorizan a sus habitantes, perjudican su economía y contaminan a sus instituciones con la corrupción²⁶ (ver tabla 1).

Tabla 1. Las diez principales tasas de homicidio por país (2002) Fuente²⁷

Homicidios por 100.000 habitantes			
1 Colombia	72	6 Brasil	33
2 Sudáfrica	43	7 Ecuador	23
3 El Salvador	38	8 Bahamas	21
4 Venezuela	35	9 Filipinas	21
5 Rusia	33	10 Kazakstán	20

²⁴ Noble, R. «Interpol's Way: Thinking Beyond Boundaries and Acting Across Borders Through Member Countries' Police Services», speech delivered at Tufts University, Boston 2003, citado en Peter Hough, «Understanding Global Security», p. 230.

²⁵ Noble, R., *Interpol's Way*, *Op. cit.*

²⁶ P. Hough, «Understanding Global Security», Routledge, Abingdon, 2004, p. 231.

²⁷ Meddings, D., «After the Emergency. Injury, Health Systems and Data Collection» World Health Organization, Ginebra, Suiza, 2005.

La operación internacional militar para asesinar al narcotraficante colombiano Pablo Escobar en diciembre del año 1993, muestra cómo el delito había contaminado los dominios de la «seguridad nacional» en los años posteriores a la Guerra Fría. Escobar fue ejecutado por la Fuerza Delta, tropas especiales de Estados Unidos, que fueron llamadas por un gobierno colombiano exasperado y bajo presión²⁸.

En el año 2000, los legisladores estadounidenses aprobaron el «Plan Colombia», un paquete que pretendía ayudar al país a combatir la violencia insurgente, fortalecer sus instituciones y detener la producción y el tráfico de drogas. Álvaro Uribe, elegido presidente en el año 2002, se comprometió a adoptar una postura dura contra los grupos insurgentes y, a medida que su gobierno atacaba a los grupos guerrilleros, la violencia se reducía drásticamente.

Pero ciertos grupos internacionales acusaron al gobierno de Uribe de violar los derechos humanos. Los Tribunales colombianos han investigado los vínculos de Uribe con grupos paramilitares de derecha, pero no han encontrado evidencia de la existencia de vínculos directos²⁹.

Durante la presidencia de Uribe, aumentaron las denuncias de ejecuciones extrajudiciales de civiles por parte del ejército colombiano. El gobierno de Uribe se codujo con dureza contra los insurgentes de las FARC y el ELN, pero no empleó la misma dureza contra los antiguos grupos «paramilitares» que se beneficiaban del tráfico de droga, y que han masacrado, violado y forzado el desplazamiento de miles de colombianos en las últimas décadas³⁰.

Pero lo cierto es que, sin las políticas firmes de Uribe, la negociación no habría sido una opción contemplada por unos grupos insurgentes que no tenían nada que perder, por lo que el análisis de su «política de seguridad democrática», es transcendente para nuestro estudio. Refiriéndose a la citada política, Uribe escribe en su página oficial:

«Teníamos, también, el fantasma de la doctrina de la Seguridad Nacional, que había recorrido América Latina y que había dejado malos recuerdos, porque era para perseguir disidentes, para cimentar gobiernos autocráticos, para suprimir el disenso, para eliminar el pluralismo, para censurar la prensa y anular las libertades. Lo que llevó a los estudiosos del tema a confundir las propuestas de seguridad con los caminos a la dictadura»³¹.

²⁸ P. Hough, *Understanding Global Security*, *Op. cit.*

²⁹ Felter, C. y Renwick, D., «Colombia's Civil Conflict» Council on Foreign Relations, 2017, disponible en <https://goo.gl/nhpr5m>

³⁰ *Ibid.*

³¹ Uribe, A., «Seguridad democrática», 2017. Disponible en: <https://goo.gl/xnfDLG>.

Evolución de las políticas de Seguridad antes de los Acuerdos de La Habana

Para entender las razones que permitieron las negociaciones en La Habana necesitamos estudiar las políticas de seguridad que las propiciaron, que fueron adaptando sus objetivos a una situación cambiante, y cada vez más controlada por el gobierno. El concepto de «Fuerza Pública», que une a las Fuerzas Militares y a la Policía Nacional, es consecuencia lógica del carácter de las amenazas.

Hoy en día, los límites que separan la seguridad interior de la internacional son difíciles de definir, apareciendo la noción de «amenaza interméstica», que describe «la ausencia de amenazas en la frontera y la ausencia de fronteras para la amenaza»³².

«La paradoja es que las denominadas “nuevas amenazas”, como la inseguridad ciudadana, el terrorismo, la proliferación nuclear, el tráfico de drogas, la piratería marítima, la inmigración ilegal, la contaminación ambiental y el cambio climático, la pérdida de identidad nacional, que amenazan la paz y la estabilidad del mundo actual existen desde hace mucho tiempo, y es tan solo cuando son “potenciadas” por la Globalización cuando se convierten en amenazas»³³.

La Política de Seguridad Democrática (PSD)

En palabras del presidente Uribe,

«Este Gobierno no hace suyas concepciones de otras épocas como la “Seguridad Nacional” en América Latina, que partía de considerar a un grupo ideológico o partido político como “enemigo interno”. Nosotros predicamos que todos son bienvenidos en la democracia. La oposición, los que disientan de las ideas del Gobierno o de su partido, serán protegidos con el mismo cuidado que los amigos o partidarios del Gobierno»³⁴.

El presidente Álvaro Uribe Vélez promulgó la Política de Seguridad Democrática (PSD) como línea de acción principal para las actividades relativas a la seguridad y la defensa nacional. El documento justifica el empleo de las «Fuerzas Militares» en temas de seguridad interior:

«(...) la naturaleza de las amenazas que aquejan a la Nación, en particular el terrorismo y el negocio de las drogas ilícitas, ha llevado a que, en el caso

³² HOWARD, M., “Las causas de los conflictos y otros ensayos”, Ediciones Ejército, Madrid, 1987.

³³ KOURLIANDSKY, J. «Nuevas amenazas un concepto relativo», La Vanguardia, Dossier, n.º 84, pp. 84-85, 2010.

³⁴ PSD, «Política de Defensa y Seguridad Democrática» MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, Bogotá, 2003.

colombiano, al igual que en el de muchos otros países que hoy enfrentan este tipo de amenazas, se desdibujan los límites entre la seguridad interior y la defensa nacional³⁵».

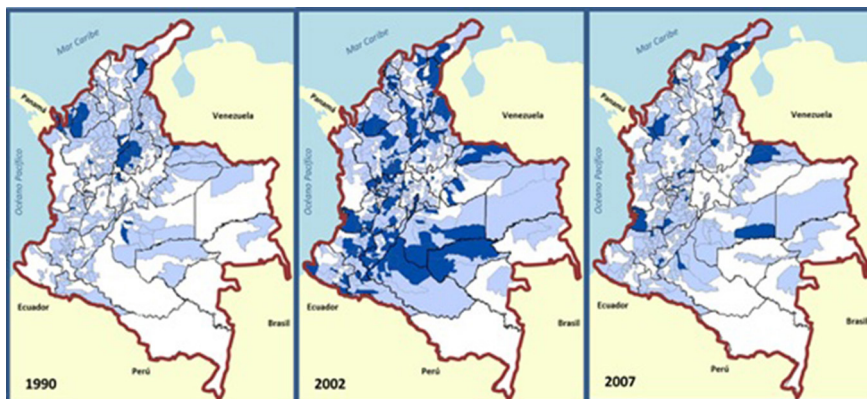


Ilustración 4.4. Evolución de la violencia entre 1990 y 2007 y los efectos de la PSD

La prioridad de la PSD era recuperar el control del Estado sobre la mayor parte del territorio nacional, por lo que mantiene el proceso de fortalecimiento de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional (iniciado por Andrés Pastrana) entre los años 2002 y 2006:

- Aumenta el número de unidades militares y policiales, y el «pie de fuerza»³⁶ en un 32 %.
- Se mejora la movilidad de todas las unidades, y se las dota con apoyos, como helicópteros, aviones o plataformas de inteligencia.

La «Fuerza Pública»³⁷ llegó a zonas de la geografía colombiana donde el Estado nunca había estado presente de forma continua³⁸, lo que había sido aprovechado por los grupos insurgentes para fortalecer sus estructuras y extender su influencia. Las palabras de la entonces ministra de Defensa Marta Lucía Ramírez de Rincón:

«Los colombianos por mucho tiempo pensamos que la seguridad era problema y responsabilidad de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional. Durante años hubo un gran vacío en la acción del resto del Estado en algunas áreas críticas de nuestra democracia y en algunas regiones de Colombia. Es justamente ese vacío el que explica el crecimiento sin precedentes del narcotráfico y consecuentemente de las organizaciones terroristas en

³⁵ *Ibíd.*, p. 20.

³⁶ Tropas de un país.

³⁷ El Artículo 216 de la constitución de 2015 indica que «La fuerza pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional».

³⁸ En el año 2002, 158 de los 1.099 municipios del país carecían de presencia policial, para el año 2004, la totalidad de los municipios tenían policía en sus cabeceras urbanas.

grandes regiones de nuestro territorio. De allí que el eje de esta política sea precisamente lograr el completo control del territorio por parte del Estado para asegurar el pleno imperio de la ley, la gobernabilidad y por ende el fortalecimiento del Estado de Derecho»³⁹.

Entre el año 2002 y el 2006, tras la aplicación de la PSD, la situación había mejorado de forma evidente: el número de homicidios se había reducido un 40 %, el de secuestros un 83 %, el de víctimas en homicidios colectivos un 72 %, los atentados terroristas un 61 % y los secuestros por retenes un 99 %.

Política de Consolidación de la Seguridad Democrática

Al iniciar Uribe su segundo mandato —agosto de 2006— las amenazas se habían adaptado a la nueva situación. Tras la desmovilización de los grupos de autodefensa y la aplicación de la Ley de Justicia y Paz, el paramilitarismo desaparecería «oficialmente» de Colombia, pero una parte del mismo se había transformado en bandas criminales (BACRIM) dedicadas a la extorsión, el narcotráfico y la minería ilegal, en sus zonas de influencia.

Las FARC-EP también se ven obligadas a adaptarse, ya no pueden mantener su «guerra de movimientos» y retornan a la «guerra de guerrillas», con acciones tipo «golpear y huir» y atentados terroristas. Los narcotraficantes, por su parte, dejan de explotar grandes extensiones con cultivos ilícitos —fácilmente eliminables desde el aire— y comienzan a emplear pequeñas parcelas, poco accesibles y rodeados de cultivos tradicionales⁴⁰.



Ilustración 4.5. El Ciclo Virtuoso Seguridad, Prosperidad Social. Fuente (PCSD 2007)

³⁹ PSD, Política de Defensa y Seguridad Democrática, Op. cit., p. 9.

⁴⁰ PCSD, «Política de Consolidación de la Seguridad Democrática» Ministerio de Defensa Nacional, Bogotá, 2007.

Se necesitaba «consolidar» la Política de Seguridad Democrática para adaptarla al nuevo escenario, consolidando el control territorial por parte de la Fuerza Pública⁴¹, e intentando la recuperación social con la acción integral del Estado. Si los delincuentes evolucionan, para adaptarse a una estrategia, las estrategias tendrán que evolucionar de forma flexible y continua, para consolidar los resultados.

Los resultados anteriormente obtenidos, benefician la seguridad general de los ciudadanos colombianos, además, dan lugar a una mejora sensible en los aspectos económicos y sociales. Es lo que podríamos definir como el «círculo virtuoso» que, a partir de la seguridad y la confianza, se genera un crecimiento económico que permite a su vez un mayor bienestar social, al cubrir las necesidades vitales⁴².

La Política de Consolidación de la Seguridad Democrática, establece los siguientes objetivos:

- Consolidar el control territorial y fortalecer el Estado de derecho en todo el Territorio Nacional.
- Proteger a la población, manteniendo la iniciativa en contra de las amenazas.
- Conseguir que los costes del narcotráfico en Colombia sean tan elevados, que no resulten rentables para los delincuentes.
- Conseguir una «Fuerza Pública» moderna y eficaz, que goce de legitimidad y del apoyo de la población.
- Mantener cada vez más bajos los indicadores de delincuencia en los centros urbanos.

La estrategia para consolidar el control territorial y fortalecer el Estado de derecho en todo el Territorio Nacional reconoce los logros alcanzados, pero considera que el control es aun frágil y desigualmente repartido a lo largo del territorio.

Estrategia de consolidación del control territorial

La estrategia de consolidación del control territorial trata de compaginar los esfuerzos militares y policiales, con los de antinarcóticos, y los sociales, de justicia, desarrollo económico y fortalecimiento institucional del Estado. El diseño del proceso de consolidación del control territorial y el fortalecimiento del Estado de derecho contempla tres fases⁴³:

⁴¹ La Constitución de Política de Colombia de 2015, en su Artículo 216, indica que La fuerza pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.

⁴² PCSD, Política de Consolidación de la Seguridad Democrática, *Op. cit.*, p. 18

⁴³ PCSD, Política de Consolidación de la Seguridad Democrática, *Op. cit.*, p. 33.



Ilustración 4.6. Alineación de esfuerzos: Militar y policial+ social+ Antinarcótico.
Fuente (PCSD, 2007)

- **Fase 1** – El objetivo es el control de área y se pondrá en práctica en zonas donde la presencia activa de los grupos armados ilegales sea un hecho.
- **Fase 2** – Su objetivo es la estabilización y se implementará en las zonas donde ya existe el control territorial por parte de la «Fuerza Pública», tras completar la Fase 1.
- **Fase 3** – Su objetivo es consolidar los resultados. Esta fase se aplicará en zonas previamente estabilizadas, y el objetivo será ejercer la plena autoridad del Estado y el normal funcionamiento de sus instituciones y agencias.

La presidencia de Santos se traduce en nuevos cambios en la política de seguridad, síntoma de un buen control civil de las fuerzas armadas: la política de seguridad pasa a ser «integral», afectando a varios ministerios, además del de Defensa.

Política Integral de Seguridad y Defensa para la Prosperidad –PISDP (2011)

«La PISDP representa la combinación adecuada de continuidad y cambio. Continuidad con las Políticas de Seguridad Democrática (2002-2006)⁴⁴ y de Consolidación de la Seguridad Democrática (2006-2010) que permitieron los importantes logros en seguridad alcanzados por Colombia durante los últimos dos cuatrienios. Cambio, en la fijación de metas más ambiciosas, en la incorporación de nuevos objetivos estratégicos y en la elevación a la categoría de políticas de componentes instrumentales o habilitadores,

⁴⁴ El objetivo fundamental de dicha política fue la recuperación del control del Estado sobre la mayor parte del territorio nacional, particularmente aquel afectado por la actividad de grupos armados ilegales y narcotraficantes. Al término de la primera Administración, los resultados fueron contundentes: La percepción de seguridad en los colombianos había mejorado ostensiblemente y, con ella, la confianza inversionista y el progreso social.

llamados pilares, que permitirán alcanzar los objetivos estratégicos dentro de los límites de tiempo y recursos previstos por la PISDP»⁴⁵.

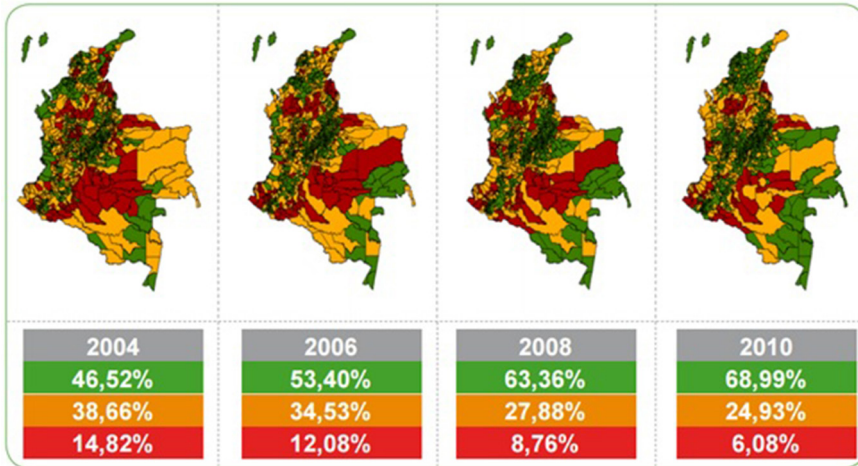


Ilustración 4.7. Situación de la Seguridad y la Defensa Nacional: evolución 2004-2010. Fuente (PISDP, 2011)

Para el presidente Juan Manuel Santos, alcanzar la «Prosperidad Democrática» requería redactar una nueva estrategia acorde a las amenazas de seguridad y defensa nacional del momento, modernizando y fortaleciendo la «Fuerza Pública», y para contribuir en la lucha contra el narcotráfico, las BACRIN, la delincuencia organizada; pero también para atender a las necesidades generadas por la creciente inseguridad ciudadana. A partir de este propósito se desarrollan los objetivos sectoriales de la defensa⁴⁶.

Los objetivos sectoriales de la defensa no se consiguen exclusivamente por medio de planes, como el de erradicación de cultivos o el de mejora de la operatividad de las Fuerzas Militares, ni diseñando un sistema integrado de defensa, se necesita desarrollar unos habilitadores denominados «pilares»⁴⁷.

Consolidar la paz implica garantizar el Estado de derecho, la seguridad, la protección de los derechos humanos y el funcionamiento de la justicia en todo el territorio nacional. Lo que se traduce en asegurar las «locomotoras para la prosperidad», mediante:

- la consolidación de la seguridad y la derrota de los grupos armados al margen de la ley,

⁴⁵ PISDP, «Política Integral de Seguridad y Defensa para la Prosperidad», Imprenta Nacional de Colombia, Bogotá, 2011.

⁴⁶ MORALES, L. «Los Pilares De La Política Integral De Seguridad Y Defensa para la Prosperidad como Elementos Determinadores para su Consolidación», Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, 2014.

⁴⁷ *Ibid.*

- la lucha contra el narcotráfico y el crimen organizado,
- la mejora sustancial de la seguridad ciudadana,
- la defensa nacional y la modernización del sector defensa y seguridad⁴⁸.

Todo ello con la finalidad de fortalecer el Estado social de derecho y la legitimidad de las instituciones democráticas dentro de un respeto absoluto a los derechos humanos, y al Derecho Internacional Humanitario⁴⁹.

La Policía Nacional continúa dependiendo del Ministerio de Defensa, y se reconoce la necesidad de una reforma del sector de la seguridad y la defensa (RSSD), que deben producirse en el marco de un respeto riguroso a los derechos humanos y a las normas del Derecho Internacional Humanitario.

¿Por qué se considera la necesidad del proceso RSSD?

Durante los últimos ocho años, el país había alcanzado avances notables en seguridad y debilitado a grupos armados y organizaciones narcoterroristas, consecuencia del fortalecimiento de la Fuerza Pública en pie de fuerza, inteligencia, mandos conjuntos y movilidad. Pero ciertos aspectos del sector seguridad y defensa debían mejorar:

- la articulación interna,
- la adaptación de las organizaciones a los retos futuros,
- el desarrollo de estrategias proactivas, fortaleciendo la acción integral y,
- la delimitación de papeles y misiones, para la adecuación del sector de defensa a las demandas presentes y futuras, con respeto a los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario,

La PISDP pretende neutralizar cualquier amenaza generada a partir de los de cuatro factores de riesgo más probables: los grupos armados ilegales, los delitos contra los ciudadanos, las amenazas externas y los desastres naturales. Pero para la «Fuerza Pública», la prioridad será dar respuesta a aquellas amenazas que pongan en peligro el objetivo de extender la seguridad a todo el territorio nacional y consolidar la paz. Para la ejecución de las estrategias del sector defensa y seguridad, es necesario que el poder judicial facilite su acción, y asegurar la presencia del Estado en la totalidad del territorio nacional⁵⁰.

Las estrategias del Ministerio de Defensa buscan un equilibrio entre seguridad interna y disuasión externa, sosteniendo el esfuerzo de la última década. Para ello se necesita una fuerza polivalente que permita mantener la capacidad de disuasión y que respondan a las necesidades nacionales, y el desarrollo de una diplomacia de seguridad, que permita mejorar la lucha

⁴⁸ PISDP, Política Integral de Seguridad y Defensa para la Prosperidad, *Op.cit.*, p. 11.

⁴⁹ *Ibíd.*, p.12.

⁵⁰ PISDP, Política Integral de Seguridad y Defensa para la Prosperidad, *Op.cit.*, p. 25.

contra la delincuencia transnacional y minimizar el riesgo de una crisis de seguridad regional⁵¹.

Se mantiene las zonas rojas, amarillas y verdes que caracterizaban las fases de la «estrategia de consolidación del control territorial», mientras que en las zonas rojas el instrumento preferido será el militar, buscando el control; en las amarillas el militar, policial e interinstitucional, buscando la consolidación; y en las verdes, será preferente el policial, contando con la participación ciudadana. Así, en las zonas rojas se aplicará preferentemente el Derecho Internacional Humanitario, y en las verdes el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

La PISDP se centra inicialmente en las zonas críticas de seguridad, donde aplica una acción militar sostenida y focalizada hasta alcanzar niveles aceptables de control territorial y de protección de la población, entonces es complementada paulatina por una fuerza policial. Una vez que toda la Fuerza Pública se encuentre presente en la zona, se podrán incorporar el resto de funciones del Estado.

Se priorizará la acción en los «centros de gravedad» críticos para la supervivencia de la amenaza. Se ocupará de los sistemas de mando y control, sus fuentes de financiación, y su cadena logística, así como en neutralizar sus apoyos externos y aislar las amenazas de la población «que ha sido víctima de su intimidación por décadas»⁵².

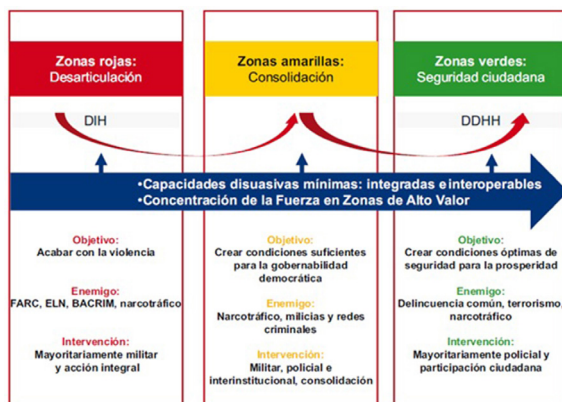


Ilustración 4.8. Esfuerzo operativo por zonas. Fuente (PISDP, 2011)

La etapa intermedia se considerará superada, cuando se alcancen unos niveles de seguridad tales, que permitan a la Policía Nacional proporcionar al país unos estándares internacionales de seguridad⁵³. Veamos cómo se desarrollan las estrategias a partir de la finalidad y la misión en algún caso:

⁵¹ *Ibíd.*

⁵² PISDP, «Política Integral de Seguridad y Defensa para la Prosperidad», *Op. cit.*, p. 27.

⁵³ *Ibíd.*, p. 28.

La misión de las Fuerzas Militares, siempre con la finalidad de «alcanzar condiciones de seguridad óptimas para garantizar la prosperidad democrática el progreso nacional», será «contribuir a la gobernabilidad democrática, la prosperidad colectiva y la erradicación de la violencia, mediante el ejercicio de la seguridad y la defensa, la aplicación adecuada y focalizada de la fuerza y el desarrollo de capacidades mínimas disuasivas y reducir la producción nacional de narcóticos a un mínimo histórico».

Centrándonos por ejemplo en «reducir la producción nacional de narcóticos», se desarrollan varias líneas de acción:

- *Erradicar cultivos ilícitos*: corresponde a la Dirección Antinarcóticos de la Policía Nacional, con el apoyo del Ejército Nacional.
- *Fortalecer las capacidades de interdicción*: es una acción conjunta de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.
- *Desarticular las BACRIM*: acción de la Fuerza Pública⁵⁴.



Figura 4.9.

Pilares de la PISDP

La Política Integral de Seguridad y Defensa se basa en seis pilares: la mejora de la Inteligencia; el fortalecimiento del mando y control; el aumento de la coordinación e integración; la protección estratégica de la población; la aplicación estratégica de la fuerza y el respeto a los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. Estos pilares potencian los resultados de la política del sector defensa y permiten verificar su eficacia y consolidación⁵⁵. Veamos cómo se desarrollan estos pilares:

Por ejemplo, en el marco del pilar de «mejora sustancial de la Inteligencia», se encuentra el «Plan Nacional de Inteligencia Policial por Cuadrantes (PNIPC)», un nuevo enfoque que permite intervenir con antelación ante brotes de conflictividad social, delincuencia organizada y violencia tanto en zonas rurales como urbanas e incluye cinco líneas de acción:

⁵⁴ PISDP, «Política Integral de Seguridad y Defensa para la Prosperidad», *Op. cit.*, p. 34-5.

⁵⁵ MORALES, L. Los Pilares de la Política Integral de Seguridad y Defensa, *Op. cit.*

- Mejorar la obtención de información dentro de los «cuadrantes».
- Mejorar la capacidad de tratamiento de la citada información.
- Depurar la capacidad de análisis.
- Identificar «indicadores» que permitan determinar con antelación riesgos emergentes, y
- Producir inteligencia estratégica, operacional y policial.

Es decir, optimizar todos los elementos constitutivos de un ciclo clásico de inteligencia y adaptarlo a las necesidades actuales. Es de interés el ejemplo de ciclo propuesto por la *RAND corporation*⁵⁶, que responde a las demandas actuales de políticos y líderes militares, que no pueden esperar a los resultados depurados para tomar sus decisiones.

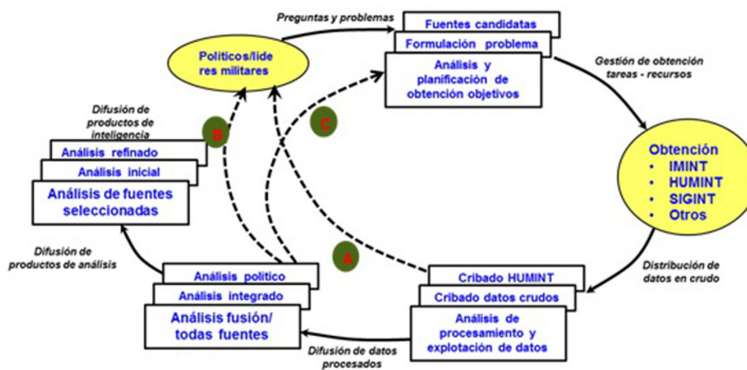


Ilustración 4.10: Un ciclo ilustrativo de análisis de la inteligencia.
Fuente (Treverton & Gabbard, 2008)

Pero la «signatura pendiente» sigue siendo la integración de los servicios de inteligencia de las Fuerza Militares y de la Policía Nacional⁵⁷. Integración que aun crea suspacias.

Los planes militares

Experiencias como la Toma Guerrillera de la Base de Delicias en 1996, el ataque al cerro de Patascosy en 1997, o las de el Billar, Miraflores y Mitú en 1998, obligaron a replantear la estrategia de seguridad. En el último caso, 1.500 hombres de las FARC-EP, destruyeron las viviendas, la comisaría de policía, el registro civil, los juzgados, las instalaciones de Telecom y la Caja Agraria. El resultado fue 37 miembros de la Fuerza Pública muertos, y otros 61 secuestrados. Como reacción a las mismas nace el Plan Patriota⁵⁸.

⁵⁶ TREVERTON, G. y GABBARD, C., «Assessing the Tradecraft of Intelligence Analysis», RAND Corporation, Santa Monica, 2008, p. 4.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ *Ibid.*

El plan de guerra «Patriota»

El Plan «Patriota» se gesta el año 2000 en el marco del Plan Colombia, como una iniciativa militar en los territorios controlados por la insurgencia. Consistía en «desplegar una fuerza estimada entre 14.000 y 15.000 hombres en las selvas y poblados del sur del país, en donde las FARC-EP han tenido presencia histórica y mantienen intacta su retaguardia estratégica», consistía en:

- Ocupar las zonas en el sur del país con fuerza de despliegue rápido, y escuadrones especiales de selva.
- Concentrar la acción de unidades de operaciones especiales en objetivos de «alto valor», incluyendo aquellos controlados por las FARC-EP en la selva.
- Quebrar las líneas de comunicación que unían a los grupos subversivos con las principales ciudades.

El Plan Patriota se desarrolla por fases. En la primera fase se despliega la «Fuerza de Tarea del Sur» entre los departamentos del Guaviare, Meta, Caquetá y Putumayo, una zona de acción de 241.812 kilómetros cuadrados, con una población de 1.709.976 habitantes⁵⁹. La segunda fase (de consolidación), comenzó en septiembre de 2004 y su objetivo era desarticular las organizaciones de las FARC-EP en zonas rurales.

El Plan Patriota tuvo como consecuencia negativa el hecho de que simples campesinos fueran tratados como guerrilleros, por lo que muchos otros campesinos se desplazan a las ciudades para salvar su vida.

El camino hacia los acuerdos de paz

Algunos hitos desde las primeras conversaciones informales con las FARC-EP en agosto de 2010 hasta el año 2015 serían los siguientes:

- El 23 de febrero del año 2012, da comienzo en La Habana un diálogo exploratorio directo.
- El 26 de agosto del año 2012, se alcanza el Acuerdo General para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera.
- El 19 de noviembre del año 2012, se inician oficialmente las negociaciones, actuando Cuba y Noruega como garantes y Venezuela y Chile como acompañantes.
- El 26 de mayo del año 2013, se alcanza un acuerdo parcial sobre desarrollo agrario.
- Entre el 23 y el 26 de agosto del año 2013, la propuesta del gobierno de someter los acuerdos a referéndum, en lugar de una asamblea constituyente, provoca la interrupción del diálogo por parte de FARC-EP.

⁵⁹ Codhes, «The Patriot Plan», Boletín informativo de la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento, No. 50., 2004, disponible en <https://goo.gl/FZUDJo>

- El 6 de noviembre del año 2013, se anuncia un acuerdo sobre el segundo punto de la agenda de paz, la participación política.
- El 3 de febrero del año 2014, se detiene a tres militares por el espionaje de los correos electrónicos de Santos, Humberto de la Calle y Sergio Jaramillo⁶⁰.
- El 16 de mayo del año 2014, se alcanza el tercer acuerdo, por el que las FARC-EP se compromete a contribuir a la «solución definitiva al problema de las drogas ilícitas».
- El 15 de agosto del año 2014, llega a La Habana el primero grupo de víctimas.
- El 21 de agosto del año 2014, nace la Comisión Histórica del Conflicto.
- Entre el 16 de noviembre y el 10 de diciembre del año 2014, se suspenden temporalmente las conversaciones por el secuestro por parte de las FARC-EP de un general, un cabo y una abogada al servicio de las FAS⁶¹.

La declaración de una «tregua unilateral e indefinida, a partir del 20 de diciembre de 2014» por las FARC-EP salva el proceso. Colombia en opinión Macarena Arcos Molas «(...) vive hoy un escenario complejo pero prometedor» y propone que el desvanecimiento de la guerrilla no significará el fin del narcotráfico ni de la inseguridad nacional. «Incluso cabe la posibilidad que se intensifique la violencia de organizaciones criminales en la calle».

«Se necesita tiempo, un cambio en las políticas de actuación, participación activa de la Comunidad Regional e Internacional y dialéctica para negociar, como única forma de mantener el diálogo, la reconstrucción del estado de derecho y la democracia para todos en Colombia»⁶².

Santos aprovecharía el prestigio del general Jorge Enrique Mora y su apoyo al proceso de negociación⁶³ para preparar a las Fuerzas Armadas para el escenario posconflicto, para ello separa temporalmente los militares de las negociaciones, para conseguir apoyos al proceso entre los militares⁶⁴. Pero el día 15 de abril mueren 11 militares en un ataque de las FARC-EP y en un posterior bombardeo del Ejército murieron 27 guerrilleros, entre ellos un negociador de las FARC-EP. El día 23 de mayo de 2015 las FARC-EP ponen fin a la tregua unilateral e indefinida⁶⁵.

⁶⁰ Jefe del equipo negociador del gobierno y alto comisionado para la paz respectivamente.

⁶¹ LAZO, E. «Colombia: la paz soñada. CRONOLOGÍA DEL PROCESO DE PAZ EN COLOMBIA» 25-09- 2015. Disponible en <https://goo.gl/pEhZdw>.

⁶² ARCOS MOLAS, M., «COLOMBIA: UN PAÍS SUMIDO EN MEDIO SIGLO DE CONFLICTO» 26-01-2015. Disponible en <https://goo.gl/TSWoSE>., pp. 29-30.

⁶³ Su presencia en La Habana era una señal hacia las FARC de que en esta negociación de paz no se repetirán los errores de El Caguán.

⁶⁴ HURST, G. «Colombia accelerates peace talks with FARC» Jane's Intelligence Review, 10-Apr-2015.

⁶⁵ LAZO, Ibíd.



Es en el año 2015 cuando las FARC-EP plantean ciertas condiciones para el desarme que afectan tanto a los procesos DDR como a los de RSSD posteriores. A finales de noviembre de 2015 las FARC-EP emitieron varios comunicados en los que reclaman garantías para la guerrilla y protección para los movimientos y organizaciones sociales de izquierda, las víctimas y para los defensores de derechos humanos. El profesor Carlos Nasi afirma sobre este extremo,

«Para que las FARC-EP dejen las armas y se transformen en un partido político legal es indispensable otorgarles garantías creíbles de seguridad. Las FARC-EP recuerdan el exterminio de la Unión Patriótica, único intento de esa guerrilla por formar una agrupación política legal. Hay que asegurarnos que no se repetirá la historia de la UP⁶⁶».

Territorios de paz

La idea de «territorios especiales para la construcción de paz» fue controvertida. Las FARC-EP reclamaban la desmilitarización de aquellos territorios y la asignación de «zonas de despeje», algo inaceptable tras el antecedente del Caguán⁶⁷. Aunque los acuerdos de paz contemplan una dimensión territorial, los «Terrepaz» serían desde el comienzo «territorios de las FARC-EP» y cualquier interesado en sabotear la negociación podría atacar esas zonas, ante la mirada impotente de los acompañantes de UNASUR, de la ONU o de CELAC.

⁶⁶ C. Nasi, «Garantías de seguridad para las FARC: ¿qué sería razonable?» 7-12-2015. Disponible en <https://goo.gl/t8RSf8>.

⁶⁷ El presidente Pastrana decidió ceder una zona desmilitarizada en la región de El Caguán, para mantener en la misma las negociaciones con las FARC, sin un alto el fuego previo. Las FARC se hicieron con el control de la misma y la emplearon para fortalecerse militar, política y financieramente.

Redefinir la política de seguridad

Es otra de las condiciones exigidas por las FARC-EP para transformarse en una organización política. Para militares, políticos, y la mayoría de los ciudadanos, no era posible que las FARC-EP, implicadas en atentados terroristas y el narcotráfico, pudiera opinar sobre la futura política de seguridad. Pero desaparecida la amenaza guerrillera, habría que plantearse si era necesario el sobredimensionado aparato contrainsurgente y a qué coste económico. La pregunta no era si se iba a cambiar la citada política, era qué cambios se van a realizar, cómo y cuándo: la RSSD ya estaba en marcha.

El paramilitarismo

Las organizaciones armadas aparecidas tras el desmantelamiento del paramilitarismo, las BACRIM, representan un serio riesgo para el desarrollo del proceso de paz. Las FARC-EP proponían un «plan de acción para el desmonte del paramilitarismo», igualmente inviable. Lo urgente era determinar cuáles de las citadas bandas representan un riesgo para el proceso de paz y tomar medidas para neutralizarlas.

Otras cuestiones de seguridad

Las FARC-EP reclamaban garantías de seguridad, como protección de sus futuras sedes políticas, guardaespaldas propios etc. Esto, que ya se había hecho con las guerrillas que se desmovilizaron en los años noventa, era aceptable.

El cronograma de objetivos militares

El cronograma de objetivos militares relacionados con el proceso de paz es el siguiente:

- 2012-2016: se ejecuta el plan «Espada de Honor» en cuatro fases.
- 2017: se inicia el plan «Victoria».
- 2018: mejoran sensiblemente las condiciones de seguridad del Estado.
- 2022: Fecha para alcanzar las condiciones óptimas de seguridad.
- 2024: Las FAS contribuyen a crear polos de desarrollo.
- 026: Colombia se convierte en líder regional en seguridad defensa y desarrollo tecnológico militar.

Estos objetivos temporales son optimistas, de acuerdo con las experiencias previas, y el proceso completo tendría una duración sensiblemente mayor. En cualquier caso, plantear los objetivos y definir el estado final deseado, es un paso importante. Estudiemos alguno de estos hitos.

El plan de guerra Espada de Honor

Partiendo de la PISDP, se desarrolló a partir de 2012 el «plan de guerra Espada de Honor», para dar respuesta a los cambios operacionales de los grupos insurgentes, las bandas criminales, y otros grupos dedicados al tráfico de drogas y crimen organizado⁶⁸.



Figura 4.11.

La finalidad del plan Espada de Honor era reducir la capacidad operacional de las organizaciones subversivas como las FARC-EP y el ELN en aquellas áreas bajo su control, que eran esenciales para la economía de Colombia. Tras neutralizar a sus líderes, se pretendía eliminar 15 de los 67 frentes, los militar y económicamente más poderosos, y que funcionan más como delincuencia que como insurgencia⁶⁹.

Las operaciones se centran inicialmente en los «bastiones» de las FARC-EP al sur y este del país: la región del Catatumbo⁷⁰ y los departamentos de Arauca, Cauca, Valle, Nariño, Tolima, Putumayo y Vichada. Tradicionalmente, los militares combatían contra grupos insurgentes como las FARC-EP y el ELN, mientras que la policía se centraba en las BACRIM, con el apoyo de la Armada. A partir de la operación «Espada de Honor», las Fuerzas Armadas se involucran también en el lucha contra las BACRIM, un cambio esencial inducido por el reconocimiento del gobierno de que la eventual derrota de las FARC-EP y otros grupos, no era inmediata y que para defender los intereses nacionales, era necesario pasar a la ofensiva⁷¹.

⁶⁸ MORALES, L., Los Pilares de la Política Integral de Seguridad y Defensa, *Op. cit.*

⁶⁹ MARTIN, C. "Colombia's New Counterinsurgency Plan" 29-03-2012, <https://goo.gl/JLxPxR>.

⁷⁰ Es una zona cuyas condiciones climáticas se prestan para cultivar a gran escala la hoja de coca.

⁷¹ *Ibíd.*

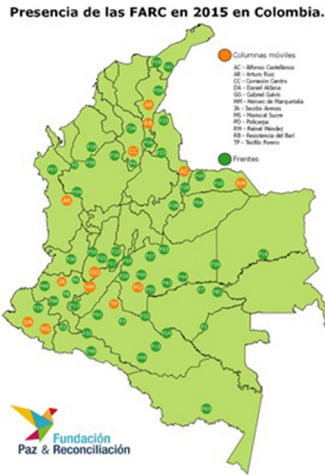


Figura 4.12.

El plan de guerra «Espada de Honor» es integral. Asigna misiones también a la Policía Nacional, a los Ministerios de Transporte y Agricultura, y a la Fiscalía, por lo que incluye una directiva presidencial dirigida a esos Ministerios y otros organismos del Estado, y una directiva ministerial para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, con los siguientes objetivos:

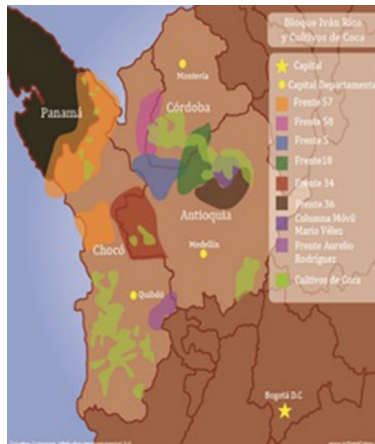


Ilustración 4.13. Cultivos de coca y bloque Iván Ríos

- Desarticular y reducir la operatividad del enemigo.
- Recuperar el prestigio ante la población civil, y que esta suspenda sus relaciones con los grupos insurgentes y delictivos.
- Proteger la infraestructura económica del país.
- Consolidar los logros en materia de seguridad.

Este plan, presta una atención especial a los departamentos de Córdoba, el Bajo Cauca, Antioquía y Chocó, zonas de vital importancia para el desarrollo

económico, y donde se concentra parte de la generación eléctrica nacional y los oleoductos Colombia y Ocesa «locomotoras de la prosperidad». Era necesario neutralizar los frentes 5, 58, 18, 36, 37 y Mario Vélez de las FARC-EP, sin olvidar que estas áreas están también plagadas de BACRIM, dedicadas al narcotráfico —Urabeños y Rastrojos— o minería ilegal⁷². En octubre de 2013 el Gobierno Nacional impulsó el Plan Espada de Honor II, y en años consecutivos los III, y IV.

Otro objetivo del plan, es el fortalecimiento de la seguridad fronteriza. Las fronteras terrestres y marítimas necesitan, por sus dimensiones, de una acción unificada de las Fuerzas Militares y de Policía Nacional, para evitar que sean utilizadas por grupos insurgentes o delictivos como rutas para sus tráficcos, o de repliegue hacia sus santuarios fuera del país⁷³.

Respeto a los derechos humanos y Derecho Internacional Humanitario

La relación entre Fuerzas Armadas y violación de derechos humanos en América Latina ha sido un tema de preocupación constante durante largos años, particularmente cuando los militares asumieron el control directo de las instituciones estatales en la región, entre las décadas de los años sesenta y ochenta del siglo xx.

En su Informe correspondiente a 2017 la organización *Human Rights Watch*, cita que, entre 2002 y 2008, «miembros de brigadas del Ejército ejecutaron de forma habitual a civiles a lo largo del país». Todo ello respondía a la presión por obtener «resultados positivos» en su lucha contra los grupos insurgentes.

Hasta mayo de 2015, la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación investigaba más de 3.700 casos de ejecuciones ilegales supuestamente perpetradas por agentes del Estado entre 2002 y 2008, y se había condenado a más de 800, la gran mayoría de los cuales pertenecían a los rangos inferiores. La Fiscalía General había citado solo a 11 generales en activos para que declararan sobre su presunta participación en los casos de «falsos positivos»⁷⁴.

Los planes del Ministerio de Defensa sobre derechos humanos

El Ministerio de Defensa emitió a finales de 2008 la «Política Integral de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario», con la que establecía el comportamiento esperado de la Fuerza Pública en operaciones, y

⁷² L. F. R. MORALES, Los Pilares de la Política Integral de Seguridad y Defensa, *Op. cit.*

⁷³ *Ibíd.*

⁷⁴ HRW, «INFORME MUNDIAL 2016 Colombia Eventos de 2016», 2017.

que no tiene equivalente internacional, por su detalle y sus referencias a las normas nacionales e internacional⁷⁵. Pero,

«(...) como suele pasar el caso latinoamericano, los postulados suelen ser perfectos y casi ideales en el "papel" pero muy poco efectivos a la hora de implementarse en el terreno real. El comienzo de la implementación de este plan en el año 2009 se encontró de frente con uno de las más aberrantes denuncias de hechos cometidos por las tropas nacionales, como fueron los llamados "falsos positivos", y las investigaciones ilegales hechas por los miembros del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS)»⁷⁶.

Por mandato de la Constitución Política, Artículo 221. *Modificado,*

«En la investigación y juzgamiento de las conductas punibles de los miembros de la Fuerza Pública, en relación con un conflicto armado o un enfrentamiento que reúna las condiciones objetivas del Derecho Internacional Humanitario, se aplicarán las normas y principios de este. Los jueces y fiscales de la justicia ordinaria y de la Justicia Penal Militar o Policial que conozcan de las conductas de los miembros de la Fuerza Pública deberán tener formación y conocimiento adecuado del Derecho Internacional Humanitario».



Ilustración 4.14 alias «Oso Panda» cuarto cabecilla del Frente de Guerra «Manuel Vargas Castaño» del ELN.

⁷⁵ RODRÍGUEZ-HERNÁNDEZ, S. M. "FUERZAS ARMADAS Y DERECHOS HUMANOS EN COLOMBIA: ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL TEMA", Revista Latinoamericana de Derechos Humanos 24 141 Volumen 24 (1-2), pp. 141-157, 2013., p.153.

⁷⁶ *Ibíd.*, p.154.

La prosperidad debe alcanzarse en un Estado Social de Derecho, con respeto pleno a los derechos humanos, por lo que el Ministerio de Defensa y sus organizaciones dependientes, tiene interés en investigar las denuncias contra militares y policías por violaciones de los derechos humanos.

Las Fuerzas Armadas deben aportar la información solicitada por los órganos judiciales para aclarar conductas que, presuntamente fueran constitutivas de violación a los derechos humanos o punibles de acuerdo al Derecho Internacional Humanitario⁷⁷.

La PISDP, propone medidas que promuevan el respeto a los derechos humanos dentro de la Fuerza Militar y la Policía Nacional como son:

La educación permanente de los componentes de la Fuerza Pública, en el respeto a los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario; el seguimiento de los procesos de Justicia Penal Militar, con el fin de garantizar el cumplimiento de la Constitución, la ley y los pronunciamientos de la Corte Constitucional; el fortalecimiento de la Justicia Penal Militar, por medio de acuerdos de cooperación con la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas; el apoyo a la Fiscalía General de la Nación, ante cualquier requerimiento sobre la presunta violación de derechos humanos por parte de integrantes de la Fuerza Pública.

La participación activa de las Inspecciones de las Fuerzas, cuando se reciban denuncia de conductas que violen los derechos humanos o el Derecho Inter-

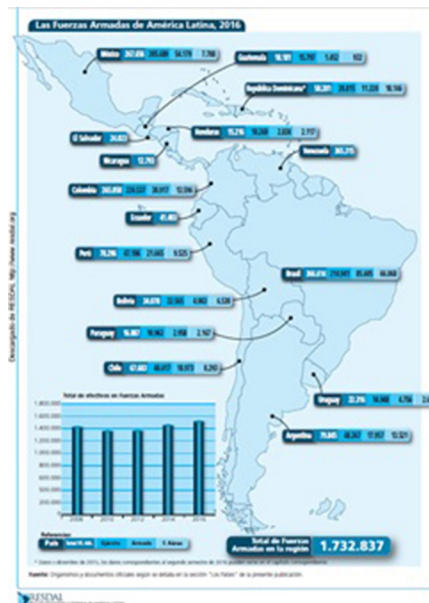


Figura 4.15.

⁷⁷ MORALES, L., Los Pilares de la Política Integral de Seguridad y Defensa, *Op.cit.*

nacional Humanitario; el mantenimiento del archivo operacional y expedientes de cada unidad militar, que puedan ser solicitado en caso de denuncia de violación a los Derechos Humanos o al Derecho Internacional Humanitario; y garantizar un juicio justo y el derecho a la defensa de los miembros de la Fuerza Pública que están siendo investigados por delitos derivados de las acciones militares⁷⁸.

La paz imperfecta

Por escaso margen —58.000 votos— y contra todo pronóstico, Colombia rechaza en referéndum el acuerdo de paz con las FARC⁷⁹. Surgen los primeros análisis que atribuyen los fallos de las encuestas al voto oculto, e incluso a las dificultades de comunicación del presidente Santos, o su falta de conexión con los colombianos. El gobierno lo atribuyo al huracán Matthew, que impidió la participación de los ciudadanos de la zona del caribe (bastión de Santos). Lo cierto es que fue un voto contra un gobierno desgastado. Pero Luis Carlos Vélez, director de la campaña del «No», explicó que la campaña se centró en las emociones negativas, «y no en contrarrestar los argumentos del gobierno»⁸⁰:

«Descubrimos el poder viral de las redes sociales. (...) Unos estrategias de Panamá y Brasil nos dijeron que la estrategia era dejar de explicar los acuerdos para centrar el mensaje en la indignación. En emisoras de estratos medios y altos nos basamos en la no impunidad, la elegibilidad y la reforma tributaria, mientras en las emisoras de estratos bajos nos enfocamos en subsidios. En cuanto al segmento en cada región utilizamos sus respectivos acentos. En la Costa individualizamos el mensaje de que nos íbamos a convertir en Venezuela. Y aquí el No ganó sin pagar un peso. En ocho municipios del Cauca pasamos propaganda por radio la noche del sábado centrada en víctimas»⁸¹.

Los mensajes del «No» mezclaron argumentación y manipulación, lo que no es nuevo en las campañas, pero asume una dinámica particular en el mundo de las redes sociales. El argumento inicial fue la traición, desde el restablecimiento de las relaciones con Venezuela hasta el inicio formal de las conversaciones de paz. Uribe mantiene,

«Yo hago una reflexión: este gobierno prometió mantener y fortalecer las políticas de seguridad democrática, confianza de inversión y cohesión social; las pudo mejorar, [pero] las abandonó. Ahora nos chantajea, ahora

⁷⁸ MORALES, L., Los Pilares de la Política Integral de Seguridad y Defensa, *Op.cit.*

⁷⁹ El «No» obtuvo 50,21 % frente a 49,78 % del «Sí».

⁸⁰ GONZÁLEZ, M., «La “posverdad” en el plebiscito por la paz en Colombia», Nueva Sociedad No 269, pp. 114-126, 2017, p.117.

⁸¹ RAMÍREZ, J., «El “No” ha sido la campaña más barata y más efectiva de la historia», La República, 5-10- 2016. Disponible en <https://goo.gl/BtTJQS>

nos dice que, si gana el “No”, en lugar de darse el gobierno a la tarea de reorientar los acuerdos, se abandona la paz. Este gobierno nos pasa del engaño al chantaje, del chantaje al engaño. Por eso, no a estos acuerdos, sí a la paz como lo manda la Constitución⁸²».

Santos había alcanzado el poder con su propio programa, pero para amplios sectores de la opinión pública ha quedado la imagen de un «presidente traidor», cuyos logros con la finalización del conflicto y progresos en lo social se ven deslegitimizados por la propaganda del Centro Democrático.

Situación actual

De acuerdo con el Atlas Comparativo de la defensa en América Latina y el Caribe 2016⁸³, Colombia se sitúa en cuarto lugar en cuanto a efectivos de América Latina solamente superada por Brasil 366.614, y Venezuela 365.315 y al mismo nivel que México 267.656. En efectivos por cada 10.000 habitantes está igualmente en cuarto lugar con un índice de 54, superado por República Dominicana 55, Uruguay 65, y especialmente su vecino Venezuela con 118. Las fuerzas se reparten entre Ejército, con unos efectivos de 220.537, Armada, con unos efectivos de 30.917 y Fuerza Aérea, con unos efectivos de 13.596⁸⁴.

Las Fuerzas Militares han destruido manualmente 11.814 hectáreas de coca, han capturado 203 toneladas de cocaína y 105 de marihuana. Se han destruido 3.500 cocinas y laboratorios de producción de drogas, e incautado 36 aviones. Todo ello en el periodo enero-julio del año 2016⁸⁵.

Colombia participa en la Fuerza Multinacional de paz y observadores (MFO) en el Sinaí, misión aprobada tras los acuerdos de Camp David entre Egipto e Israel, en el tratado de 1979. Actualmente despliega un batallón con 354 efectivos, que rotan cada ocho meses. También participa en la operación MINUSTAH de Naciones Unidas con 35 policías⁸⁶.

En cuanto a los atentados contra infraestructuras críticas destacan las voladuras de oleoductos que alcanzo el punto más alto en 2013 con más de 250 voladuras, y la voladura de vías que alcanzó su punto máximo en 2012 con cerca de 70, disminuyendo desde entonces en ambos casos⁸⁷.

Pero como afirma Mesa Gisbert,

*«Un continente en el que las instituciones se inventan cada lustro, se des-
cuartizan cada década y no funcionan bien la mayor parte del tiempo difí-*

⁸² GONZÁLEZ, Ibíd., p.118.

⁸³ DONADO, M., y KUSRROW, S. «Atlas Comparativo de la Defensa en América Latina y Caribe edición 2016». 2017, disponible en <https://goo.gl/35vwbq>

⁸⁴ Ibíd.

⁸⁵ Ibíd.

⁸⁶ Ibíd.

⁸⁷ Ibíd.

cilmente puede alcanzar sus metas. El hilo de Ariadna es en esta historia el mayor dolor de todos, lo tejido en el día se desteje en la noche y lo que se vuelve a tejer tiene un punto diferente»⁸⁸.

Y que debería despojarse, en opinión de este autor, «de la lógica pendular, de la retórica ideológica de extremos, de la tentación del año cero de la Revolución y, sobre todo, del mesianismo...».

Plan Estratégico Militar de Estabilización y Consolidación Victoria 2017

La misión del plan a partir de enero de 2017 es conducir operaciones con el propósito de **neutralizar** las estructuras del Ejército de Liberación Nacional (ELN), Grupos Armados Organizados (GAO), Sistema de Amenaza Persistente (SAP) y los fenómenos de criminalidad que afecten a la población civil y la seguridad Nacional, y **contrarrestar** el narcotráfico, extorsión y secuestro, la explotación ilícita de yacimiento minero, el contrabando, el tráfico de armas, municiones y explosivos, el tráfico de migrantes y los delitos conexos, entre otros⁸⁹.

También neutralizar los ataques contra la infraestructura crítica, y evitar el abandono y expropiación de tierras, o las medidas para impedir o dificultar la restitución de tierras, y proteger las fronteras⁹⁰.

Lo primero que observamos es la desaparición de las FARC-EP como amenaza. Además, el control territorial continúa siendo el centro de gravedad de las misiones de la Fuerza Pública. De hecho, las fuerzas militares deben hacerse cargo de los 160 municipios que ha dejado las FARC-EP. Tanto militares como policías apoyarán el «desarrollo social, económico, de infraestructura, seguridad, justicia y bienestar que permitirá unos mejores niveles de vida tanto de la parte urbana como rural»⁹¹.

Pero aparecen nuevas misiones tanto para policía como para las Fuerzas Militares, como son las misiones humanitarias, la protección medioambiental, o la cooperación internacional por medio de la Acción Integral⁹².

La logística tras los acuerdos de paz es importante para garantizar las mejores condiciones a la Fuerza Pública responsable de la seguridad de los antiguos insurgentes de las FARC-EP, especialmente durante el proceso de Desarme, Desmovilización y Reintegración (DDR). Los Ingenieros Militares

⁸⁸ MESA GISBERT, C. «AMÉRICA LATINA DENTRO DEL PÉNDULO», FP Edición española., febrero-marzo 2010.

⁸⁹ CGFM, «Plan Militar "Victoria" por una paz estable y duradera», Comando general de las Fuerzas Militares, Bogotá, 2017.

⁹⁰ *Ibíd.*

⁹¹ *Ibíd.*

⁹² CGFM, Plan Militar «Victoria» por una paz estable y duradera, *Op. cit.*

han mejorado los accesos a las Zonas Veredales Transitorias de Normalización (ZVTN) y los Puntos Transitorios de Normalización (PTN). Esto ha supuesto adecuar más de 350 kilómetros de caminos para permitir un acceso óptimo a las citadas zonas⁹³.

El estado final deseado del plan «Victoria», sería,

«alcanzar condiciones favorables de seguridad y contribuir a la estabilización y consolidación de una paz estable y duradera; manteniendo unas Fuerzas Militares modernas, favorecidas y motivadas para enfrentar amenazas internas y externas en escenarios simultáneos, contribuyendo al desarrollo del país y al mantenimiento de la seguridad regional e internacional»⁹⁴.

Al finalizar el conflicto con las FARC-EP, se pretende avanzar en la consolidación del territorio, a la vez que se neutralizan los factores remanentes de inseguridad y se contribuye a las tareas de estabilización⁹⁵.

El plan Victoria reemplaza al plan Espada de Honor, como marco de las acciones militares y su principal objetivo será incrementar la presencia del Estado en las antiguas zonas de influencia de las FARC-EP, para evitar el empoderamiento de los nuevos grupos ilegales —incluyendo la disidencia de las FARC-EP— que tratan de controlar la extorsión, narcotráfico, minería ilegal, contrabando y tráfico de migrantes en esas zonas.

Ejemplo de actuación en zona amarilla: el caso de Cali

Cali ha vivido desde hace mucho tiempo altos niveles de criminalidad y problemas sociales vinculados a grupos de narcotraficantes. En los últimos tres años, la tasa de homicidios en la ciudad ha tenido una tendencia a la baja que, de confirmarse, caería a su nivel más bajo en más de 25 años. Sin embargo, la tasa sigue siendo más del doble de la media nacional y es más de tres veces la registrada en Bogotá⁹⁶.

El alto nivel de homicidios de la ciudad está relacionado con las actividades de las más de 100 pandillas callejeras de Cali. Las principales organizaciones criminales organizadas, como el Clan del Golfo (antes Úsuga), han tratado de reclutar menores en Cali, especialmente en las áreas más deprimidas. Las autoridades de Cali han priorizado el tratamiento de este tipo de violencia, con el «Programa Integrado de Tratamiento de Pandillas». Este programa social se está aplicando de forma paralela a la acción policial, que ha

⁹³ Ibíd.

⁹⁴ Ibíd.

⁹⁵ Ibíd.

⁹⁶ LOW, P. «Anti-gang programme contributes to declining murder rate in Colombia's Cali, but theft and criminal violence remain common» Jane's Intelligence Weekly, 2017., p.2.

sumado 340 oficiales a la fuerza ya desplegada, además de nuevos equipos, como un helicóptero⁹⁷.

Las autoridades han mostrado su preocupación por la colaboración creciente entre los grupos delictivos de la ciudad y organizaciones como el Ejército de Liberación Nacional (ELN) y el Clan del Golfo. Esta amenaza se vería confirmada con la captura en abril de 2017, en Cali y Jamundí, de un caché de armas que contenía fusiles de asalto, pistolas, fusiles de precisión, ametralladoras y municiones destinadas al ELN y al Clan del Golfo. Sin embargo, el aumento de la inversión y la presencia de la policía en áreas de alta violencia probablemente ayude a la ciudad a continuar reduciendo su tasa de homicidios en este año⁹⁸.

Ejemplo de actuación en zona roja en aplicación del plan Victoria

Componentes de la «Fuerza de Tarea Conjunta Omega» se enfrentaron con la estructura financiera de la disidencia del frente 1, en la zona de Puerto Zancudo. Como consecuencia de las operaciones, muere Hermes Barrera Contreras alias «Ismael, muela de grillo», encargado de las finanzas, comercialización y distribución de la pasta base de coca y de la extorsión a las autoridades civiles, campesinos y comerciantes.

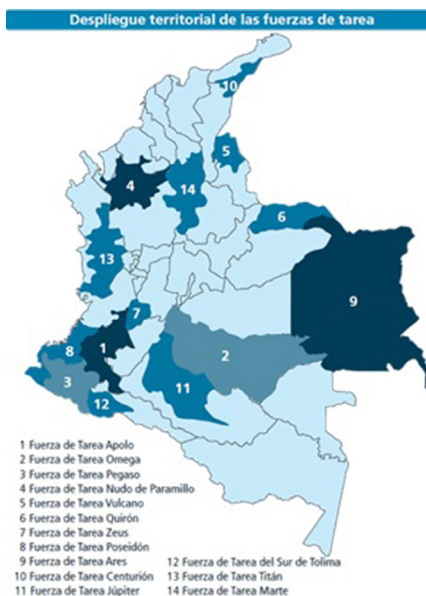


Figura 4.16.

97 Ibid.

98 Ibid.

La disidencia del frente primero había atentado con explosivos, en el mes de abril, contra un vehículo del Ejército en la ruta Calamar-San José, muriendo un soldado, y son responsables del secuestro de Herley López, funcionario de la ONU. Con esta operación se reduce seriamente la capacidad organizativa y las finanzas del frente primero.

El plan victoria en palabras del comandante general de las fuerzas militares

En una entrevista con la revista Militar digital «Diálogo» el general Juan Pablo Rodríguez Barragán, comandante general de las Fuerzas Militares de Colombia, sobre el plan «Victoria», recordaba que el fin de las hostilidades con las FARC-EP, permitía progresar en el proceso de consolidación y estabilización del territorio, y aplicar las líneas de acción «interinstitucionales» para reducir el riesgo de inestabilidad e inseguridad⁹⁹.

El objetivo principal del plan Victoria es «el control institucional del territorio», que se consigue con la «acción unificada del Estado» y la mejora de la gobernanza. El plan incorpora conceptos como áreas de atención prioritaria, estabilización y consolidación, factores de inestabilidad, control institucional del territorio, acción unificada, liderazgo integrado y factores decisivos, entre otros¹⁰⁰.

Respecto a la consolidación y estabilización, recordó que «en los últimos 18 años se han logrado importantes resultados en la recuperación y control del territorio gracias a la acción de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional», y era el momento de la consolidación y estabilización, lo cual incluía ciertas tareas que debían ser coordinadas con otros estamentos del Estado, «para mantener o restablecer un entorno seguro y protegido, proporcionando servicios gubernamentales de primera necesidad, apoyando la reconstrucción de la infraestructura y desarrollando programas de ayuda humanitaria»¹⁰¹.

Para lograr una seguridad integral se debe «combatir integralmente a los grupos armados, los grupos de delincuentes y a los delincuentes transnacionales organizados, así como a los grupos disidentes y emergentes que surjan después del acuerdo de paz con las FARC-EP». Si bien se han priorizado 160 municipios como esfuerzo principal, este plan pretende alcanzar todo el territorio nacional.

Se han identificado diecisiete áreas de atención prioritaria en el territorio colombiano —12 terrestres y cinco marítimas—, donde coinciden varios fac-

⁹⁹ Entrevista BARRAGÁN, J. Interviewee, Fuerzas Militares de Colombia activan Plan Victoria. 01-05-2017.

¹⁰⁰ Barragán, *op. cit.*

¹⁰¹ *Ibíd.*

tores de incidencia que requieren la focalización y priorización de esfuerzos interinstitucionales¹⁰².

Actualmente 60.000 hombres de las Fuerzas Militares se destinan a ocupar zonas de influencia de las FARC-EP, y 15.000 a la seguridad de las zonas rurales que pasan a la legalidad:

«Espada de Honor en sus diferentes versiones fue una de las estrategias más efectivas empleada por las Fuerzas Militares en los últimos cinco años para hacer inalcanzable el objetivo político de las FARC-EP por la vía armada y también para contener el avance de los propósitos criminales de los grupos armados organizados. En este contexto las FARC-EP entendieron que las capacidades adquiridas por las Fuerzas Militares imposibilitaban el logro de su objetivo político por medio de las armas, y que la ofensiva conjunta sostenida conducía a su derrota. Optaron entonces por la guerra asimétrica basada en el terrorismo indiscriminado, utilizando las redes de apoyo al terrorismo para preservar la organización, afectar la infraestructura económica del Estado y generar crisis humanitaria como fórmula para presionar las decisiones del Gobierno y de esta manera encubrir su fracaso estratégico».

El resultado de la ofensiva de las Fuerzas Militares, fue disminuir la capacidad operacional de las FARC-EP, y brindar al Gobierno un escenario político para proponer formalmente y desde la fuerza, una negociación de paz con dicho grupo insurgente.

Los resultados lo dicen todo. Durante el primer trimestre del año 2017 fueron capturados 111 miembros del ELN, 18 de las FARC-EP, 436 integrantes de los clanes del Golfo, Puntilleros, Pelusos y otros, 193 traficantes de drogas y 2.823 delincuentes comunes. Además, se facilitó la entrega voluntaria de 141 miembros de las FARC-EP, 66 del ELN y 13 de grupos armados. Fueron destruidos 627 laboratorios e incautados 32.546 kilos de cocaína, 10.402 de marihuana y 166.383 de hoja de coca; y se realizaron 84 operaciones contra la minería ilegal, capturando 252 personas e incautando 149 máquinas.

El problema de las zonas cocaleras

Los guerrilleros de las FARC-EP habían ocupado el territorio alrededor de Argelia durante tiempo suficiente como para ganarse la simpatía de algunos residentes y el rechazo de otros. Cuando la población local presencio como un contingente de 140 rebeldes atravesaba la ciudad hacia los Veredales, el sentimiento fue doble, pero tanto partidarios y críticos comparten los mismos temores: el intento de otros grupos criminales de llenar el vacío dejado por la FARC-EP, y el aumento general de la violencia¹⁰³.

¹⁰² *Ibíd.*

¹⁰³ BRODZINSKY, S. «Colombia's armed groups sow seeds of new conflict as war with Farc ends», *The Guardian*, 18 04 2017, disponible en <https://goo.gl/rZ3NjG>.

Como afirma Dan Smith

«El panorama político internacional se ve desfigurado por las guerras que se reanudan tras la firma del alto el fuego, pero incluso después de la conclusión de los acuerdos de paz. A menudo las guerras vuelven con aún mayor ferocidad y destructividad, y casi siempre con un costo particularmente alto para la población civil».

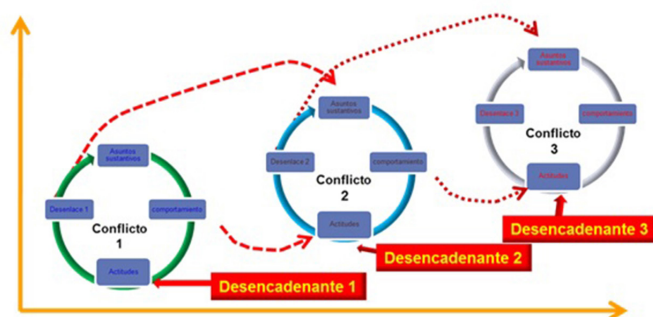


Ilustración 4.17. Recurrencia del conflicto. Fuente (Mitchell, 1981)

En un país cuya historia es la suma de ciclos y ciclos de conflicto, parecería inevitable que el final de una guerra marcara el comienzo de otra. A lo largo de Colombia, nuevos grupos armados —y algunos de larga tradición— ocupan violentamente las regiones dejadas por las FARC-EP, con la esperanza de controlar el comercio de cocaína, minas de oro ilegales y otras empresas criminales que sirvieron de financiación a los insurgentes.

El ejército prometió enviar a 60.000 de sus soldados para ocupar y asegurar las regiones a la vez que 960 nuevos agentes de policía serían asignados a las zonas rurales. Pero la lucha entre una facción rebelde de las FARC-EP, el ELN y la rama militar de los urabeños ha provocado el desplazamiento forzado de casi 1.000 personas desde el comienzo del año en la región occidental del Chocó.

Durante los años el negocio de la coca ha crecido en el valle del río Micay, que discurre a través de colinas cubiertas de plantas de coca. A lo largo del río se encuentran cocinas rústicas donde las hojas de coca se convierten en pasta que se lleva a los laboratorios, donde se transforman en polvo blanco para su envío al mercado por barcos a través de la ruta del Pacífico.

Los agricultores calculan que podría haber hasta 10.000 hectáreas de coca en la zona. La región produce 70 toneladas de cocaína al año, la décima parte de la de Colombia.

En el acuerdo de paz, las FARC-EP y el gobierno se decidió promover programas de sustitución de cultivos mediante la erradicación voluntaria, por la cual, los agricultores retiran sus arbustos de coca a cambio de subsidios, títulos de propiedad y asistencia técnica. Más de 55.000 familias se han sumado al proyecto en todo el país.



Figura 4.18.

También a los agricultores de Argelia les gustaría plantar cultivos diferentes, pero ninguno es tan rentable como la coca, y surgen dudas sobre el cumplimiento de las promesas gobierno. Los agricultores de la coca están bien organizados, y sus líderes están haciendo llamamientos a la resistencia, tanto contra la erradicación, como contra la entrada de nuevos grupos criminales.

Tras el fin del conflicto

Hay tres grupos de circunstancias que favorecen la finalización del conflicto: la percepción de triunfo, la percepción de estancamiento, y la percepción de fracaso. Respecto a la primera sorprendería negociar una solución de compromiso con un enemigo militarmente derrotado. En caso de estancamiento, en general se tiende a continuar el conflicto, pero ciertos elementos propician un acuerdo:

- La búsqueda de una situación posconflicto más favorable.
- El deseo de prevenir conflictos futuros.
- La necesidad de justificar el sacrificio por medio de ciertas ganancias en el acuerdo final.

El fracaso rara vez es evidente y obligaría a sus líderes a admitir su derrota públicamente, por lo que la situación posconflicto, aunque se negocien bien los acuerdos, será considerablemente peor que la de partida¹⁰⁴.

Dos instrumentos se emplean durante el posconflicto, y pueden ser incluidos en los acuerdos de paz: el de «Desarme, Desmovilización y Reintegración (DDR)», y el de «Reforma del Sector de la Seguridad (RSS)», que en el

¹⁰⁴ MITCHELL, C. «The Structure of International Conflict», St Martin's Press, Nueva York, 1981.

caso de Colombia añadiríamos la Defensa (RSSD). Aunque no citados con ese nombre, ambos procesos son identificables en los acuerdos de paz.

Los procesos DDR

Los procesos DDR, han sido el instrumento más empleado en el ámbito de la paz, seguridad, y desarrollo, por representar una lista ordenada de tareas que se ejecutan sucesivamente en un posconflicto. Pero en la actualidad el proceso DDR ya se negocia durante los conflictos armados y se pone en práctica en unos ambientes conflictivos, donde florecen los grupos insurgentes disidentes, la delincuencia transnacional, la violencia urbana y el terrorismo¹⁰⁵. El objetivo del DDR es,

«(...) contribuir a la seguridad y la estabilidad en los entornos, después los-conflictos, para que pueda dar comienzo la recuperación y el desarrollo. De este modo se ayuda a crear un entorno propicio para que se den procesos políticos y pacíficos al abordar el problema de seguridad que aparece cuando los ex combatientes están tratando de adaptarse a la vida normal, durante el período de transición vital desde el conflicto a la paz y el desarrollo»¹⁰⁶ (DPKO, 2017).

Una característica esencial del proceso DDR, es que permite que los antiguos combatientes contribuyan activamente al proceso de paz, sin duda el caso de las FARC-EP en Colombia:

- al negociar la forma de entrega de las armas,
- al definir los pasos concretos para abandonar las estructuras militares,
- al redactar la forma de reintegrarse en la sociedad en los aspectos político, social y económico¹⁰⁷.

Los programas de DDR tienen tres componentes:

- *El desarme*. Incluye recoger, documentar, controlar y eliminar armas pequeñas, municiones, explosivos y armas ligeras y pesadas en posesión de los combatientes y a menudo de la población civil.
- *La desmovilización*. Es la baja oficial y controlada de los combatientes activos de las fuerzas y grupos armados. Incluye una fase de «reinserción» con la que se proporciona asistencia a corto plazo a los excombatientes.
- *La reintegración*. Se trata de un proceso político, social y económico, con el que los excombatientes adquieren la condición de civiles y obtienen un empleo y unos ingresos estables¹⁰⁸.

¹⁰⁵ MUGGAH, R. y O'DONNELL, C. (2015). «Next Generation Disarmament, Demobilisation and Reintegration», *Stability: International Journal of Security & Development* 4(1): 30. Disponible en: <https://goo.gl/NzUp1y>

¹⁰⁶ DPKO, «Disarmament, Demobilization and Reintegration» 2017, disponible en: <https://goo.gl/t7x85h>.

¹⁰⁷ DPKO, *Disarmament, Demobilization and Reintegration*, *Op. cit.*

¹⁰⁸ *Ibíd.*

DDR en los acuerdos de paz

Veamos como contempla los acuerdos de paz¹⁰⁹ los procesos DDR: Lo primero que llama la atención es que no aparece el término DDR en ningún momento, pero eso no significa que el proceso no exista, muy al contrario el acuerdo simultanea los procesos de alto el fuego y DDR.

Desarme

En los acuerdos de paz es denominado «dejación de las armas, (DA)», y lo relaciona directamente con el «cese al fuego y de hostilidades bilateral y definitivo (CFHBD)» El apartado 3.1.1.1 del Acuerdo Final, define la dejación de las armas como «un procedimiento técnico, trazable y verificable mediante el cual la Organización de Naciones Unidas (ONU) recibe la totalidad del armamento de las FARC-EP -EP para destinarlo a la construcción de monumentos». El objetivo del Cese el fuego y Dejación de Armas incluye una fase de «reinserción»

«La terminación definitiva de las acciones ofensivas entre la Fuerza Pública y las FARC-EP -EP (...) y de esa manera crear las condiciones para el inicio de la implementación del Acuerdo Final y la Dejación de las armas y preparar la institucionalidad y al país para la Reincorporación de las FARC-EP -EP a la vida civil»¹¹⁰.

El acuerdo define el proceso como «organizado, trazable y verificable» con dos etapas, «control de armamento» y «dejación de las armas», que incluyen ciertos procedimientos técnicos: «registro, identificación, monitoreo y verificación de la tenencia, recolección, almacenamiento, extracción y disposición final»¹¹¹ (Acuerdo Final, 2016, págs. 66-7), y que será monitoreado y verificado por el Componente Internacional Mecanismo Tripartito de Monitoreo y Verificación (MM&V), de acuerdo con los protocolos del Acuerdo¹¹².

Desmovilización

Para el cumplimiento de lo acordado en relación con la dejación de armas, y para preparar la reincorporación económica, política y social, el Gobierno y las FARC-EP acordaron establecer veinte Zonas «Veredales Transitorias de Normalización (ZVTN)» y siete «Puntos Transitorios de Normalización (PTN)».

¹⁰⁹ ACUERDO FINAL PARA LA TERMINACIÓN DEL CONFLICTO Y LA CONSTRUCCIÓN DE UNA PAZ ESTABLE Y DURADERA, Bogotá, 2016, disponible en <https://goo.gl/LLDhHH>

¹¹⁰ ACUERDO FINAL, *Op. cit.* p. 58.

¹¹¹ *Ibíd.*, pp. 66-7

¹¹² ALTO COMISIONADO, «20 Zonas, denominadas Veredales Transitorias de Normalización (ZVTN) y 7 Puntos Transitorios de Normalización» 23-07-2017. Disponible en: <https://goo.gl/MM4HnS>, p. 1.

Criterios usados para la definición de las ZVTN:

Los criterios adoptados por las FAS para su selección fueron: que estén distantes de centros urbanos; con dimensiones adecuadas para garantizar la verificación y la seguridad interna y externa; que faciliten el apoyo logístico; separadas de las fronteras; y fuera de los parques naturales, de infraestructuras críticas, de cultivos ilícitos, minería ilegal, grupos étnicos y reservas indígenas¹¹³. Lo que es coherente con lo indicado en los acuerdos finales¹¹⁴.

El tamaño ZVTN, se define teniendo en cuenta el número de integrantes de las FARC-EP que estarán ubicados allí¹¹⁵, y se erigirán durante 180 días a partir del día D¹¹⁶. En determinados lugares —siempre en zona rural— se instalarán campamentos de 200 x 200 metros¹¹⁷.



Figura 4.20.

El número de campamentos en cada ZVTN se acuerda entre el Gobierno y las FARC-EP. La Fuerza Pública deberá proporcionar seguridad al desplazamiento de las unidades de las FARC-EP a ZVTN. A partir del D+5, las diferentes «misiones, comisiones y unidades tácticas de combate de los frentes de las FARC-EP» se desplazan hacia las ZVTN y PTN, siguiendo las rutas acordadas¹¹⁸.

«Reincorporación» (concepto ONU)

Las ZVTN además sirven para iniciar el desarrollo de la «Reincorporación a la vida civil de las estructuras de las FARC-EP en lo económico, lo político y

¹¹³ ACTUALIDAD ÉTNICA, «Los Indígenas y las Zonas Veredales Transitorias de Normalización —ZVTN—» 24-06-2016, disponible en: <https://goo.gl/5Gs8Fz>.

¹¹⁴ ACUERDO FINAL, *Op. cit.*, p. 62

¹¹⁵ ALTO COMISIONADO, *Op. cit.*, p. 3

¹¹⁶ En los términos que establece el Acuerdo, el Gobierno y las FARC-EP acordaron que el comienzo de la implementación se dio el 1 de diciembre de 2016.

¹¹⁷ ACTUALIDAD ÉTNICA, *Ibíd.*

¹¹⁸ ACUERDO FINAL, *Ibíd.*, p. 61.

lo social» en función de sus propios deseos. Estas Zonas son «territoriales, temporales y transitorias, definidas, delimitadas»¹¹⁹.

En la «preparación para la reincorporación a la vida civil» de sus combatientes, las FARC-EP en coordinación con el Gobierno, pueden realizar dentro de las ZVTN actividades de capacitación de sus miembros en labores productivas, y educación básica primaria, secundaria o técnica, de acuerdo con sus propios intereses. Dentro de los sesenta días siguientes al establecimiento en las ZVTN y los PTN, la Universidad Nacional de Colombia confeccionará un censo socioeconómico de los miembros de las FARC-EP para facilitar su proceso de reincorporación a la vida civil.

«Reintegración»: reincorporación a la vida civil

Una paz estable y duradera requiere de la reincorporación efectiva de las FARC-EP a la vida social, económica y política del país, que confirme su compromiso de «finalizar el conflicto armado, convertirse en sujeto político legal y aportar decididamente a la consolidación de la reconciliación nacional, la convivencia pacífica, la no repetición, y a transformar las condiciones que han permitido el origen y la persistencia de la violencia en el territorio nacional». Para las FARC-EP se trata de un paso de confianza en la sociedad colombiana.

La reincorporación a la vida civil será un proceso de carácter integral y sostenible, excepcional y transitorio, que considerará los intereses de las FARC-EP, de sus integrantes y sus familias, que pretende fortalecer el tejido social, la convivencia y la reconciliación y el desarrollo de actividades productivas y de la democracia local. Se fundamenta en el reconocimiento de la libertad individual y del libre ejercicio de los derechos individuales de sus miembros. El proceso de reincorporación y tendrá en todos sus componentes un enfoque diferencial, con énfasis en los derechos de las mujeres.

No recurrencia del conflicto

La fase más crítica del proceso DDR es la «reintegración», mucho más compleja y larga, y que requiere una estrecha coordinación con los procesos de RSS. Es en esta fase en la que la recurrencia del conflicto es más frecuente. Los retrasos en el proceso de reintegración a la vida civil, se ven acompañados de escaladas de tensión y reaparición de conflictos violentos, y una reintegración incompleta o inefectiva implica una mayor probabilidad de emergencia de diferentes formas de delincuencia armada¹²⁰.

¹¹⁹ *Ibíd.*, p. 62.

¹²⁰ P. N. Zena, «The Lessons and Limits of DDR in Africa» AFRICA SECURITY BRIEF NO. 24, pp. 1-8, 2013, p. 3.

Han surgido DDR de «segunda generación» para situaciones donde el conflicto podría estar aún activo, y los acuerdos de paz no se han alcanzado o son inefectivos, están presentes grupos armados diversos, y las líneas divisorias entre combatientes y civiles son imperceptibles. Muggah y O'Donnell han identificado la próxima generación en programas DDR como mucho más flexibles, ya que contemplan el empleo de la fuerza (en oposición a la obligatoriedad de una participación voluntaria), son más amplias en su alcance, vinculados a los objetivos de desarrollo, a la RSS, a la justicia transicional; y se negocian en el contexto local y no por medio de una fórmula establecidas¹²¹.

Sin duda los acuerdos de La Habana pertenecen a esta nueva generación de DDR. Ha dejado de ser un conjunto perfectamente secuenciado de actividades tras unos acuerdos de paz, para incluir un conjunto amplio de acciones, como la propia negociación y su puesta en práctica. Pero DDR no es una panacea contra la inestabilidad. Los conflictos pueden persistir e incluso aumentar debido a factores no relacionados con la DDR y, sin una estrategia de desarrollo viable, los procesos DDR más elaborados sufrirán dificultades a la hora de reintegrar a los antiguos insurgentes en la vida civil¹²².

La RSS

La página del DPKO de las NN.UU. considera básico que tras la finalización del conflicto se plantee una RSS¹²³, a la que califica de «elemento cardinal para el sostenimiento y consolidación de la paz, al tratar las raíces del conflicto, permitiendo crear unos cimientos sólidos para la paz y el desarrollo». La finalidad de la RSS es mejorar la seguridad humana creando organismos de seguridad eficaces y responsables, bajo control de las autoridades civiles, en un ambiente de Estado de derecho, y con pleno respeto a los derechos humanos.

En su informe a la Asamblea General y el Consejo de Seguridad de 2013, el secretario general opinaba:

«El éxito de la reforma del sector de la seguridad trasciende las actividades dirigidas a componentes individuales del sector, como la policía, el ejército, los controles fronterizos, la guardia costera y los servicios de emergencias civiles, entre otros, que buscan mejorar la eficacia y la profesionalidad de los proveedores de seguridad (...) Con el fin de crear una confianza básica entre los ciudadanos y las instituciones de seguridad del Estado, debe haber mejoras en la provisión, calidad y gobernanza de los servicios de seguridad. Esto requiere un enfoque claro en cuanto al obje-

¹²¹ Ibíd.

¹²² Ibíd., p. 6.

¹²³ <https://goo.gl/8zsV4q>

tivo último de incrementar la seguridad de las personas, lo cual, a su vez, requiere un diálogo inclusivo y la participación de las comunidades y de la sociedad civil»¹²⁴.

La Resolución 2151 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ratifica la importancia de la RSS en las operaciones de paz destacando:

- La centralidad de la jurisdicción nacional.
- La necesidad de un apoyo integrado y coherente a los esfuerzos nacionales de SSR.
- El carácter técnico y político del proceso SSR¹²⁵.

La RSSD en los acuerdos de paz

La RSSD, ha sido un proceso continuo que se inició con los presidentes Pastrana y Uribe, y que eclosionó con el presidente Santos, por lo que al igual que en los procesos DDR, podríamos hablar de RSSD de segunda generación. Pero como indica el Acuerdo final, se trata de dar inicio a una fase de mayor integración de los territorios, mayor inclusión social y de fortalecer la democracia.

Se trata de construir una paz estable y duradera, con la participación de todos los colombianos y colombianas. Con ese propósito, el de poner fin de una vez y para siempre a los ciclos históricos de violencia y sentar las bases de la paz...¹²⁶.

Décadas de conflicto han creado barreras que, para romperlas, se requiere abrir espacios para la participación ciudadana donde se promuevan el reconocimiento de las víctimas, el reconocimiento y establecimiento de responsabilidades, y el reconocimiento por parte de toda la sociedad de la necesidad de aprovechar la oportunidad de la paz.

El componente militar

En 1957, Huntington, en «The Soldier and the State» afirmaba que:

«La gente que actúa de una misma forma durante un largo periodo de tiempo, tiende a desarrollar hábitos distintivos y persistentes de pensamiento (...) la mentalidad militar, en este sentido, consiste en valores, acti-

¹²⁴ SG NU, «strengthening the United Nations comprehensive support to security sector» General Assembly, Sixty-seventh session, Agenda item 54, Comprehensive review of the whole question of peacekeeping operations in all their aspects Securing States and society, Nueva York, 2013.

¹²⁵ Resolución CS NU 2151, «The maintenance of international peace and security: Security sector reform: challenges and opportunities» CS NU, Nueva York, 2014.

¹²⁶ ACUERDO FINAL, *Op. cit.*, p. 6.

tudes, y perspectivas que son inherentes en el cumplimiento de la función militar y que se pueden deducir de la naturaleza de su función»¹²⁷.

La responsabilidad de la profesión es «mejorar la seguridad militar del Estado» y el desempeño de esta responsabilidad requiere cooperación, organización y disciplina; la subordinación del individuo a la voluntad del grupo¹²⁸.

Militares y política

La percepción militar de la política nacional es consecuencia de sus compromisos con la «seguridad militar del Estado». Este compromiso hace que los militares pongan al Estado en primer lugar, por la dimensión y e inmediatez de las amenazas contra la seguridad del mismo, lo que justifica disponer de unas Fuerzas Armadas fuertes, diversas, y preparadas.

El rol de los militares dentro de la sociedad ha sido estudiado en el marco del «control civil», y puede darse en dos formas básicas:

- Control subjetivo: que se alcanza cuando se fortalece al máximo el poder civil y que se ha desarrollado con dos mecanismos diferentes:
 - por medio de las instituciones gubernamentales
 - por medio de la constitución
- Control civil objetivo: se consigue maximizando la «profesionalidad» del militar, que es —*stricto sensu*— el objetivo del control civil¹²⁹.

Las futuras funciones de la FAS en Colombia

El presidente Santos anunció que una vez se firme la paz en Cuba, la Policía y el Ejército, especialmente, trabajarán más en aras de la seguridad ciudadana, un cambio sustancial:

«va a haber una redistribución a favor de la seguridad ciudadana, porque ya no tendremos que invertir o que focalizar el grueso de nuestras fuerzas, (...) entonces lo podemos re-focalizar hacia la parte de la seguridad»¹³⁰.

Santos creó la «Fuerza de Tarea Omega» para combatir a las FARC-EP en su «madriguera», en la región de El Caguán. En 2015 había más de 120 mil soldados profesionales diseminados por la selva y, tras la firma de los acuerdos, solo quedará una pequeña parte manteniendo la presencia. Los soldados recobrados se podrán redistribuir por todo el país para mejorar la seguridad de los colombianos¹³¹.

¹²⁷ HUNTINGTON, S. «The Soldier and the State: The Theory and Politics of Civil-military Relations», 1957, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, p. 61.

¹²⁸ *Ibíd.*, p. 63

¹²⁹ HUNTINGTON, The Soldier and the State, *Op. cit.*

¹³⁰ T. BETÍN DEL RÍO, «Funciones de las FF.AA. serán distribuidas, revela Santos» 10-12.2015, disponible en <https://goo.gl/SS4vK6>.

¹³¹ *Ibíd.*

El Ejército tras la firma del acuerdo de paz con las FARC-EP

Es una transformación en la que se viene trabajando hace tiempo y que pretende un Ejército para la paz, una institución más educada y preparada para «las disidencias que surjan de este proceso, el ataque frontal a quienes no se acojan a la negociación, la lucha por convicción contra las bandas criminales y la criminalidad en general, el crimen transnacional y las amenazas de otro orden que se puedan presentar»¹³².

¿Reducción militar y de presupuesto?

De hecho, los datos nos muestran que ya se ha producido una disminución importante en ambos aspectos, desde que se alcanzara el máximo histórico en 2014. Una de las grandes dudas es si ese Ejército para la paz tendría que reducirse aún más por la reducción del conflicto. Actualmente, el Ejército concentró gran parte de su energía en el «Plan Espada de Honor». El plan se desarrolló en 12 zonas del país, seleccionadas por su importancia estratégica, por ser fronterizas, o porque hay minería ilegal o cultivos ilícitos. En estas zonas se planea en base a dos líneas de acción principales: la ejecución sostenida de operaciones militares, y el acercamiento a la población¹³³.

Una vez firmados los acuerdos de paz, y recuperado el control territorial en esas zonas, la prioridad del Ejército sería la contención de bandas criminales, protección de las zonas libres de guerra y defensa de las infraestructuras críticas, como oleoductos, puentes, vías, entre otras, para alcanzar unas condiciones óptimas de seguridad en el marco del fin del conflicto.

«No las abandonaré, sino por el contrario cambiaré su objetivo para conseguir dichas condiciones que implican la desaparición del narcotráfico, la extorsión, el secuestro, el tráfico de armas, de municiones, de explosivos, de la minería ilegal como del oro, la plata o el coltán»¹³⁴.

Como lo afirma el general Jorge Enrique Mora, miembro del equipo negociador del Gobierno:

«Con la firma, se necesita fortalecer especialmente a la Policía. Y el Ejército tendrá aún el trabajo de seguridad por las BACRIM, narcotráfico y otros ilegales. Colombia va a necesitar sus FF.MM., pero con otra proyección. Y esa no puede ser la que quieren las FARC-EP, sino la que tracen los generales, como una fuerza regular de mayor capacidad».

¹³² *Ibíd.*

¹³³ BETÍN DEL RÍO, Funciones de las FF.AA. serán distribuidas, *Op. cit.*

¹³⁴ *Ibíd.*

Redefinición de la función militar

Son tres los factores que para Hens y Sanahuja¹³⁵ inciden básicamente en la redefinición de la función militar en el área latinoamericana:

- los cambios en el escenario estratégico global;
- los procesos de consolidación democrática y la nueva relación entre civiles y militares;
- los cambios en la política de EE.UU. hacia la región.

Los elementos remanentes en Colombia

Las Fuerzas Militares siguen siendo en Colombia actores clave para la soberanía nacional. La supervivencia del Estado, la integridad territorial, la recuperación de territorios históricos, y particularmente el aseguramiento de las fronteras, son funciones tradicionales de las Fuerzas Armadas. Las fronteras terrestres de Colombia son muy porosas. Los espacios fronterizos Colombia son en general periféricos, con terrenos difíciles de controlar, escasa población, en determinados lugares con identidades étnicas diferentes, definidas y transnacionales, y con una escasa presencia del Estado, que en algunos casos se reduce exclusivamente a las Fuerzas Militares.

Las relaciones cívico-militares

Son un conjunto complejo de interacciones, conflictos y alianzas entre militares, élites gobernantes y grupos de la sociedad. De acuerdo con David Mares¹³⁶, existen dos acuerdos fundamentales de cómo deben ser estas relaciones:

- El acuerdo entre civiles para no utilizar a los militares para obtener ventajas partidarias, y
- La subordinación militar al control civil, a cambio de la provisión de los recursos necesarios para realizar sus misiones, preferiblemente externas, más que internas, en la medida en que estas últimas pueden politizarse.

Rut Diamint¹³⁷, define con acierto el control civil de las Fuerzas Armadas como,

¹³⁵ HENS, M. y SANAHUJA, J. A. «Seguridad, Conflictos y Reconversión Militar en América Latina» NUEVA SOCIEDAD NRO.138 JULIO. AGOSTO , pp. 48-69, 1995.

¹³⁶ MARES, D. «Latin American economic integration and democratic control of the military, is there a symbiotic relationship?» de Civil military relations in Latin America: new analytical perspectives., Chapel Hill, University of North Carolina Press, 2001, pp. 223-245.

¹³⁷ DIAMINT, R., «Conducción Democrática de la Defensa», 8 junio 2011, disponible: <https://goo.gl/2ig9qf>.

«el proceso continuo de producción de políticas de defensa desde el poder legítimamente instituido, con una cadena de mando claramente definida, que garantiza que el principio y el fin de cualquier intervención bélica responde a una decisión de las autoridades civiles».

De forma que la intervención del Estado en el planeamiento de la política de seguridad y defensa, asegura que el control civil sea eficiente y eficaz¹³⁸.

De acuerdo con esta definición, y dado que los sucesivos planes de seguridad han sido cada vez más transversales e integrados, no cabe duda de que en Colombia existe un control civil de las Fuerzas Armadas. El que el citado control civil sea eficiente y eficaz, depende más del poder político, que de las propias Fuerzas Militares.

El enlace entre DDR y RSS

La importancia del enlace entre DDR y RSS se ha demostrado en diversos escenarios, como en el caso de Kosovo, donde la estrategia de trasladar a los excombatientes al nuevo sector de seguridad resultó eficaz, ya que ayudó a eliminar las lealtades partidistas, y crear una fuerza policial profesional con fuerte identidad nacional. En el caso de Liberia, muchos de los 13.500 soldados desmovilizados serían posteriormente incluidos en las nuevas fuerzas de seguridad¹³⁹. Los casos de Kosovo y Liberia mostraron las limitaciones y posibilidades de un marco DDR-SSR. Pero es conveniente favorecer la relación entre los dos mecanismos por diversas razones.

Los procesos DDR y RSS tienen un objetivo político común

El proceso DDR, permite una evolución segura de los insurgentes hacia la vida civil, y el proceso RSS, que busca la reconstitución y profesionalización de instituciones y actores de seguridad, son interdependientes y se refuerzan mutuamente. La coordinación mutua, pueden ayudar al país que sale de un conflicto, a garantizar su propia seguridad, en un marco de imperio de la ley, esencial para conseguir un desarrollo sostenible.

DDR y RSS están vinculados programáticamente

El fracaso de uno de ellos pone en peligro al otro. Los excombatientes que no están adecuadamente reintegrados en la sociedad civil pueden comprometer la RSS, ya que no se incorporan con éxito a la vida civil y podrían volver a tomar armas o evolucionar hacia bandas criminales. La población se vuelve

¹³⁸ *Ibíd.*

¹³⁹ MCFATE, S. «The Link Between DDR and SSR in Conflict-Affected Countries», Washington, The United States Institute of Peace, 2010, pp. 1-2.

vulnerable a la violencia, y el Estado se muestra incapaz de proteger a sus ciudadanos, lo que reduce su legitimidad. Incluso si el DDR tiene éxito, pero no se alcanzan los objetivos de la RSS, la población confía en actores no estatales para su seguridad.

DDR y SSR están vinculados operacionalmente

Muchos excombatientes buscan empleo en las nuevas fuerzas de seguridad que crean los programas de SSR durante la fase de la reintegración de DDR, por lo que ese momento representa el punto de intersección entre los dos procesos. Es decir, después de ser desarmados y desmovilizados, muchos excombatientes pueden buscar capacitación laboral y reintegración en el nuevo sector de seguridad como soldados o policías.

Refuerzo de los acuerdos de paz

Si se combinan DDR y SSR, se refuerza el acuerdo de paz mediante el fomento de la confianza entre los antiguos enemigos, lo que facilita el abandono de las armas y la entrada en la vida civil. Esto es particularmente probable si los excombatientes perciben que tendrán un papel importante en la elaboración y funcionamiento del Estado en la nueva situación. En caso contrario, muchos se enrolarán en las milicias, crimen organizado y compañías privadas de seguridad, que les permiten llevar armas legalmente, lo que facilitaría una eventual reaparición de los contendientes con nuevos nombres.

Promoción del desarrollo

DDR y SSR promueven conjuntamente el desarrollo, ya que el crecimiento económico depende de la seguridad y la estabilidad a largo plazo, que tanto DDR como SSR proporcionan cuando se implementan correctamente.

Conclusiones: las futuras tareas de las Fuerzas Armadas en Colombia

Con la aplicación del Plan Victoria, el escenario esperado para diciembre de 2017, era que se hayan ocupado todas las antiguas zonas de influencia de las FARC-EP, se hayan reducido de los índices de criminalidad a su mínima expresión, alcanzado las condiciones de seguridad necesarias para apoyar el desarrollo del proceso de desarme, desmovilización y reintegración de las FARC-EP, neutralizando las estructuras del ELN, de los grupos armados organizados y los fenómenos de criminalidad que más afectan la seguridad del país, mientras se potencia el control terrestre, marítimo, fluvial, aéreo y del ciberespacio y se hacen irreversibles los logros alcanzados. No falta optimismo.

Las tareas de las Fuerzas Militares tras los acuerdos de paz, no solamente no se verán reducidas, al menos a corto medio plazo, sino que el control de las zonas abandonadas por las FARC, evitando ser tomadas por disidentes de los propios frentes de las FARC, otros grupos insurgentes como el ELN, Bandas criminales, o grupos dedicados al narcotráfico y la minería ilegal, requerirá un esfuerzo militar comparable al anterior.

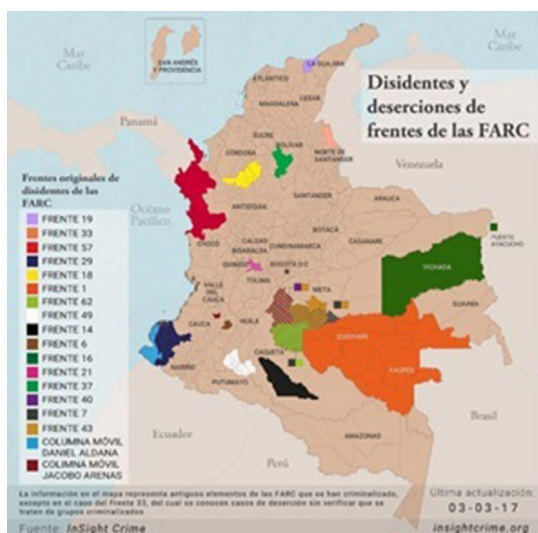


Figura 4.21.

Aunque el ministro de Defensa considere que el Estado ha ocupado los territorios liberados tras la desmovilización de las FARC-EP, las disidencias y deserciones de los frentes de las FARC-EP son un hecho, y el control no es efectivo. En algunas de las zonas liberadas, elementos de las FARC-EP se han criminalizado por los ingresos de la droga y la minería ilegal¹⁴⁰.

Un indicador fiable de la lucha entre actores armados por el control territorial, es el desplazamiento de la población civil¹⁴¹. Un caso reciente es el de la comunidad del Alto Baudó, en Chocó, donde tras la salida de las FARC-EP, se producen enfrentamientos entre el ELN y los urabeños, lo que ha dado lugar a un desplazamiento masivo de población al no poder garantizar el gobierno la seguridad de la comunidad local¹⁴². El ELN se ha beneficiados de la situación, incrementado su poder en el ámbito local.

Los red despliegues para controlar las zonas de desmovilización de las FARC-EP, han reducido la presencia de las fuerzas del gobierno en los corredores estratégicos de drogas, donde es previsible la llegada de nuevos actores.

¹⁴⁰ YAGOUR, M. «Colombia canta victoria antes de tiempo en disputa por antiguos territorios de FARC», Insight Crime, 9 de 3 de 2017, disponible en: <https://goo.gl/RtmoG8>

¹⁴¹ *Ibíd.*

¹⁴² YAGOUR, M. Colombia canta victoria antes de tiempo, *Op. cit.*



Ilustración 4.22. La situación en la frontera el año 2015, fuente (Semana, 2015)

Es prematuro anunciar una victoria, cuando la tarea pendiente es tan inmensa¹⁴³.

Por otro lado, las misiones tradicionales de mantener la soberanía e integridad del Estado, y el orden constitucional, se ven amenazadas por el carácter poroso de las fronteras colombianas y la presencia de vecinos hostiles. En un informe sobre la seguridad en la frontera con Venezuela, se identifica tres problemas graves.

- La situación de inseguridad en Norte de Santander por la presencia de grupos paramilitares posdesmovilización (GDPD), guerrillas y bandas criminales a ambos lados de la frontera; sobre todo el Clan Úsuga, los Rastrojos y las Águilas Negras.
- El contrabando de alimentos y gasolina, así como la reventa de productos básicos de la canasta familiar venezolana al interior de dicho país.
- La crítica situación de seguridad asociada a la minería ilegal en Vichada y Guainía.

Esta situación de tensión fronteriza es un riesgo para la soberanía e integridad territorial. En el proceso de deterioro de las relaciones de Colombia tanto con Venezuela como con Ecuador, los presidentes Chávez y Correa señalaron que la situación de seguridad fronteriza era tan compleja y el poder de las FARC sobre esos territorios tan grande que sus países más que limitar con la nación colombiana, lo hacían con ese grupo guerrillero, una aseveración que afectaba la integridad del territorio colombiano.

A la porosidad de las fronteras con Venezuela y Ecuador permitió infiltraciones del ejército bolivariano, como la reciente del municipio de Arauquita, en

¹⁴³ *Ibíd.*

semisumergibles¹⁴⁴ en el puerto de Buenaventura, navegan rumbo a Costa Rica, donde salen a flote en la zona de Puntarenas para reabastecer de combustible y un día después continúan su viaje hacia Méjico o hacia los Estados Unidos.

A medio plazo Colombia necesita desarrollar una Unidad Militar de Emergencias similar a la UME española. Colombia es uno de los países con más riesgos y más víctimas por desastres naturales del mundo y su Fuerza Pública no cuenta con una estructura conjunta especializada. En agosto del 2009 se creó el Batallón de Prevención y Atención de Desastres, BIADE, orgánico de la Brigada Especial de Ingenieros Militares, con la misión de proporcionar atención médica y humanitaria inmediata al personal damnificado por desastre natural. Pero un batallón es claramente insuficiente.

El Ejército anunció en 2016 el alistamiento de 12 batallones especiales de reservistas, para «luchar contra los efectos del cambio climático y atender eventuales desastres naturales», en reserva hasta que sean activados por un plan de movilización ordenado por el comandante de las Fuerzas Militares. Difícilmente se podrá alcanzar la plena operatividad, ni la oportunidad en la actuación de estos batallones. El 6 de abril de 2017, la avalancha causada por la creciente de la quebrada Taruca¹⁴⁵ ha dejado hasta el momento 254 muertos, 400 heridos, cerca de 200 desaparecidos, y 17 barrios afectados en Mocoa, la capital del Putumayo. Las Fuerzas Militares bajo el mando del general Juan Pablo Rodríguez Barragán, permanecieron en la zona con 1.120 hombres y mujeres.

La subordinación de la Fuerza Militar al poder civil, parece garantizada, como lo está la aplicación de la legislación relativa al derecho internacional humanitario y al derecho internacional de los derechos humanos. Las sucesivas políticas de seguridad, que han supuesto una evolución más que una ruptura, lo han ido confirmando, y los diversos planes militares derivados han mostrado una creciente preocupación por la población civil.

Ante este escenario, los objetivos y funciones extraídas de la Política Integral de Seguridad y Defensa para la Prosperidad, y sus planes derivados siguen estando vigentes. A la transitoriedad de las funciones asociadas al final del conflicto con las FARC-EP, hay que contraponer la continuidad de muchas amenazas y la emergencia de nuevos riesgos, sin olvidar la asertividad y violencia que se está produciendo en alguno de sus países vecinos, que pone en riesgo la seguridad regional, y obliga a mantener un grado de disuasión alto.

¹⁴⁴ Tienen la estructura de un torpedo, pero con gran espacio interior para transportar grandes cantidades de cocaína y marihuana, y son conducidas por dos personas.

¹⁴⁵ Taruca, afluente del río Sangoyaco, es un peligro para los habitantes que vive en el mismo lugar que el 17 de julio de 1957 se desbordó con piedra y lodo hasta el Barrio El Carmen. Los barrios afectados en 2017 eran entonces un baldío.

A corto medio plazo el pie de fuerza de las Fuerzas Militares y el presupuesto de militar no sufrirán previsiblemente cambios a la baja. El pie de fuerza y presupuesto de la Policía Nacional necesita un incremento sustancial, que permita afrontar el control de todo el territorio nacional, pero eso es una prospectiva a largo, muy largo plazo.

Referencias

- ACCIÓN DIRECTA. (20 de 1 de 2012). Plan Estratégico «Espada de Honor» de las FFMM.
- ACTUALIDAD ÉTNICA. (24 de 6 de 2016). Los Indígenas y las Zonas Veredales Transitorias de Normalización —ZVTN—.
- ACUERDO FINAL. (24 de 11 de 2016). ACUERDO FINAL PARA LA TERMINACIÓN DEL CONFLICTO Y LA CONSTRUCCIÓN DE UNA PAZ ESTABLE Y DURADERA. Bogotá.
- ALTO COMISIONADO. (23 de 07 de 2017). 20 Zonas, denominadas Veredales Transitorias de Normalización (ZVTN) y 7 Puntos Transitorios de Normalización. Obtenido de Oficina del Alto Comisionado para la Paz.
- ARCOS MOLAS, M. (26 de 01 de 2015). COLOMBIA: UN PAÍS SUMIDO EN MEDIO SIGLO DE CONFLICTO, ieee.es Documento Marco.
- BARRAGÁN, J. P. (1 de 5 de 2017). Fuerzas Militares de Colombia activan Plan Victoria. (Y. Dussán/Diálogo, Entrevistador)
- BETÍN DEL RÍO, T. (10 de 12 de 2015). Funciones de las FF.AA. serán distribuidas, revela Santos. Recuperado el 21 de 1 de 2016, de El Heraldo.
- BRODZINSKY, S. (18 de 4 de 2017). Colombia's armed groups sow seeds of new conflict as war with Farc ends. The Guardian.
- CARLIN, J. (16 de 12 de 2007). El narcosantuario de las FARC. El País:
- CGFM. (2017). Plan Militar «Victoria» por una paz estable y duradera. Bogotá: Comando General de las Fuerzas Militares.
- CHICA, D. (14 de 1 de 2016). Ejército creará batallones de reservistas para enfrentar desastres ambientales. Obtenido de CM&:
- CODHES. (2004). The «Patriot Plan». Boletín informativo de la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento, No. 50
- DIAMINT, R. (8 de junio de 2011). Conducción Democrática de la Defensa., de cedoh
- DIAMOND, L., & Plattner, M. (1996). Introduction. En L. D.-M. Democracy, Civil-Military Relations and Democracy (pág. 164). Baltimore y Londres: Johns Hopkins University Press.
- DONADO, M., & KUSROW, S. (2017). Atlas Comparativo de la Defensa en América Latina y Caribe edición 2016, RESDAL

- DPKO. (2017). Disarmament, Demobilization and Reintegration. United Nations Peacekeeping
- ECHANDÍA CASTILLA, C. (27 de agosto de 2015). Cincuenta años de cambios en el conflicto armado colombiano (1964-2014). Zero
- EJÉRCITO NACIONAL. (27 de 7 de 2017). Misión y Visión. Obtenido de Ejército Nacional patria, honor , lealtad.
- El Mundo. (1 de 4 de 2017). Fuerzas Militares brindan apoyo a colombianos damnificados en Mocoa. El Mundo.
- EL ESPECTADOR, (15 de 7 de 2010). Farc tienen 1.500 hombres en 28 campamentos en Venezuela. Obtenido de El Espectador:
- FELTER, C., y RENWICK, D. (2017). Colombia's Civil Conflict. Council on Foreign Relations.
- FUNDACIÓN SEGURIDAD Y DEMOCRACIA. (febrero de 2009). Seguridad y Defensa en la frontera de Colombia con Brasil y Perú. Bogotá, COYUNTURA DE SEGURIDAD No. 23.
- GIRALDO RAMIREZ, J. (2015). Las ideas en la guerra . Bogotá: Debate.
- GONZÁLEZ, M. F. (2017). La «posverdad» en el plebiscito por la paz en Colombia. Nueva Sociedad No 269, 114-126.
- HENS, M., y SANAHUJA, J. A. (1995). Seguridad, Conflictos y Reconversión Militar en América Latina. NUEVA SOCIEDAD NRO.138 JULIO. AGOSTO, 48-69.
- HOUGH, P. (2004). Understanding Global Security . Abingdon: Routledge .
- HOWARD, M. (1987). Las causa de los conflictos y otros ensayos. Madrid: Ediciones Ejército.
- HRW. (2017). INFORME MUNDIAL 2016 Colombia Eventos de 2016.
- HUNTINGTON, S. P. (1957). The Soldier and the State: The Theory and Politics of Civil-military Relations. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press,.
- HURST, G. (2015). Colombia accelerates peace talks with FARC . Jane's Intelligence Review 10-Apr-2015.
- KOURLIANDSKY, J.-J. (2010). Nuevas amenazas un concepto relativo. La Vanguardia, Dossier, n.º 84, 84-85.
- LAGUERRE, M. (1993). The military and society in Haití. Londres: Macmillan.
- LAZO, E. A. (25 de 09 de 2015). Colombia: la paz soñada. CRONOLOGÍA DEL PROCESO DE PAZ EN COLOMBIA.
- LOW, P. (2017). Anti-gang programme contributes to declining murder rate in Colombia's Cali, but theft and criminal violence remain common. Jane's Intelligence Weekly.
- MARES, D. (2001). Latin American economic integration and democratic control of the military, is there a symbiotic relationship? En D. Piolin-Berlin, Civil military relations in Latin America: new analytical perspectives. (págs. 223-245). Chapel Hill: University of North Carolina Press.

- MARTÍN, C. (29 de 03 de 2012). Colombia's New Counterinsurgency Plan. Stratfor.
- MCFATE, S. (2010). The Link Between DDR and SSR in Conflict-Affected Countries. Washington, The United States Institute of Peace.
- MEDDINGS, D. (2005). After the Emergency. Injury, Health Systems and Data Collection'. Ginebra, Suiza: World Health Organization. Obtenido de http://www.survivorconference.org/ppt/13_Meddings.ppt.
- MESA GISBERT, C. (2010). AMÉRICA LATINA DENTRO DEL PÉNDULO. FP Edición española.
- MITCHELL, C. R. (1981). The Structure of International Conflict ((reimpresión 1989) ed.). Nueva York: St Martin's Press.
- MORALES, L. F. (2014). Los pilares de la política integral de seguridad y defensa para la prosperidad como elementos determinadores para su consolidación. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.
- MUGGAH, R., y O'DONNELL, C. (2015). Next Generation Disarmament, Demobilisation and Reintegration. Stability: International Journal of Security & Development 4(1): 30, 1-12.
- NASI, C. (7 de 12 de 2015). Garantías de seguridad para las FARC: ¿qué sería razonable? razonpublica.
- NUEVO ACCIÓN. (3 de 12 de 2015). POR LOS FRENTE DE IBEROAMÉRICA: CARTEL DEL VALLE Y FARC SUMERGEN COCA EN COSTA RICA, SEGÚN INVESTIGACIÓN DE LA DEA Y COLOMBIA. El Nuevo Acción.
- ORTÍZ JIMÉNEZ, W. (2006). LOS PARAESTADOS EN COLOMBIA. GRANADA: UNIVESIDAD DE GRANADA Facultad de Sociología y Ciencias Políticas.
- PCSD. (2007). POLÍTICA DE CONSOLIDACIÓN DE LA SEGURIDAD DEMOCRÁTICA. Bogotá: Ministerio de Defensa Nacional.
- PISDP. (2011). Política Integral de Seguridad y Defensa para la Prosperidad. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia.
- PSD. (2003). Política de Defensa y Seguridad Democrática. Bogotá: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL.
- RAMÍREZ, J. (5 de 10 de 2016). El «No» ha sido la campaña más barata y más efectiva de la historia. La República, págs. <https://www.larepublica.co/asuntos-legales/actualidad/el-no-ha-sido-la-campana-mas-barata-y-mas-efectiva-de-la-historia-2427891>.
- RESOLUCIÓN CS NU 2151. (2014). The maintenance of international peace and security: Security sector reform: challenges and opportunities. Nueva York: CS NU.
- RODRÍGUEZ-HERNÁNDEZ, S. M. (2013). Revista Latinoamericana de Derechos Humanos 24 141 Volumen 24 (1-2). FUERZAS ARMADAS Y DERECHOS HUMANOS EN COLOMBIA: ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL TEMA, 141-157.

- SEMANA. (9 de 5 de 2015). Candente disputa electoral en la frontera. Semana SG NU. (2013). strengthening the United Nations comprehensive support to security sector re. Nueva york: General Assembly, Sixty-seventh session, Agenda item 54,
- SMITH, D. (2004). Trends and Causes of Armed Conflict. <http://www.berghof-handbook.net>: Berghof Research Center for Constructive Conflict Management.
- TREVERTON, G. F., y GABBARD, C. B. (2008). Assessing the Tradecraft of Intelligence Analysis. Santa Monica: RAND Corporation.
- URIBE, Á. (17 de 7 de 2017). Seguridad democrática. Fuerza Urivista.
- YAGOUB, M. (9 de 3 de 2017). Colombia canta victoria antes de tiempo en disputa por antiguos territorios de FARC. Insight Crime
- ZENA, P. N. (2013). The Lessons and Limits of DDR in Africa. AFRICA SECURITY BRIEF NO. 24, 1-8.
- ZULETA, E. (2015). Colombia Violencia Democracia y Derechos-Humanos. Ariel Ciencias Sociales.

Capítulo quinto

Gramáticas de la escucha: aproximaciones filosóficas a la construcción de memoria histórica

María del Rosario Acosta López

Resumen

El presente trabajo se propone abordar la pregunta por la tarea de la memoria histórica en Colombia a partir de una perspectiva filosófica, concentrada en particular en los retos epistemológicos y éticos que provienen de la elaboración e implementación de iniciativas de memoria en contextos de experiencia traumática. La intención fundamental del texto es presentar y analizar estos retos desde las consecuencias conceptuales que los contextos traumáticos le plantean tanto a los procesos de elaboración de memoria como a la práctica misma de la escucha de testimonios provenientes de experiencias traumáticas. A partir de allí, el texto se propone examinar los modos como, desde la filosofía, es posible comprender a cabalidad un aspecto de la tarea de la memoria que de lo contrario puede pasar desapercibido, y con ello, imaginar e identificar en la práctica cursos de acción y estrategias de escucha mucho más responsables, inclusivas y plurales.

Palabras clave

Memoria histórica, trauma, testimonio, escucha, latencia.

Las dificultades epistemológicas de la memoria histórica: hacia una aproximación filosófica

Las dificultades a las que se enfrenta la tarea de construcción de memoria en un contexto de transición como el que actualmente atraviesa Colombia son de diversa índole y habitan simultáneamente distintos registros para su formulación. Por un lado, nos encontramos ante la dificultad de la reconstrucción histórica de un conflicto de larga duración y muy compleja naturaleza, caracterizado por los silencios propios de una guerra con múltiples facetas y diversos actores, en la que las responsabilidades se encuentran distribuidas de modos muy complejos, y en la que es difícil encontrar, como en el caso de otros conflictos, una definición y perfiles claros tanto de víctimas como de victimarios. Por otro lado, dichos silencios son redoblados por una historia de silenciamiento institucional, en la que a décadas de una ausencia de voluntad de visibilizarían del conflicto, se suma además en muchos casos un esfuerzo explícito por hacer oídos sordos, sino incluso por borrar las huellas y acallar las voces, de aquellos más afectados por la violencia. Todos estos silencios marcan también el camino de la historia del conflicto en Colombia, y le plantean a la tarea de la memoria un reto fundamental. Pues no es posible reconstruir la historia del conflicto, en sus múltiples facetas, sin un esfuerzo adicional por hacer audibles estos vacíos de sentido, estos recuerdos fracturados —y en algunos casos literalmente obliterados— que tanto la larga duración como la naturaleza particularmente oblicua del conflicto dejan tras de sí como una de sus marcas más devastadoras.

A las dificultades con las que se topa así cualquier mirada y confrontación histórica con la realidad del conflicto en Colombia, y que son, si se quiere, de naturaleza tanto práctica como teórica —pues no es únicamente con el problema de la ausencia de fuentes y testigos con el que se encuentra el historiador en este contexto, sino con el modo mismo como, en Colombia, el olvido institucional *hace* historia y ha determinado e impedido su producción— se deben añadir también las dificultades que implica la reconstrucción de la *memoria* de esta historia, particularmente desde la perspectiva de sus sobrevivientes. Pues aquí nos encontramos también con una serie de silencios, marcados en muchos casos por el temor a la retaliación por parte de actores que aún ejercen control y ostentan poder sobre muchas de las zonas profundamente afectadas por el conflicto. Se trata, en efecto, de un temor que en Colombia ocupa un lugar central en el modo como se conforman y dislocan las comunidades afectadas por la violencia¹.

¹ Para una descripción y análisis detallado de estas dificultades, cf. las reflexiones recogidas por RIAÑO, Pilar y URIBE, María Victoria, «Constructing Memory amidst War: The Historical Memory Group of Colombia», *International Journal of Transitional Justice*, 2016, 0, 1-19.

Estos silencios, sin embargo, logran encontrar en muchos casos canales de salida, lugares de visibilización, que se han transformado también, en el caso de tantas comunidades sobrevivientes, en lugares de *resistencia*. La memoria como resistencia política ocupa así un lugar fundamental en el contexto transicional colombiano, y en el modo como se le ha hecho contrapeso tanto al silenciamiento violento como a la historia de olvido que permea aún una gran parte de las geografías de la violencia en el país. Basta así una mirada rápida a los múltiples informes publicados por el Centro Nacional de Memoria Histórica (CNMH), para comprender el papel fundamental que han jugado las iniciativas de memoria en comunidades afectadas por la violencia del conflicto en Colombia. El esfuerzo creativo de muchos sobrevivientes por conservar la memoria de lo ocurrido y hacerla visible va de la mano de una tarea de resistencia política a la presencia de los actores armados en algunas de las regiones del país más afectadas por la violencia².

No obstante, aquí las iniciativas de memoria se encuentran aún con una dificultad adicional, cuyo carácter no le pertenece ya únicamente a la naturaleza oblicua y prolongada del conflicto, ni a los consecuentes problemas teóricos para su enunciación y dilucidación histórica, ni a la apuesta política por una resistencia a los distintos modos de silenciamiento institucionalizados por la violencia. Se trata de una dificultad que tiene que ver, de manera mucho más estructural, si se quiere —o en un sentido de «estructura» que con frecuencia suele dejarse de lado en estos contextos— con los mecanismos que hacen posible en primera instancia la tarea de producción de memoria en un contexto donde la violencia atraviesa de manera profunda y radical la posibilidad misma de la producción de sentido, esto es, los lenguajes, formas de percepción y marcos conceptuales que, desde la perspectiva de sus sobrevivientes, son requeridos para la elaboración del recuerdo. Así, el trabajo de la memoria se topa también con las dificultades relacionadas con la elaboración y la comunicación de los testimonios provenientes de memorias traumáticas; esto es, en términos más específicos, con el problema de la *representación* de la violencia en contextos donde el trauma aún informa y determina —en muchas ocasiones impidiéndolo— el recuerdo de lo ocurrido.

Esta dificultad ha sido descrita ya exhaustivamente en los estudios clásicos sobre trauma y testimonio como la incapacidad que exhibe el sobreviviente de comunicar el horror de lo ocurrido. Una incapacidad que se relaciona, como lo han confirmado estudios más recientes provenientes del psicoanálisis, con el hecho de que una de las áreas más afectadas en muchos de los sobrevivientes de un evento traumático es precisamente el área simbólica de la formación del lenguaje³. Esta carencia de lenguaje para hablar de lo

² Particularmente interesantes en este sentido son las iniciativas de memoria recogidas por María Victoria Uribe en el informe *Memorias en Tiempo de Guerra. Repertorio de Iniciativas*, Centro Nacional de Memoria Histórica y Punto Aparte Editores, Bogotá, 2012.

³ Cf. por ejemplo la entrevista realizada por Cathy Caruth a Bessel van der Kolk. En su descripción de los avances del psicoanálisis en materia de evidencia para comprender el

ocurrido se conecta a su vez con la insistencia, muy presente en debates entre los teóricos del Holocausto, por ejemplo, y en las reflexiones filosóficas que se han derivado de estos, en la imposibilidad de encontrar palabras o cualquier representación adecuada para un tipo de violencia cuya magnitud e imprescriptibilidad sobrepasan toda capacidad de imaginar, y por tanto de hablar o dar sentido, al horror⁴.

Esta dificultad, o en ocasiones imposibilidad, de elaborar una memoria de lo ocurrido, y con ello, de traducir en una narración convencional el recuerdo de los hechos, se encuentra a la vez con una segunda dificultad que en el trabajo con testimonios ha sido menos tematizada, pero que resulta igualmente central en la elucidación teórica de los retos a los que se enfrenta la tarea de la memoria en un contexto de conflicto y violencia masiva como es el caso de Colombia. Se trata de aquella con la que se topa quien escucha y de los múltiples dilemas que surgen desde este lugar singular de encuentro cara a cara con el trauma; dilemas relacionados principalmente tanto con la responsabilidad por atender a la singularidad de la voz proveniente de sus fragmentaciones de sentido, como con los riesgos que se corren al intentar reintroducir el lenguaje dislocado de la memoria traumática en un contexto que permita darle visibilidad desde una perspectiva jurídica, política e histórica⁵. Se trata así, en este caso, de la dificultad de la producción de una ex-

fenómeno del trauma, dice van der Kolk: «ahora comprendemos que el quiebre [en los pacientes afectados por el trauma] ocurre al nivel central de la integración. Como resultado de ello [quien sobrevive a una experiencia traumática] continúa formando imágenes visuales pero carece de contexto para ellas, continúa por ejemplo asociando el sonido con el terror, pero no tiene ningún contexto en el que dicho terror se relacione con un evento del pasado, o del presente. La cuestión central aquí es que se ha perdido la capacidad simbólica». Van der Kolk en CARUTH, Cathy, *Listening to Trauma. Conversations with Leaders in the Theory and Treatment of Catastrophic Experience*, John Hopkins University Press, Baltimore, 2014, 155. La traducción es mía.

⁴ Cf. aquí por ejemplo el debate que Shoshana Felman y Dori Laub recogen en el prefacio a su estudio *Testimony: Crises of Witnessing in Literature, Psychoanalysis and History*, Routledge, Nueva York y Londres, 1991, y especialmente el capítulo dedicado a *Shoah* de Lanzmann, 204-283. Cf. también las reflexiones filosóficas recogidas al respecto por AGAMBEN, Giorgio, *Lo que queda de Auschwitz. El archivo y el testigo*, Pre-textos, Valencia, 1998; y el énfasis en lo inimaginable como el marco conceptual adecuado para pensar las representaciones sobre el Holocausto en DIDI-HUBERMAN, Georges, *Imágenes pese a todo. Memoria visual del Holocausto*, Paidós, Madrid, 2004. Finalmente, para una posición crítica con respecto a estas perspectivas que insisten en la irrepresentabilidad de la violencia traumática, cf. LA CAPRA, Dominick «Approaching Limit Events: Siting Agamben», en *History in Transit: Experience, Identity, Critical Theory*. Ithaca: Cornell University Press, 2004: 144-194.

⁵ De esta dificultad en el caso particular de Colombia habla sobre todo Alejandro Castillejo. Cf. CASTILLEJO, Alejandro, «La localización del daño: Etnografía, espacio y confesión en el escenario transicional colombiano», *Horizontes Antropológicos* 20, n.º 42 (2014): 213-236. Ya Castillejo había analizado un problema similar en el caso de Sudáfrica, relacionado allí también con la dificultad del encuentro entre marcos aparentemente inconmensurables de sentido entre quien escucha y quien testimonia, reflejados en la ausencia, en los reportes finales elaborados por la Comisión de la Verdad, de los innumerables testimonios

perencia real de escucha de aquello que ha sido silenciado por la violencia, y que corre el peligro de ser nuevamente excluido de una memoria incapaz de dar testimonio de los silencios que atraviesan, y también relatan, una cara esencial de la historia del conflicto.

Tal es la dificultad a la que se ha enfrentado la tarea particular de la *memoria histórica* en Colombia, y la apuesta, entre otros, del CNMH, por incorporar a la vez una mirada histórica, global, y estructural del conflicto, junto con los testimonios y los puntos de vista plurales de las víctimas individuales⁶. El problema, como ha sido descrito por los mismos investigadores del CNMH, es un problema no solo ético sino epistemológico, y requiere, entre otras tareas, la elucidación de modos distintos de producción de conocimiento histórico⁷. Más allá de ello, requiere también de una comprensión profunda de la naturaleza radicalmente otra de la experiencia traumática, y de los retos que esta plantea no solamente para su comunicación y representación, sino para nuestras concepciones usuales de historia y memoria, y para los marcos conceptuales —incluso espacio-temporales— a través de los que cuales solemos concebir y comprender la producción de sentido.

Considero que es en este aspecto en particular que la filosofía, entre otras disciplinas de las ciencias sociales, puede jugar un papel fundamental en relación con la tarea inaplazable de la memoria histórica y con el tipo de retos a los que nos enfrentamos en Colombia en el proceso de su implementación. Todo esto en un contexto en el que, en medio del reconocimiento explícito de la necesidad de múltiples iniciativas de memoria, *también es urgente preguntarse por los desafíos a los que nos enfrentamos en el proceso de responder a esa necesidad*. Así, una atención especial al tipo de retos epistemológicos que atraviesan la tarea de la memoria en contextos de violencia traumática, puede aportar claridad no solo acerca del tipo de dificultades con las que nos enfrentamos al hablar de memoria histórica, sino a los modos alternativos de producción de sentido (a lo que me referiré en el presente texto como *gramáticas*, como se verá más adelante) requeridos para la práctica de una actividad de escucha mucho más responsable y solidaria de los profundos quiebres estructurales producidos por la experiencia traumática en sus sobrevivientes.

A continuación, quisiera por tanto comenzar por reconstruir los *dos grandes retos epistemológicos* a los que considero que nos enfrentamos con la pregunta por la memoria en el caso de eventos de naturaleza traumática. Mi intención fundamental aquí es presentar y analizar estos dos retos a ca-

presentados por las víctimas (CASTILLEJO-CUELLAR, Alejandro, «Knowledge, Experience and South Africa's Scenarios of Forgiveness», *Radical History Review* 97 (2007): 11-42). Cf. también para un análisis similar en el caso de Sudáfrica, KROG, Antjie, MPOLWENI, Nosisi y RATELE, Kopano, *There Was This Goat: Investigating the Truth Commission Testimony of Notrose Nobomvu Konile*, University of KwaZulu-Natal Press, Scottsville, 2009.

⁶ Cf. SÁNCHEZ, Gonzalo, *Guerras, memoria e historia*, La Carreta, Medellín, 2006.

⁷ Cf. RIAÑO y URIBE, *Op cit.*, 14-15.

balidad, desde una perspectiva filosófica sobre el trauma, y por tanto, desde las *consecuencias conceptuales* que este le plantea tanto a los procesos de *elaboración de memoria* como a la *práctica misma de la escucha*. A partir de allí, me gustaría pasar a examinar cómo es que la filosofía propone confrontarse a dichos retos. Esto es, cómo desde la filosofía es posible comprender a cabalidad un aspecto de la tarea de la memoria que de lo contrario puede pasar desapercibido, y con ello, imaginar e identificar en la práctica cursos de acción y estrategias de escucha más inclusivas, dinámicas y plurales⁸.

«Catástrofes del sentido»: Retos filosóficos frente a la experiencia del trauma

Una aproximación filosófica al trauma, y a los retos conceptuales que este le plantea a nuestra comprensión habitual de los procesos de elaboración de memoria y a nuestras prácticas usuales de escucha de testimonios, exige una relectura de lo que ya para Freud, en sus primeras conceptualizaciones de la «neurosis traumática», y de la «latencia» y «compulsión de repetición» que la acompañan, se presenta como el *carácter paradójico* de la experiencia traumática —y por consiguiente—, como quisiera proponer a continuación, como el carácter problemático de aquello a lo que denominamos «experiencia» en el caso del trauma, y las consecuencias que esto trae consigo para nuestros acercamientos a dicho fenómeno⁹. Para Freud, una de las grandes

⁸ Más allá de la filosofía, pero partiendo de lo que, considero, es también un análisis de carácter filosófico de los retos presentados por la experiencia traumática, Shoshana Felman ha teorizado sobre los modos como el derecho puede verse afectado por dichos retos, a su vez que puede ser repensado y reconstituido para responder a ellos y proporcionar un escenario para la construcción de memoria y elaboración histórica del trauma. Cf. FELMAN, Shoshana, *The Juridical Unconscious. Trials and Traumas in the Twentieth Century*, Harvard University Press, Cambridge, 2002. Si bien no podré detenerme en este aspecto del problema, el análisis que presento a continuación está cercanamente atado a la propuesta de Felman. Para una elaboración detenida de esta relación cf. ACOSTA, María del Rosario, «Hacia una gramática del silencio: Benjamin y Felman», en DE GAMBOA, Camila y URIBE, María Victoria, *Los silencios de la guerra*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2017, 85-116.

⁹ No pretendo a continuación presentar una mirada exhaustiva de lo que el psicoanálisis denomina experiencia traumática, sino más bien regresar a los orígenes de sus formulaciones en los primeros estudios de Freud sobre el tema para extraer lo que he denominado aquí las consecuencias filosóficas, epistemológicas, de la «estructura traumática». Mi lectura de Freud sigue una línea particular de los estudios sobre trauma, inspirada sobre todo por el trabajo de Cathy Caruth y por lo que ella describe como la dimensión necesariamente literaria de la experiencia traumática (cf. CARUTH, Cathy, *Unclaimed Experience: Trauma, Narrative and History*, John Hopkins University Press, Baltimore, 1996; cf. también una referencia a la importancia de esta dimensión literaria, complementaria, del trauma, en FELMAN, Shoshana, *The Juridical Unconscious*, *op. cit.*, 8). A dicha dimensión literaria yo propongo añadir una dimensión filosófica, epistemológica, continuando en este sentido con el trabajo de psicoanalistas como ROTTENBERG, Elizabeth, «Freud's Other Legacy», *Parrhesia* 21 (2014), 13-22. Parte de lo que sigue a continuación ha sido también elaborado con detenimiento en ACOSTA, «Hacia una gramática del silencio», *op.cit.*

dificultades a las que nos enfrentamos en el caso de experiencias de naturaleza traumática es al hecho de que en estos casos no podemos hablar en estricto sentido de «experiencia», pues el evento original que ha desencadenado la reacción traumática no ha sido integrado y procesado aún por la mente como evento, como algo que *ha* ocurrido y *ha* sido experimentado, y por tanto, no le es asequible al paciente —no es «localizable» mentalmente— en forma de recuerdo.

La neurosis traumática es así, desde esta primera perspectiva, una ruptura radical no solo en la *vida de la mente* sino en el modo como el psicoanálisis hasta entonces daba cuenta de la *estructura de la experiencia* y de los procesos mentales. Freud descubre que en el caso del trauma «lo que retorna a acechar a la víctima no es en estricto sentido la realidad del evento violento, sino la realidad del modo como dicha violencia *no ha sido aún* enteramente procesada»¹⁰. Lo que ocasiona para Freud la neurosis traumática es una omisión o ausencia de formación o producción de «angustia» al momento de recibir el impacto y la fuerza del estímulo exterior: la mente no está preparada para procesar el evento, y por tanto, su impacto es inmediato; determinante, pero ilocalizable. El evento deja así una marca indeleble en la mente de quien lo recibe, pero al no alcanzar a recorrer los canales habituales que permitirían su elaboración, no deja tampoco tras de sí, ni alcanza a trazar, las «huellas mnémicas» que permitirían posteriormente localizarlo y llegar a él como recuerdo¹¹.

De ahí, continúa Freud, la compulsión de repetición que experimentan algunos sobrevivientes del trauma: un «deseo natural de conjurar y convocar lo olvidado y reprimido»¹² se liga en el caso del trauma con un *retardo* estructural (la *latencia* de la experiencia traumática), que convierte al evento (al accidente inicial) en aquello que ha sido desde siempre ya diferido, pues no ha sido aún, en estricto sentido, experimentado. Se trata así de un evento que, obsesiva y repetitivamente *presente*, «la mente no puede simplemente dejar atrás»¹³, pero le es a la vez imposible traducir en *pasado* como recuerdo, «accediendo» a él solo a partir de la repetición compulsiva del terror originario. Un terror que lo que marca, o a lo que refiere, no es a una experiencia, sino a la *ausencia* de dicha experiencia, a su carácter no procesado¹⁴. El trauma interrumpe por consiguiente de manera radical y pone en cuestión los mecanismos que usualmente permiten explicar el tránsito del evento al recuerdo a través de una concepción lineal (y narrativa) de la experiencia. El «demasiado pronto» de la ocurrencia del evento se conjuga aquí con el

¹⁰ CARUTH, Cathy, *Unclaimed Experience*, *op. cit.*, 6. Todas las traducciones de este texto y de todos los textos de Caruth son mías.

¹¹ Cf. FREUD, Sigmund, «Más allá del principio del placer», en *Obras completas*, tr. José Luis Etcheverry, Amorrortu, Buenos Aires, 1976 (7-62), 31.

¹² FREUD, Sigmund, *op. cit.*, 32.

¹³ Cf. CARUTH, Cathy, *Unclaimed Experience*, *op. cit.*, 4.

¹⁴ Cf. aquí nuevamente la cita de van del Kolk referida anteriormente, nota al pie 3.

«demasiado tarde» de la posibilidad de su integración, para dar lugar a una estructura y temporalidad paradójicas.

Esto conduce a su vez, en un segundo nivel de la reflexión, que si bien no es explícito en Freud, se sigue necesariamente de sus conclusiones iniciales, a una serie de retos inevitables para nuestras concepciones tradicionales de experiencia, memoria, historia y representación¹⁵. Lo que una comprensión detenida de la experiencia traumática pone de presente, en y a partir de Freud, es precisamente aquello que, desde el trauma, se revela como un reto radical a toda conceptualización, modo de escucha y comprensión habituales de la experiencia. Esto no implica de ninguna manera la renuncia a la posibilidad de elaborar el trauma; implica más bien la necesidad de la producción de esquemas conceptuales y marcos de sentido que permitan comprenderlo en sus propios términos, desde las paradojas características de su estructura, y más allá por tanto de una tendencia a reducirlo a *mera patología*. El trauma, escribe Cathy Caruth, es la historia de una herida que reclama ser escuchada, que nos convoca en su intento de hablarnos de una realidad o una verdad a la que no es posible acceder de ningún otro modo. Esta verdad, en su aparecer diferido y en el retardo de su llamado, no se liga únicamente con lo que puede ser conocido, sino también con aquello que permanece desconocido tanto en nuestras acciones como en nuestro lenguaje¹⁶.

Se trata pues de una verdad que desde su naturaleza irrepresentable (pues cómo *representar* aquello que aún no se ha hecho *presente*) exige ser escuchada y comprendida en y desde su incomprendibilidad, desde el evento que se inaugura justamente en aquella «incomprensión», y desde la resistencia que el «lenguaje del trauma» ofrece a la representación y a la clausura de sentido. Tomarse en serio aquello que Freud descubre por primera vez como paradójico en la experiencia traumática implica, pues, repensar de manera radical, en primer lugar, el *modo como hacemos memoria* de los hechos, esto es, el modo como nos aproximamos a aquello que concebimos como pasado, memoria e historia; y, en segundo lugar, la relación compleja que se deriva de allí *entre memoria, experiencia y lenguaje*. Estos son los dos lados de lo que he anunciado anteriormente como *los dos grandes retos epistemológicos* con los que nos confronta la estructura traumática, y que planteo, en el caso concreto del presente artículo, en relación con la tarea —urgente, inaplazable— de la implementación de estrategias de memoria

¹⁵ Esta problematización de la historia, y el nuevo tipo de conceptualización de la misma a partir de la radicalidad de la herida traumática y de sus borraduras constitutivas, es el tema del segundo trabajo de Caruth, cf. CARUTH, Cathy, *Literature in the Ashes of History*, John Hopkins University Press, Baltimore, 2013. Cf. sobre todo el último capítulo, «Psychoanalysis in the Ashes of History», 75-90. Para una visión crítica de la propuesta de Caruth, y una reflexión conceptual sobre el modo como la historia debe repensarse a la luz de la elaboración del trauma, cf. los trabajos de LACAPRA anteriormente citados.

¹⁶ CARUTH, Cathy, *Unclaimed Experience*, *op. cit.*, 4.

histórica en el contexto difícil, pero igualmente fértil y productivo, de la transición en Colombia.

Entre el exceso de memoria y la ausencia del recuerdo: las paradojas de la borradura traumática y los riesgos del archivo

Así, por un lado, está el problema filosófico del tipo tan particular de memoria —y con ella, del tipo particular de «olvido»— que acompañan a la estructura del trauma y la convierten en un desafío para la escucha de testimonios procedentes de experiencias traumáticas. ¿Cómo hacer memoria, en efecto, de aquello que no ha sido aún siquiera integrado como experiencia? ¿Cómo conducir aquello que se vive como presente indeleble a un lugar en el pasado que nos permita relacionarnos con ello desde un lugar distinto al de la repetición? ¿Y cómo ofrecer, en última instancia, una posibilidad de escucha y de comprensión de aquello que proviene de ese no lugar de la experiencia traumática, atrapado entre el terror del evento y la imposibilidad de recordarlo?

Atrapadas entre un exceso y una ausencia de memoria (entre una «amnesia y una hipermnesia», como lo describe Caruth en sus conversaciones con Van der Kolk¹⁷), las borraduras inscritas por el trauma habitan en un lugar inhóspito, entre la incapacidad de transformar el evento en pasado y su repetición compulsiva en el presente. El evento permanece, por un lado, indeleble, insistente, en la vivencia de la repetición de un terror que, no obstante, y por otro lado, no conduce al recuerdo del impacto originario sino a su ausencia, a la ausencia de una memoria que aún está a la espera de ser producida. ¿Cómo conservar pues esos olvidos constitutivos de la experiencia traumática sin perpetuarlos? ¿Cómo hacerlos audibles sin traicionar los quiebres de sentido de los que dan testimonio?

Estas preguntas se ubican también, en el panorama de las políticas de la memoria, en lo que en algunas ocasiones se presenta como una falsa dicotomía entre una memoria archivística, con voluntad de clausura, que busca encontrar «el» sentido y reconstruir «la» verdad de los hechos (y con ello, «resolver el caso» y «cerrar el archivo»), y una tendencia, por el contrario, a perpetuar el trauma a partir de una insistencia en la imposibilidad radical de su resolución y elaboración. Una y otra son solo las dos caras de una misma comprensión, equivocada, de las tareas y las dificultades a las que se enfrenta la memoria en contextos de transición, y el reto es lograr resistirse tanto al *optimismo epistemológico* de la primera, como al pesimismo que la segunda sostiene frente a las posibilidades de representación de la violencia, sobre el que ciertas éticas hiperbólicas terminan cayendo en su intento

¹⁷ CARUTH, Cathy, *Listening to Trauma*, op. cit., 157.

por resistirse a los peligros y los riesgos de una voluntad archivística de memoria¹⁸.

La clave para evitar caer en cualquiera de los dos lados de la ecuación, está en tener claridad sobre lo que Beatriz Sarlo señala como el paso equivocado, injustificado, y no obstante muy común en discusiones políticas sobre memoria, entre la demanda y el *derecho a la memoria*, por un lado, y la afirmación de una *verdad del recuerdo*, por el otro. «No hay una equivalencia entre ambos», asegura Sarlo, «tampoco el deber de memoria obliga a aceptar esa equivalencia»¹⁹. La advertencia, por supuesto, no es contra el principio mismo de un esfuerzo y una garantía de reconstrucción oficial de los hechos, sino más bien contra una «empresa de memoria» que desconozca sus propias limitaciones. El riesgo es pues el de una «epistemología ingenua» de la memoria, advierte Sarlo, que llevada por la urgencia de una producción de sentido en medio de la impunidad producida por la violencia, termina corriendo el riesgo de reemplazar la pluralidad de voces y testimonios (muchas veces incluso contradictorias entre sí) con una versión oficial de una «verdad legal» y una historia «institucional».

No se trata así de negar la necesidad inminente de una búsqueda por una «verdad de los hechos»: una *reelaboración del sentido* de lo sucedido que sea capaz de *dar cuenta* del pasado como parte integral, entre otros, de mecanismos jurídicos de imputación y reparación. Tampoco se trata de desconocer la capacidad que tienen algunos escenarios políticos y jurídicos para abrir estos espacios, necesarios, de producción de sentido²⁰. Se trata más bien de insistir en todo lo que aún queda por hacer una vez estos escenarios han llevado a cabo su tarea, y de la naturaleza complementaria de un trabajo de memoria que, más allá de los mecanismos legales, los lenguajes jurídicos, y los espacios de comprobación y verificación de los hechos, debe insistir en dar lugar y hacer audibles aquellas narrativas fracturadas, provenientes de una memoria traumática, muchas veces incapaz de producir un recuerdo

¹⁸ Para una discusión más detallada de estas dos tendencias, y de las consecuencias negativas que traen para la tarea de la reconstrucción de una memoria crítica-histórica, cf. LACAPRA, Dominick, «Traumatopisms», en *History and its Limits. Human, Animal, Violence*, Cornell University Press, Ithaca, 2009, 59-89.

¹⁹ SARLO, Beatriz, *Tiempo pasado. Cultura de la memoria y giro subjetivo*, 2005, 57.

²⁰ Para una dilucidación de este aspecto, y de la capacidad y las limitaciones del derecho para producir representación en contextos de daño masivo y violencia traumática, cf. el trabajo de RESTREPO, Esteban, «Justicia de las imágenes, justicia por las imágenes: apuntes para pensar la relación entre el derecho penal y la representación de la atrocidad masiva» en VV.AA., *Derechos Humanos: posibilidades teóricas y desafíos prácticos*, Librería, Buenos Aires, 2014, 336-352. Cf. también mi insistencia en la oportunidad que se abre en este sentido para el derecho en contextos de justicia transicional (y para la posibilidad de repensarse a sí mismo justamente en este espacio abierto a la redefinición de «representación») en ACOSTA, María del Rosario, «Between Law and Violence: Towards a Re-thinking of Legal Justice in Transitional Justice Contexts», en MENKE, Christoph, *Law and Violence*, London, Manchester University Press, 2017, 79-95.

unívoco, definitivo, de los hechos. La temporalidad del trauma habita un espacio muy distinto al de una narración unívoca, oficial, lineal de los hechos²¹. Y es aquí donde la tarea de una memoria histórica debe lograr negociar todos estos espacios, moverse simultáneamente entre las distintas experiencias de la violencia —y entre las distintas percepciones de experiencia que atraviesan el trabajo con testimonios— si no se quiere caer, nuevamente, en las epistemologías optimistas, y por tanto excluyentes, contra las que advierte Sarlo.

Así, la demanda por una reconstrucción del sentido, y las empresas de memoria oficiales que la acompañan, pueden terminar opacando las dificultades que intento traer a colación aquí a partir de la figura del trauma: los retos reales que se le plantean a la historia, a la memoria, e incluso a los mecanismos jurídicos y legales de reparación, cuando se comprende la naturaleza paradójica de la experiencia traumática y las dificultades de su *representación*.

Entre la ausencia de lenguaje y el exceso de sentido: las paradojas de la demanda proveniente del trauma y sus «grafías dañadas»

Esto nos conduce al segundo reto que se le plantea a la tarea de la memoria desde un análisis de las consecuencias filosóficas, epistemológicas, que trae consigo la estructura paradójica de la experiencia traumática. Pues si, por un lado, el trauma se constituye, como hemos visto, en un reto radical para los modos usuales de comprensión y elaboración de la memoria, esto se relaciona además con el hecho de que la ausencia de recuerdo viene a su vez acompañada de la imposibilidad de formación de sentido. Este aspecto de la estructura del trauma sale a la luz de manera evidente a partir de la escucha de testimonios de experiencias traumáticas. En la confrontación con la escucha de narraciones provenientes del trauma, se evidencia la dificultad de quien da testimonio por encontrar las palabras adecuadas para contar lo sucedido; la narración se fragmenta por las convulsiones de un lenguaje que ahora solo se muestra incapaz de dar nombre y significar el mundo que ha desaparecido²².

No se trata aquí únicamente de que las palabras no sean ya suficientes para describir el evento; la experiencia no es aquí solamente la del límite de lo que puede o no puede ser nombrado, descrito o narrado (el lenguaje siem-

²¹ Para un análisis más detallado de estas distintas temporalidades, y de los retos que en este sentido el trauma le plantea a la narración, cf. ACOSTA, María del Rosario, «La narración y la memoria de lo inolvidable. Un comentario al ensayo “El narrador” de Walter Benjamin», *Revista Malatesta*, número 3, 2014, 53-65.

²² Parte de lo que sigue a continuación ha sido analizado con detalle en ACOSTA, María del Rosario, «La narración y la memoria de lo inolvidable», *op. cit.*, 54-57.

pre se ha topado con esta imposibilidad de nombrar el horror). Se trata, más allá de ello, de que el lenguaje mismo ha dejado de ser lo que era, ha dejado de *significar*; sus sentidos habituales han sufrido un *resquebrajamiento irreversible*. El mundo que se desmigaja lo hace también en esta experiencia de convulsión del lenguaje, y el idioma que sobrevive ya no es aquel lenguaje cotidiano, equilibrado y seguro en el que se habitaba hasta entonces²³. La desaparición de un mundo es también la desaparición del lenguaje: la pérdida es así, en el caso de experiencias prolongadas o radicales de violencia, doblemente irreversible.

Esta es pues una segunda dificultad, muchas veces *inaudible*, por la que atraviesa cualquier reflexión que intente preguntarse por el papel de la memoria tras acontecimientos prolongados de violencia extrema; una violencia que, en el caso particular de Colombia, desdibuja su excedencia y su excepcionalidad al convertirse en la lógica sobre la que termina moviéndose, definiéndose y dándose forma (palabra) la realidad cotidiana. Se trata de uno de los efectos más estructurales (y por tanto menos visibles) que tiene la violencia traumática sobre aquellos que logran sobrevivirla, y a la que parece mucho más acertado referirse, como propone hacerlo Nelly Richard, como una «catástrofe del sentido»²⁴. Hay ciertos tipos de violencia, destaca Richard, que ocasionan el «derrumbe de los ordenamientos categoriales» tradicionales, desencadenando un estremecimiento de todos los contornos habituales del pensamiento y de nuestros modos usuales de comprensión.

A su vez, no obstante, esta *ausencia* de sentido con la que se topan tanto el testimonio como su escucha en el caso de la experiencia traumática, se combina con la realidad imprevista, *inaudita* (en todos los sentidos que esta palabra reclama en nuestro idioma), de una violencia para la que no hay aún lenguaje adecuado porque su *exceso* aún no ha sido hecho inteligible. No es solo que la violencia, y sobre todo aquella de naturaleza traumática, traiga consigo la destrucción radical del sentido —y con ello, como hemos visto, de manera literal, la incapacidad del sobreviviente por atestiguarla con su

²³ Detrás de esta descripción está un pasaje de Ismael Kadaré en su novela autobiográfica *Crónica de Piedra*. A continuación el pasaje que le sirve de referencia tácita aquí al análisis: «El lenguaje cotidiano, equilibrado y seguro hasta entonces, estaba de pronto convulsionado por la acción de un terremoto. Todo se derrumbaba, se quebraba, se fragmentaba. Había penetrado en el reino de las palabras. Era una tiranía implacable [...] El mundo se desmigajaba ante mis ojos». Estas palabras son pronunciadas por el personaje principal de *Crónica de piedra*, son las palabras del niño que alguna vez fue Kadaré en su ciudad natal en Albania durante la Segunda Guerra Mundial.

²⁴ RICHARD, Nelly, *Fracturas de la memoria. Arte y pensamiento crítico*. Siglo XXI editores, Buenos Aires, 2007, 13. Y vale la pena aclarar que, en el caso del trabajo de Richard, las descripciones se refieren a los sobrevivientes de tortura y desapariciones forzadas en Chile durante la dictadura de Augusto Pinochet; una violencia, pues, profundamente traumática. Cf. también para un análisis de este aspecto del trauma en relación con sobrevivientes de tortura en Chile el capítulo «Disappearing History: Scenes of Trauma in the Theater of Human Rights», en CARUTH, Cathy, *Literature in the Ashes of History*, op. cit., 54-74.

lenguaje—. La violencia también introduce nuevos sentidos, o si se quiere, más exactamente, nuevas realidades, impensadas, previamente inimaginadas (sí que lo sabemos en el caso de la realidad del conflicto en Colombia), que nos confrontan con aquello que Hannah Arendt, refiriéndose a los horrores de los campos de concentración nazis, describía como su «abominable originalidad»²⁵.

Por un lado, así, la violencia traumática *literalmente* no tiene sentido, no ha entrado aún en el registro de lo que es inteligible para nosotros, y ha atentado a la vez, por el contrario, contra todo sentido posible, preexistente. Por otro lado, sin embargo, no por ello deja de reclamar ser escuchada, hacerse audible, aunque todo mecanismo para su inteligibilidad haya sido erradicado por sus efectos devastadores. El trauma, insiste Caruth, es así una experiencia que «mientras desafía toda comprensión, exige no obstante ser comprendida»²⁶. Esta exigencia es, pero no es solo, una exigencia epistemológica. Se trata también, de la «responsabilidad urgente» que resulta de esa «demanda imposible» proveniente de la voz que clama, desde el trauma, ser escuchada²⁷.

En palabras de Françoise Davoine y Jean-Max Gaudillière, dos psicoanalistas cuyo trabajo es esencial también para entender al trauma como espacio de producción de sentido, se trata de ser capaz de estar atento a los silencios de aquello que ha sido excluido de la historia, de ser capaz de «atrapar a medio vuelo palabras congeladas en el viento; palabras excluidas, erradicadas, sin boca y sin sujeto»²⁸. «Allí donde no es posible hablar», continúan, «la puesta de esta imposibilidad en historias/en la historia» se constituye ella misma en testimonio y, con ello, inscribe esta historia en el presente²⁹. El desafío, pues, como también lo señala Richard, es tratar de pensar qué tipo de lenguaje es capaz ya no de sobrevivir dicha «catástrofe del sentido», sino de *relatarla*, de dar testimonio de su profunda y devastadora inaudibilidad. ¿Cómo hacer audibles los quiebres de sentido que habitan el testimonio? ¿Cómo darles voz sin traicionarlos? En última instancia, ¿cómo escucharlos propiamente?

La pregunta es entonces qué tipo de registros, qué tipo de gramáticas y marcos de producción de sentido son aquellos que, desde una experiencia otra, distinta, del lenguaje, puedan contar la historia de esa verdad, de lo contrario inaudible, proveniente de la experiencia traumática³⁰. Narrativas, pues, no

²⁵ ARENDT, Hannah, *The Origins of Totalitarianism*, Harcourt, New York, 1967, 441.

²⁶ CARUTH, Cathy, *Unclaimed Experience*, op. cit., 5.

²⁷ CARUTH, Cathy, *Unclaimed Experience*, op. cit., 104.

²⁸ DAVOINE, Françoise y GAUDILLIÈRE, Jean-Max, *History Beyond Trauma. Whereof one cannot speak, thereof one cannot stay silent*, Other Press, New York, 2004, 250-51.

²⁹ DAVOINE, Françoise y GAUDILLIÈRE, Jean-Max, *History Beyond Trauma*, op. cit., 256.

³⁰ Cf. aquí sobre todo la cita de Caruth traída anteriormente, nota al pie 16.; CARUTH, Cathy, *Unclaimed Experience*, op. cit., 4.

residuales (remanentes), como lo insiste Richard, sino *del residuo*³¹, capaces de dar cuenta de aquellas rupturas, silencios e intermitencias que de lo contrario quedan excluidas de la experiencia del lenguaje y de los registros en los que normalmente ubicamos la inteligibilidad de lo acontecido. «Lenguajes», entonces, «registros», que más que *del* trauma, como lo señala también Caruth, sean capaces de *atestiguarlo*³², de dar testimonio de sus «grafías dañadas», sin buscar por ello «rellenar los huecos de identidad con palabras de consuelo»³³. Esta exigencia se refiere al tipo de *escucha* que demandan los testimonios de la violencia, al reto por participar de la construcción de una memoria capaz de atender a los múltiples pliegues y fracturas trazados por las experiencias que estos testimonios buscan *comunicar*. Una memoria, entonces, cuya tarea no sea llenar de sentido nuevamente esas experiencias que han quedado sin lenguaje, sino buscar formas de narración que le «hagan justicia» a la pérdida catastrófica de significados que la violencia deja en quien la sobrevive, sin renunciar por ello tampoco a hacerlos inteligibles, a abrir espacios que posibiliten esa escucha ética, con sus reclamos y exigencias particulares.

Gramáticas de la escucha: una respuesta desde la filosofía a las demandas de la memoria

Quedan recogidos aquí pues, a grandes rasgos, los dos grandes retos que, desde una mirada filosófica a la experiencia del trauma, resultan de sus estructuras paradójicas y de la dificultad de las demandas que provienen de su muy singular constitución. Por un lado, está el reto que proviene de ese exceso y ausencia de memoria propios del trauma, y de las temporalidades paradójicas que resultan del encuentro imposible entre lo ilocalizable del evento y su repetición compulsiva. Por otro lado, queda planteada la dificultad que resulta de aquella catástrofe del sentido proveniente de la violencia traumática, del encuentro paradójico entre la ausencia radical de sentido y el exceso de significación que queda atrapado, sin poder ser comunicado, en el intervalo abierto entre la pérdida del lenguaje y la elocuencia de sus *grafías dañadas*.

³¹ Cf. RICHARD, Nelly, *op.cit.*, 124.

³² «How to move from a language of trauma to one that testifies to it», palabras de Caruth en su conferencia «Language and Trauma» dictada en la Universidad de los Andes en noviembre 27 de 2014. Caruth ha seguido trabajando en este tema del lenguaje en conexión con la escucha y la figura del «llamado» (address). Cf. el posfacio a la nueva edición de *Unclaimed Experience*, «Addressing Life: The Literary Voice in the Theory of Trauma», Johns Hopkins University Press, Baltimore, 2016, 116-139. Cf. también ACOSTA, María del Rosario, «Grammars of Listening, Grammars of Addressing: Towards a Philosophical Approach to Trauma and Memory (in celebration of the 20th Anniversary of Caruth's *Unclaimed Experience*)» (Cornell University Press, en prensa).

³³ RICHARD, Nelly, *op. cit.*, 125.

Cada uno de estos retos se mueve además, al menos, en dos dimensiones o registros desde los que quedan planteadas sus preguntas. Por un lado está esa *dimensión epistemológica* sobre la que he querido insistir desde el comienzo del presente texto con el fin de resaltar la importancia de la intervención de la filosofía en este aspecto de la discusión sobre los desafíos del trabajo de la memoria. Tanto el trauma, como los testimonios que provienen de su experiencia, ponen en cuestión de manera radical los modos como usualmente nos referimos, comprendemos y conceptualizamos las nociones de recuerdo y lenguaje, y con estas, como he sugerido hasta ahora, las metodologías a partir de las cuales entendemos las tareas implicadas en las iniciativas de memoria y en la producción de conocimiento histórico. Esta dimensión viene acompañada de, y conduce necesariamente a otra de carácter práctico, pues estos retos epistemológicos se traducen además en una *demanda ética*, un llamado a una responsabilidad por encontrar otros modos de escucha, otros espacios de comprensión y otros registros de audibilidad que permitan «hacer sentido» de aquello que el testimonio guarda y transmite tanto en sus palabras y temporalidades fragmentadas, como en sus silencios.

Es desde la combinación de estas dos dimensiones —desde la articulación de estas dos demandas, tanto ética como epistemológica, que queda trazada por los testimonios de experiencias traumáticas— que propongo pensar aquello a lo que me he referido más arriba con el nombre de «gramáticas de la escucha». «Gramáticas» pues, como ya lo he mencionado anteriormente, los retos que nos plantea el trauma en relación con sus posibilidades de representación no quedan descritos acertadamente si los entendemos únicamente como la insuficiencia de las palabras, y en última instancia, de todo lenguaje, para describir el horror. Con la noción de *gramática* quiero hacer alusión más bien a la idea de «marcos conceptuales», de sistemas alternativos de significación, móviles, articulados alrededor de la singularidad que en cada caso demanda la voz única proveniente del testimonio, capaces de enfrentarse tanto al *quiebre completo del sentido* producido por la violencia, como a la posibilidad de comunicar y encontrar posibilidades alternativas de representación para las *realidades imprevistas* introducidas también por la violencia traumática. Gramáticas pues capaces de inaugurar un encuentro de escucha real, y, por tanto, de producción de inteligibilidad, ante la inminencia de una voz que, de otro modo, corre el riesgo de ser descartada por la mirada histórica, de permanecer incomprensible en tanto se escapa a toda categoría ya existente, y de quedar revocada, por tanto, como *inaudible* —en lugar de ser declarada y entendida como *inaudita*—, como éticamente inaceptable y epistemológicamente imprevista.

En su encuentro teórico con los primeros testimonios provenientes de los campos de concentración nazis, apenas cinco años después de terminada la Segunda Guerra Mundial, y cuando no solo la inteligibilidad sino incluso la veracidad de los mismos aún estaba puesta en cuestión, Hannah Arendt

comprendió, con esa lucidez de pensamiento que caracterizó siempre sus escritos, no solo la *profundidad* del tipo de violencia que aquellos testimonios comunicaban, sino lo *estructural* de sus consecuencias y la *naturaleza filosófica* de su diagnóstico. Así lo escribe en el primer borrador de su manuscrito, escrito originalmente en inglés (no en alemán, lo cual es muy dicente), y publicado en 1951 bajo el título de *Los orígenes del totalitarismo*:

No hay paralelos con la vida en los campos de concentración. El horror allí vivido no puede nunca llegar a ser aprehendido enteramente por la imaginación, en tanto que se encuentra por fuera de todas nuestras categorías tradicionales, por fuera del mundo de la vida y de la muerte. Por lo mismo, no puede nunca llegar a ser reportado de manera completa, pues quien lo ha sobrevivido ha retornado al mundo de los vivos, lo que hace imposible para quien sobrevive creer en la veracidad de sus propias experiencias pasadas³⁴.

Nos encontramos aquí con una estructura paralela a aquella con la que nos enfrentábamos anteriormente en nuestro análisis de la experiencia traumática. Todo reporte, todo testimonio proveniente de los campos de concentración, cuenta a la vez demasiado y demasiado poco, haciendo imposible escuchar y darle sentido a aquello que desesperadamente busca comunicar. Lo máximo que el testimonio logra convocar, dice Arendt, es el exceso inimaginable—inconcebible, y por lo tanto indescriptible, irrepresentable— que no se acomoda a ninguna categoría dada de antemano para hacerlo inteligible. Tal es la sensación de «irrealidad» que atraviesa a estos reportes, continúa Arendt, «que incluso quien habla es asolado con frecuencia por las dudas acerca de la verdad de su propio testimonio, como si hubiese confundido a una pesadilla con la realidad»³⁵. Hay una tendencia en todo aquel que intenta escuchar estos testimonios y hacer sentido del horror que estos buscan comunicar, a huir instintiva o racionalmente de la experiencia. Quien intenta reportar sobre los campos está tan consciente del terrible abismo que separa al mundo de los vivos del mundo de los *muertos en vida*, que termina quedando enteramente atrapado en lo bestial, en el terror que, confrontado con el horror real y excesivamente presente, paraliza inexorablemente y reduce todo a mera reacción³⁶.

Ante esta inexorable paralización, que no solo impide ir más allá de un intento de escucha *ensordecidora*, sino que prolonga precisamente por ello el carácter irrepresentable, incomprendido e ininteligible, del hecho mismo del que el testimonio es solo, a su vez, testigo ilegible, Arendt insiste en la necesidad de una tarea distinta, temeraria y temerosa a la vez, capaz de quedarse allí donde toda tendencia es o bien paralizante o bien engeuedadora. Así escribe Arendt: «Solo la imaginación temerosa de aquellos que

³⁴ ARENDT, Hannah, *The Origins of Totalitarianism*, op. cit., 444. Todas las traducciones del texto son mías.

³⁵ ARENDT, Hannah, *The Origins of Totalitarianism*, op. cit., 439.

³⁶ ARENDT, Hannah, *The Origins of Totalitarianism*, op. cit., 441.

no se dejan paralizar por estos reportes, puede permitirse seguir *pensando el horror*»³⁷. La imaginación, continúa Arendt, es aquello que nos permite encontrar, precisamente allí donde hemos perdido todo criterio posible de medida y toda regla bajo la cual podamos subsumir lo particular, la posibilidad de comprender en la ausencia de categorías preconcebidas y de juzgar sin tener que acudir a una regla dada de antemano³⁸.

Allí donde la violencia no solo nos deja sin palabras, sino incluso sin sentidos, sin marcos de significación, la imaginación, insiste Arendt —una imaginación plástica y resiliente, profundamente productiva, que caracteriza para Arendt a la actividad filosófica— tiene la capacidad de producir categorías, criterios de juicio, en fin, *gramáticas*, que hagan posible un tipo de escucha distinta, responsable, crítica.

Arendt entiende que, frente a los dos retos centrales que se nos plantean con los testimonios provenientes de la violencia traumática, una de las tareas —si no queremos quedar paralizados por el horror, o bien caer en una condonación de los hechos al renunciar a su comprensibilidad— es el proyecto de proporcionar las *condiciones de posibilidad* para construir una *memoria de lo sucedido*, gramáticas que hagan posible una memoria capaz de convertir en un *pasado inteligible* aquellas historias atrapadas en ese lugar imposible entre la vida y la muerte. La *inteligibilidad* en este contexto no significa, sin embargo, y de ninguna manera, producir una justificación de los hechos, tampoco una explicación definitiva que termine haciendo desaparecer enteramente los quiebres de sentido producidos por la violencia. Se trata más bien de «la tarea de comprender», dice Arendt, «un proceso muy complicado que nunca puede pretender producir resultados inequívocos; una actividad sin tregua por medio de la cual, en constante cambio y variación, llegamos a confrontarnos e incluso a reconciliarnos con la realidad»³⁹. Esta reconciliación no es por tanto condonación de los hechos, ni mucho menos un perdón pronunciado sobre la realidad; es más bien la tarea que permite abrir un espacio en el que sea finalmente posible escuchar los testimonios provenientes del trauma sin tener que condenarlos a un espacio irreal, irreconocible. Escucharlos, dice Arendt, «ya no como si viniesen de otro planeta»⁴⁰, sino de un mundo demasiado humano, enteramente real, que ha permitido que algo así haya ocurrido.

La violencia radical cambia para siempre el espectro mismo de posibilidades admitidas por la realidad. En esta misma medida, cambia también para siempre, y cada vez en su singularidad, aquello que debemos aprender por tanto nuevamente a escuchar, a comprender, a ser capaces de recordar y dar

³⁷ ARENDT, Hannah, *The Origins of Totalitarianism*, *op. cit.*, 441.

³⁸ ARENDT, Hannah, «Understanding and Politics», en *Essays in Understanding*, Schocken, New York (307-327), 321.

³⁹ ARENDT, Hannah, «Understanding and Politics», *op. cit.*, 308.

⁴⁰ ARENDT, Hannah, *The Origins of Totalitarianism*, *op. cit.*, 446.

voz y audibilidad históricas. Esto no significa aprender a «hablar por otros», tampoco significa poder darles a otros, cederles a otros, nuestra voz. Significa no obstante que, entre otras opciones, tanto la filosofía como el derecho pueden producir las herramientas conceptuales, y las gramáticas, que permitan que quienes no han podido hacerlo hasta ahora hablen por sí mismos y puedan ser así escuchados en sus propios términos. Se trata así de una tarea modesta, pero enteramente necesaria. Como lo decía Arendt justamente de esta capacidad de comprensión y de creación de nuevas gramáticas, se trata de una tarea cuyo valor político inmediato no es en absoluto evidente, pero cuya actividad es enteramente necesaria. Aunque no pueda inspirar directamente la lucha política, sí puede hacerla significativa y preparar una nueva recursividad de la mente y el corazón humanos, que quizás llegue a hacerse solo enteramente visible una vez la batalla ya haya sido ganada⁴¹.

Referencias bibliográficas

- ACOSTA, María del Rosario, «La narración y la memoria de lo inolvidable. Un comentario al ensayo “El narrador” de Walter Benjamin», *Revista Malatesta*, número 3, 2014, 53-65.
- ACOSTA, María del Rosario, «Hacia una gramática del silencio: Benjamin y Felman», en DE GAMBOA, Camila y URIBE, María Victoria, *Los silencios de la guerra*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2017 (en prensa).
- ACOSTA, María del Rosario, «Between Law and Violence: Towards a Re-thinking of Legal Justice in Transitional Justice Contexts», en MENKE, Christoph, *Law and Violence*, London, Manchester University Press, 2017, 79-95 (en prensa).
- ACOSTA, María del Rosario, «Arendt on Totalitarianism as Structural Violence: Towards New Grammars of Listening», en O'BYRNE, Anne and SHUSTER; Martin, *Logics of Genocide: The Structures of Violence and the Contemporary World*, Indiana University Press, 2018 (en prensa).
- ACOSTA, María del Rosario, «Grammars of Listening, Grammars of Addressing: Towards a Philosophical Approach to Trauma and Memory (in celebration of the 20th Anniversary of Caruth's *Unclaimed Experience*)» (en prensa)
- AGAMBEN, Giorgio, *Lo que queda de Auschwitz. El archivo y el testigo*, Pre-textos, Valencia, 1998.
- ARENDR, Hannah, *The Origins of Totalitarianism*, Harcourt, New York, 1967.
- ARENDR, Hannah, «Understanding and Politics», en *Essays in Understanding*, Schocken, New York: 307-327.
- CARUTH, Cathy, *Unclaimed Experience: Trauma, Narrative and History*, John Hopkins University Press, Baltimore, 1996.

⁴¹ ARENDR, Hannah, «Understanding and Politics», *op. cit.*, 310.

- CARUTH, Cathy, *Literature in the Ashes of History*, John Hopkins University Press, Baltimore, 2013.
- CARUTH, Cathy, *Listening to Trauma. Conversations with Leaders in the Theory and Treatment of Catastrophic Experience*, John Hopkins University Press, Baltimore, 2014.
- CASTILLEJO-CUELLAR, Alejandro, «Knowledge, Experience and South Africa's Scenarios of Forgiveness», *Radical History Review* 97 (2007): 11-42.
- CASTILLEJO, Alejandro, «La localización del daño: Etnografía, espacio y confesión en el escenario transicional colombiano», *Horizontes Antropológicos* 20, n.º 42 (2014): 213-236.
- CNMH, *Memorias en Tiempo de Guerra. Repertorio de Iniciativas*, Centro Nacional de Memoria Histórica y Punto Aparte Editores, Bogotá, 2012.
- DAVOINE, Françoise y GAUDILLIÈRE, Jean-Max, *History Beyond Trauma. Whereof one cannot speak, thereof one cannot stay silent*, Other Press, New York, 2004.
- DIDI-HUBERMAN, Georges, *Imágenes pese a todo. Memoria visual del Holocausto*, Paidós, Madrid, 2004.
- FELMAN, Shoshana, *The Juridical Unconscious. Trials and Traumas in the Twentieth Century*, Harvard University Press, Cambridge, 2002.
- FELMAN, Shoshana, y LAUB, Dori, *Testimony: Crises of Witnessing in Literature, Psychoanalysis and History*, Routledge, Nueva York y Londres, 1991.
- FREUD, Sigmund, «Más allá del principio del placer», en *Obras completas*, tr. José Luis Etcheverry, Amorrortu, Buenos Aires, 1976: 7-62.
- KROG, Antjie, MPOLWENI, Nosisi y RATELE, Kopano, *There Was This Goat: Investigating the Truth Commission Testimony of Notrose Nobomvu Konile*, University of KwaZulu-Natal Press, Scottsville, 2009.
- LA CAPRA, Dominick «Approaching Limit Events: Siting Agamben», en *History in Transit: Experience, Identity, Critical Theory*. Ithaca: Cornell University Press, 2004: 144-194.
- LACAPRA, Dominick, «Traumatopisms», en *History and its Limits. Human, Animal, Violence*, Cornell University Press, Ithaca, 2009: 59-89.
- RESTREPO, Esteban, «Justicia de las imágenes, justicia por las imágenes: apuntes para pensar la relación entre el derecho penal y la representación de la atrocidad masiva» en VV.AA., *Derechos Humanos: posibilidades teóricas y desafíos prácticos*, Librería, Buenos Aires, 2014: 336-352.
- RIAÑO, Pilar y URIBE, María Victoria, «Constructing Memory amidst War: The Historical Memory Group of Colombia», *International Journal of Transitional Justice*, 2016, 0: 1-19.
- RICHARD, Nelly, *Fracturas de la memoria. Arte y pensamiento crítico*. Siglo XXI editores, Buenos Aires, 2007.
- ROTTENBERG, Elizabeth, «Freud's Other Legacy», *Parrhesia* 21 (2014): 13-22.

María del Rosario Acosta López

SÁNCHEZ, Gonzalo, *Guerras, memoria e historia*, La Carreta, Medellín, 2006.

SARLO, Beatriz, *Tiempo pasado. Cultura de la memoria y giro subjetivo*, 2005.

Capítulo sexto 1

Colombia: un proceso de paz innovador: enfoque de género

Emilio Cassinello

Resumen

Esta breve introducción señala los elementos innovadores que ha incorporado —y exigido— el complejo proceso de paz colombiano. Se individualiza el enfoque de género y constituye un prólogo al detallado estudio posterior sobre participación de las mujeres en las negociaciones entre el gobierno colombiano y las FARC-EP y el comienzo de la fase de posconflicto.

Palabras clave

Innovación, creatividad, enfoque de género, mujeres.

Abstract

This brief introduction points out the innovative elements embodied –and demanded- by the complexities of the Colombian peace process. The “gender focus” is particularly highlighted and thus is a prologue to the detailed text that follows on female participation in the negotiations between the Colombian Government and the FARC-EP, and in the beginning of the post-conflict stage.

Keywords

Innovation, creativity, gender focus, women.

El presidente de Colombia, Juan Manuel Santos, ha caracterizado en repetidas ocasiones las negociaciones con las FARC-EP como un proceso que «requiere muchísima creatividad»¹. En ese mismo discurso de 3 de agosto de 2016 afirmaba que «(...) el fin del conflicto, que es lo que vamos a firmar, no es la paz. Ahí comienza la construcción de la paz, pero se requiere mucha creatividad, mucha innovación para poder construir bien esa paz (...) una paz estable y duradera».

El equipo negociador colombiano —encabezado por Humberto de la Calle y el alto comisionado para la Paz Sergio Jaramillo— demostraron cumplidamente ser unos hábiles e imaginativos ejecutores de este paradigma, en un proceso que —después de cerca de cinco años de negociaciones, entre secretas y públicas— resultó en «un nuevo modelo para la paz», «un regalo de Colombia al mundo»² en un escenario global en el que las buenas noticias son tan anómalas como escasas.

El propio presidente Santos hacía el listado de las novedades que había generado el propio proceso: (i) El hecho de establecer un marco previo de discusión en estricto secreto (los seis puntos de la agenda); (ii) «Poner a las víctimas en el centro de la solución»: antes de la firma del Acuerdo habían registradas 7,7 millones, y con la Ley de Víctimas y Tierras se había anticipado la reparación a 700.000, con la restitución de 200.000 hectáreas de tierra a campesinos desplazados por la violencia³; (iii) «Por primera vez en la historia de la resolución de conflictos armados las dos partes acuerdan un sistema especial de justicia (...) y una guerrilla deja las armas para someterse a la justicia que ella misma ayudó a construir», con la pretensión de conseguir «la máxima justicia que permita la paz» —una justicia reparadora/restaurativa frente al concepto de justicia retributiva, en el siempre inestable e incómodo equilibrio entre paz y justicia; (iv) Y, finalmente: «Esta es la primera vez que se incluye un capítulo de género en un proceso de paz, el reconocimiento de la mujer como víctima y su papel en el posconflicto».

La suma de estos ejercicios de anticipación de realidades procesales y soluciones han inventado un camino inédito hacia la resolución de un conflicto con una aciaga historia de más de medio siglo, una exasperada guerra civil (Henri de Montherlant decía —con razón— que la guerra más monstruosa era la guerra civil), alimentada y agravada por el narcotráfico y el secuestro.

¹ Discurso 3 agosto 2016, «Encuentro Nacional – La creatividad para construir la paz» <http://es.presidencia.gov.co/discursos/160803-Palabras-del-Presidente-Juan-Manuel-Santos-en-el-Encuentro-Nacional-La-creatividad-para-construir-paz>

² Shlomo Ben Ami, uno de los asesores del equipo gubernamental, en «El regalo de Colombia al mundo», 30 agosto 2016. <http://www.eltiempo.com/opinion/columnistas/el-regalo-de-colombia-al-mundo-shlomo-ben-ami-columna-el-tiempo/16687388> The Making of a Peacemaker: An Interview with President Juan Manuel Santos Conducted by Shlomo Ben-Ami. Projects Syndicate (14 marzo 2016); (<https://www.project-syndicate.org/onpoint/the-making-of-a-peacemaker-2017-01?barrier=accessreg>)

³ *Ibíd.*, Discurso 3 de agosto 2016.

La opinión internacional parece haber reconocido este tenaz esfuerzo especular de imaginación innovadora. Además del apoyo durante estos años de negociación en Oslo y La Habana —ONU, UE, OEA, varios enviados especiales, países garantes, países acompañantes» el Premio Nobel de la Paz (concedido a Santos días después del NO en el plebiscito y que inmediatamente el Presidente consideró otorgado a todos los colombianos y ofreció en especial a las víctimas) fue un elemento activo de *cambio de clima* —lo que los anglosajones llaman «gamechanger»— en un momento crítico, justo después de un plebiscito de refrendación perdido por una fracción menor al 1 % —con una abstención de más del 63 % (...). Ya días después del NO, Joaquín Villalobos aseguraba —desde su experiencia como exguerrillero salvadoreño y asesor del gobierno colombiano— «Aquí no ha pasado nada (...) no es el regreso a la guerra, es la vuelta a la política»⁴. Aunque Sergio Jaramillo, con la vista puesta en el calendario electoral 2018, en una intervención con ocasión del «Foro de Premios Nobel de la Paz» (Bogotá 3 de febrero de 2017) acotaba cautelosamente: «a no ser que el interés por la política venza al interés por la paz».

Uno de los activos más singulares que se encuentran en el censo de estas innovaciones pioneras, es precisamente una de las razones de parte considerable del voto contrario: el «enfoque de género», interpretado por buena parte de los partidarios del NO como un «enfoque ideológico» que destruiría los valores de la familia tradicional cristiana. Por contra, en la argumentación de la propuesta al Nobel, este mismo enfoque se señalaba como mérito incontrovertible: «La naturaleza innovadora de cómo se ha conducido el proceso de paz colombiano se refleja especialmente en la creación de una Subcomisión de Género que recibió propuestas de mujeres y de la comunidad LGBTBI»⁵.

Las consideraciones y la dinámica que llevaron a este resultado, y el análisis del alcance de esta medida transversal tanto en el primer Acuerdo (24 de agosto, 297 páginas, rechazado en el Plebiscito) como en el Acuerdo «reajustado» (12 de noviembre, 310 páginas), es examinado con toda extensión y detalle a continuación, con la rigurosa aportación de María Isabel Niño, joven investigadora colombiana asociada al CITpax-Bogotá.

La reflexión de partida —en su dimensión estadística— es engañosamente simple: una negociación que pretenda poner fin a un conflicto pero que no tiene en cuenta a la mitad de la población es difícilmente sostenible y prácticamente inoperante para la construcción de la paz. Históricamente una «paz de las élites» es frágil y reiteradamente impotente para asegurar la reconciliación nacional. La visión inclusiva del proceso colombiano aporta garantías sólidas si no seguridades absolutas. Y cae de ojo —que dirían nuestros

⁴ El País, Opinión. 5 octubre 2017.

⁵ Traducción del inglés propia.

clásicos— que sin la parte femenina de la sociedad no podría hablarse de un acuerdo inclusivo.

Decía Paul Valery que «la paz es estado de cosas en el que la hostilidad natural de los hombres entre sí (entiéndase como humanidad) se manifiesta por medio de creaciones en lugar de traducirse por destrucciones como ocurre en la guerra». Contando con sus mujeres —que han probado ampliamente su valor e inteligencia— las expectativas de una Colombia creativa y en paz, a pesar de todas la previsibles e inevitables complicaciones, debieran ser inmejorables.

Capítulo sexto 2

Aspectos novedosos de la participación política de las mujeres en el proceso de paz con las FARC-EP

María Isabel Niño Contreras

Resumen

El propósito de este texto es señalar las novedades y retos de la participación política de las mujeres en el proceso de paz entre el Gobierno colombiano y las FARC. Para tal fin, se explica primero cómo sucedió la integración de las mujeres y la perspectiva de género en el proceso de negociación con las FARC-EP; segundo, se analizan los aciertos de la participación de las mujeres en el Acuerdo de Paz definitivo; y, finalmente, se mencionan algunos de los retos que enfrenta en la práctica.

Palabras clave

Procesos de paz, Colombia, Mujeres, Participación política, Género.

Abstract

The purpose of this text is to point out the novelties and challenges of the political participation of women in the peace process between the Colombian government and the FARC-EP. To develop the aforementioned, it explains how the integration of women and the gender perspective occurred in the negotiation process with the FARC-EP; second, it analyzes the success of women's participation in the peace agreement; and, finally it mentions some of the challenges that faces in practice.

Keywords

Peace Processes, Colombia, Women, Political Participation, Gender.

La participación política de las mujeres en los procesos de paz ha sido históricamente limitada. Según un informe de ONU Mujeres, de 31 países en procesos de transición entre 1992 y 2011, tan solo el 4 % de signatarios y el 9 % de negociadores eran mujeres¹. En Colombia, la inclusión de las mujeres en estos procesos ha sido menor al promedio mundial. Un estudio publicado en 2016 señaló que la participación de las mujeres en niveles decisorios en los procesos de paz en Colombia durante 1982 y 2002 alcanzó tan solo el 3,06 %².

La baja participación de las mujeres en los procesos de paz no solo se refleja en los porcentajes de inclusión. La introducción de contenidos específicos de género en los acuerdos es, de hecho, la excepción. Se estima que de 585 acuerdos de paz pactados en el mundo entre 1990 y 2009 solo el 27 % de estos hacen alguna referencia —usualmente una cláusula general de igualdad— a las mujeres o al género³.

Es evidente, entonces, que históricamente las mujeres y el enfoque de género han tenido un rol relegado en las negociaciones y acuerdos de paz a lo largo del mundo. Habría que preguntarse por qué es importante una mayor participación de las mujeres en este tipo de negociaciones, así como la inclusión de más referencias —y respuestas apropiadas— a la igualdad de género en los acuerdos de paz. A pesar de que esta pregunta en sí misma impone una carga adicional a las mujeres, ya que la participación de los hombres no ha tenido que justificarse, existen varias ideas que resaltan la importancia de las mujeres y el enfoque de género en este ámbito. La inclusión de las mujeres en la solución de conflictos y la consolidación de la paz, más allá de significar una contribución especial y excepcional (aporte que por supuesto no se exige *a priori* a los hombres), debe entenderse como un asunto de justicia, igualdad y sostenibilidad. Se calcula que no solo la mayoría de víctimas de los conflictos armados son mujeres, sino que el impacto de la guerra sobre ellas es diferenciado⁴. En Colombia, por ejemplo, se conoce que el 84 % de las víctimas de desplazamiento forzado y el 82 % de la violencia sexual son mujeres⁵. Adicionalmente, la experiencia ha señalado que los acuerdos de paz que se han destacado por la inclusión sistemática de contenidos especí-

¹ ONU MUJERES. «Participación de las mujeres en las negociaciones de paz: relaciones entre presencia e influencia», 2012, p. 3.

² DEJUSTICIA. «Negociando desde los márgenes: la participación política de las mujeres en los procesos de paz en Colombia (1982-2016), Bogotá, 2016, pp. 51-75, 78, Tabla 16.

³ *Op cit.* ONU MUJERES. P. 17.

⁴ Al respecto ver: la Resolución 1325 de 2000 (y 2242 de 2005) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas; VILLELLA, María. «Procesos de paz y perspectiva de género». Escola de Cultura de Pau, Barcelona, 2016.

⁵ DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN y UNIDAD PARA LA ATENCIÓN Y REPARACIÓN INTEGRAL A LAS VÍCTIMAS. «Lineamientos de política pública para la prevención de riesgos, la protección y garantía de los derechos de las mujeres víctimas del conflicto armado». Cartilla Conpes 3784. Bogotá, 2014, pp. 23, 25.

ficos de género son acuerdos donde las mujeres participan más⁶. Es decir, en términos generales los acuerdos con participación de mujeres cuentan con más herramientas de análisis y, en ese sentido, son más completos.

Entendiendo la importancia de la participación de las mujeres y su baja representación histórica en los procesos de paz, el objetivo de este texto es argumentar que la inclusión de las mujeres en la negociación y la integración del enfoque de género en el Acuerdo final son elementos novedosos del proceso de paz entre el Gobierno colombiano y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (en adelante FARC-EP)⁷. Lo anterior, teniendo en cuenta que, (i) los índices de inclusión de mujeres aumentaron —en comparación con los procesos de paz realizados anteriormente en Colombia y en el mundo—; (ii) se creó una Subcomisión especial para escuchar y analizar estos temas y; (iii) la perspectiva de género integrada en el Acuerdo final fue transversal. Para tal fin, se explicará primero cómo fue la integración de las mujeres y la perspectiva de género en el proceso de negociación con las FARC-EP; segundo, se analizarán los aciertos de la participación de las mujeres en el Acuerdo de paz definitivo; y, finalmente, se señalarán algunos de los retos a los que se enfrentarán en la práctica.

«La paz sin las mujeres ¡no va!»

El Gobierno colombiano y las FARC-EP iniciaron conversaciones exploratorias secretas en el mes de febrero del año 2012. Seis meses después, el presidente de la República, Juan Manuel Santos, le comunicó a la opinión pública el inicio formal de la Mesa de negociación y la firma de un Acuerdo marco entre el Gobierno y las FARC-EP donde se establecía una hoja de ruta para la terminación del conflicto armado⁸.

⁶ *Op. cit.* ONU MUJERES. P. 22.

⁷ Esta idea ha sido defendida también por organizaciones colombianas de mujeres, centros de investigación y distintos actores internacionales. Al respecto ver: *Op. Cit.* DEJUSTICIA (2016). P. 88; CORPORACIÓN HUMANAS. «Vivencias, aportes y reconocimiento: las mujeres en el proceso de paz en La Habana» Bogotá, 2017. P. 16; EL PAIS. «Colombia, un proceso de paz con perspectiva de género». 21 de septiembre de 2016. Disponible en: http://internacional.elpais.com/internacional/2016/09/21/colombia/1474418366_503575.html. Fecha de la consulta 19.07.2017; ONU MUJERES. «Declaración conjunta de Phumzile Mlambo-Ngcuka y Zainab Hawa Bangura sobre el compromiso histórico entre el Gobierno de Colombia y las FARC-EP en la mesa de conversaciones de paz de La Habana» 26 de julio de 2016. Disponible en: <http://www.unwomen.org/es/news/stories/2016/7/joint-statement-by-phumzile-mlambo-ngcuka-and-zainab-hawa-bangura>; Fecha de la consulta 19.07.2017; ¡PACIFISTA! «Así se ganaron las mujeres su papel en la historia de la paz». 5 de julio de 2017. Disponible en: <http://pacifista.co/a-pulso-las-mujeres-del-gobierno-y-las-farc-se-ganaron-su-papel-en-la-historia-de-la-paz/> Fecha de la consulta 19.07.2017.

⁸ EL HERALDO. «Cronología: Conozca lo que ha pasado en el proceso de paz con las Farc desde el 2012». 22 de junio de 2016. Disponible en: <https://www.elheraldo.co/nacional/cronologia-conozca-lo-que-ha-pasado-en-el-proceso-de-paz-desde-el-2012-267772>. Fecha de la consulta 19.07.2017.

El inicio de las conversaciones con las FARC-EP generó comentarios y polémica en todo el país. Las organizaciones de mujeres, si bien celebraban la idea de negociar el fin del conflicto armado, señalaron la ausencia absoluta de mujeres en la Mesa de negociación y la falta de una perspectiva de género dentro de la hoja de ruta diseñada, como asuntos contradictorios al objetivo de alcanzar una paz democrática, estable y duradera. Fieles a esta idea y con la consigna «La paz sin las mujeres ¡no va!», varias organizaciones de mujeres, paralelamente a los diálogos de La Habana, realizaron encuentros para presionar su participación en el proceso y también para discutir asuntos referentes al conflicto armado y a los derechos de las mujeres⁹.

El 26 de noviembre de 2013, casi un año después de haberse instalado la Mesa de negociación y gracias a la insistencia y activismo de las organizaciones de mujeres, el presidente de la República nombró a María Paulina Riveros y a Nigeria Rentería¹⁰ como plenipotenciarias dentro del grupo negociador del Gobierno. Más adelante sería también incorporada la ministra de Relaciones Exteriores, María Ángela Holguín. Estos nombramientos, aunque tardíos, significaron una inclusión del 15 %, superando así el índice de inclusión de mujeres en niveles decisorios (de 3,06 %) estimado para los procesos de paz en Colombia entre 1982 y 2002. Vale recordar que el segundo porcentaje más alto de mujeres en niveles decisorios en procesos de paz en Colombia se dio durante el periodo del presidente Ernesto Samper con un 8,54 % y el más bajo fue en el del presidente Álvaro Uribe Vélez con 0 %¹¹. El índice de inclusión de mujeres en niveles técnicos y de apoyo también aumentó de un 38,46 %, en el proceso de paz en 2002 con las Autodefensas Unidas de Colombia (en adelante A.U.C), a un 65,7 % en el proceso de paz con las FARC-EP¹². El porcentaje de participación de las mujeres en el último proceso de paz (15 %) superó, a su vez, el promedio internacional de 4 % entre 1992 y 2011¹³.

En agosto de 2014, con la visita de varias delegaciones de víctimas a la Mesa de negociación, se concretó otro hito de participación de las mujeres: del total de 60 víctimas que viajaron a La Habana, 36 eran mujeres (60 %)¹⁴. Un mes después del inicio de las visitas de las víctimas a la Mesa de negociación, y con tres puntos ya pactados entre el Gobierno y las FARC-EP, fue

⁹ RUTA PACÍFICA. «La paz sin las mujeres ¡No va! Manifiesto de Mujeres por la Paz». 4 de diciembre de 2012. Disponible en: <https://www.rutapacifico.org.co/agenda-de-paz/178-la-paz-sin-las-mujeres-no-va-manifiesto-de-mujeres-por-la-paz>. Fecha de la consulta 19.07.2017.

¹⁰ Nigeria Rentería fue reemplazada por la Canciller María Ángela Holguín en mayo de 2015.

¹¹ *Op. Cit.* DE JUSTICIA, pp. 43-51, 60- 66.

¹² *Ibíd.*, pp. 64, 70.

¹³ *Op. Cit.* ONU MUJERES, p. 3.

¹⁴ UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA, NACIONES UNIDAS y CONFERENCIA EPISCOPAL DE COLOMBIA, «Balance de los organizadores al término de las visitas de las víctimas a La Habana». 2014. P. 6.

instalada la Subcomisión de género liderada por María Paulina Riveros —representante del Gobierno— y Victoria Sandino —representante de las FARC-EP—. El objetivo de esta Subcomisión era revisar, bajo una perspectiva de género, lo que hasta ese momento se había acordado en torno a la reforma rural, la participación política y la solución al problema de las drogas ilícitas. Así mismo, debía prestar atención a todos los asuntos que faltaban por decidirse y que necesitaban también una perspectiva especial.

Desde diciembre de 2014, la Subcomisión realizó encuentros periódicos con organizaciones de mujeres, con víctimas y con excombatientes para escuchar sus sugerencias y preocupaciones frente al proceso de paz e integrarlas en el Acuerdo final. En la prensa se registraron al menos cinco reuniones de la Subcomisión con 18 organizaciones de mujeres y de la comunidad LGBTI, 10 expertas en violencia sexual y 10 exguerrilleras de Sudáfrica, Irlanda del Norte, Guatemala, El Salvador, Indonesia, Uruguay y Colombia¹⁵. Los temas centrales expuestos por las organizaciones de mujeres y demás actores interesados a la Subcomisión se pueden resumir en dos: (i) el tratamiento especial a la hora de judicializar la violencia sexual; y (ii) la participación de las mujeres y la población LGBTI, en condiciones de paridad, en distintos espacios de posconflicto.

Logros de la Subcomisión de género

El 24 de agosto de 2016, el Gobierno colombiano y las FARC-EP anunciaron que el Acuerdo final estaba pactado y que el plebiscito que lo refrendaría se llevaría a cabo el 2 de octubre de 2016. Buena parte de la población colombiana y, en particular, las organizaciones de mujeres mostraron su apoyo a este hecho pues no solo se estaba llegando al fin negociado de un conflicto armado de más de cincuenta años, sino que también el Acuerdo final plasmaba puntos importantes discutidos previamente ante la Subcomisión de género. Habría que destacar los siguientes aspectos incluidos en el primer Acuerdo final pactado entre el Gobierno colombiano y las FARC-EP:

- Se reconoció el impacto desproporcionado y diferenciado del conflicto armado sobre las niñas y las mujeres (punto 5.1.2 del Acuerdo final).
- Se incorporó el enfoque de género en los siguientes espacios: a) el sistema integral de derechos (5.1); b) la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad (5.1.1.1); c) el componente de justicia (8); d) los planes colectivos de reparación (5.1.3.3.3); e) en las estrategias de rehabilitación comunitaria para la reconstrucción del tejido social (5.1.3.4.2) y; f) en los programas colectivos de retorno y reubicación (5.1.3.5).

¹⁵ CORPORACIÓN HUMANAS. «Cronología de los diálogos con las FARC-EP». Fechas de reuniones: 15 de diciembre de 2014; 11 de febrero de 2015; 7 de marzo de 2015; 24 de agosto de 2015 y 18 de mayo de 2016.

- Se creó un grupo de trabajo de género en la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, que debe trabajar en coordinación con las organizaciones de mujeres (5.1.1.1.4).
- Se estableció que la violencia sexual no podía ser objeto ni de amnistía ni de indulto (40).
- Se creó un equipo de investigación especial para los casos de violencia sexual en la Unidad de Investigación y Acusación (67).
- Se garantizó el acceso y la formalización de tierras a las mujeres para acceder también de manera preferencial a subsidios y créditos que les permitan explotarlas. (1.1.3)
- Se incluyó a las mujeres como sujetos activos de los procesos de sustitución voluntaria en el Programa Nacional de Sustitución de Cultivos Ilícitos. (4.1.3)
- Se apostó por una participación política con inclusión especial de las mujeres y la población LGBTI. (2)
- Se fijó un sistema de protección diferenciado para las defensoras de derechos humanos y «líderesas» políticas que estén en riesgo. (2.1.2.2)

Las mujeres y las organizaciones sociales celebraron que su inclusión en el proceso de paz no solo se concretara con su presencia en las negociaciones sino también en lo pactado en el Acuerdo final. Como anteriormente se mencionó, la inclusión en niveles decisorios —aunque muy baja todavía— alcanzó el 15 %; cifra superior a la de todos los procesos de paz previos (inclusive el de 1998 con las FARC-EP y el de 2002 con las AUC) donde solo llegaron a alcanzar un promedio de 3,06 %. Así mismo, sus intereses fueron atendidos en una Subcomisión especial y concretados en herramientas de participación e instrumentos diferenciados de justicia y reparación para mujeres y expresamente para personas LGBTI. Ahora bien, esta integración transversal y comprensiva a la orientación y diversidad sexual sufrió cambios en su formulación, como se analiza a continuación.

La «ideología de género» en el Acuerdo final

La campaña del plebiscito por la paz inició en septiembre 2016¹⁶. Criticar la perspectiva de género integrada en el Acuerdo final hizo parte de las estrategias de los opositores al proceso de paz. La objeción principal, expresada por líderes religiosos y políticos en oposición al Acuerdo, consistía en señalar que la perspectiva de género incluida en el Acuerdo final era una «ideología» que establecía una idea artificial sobre la orientación y la diversidad sexual, lo que modificaba el significado de la familia y se imponía a las creencias morales y

¹⁶ EL ESPECTADOR. «Ahora sí, que arranque la campaña para el plebiscito». 31 de agosto de 2016. Disponible en: <http://www.elespectador.com/noticias/politica/ahora-si-arranque-campana-articulo-652284>. Fecha de la consulta 19.07.2017.

religiosas¹⁷. Sin embargo, el reconocimiento del impacto desproporcionado de la guerra sobre las mujeres y las niñas, así como el propósito de superar este déficit de igualdad, aspectos centrales del enfoque de género, no fueron asuntos cuestionados. Lo problemático, para estos actores, fue el reconocimiento de la orientación y la diversidad sexual como asuntos legalmente protegidos y la correlativa exclusión de las creencias religiosas de esta misma protección¹⁸. En esos términos, argumentaron que en el Acuerdo final se había pactado la adopción y el matrimonio entre parejas del mismo sexo, así como un modelo educativo trasgresor de la libertad de conciencia y de culto¹⁹.

Las organizaciones de mujeres y de personas LGBTI contestaron esta crítica argumentando que la perspectiva de género incluida en el Acuerdo final reconocía —e intentaba superar— el hecho de que las mujeres y las personas LGBTI habían «padecido la guerra y las dinámicas del conflicto armado de formas particularmente graves, dada su posición como sectores sociales subordinados²⁰». En este sentido, al no suponer una amenaza sino una oportunidad para entender y transformar las desigualdades y exclusiones que padecieron estas personas durante el conflicto, las organizaciones sociales insistieron en que la perspectiva de género no debía desecharse del Acuerdo.

Es claro que la definición particular de la perspectiva de género como una ideología fue una estrategia política de desinformación, utilizada por distintos actores opositores al proceso de paz, pues en ningún punto del Acuerdo estaba previsto implantar un nuevo modelo de educación o de política estatal en detrimento de las familias y de las comunidades religiosas.

Plebiscito por la paz: resultados de la «ideología de género»

El 2 de octubre de 2016 —en contra de las expectativas y entusiasmo del Gobierno— el 50,23 % de los colombianos votó en contra de la referendación

¹⁷ HOYOS CASTAÑEDA, Ilva Myriam. «El “enfoque de género” en el Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera». 7 de septiembre de 2016, pp. 24, 28.

¹⁸ EL TIEMPO. «Ordóñez dice que enfoque de género en acuerdos “tiene dos sentidos”». 12 de octubre de 2016. Disponible en: <http://www.eltiempo.com/politica/proceso-de-paz/ordonez-habla-de-ideologia-de-genero-en-acuerdos-de-paz-31246>. Fecha de la consulta 19.07.2017; SEMANA. «La batalla por el enfoque de género en los acuerdos». 11 de mayo. Disponible: <http://www.semana.com/nacion/articulo/acuerdo-de-paz-con-las-farc-enfoque-de-genero/504340>. Fecha de la consulta 19.07.2017.

¹⁹ *Op. Cit.* HOS CASTAÑEDA. P. 35.

²⁰ COMUNICADO CONJUNTO ORGANIZACIONES DE MUJERES. «Purgar los acuerdos de la “ideología de género” es purgarlos de su capacidad para construir una paz estable y duradera en Colombia». 13 de octubre de 2016. Disponible en: http://www.humanas.unal.edu.co/genero/files/6414/7645/7539/Comunicado_13.10.2016.pdf; COMUNICADO CONJUNTO ENTRE ORGANIZACIONES LGBT Y LA DELEGACIÓN DE PAZ DE LAS FARC. Disponible en: <http://colombiadiversa.org/noticias/comunicado-conjunto-organizaciones-lgbt-la-delegacion-paz-las-farc/?tipo=post>. Fecha de la consulta 19.07.2017.

del Acuerdo final con las FARC-EP. El presidente de la República, ante este resultado y a fin de preservar el trabajo realizado durante más de cuatro años, entabló un diálogo con los sectores opositores al proceso de paz. Como resultado de esas nuevas negociaciones, el 12 de noviembre de 2016 surgió un nuevo Acuerdo final que incorporaba la gran mayoría de los «ajustes» propuestos por los partidarios del NO. Así, este pacto mantenía aspectos fundamentales del primer Acuerdo pero incorporaba modificaciones importantes. Uno de estos cambios, relacionado directamente con la integración de un enfoque diferencial y la controversia alrededor de la «ideología de género», fue la limitación de la perspectiva de género a un asunto que tiene que ver exclusivamente con las mujeres (igualdad de oportunidades/participación equitativa de hombres y mujeres) y no con la orientación y la diversidad sexual (dejando de lado la explícita inclusión de la comunidad LGBTI). En atención a estos cambios buena parte del lenguaje del Acuerdo final varió. Palabras como «género» fueron reemplazadas por «igualdad entre hombres y mujeres» y en algunos casos por «sexo»; también la expresión «personas LGBTI» fue reemplazada varias veces «por grupos y personas en condición de vulnerabilidad y sectores excluidos» y en otras ocasiones eliminada totalmente; en algunos casos se sustituyó «violencia por razón de género» por «violencia contra las mujeres» y «valores no sexistas» por «valores no discriminatorios», entre otros cambios de vocabulario²¹.

El Acuerdo pactado en agosto inicialmente procuraba la inclusión de la diversidad y la orientación sexual en los mismos términos que el de las mujeres de modo que entendía el género más allá de los derechos de las mujeres. En el Acuerdo definitivo se acota expresamente el significado de «enfoque de género»²² y se excluye su referencia en toda una serie de puntos —como la mención especial de las personas LGBTI en el punto de participación política— o se limita y matiza en otros —con la definición específica del enfoque de género como un asunto casi exclusivo de la igualdad entre hombres y mujeres—.

Aún así, pese a estas modificaciones, el Acuerdo final continúa siendo innovador en temas de género y de participación política. El enfoque diferencial establecido en el Acuerdo, aunque limitado en el lenguaje, es transversal a todos los puntos pactados. Así mismo, las mujeres siguen contando con

²¹ Al respecto ver: OFICINA ALTO COMISIONADO PARA LA PAZ. «Sistematización opciones y propuestas voceros del No y lo acordado en el nuevo acuerdo». 22 de noviembre de 2016, pp.131-181.

²² «En el presente Acuerdo el enfoque de género significa el reconocimiento de la igualdad de derechos entre hombres y mujeres y de las circunstancias especiales de cada uno, especialmente de las mujeres independientemente de su estado civil, ciclo vital y relación familiar y comunitaria, como sujeto de derechos y de especial protección constitucional. Implica en particular la necesidad de garantizar medidas afirmativas para promover esa igualdad, la participación activa de las mujeres y sus organizaciones en la construcción de la paz y el reconocimiento de la victimización de la mujer por causa del conflicto».

herramientas diferenciadas de justicia y reparación y con instrumentos, en condiciones de paridad, de participación política.

Retos de la implementación del enfoque de género

Aunque se constata que el proceso de paz entre el Gobierno colombiano y las FARC-EP tiene elementos claramente innovadores en medidas transversales de género, todavía existen muchos obstáculos para lograr la participación efectiva de las mujeres y, en particular, la concreción de lo pactado al respecto en el Acuerdo de paz.

Así, en la fase de implementación del Acuerdo los retos para la inclusión y la representación política de las mujeres no pueden darse por concluidos. Al respecto pueden señalarse dos. El primer reto es que se concrete la participación de las mujeres en cada etapa de la implementación no solo a nivel nacional, sino especialmente en los niveles regional y local. Esta participación «territorializada» debe abarcar tanto la inclusión en espacios institucionales como su representación en el diseño y evaluación de los planes integrales locales —por ejemplo, para el desarrollo alternativo y la sustitución de cultivos ilegales—. Este asunto ya enfrenta obstáculos en la práctica. Una investigación liderada por el Grupo de trabajo Género en la Paz (GPaz) señaló que de 45 nombramientos hechos en diferentes espacios institucionales de implementación, tan solo 6 correspondieron a mujeres (13,3 %) y que solo el 27,5 %, de los decretos firmados por el Presidente de la República, y el 66,6 %, de las leyes y actos legislativos expedidos por el Congreso de la República, en el marco de la implementación del Acuerdo de paz, incluyeron medidas especiales para las mujeres²³. Así mismo, se conoce que hasta el momento ninguna mujer ha sido escogida para dirigir o integrar instancias como la Secretaría Ejecutiva de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), el Mecanismo Tripartito de Monitoreo del cese al fuego y los grupos de delegados del gobierno en la Comisión de Garantías de Seguridad y en la Comisión de Seguimiento a la Implementación (Csivi). Estos datos, aunque tempranos en relación a toda la implementación del Acuerdo, muestran las dificultades para llevar a la práctica el enfoque de género.

El segundo gran reto al que se enfrenta la implementación del Acuerdo de paz es el tratamiento judicial que se le va a dar a la violencia sexual. Hay que recordar que la violencia sexual representa un impacto diferenciado del conflicto armado sobre las mujeres. En Colombia, por ejemplo, se calcula que el 82 % de las víctimas de estos crímenes son mujeres. En este punto en particular es de primordial importancia tener en cuenta lo sucedido en el

²³ ¡PACIFISTA! «La implementación de la paz está en deuda con las mujeres». 16 de junio de 2017. Disponible en: <http://pacifista.co/la-implementacion-de-la-paz-esta-en-deuda-con-las-mujeres/>. Fecha de la consulta 19.07.2017.

proceso de justicia transicional conocido como la «Ley de Justicia y Paz»²⁴ que hasta el momento ha resultado en 10 condenas por estos delitos en un periodo de más de diez años. Esta experiencia ilustra y anticipa los posibles inconvenientes y aporta luces para intuir soluciones a un tratamiento judicial diferenciado en el juzgamiento de la violencia sexual.

Vale recordar que los Tribunales de Justicia y Paz enfrentaron varios problemas cuando intentaron judicializar la violencia sexual en el marco del conflicto armado con los grupos paramilitares. El primero, y más sobresaliente, fue la escasa investigación y documentación que hizo la Fiscalía General de la Nación respecto a estos hechos. De la revisión de los casos de Justicia y Paz, puede verse que la Fiscalía en varias ocasiones pasó por alto o tipificó incorrectamente los hechos²⁵, no construyó adecuadamente los patrones de macro criminalidad²⁶ ni confrontó lo dicho por los desmovilizados al respecto²⁷. Otros obstáculos fueron la ausencia de confesiones de los desmovilizados sobre estos crímenes y la desconfianza e inseguridad que sentían las víctimas de violencia sexual cuando denunciaban los hechos²⁸.

Los Tribunales afrontaron estos obstáculos de forma particular. Por una parte, comprendieron que la violencia sexual es: (i) un crimen de guerra y de lesa humanidad²⁹; (ii) que se comete principalmente contra las mujeres por el hecho de ser mujeres; (iii) que tiene como finalidad someterlas; y (iv) que adicionalmente es una expresión del impacto diferenciado del conflicto armado sobre ellas³⁰. Por otra parte, los Tribunales acreditaron los hechos principalmente a través de las entrevistas hechas a las víctimas directas e indirectas —seguido de los informes de la Fiscalía y, en menor medida, de

²⁴ Ley 975 de 2005.

²⁵ Tribunal Superior de Bogotá. Sala de Justicia y Paz. Rad: 2006 82222. M.P: Uldi Teresa Jiménez López. Postulado: Edison Giraldo Paniagua; Tribunal Superior de Bogotá. Sala de Justicia y Paz. Rad: 2008 83167. M.P: Uldi Teresa Jiménez López. Postulado: Norbey Ortiz y otros; Tribunal Superior de Medellín. Sala de Justicia y Paz. Rad: 2009 83825. M.P: Ruben Dario Pinilla Cogollo. Postulado: Uber Darío Yáñez Cavadías Arroyo Ojeda; Tribunal Superior de Bogotá. Sala de Justicia y Paz. Rad: 2007 82701. M.P: Uldi Teresa Jiménez López. Postulado: Fredy Rendón Herrera; Tribunal Superior de Bogotá. Sala de Justicia y Paz. Rad: 2008 83280. M.P: Eduardo Castellanos Roso. Postulado: Orlando Villa Zapata; Tribunal Superior de Bogotá. Sala de Justicia y Paz. Rad: 2006 80531. M.P: Eduardo Castellanos Roso. Postulado: José Baldomero Linares Moreno y otros; Tribunal Superior de Bogotá. Sala de Justicia y Paz. Rad: 2014-00058. Magistrado Ponente: Eduardo Castellanos Roso. Postulado: Arnubio Triana Mahecha y otros.

²⁶ *Op. Cit.* Cifuentes Galindo P564; Triana Mahecha P559.

²⁷ *Op. Cit.* Isaza Arango, pp. 277-278; Cifuentes Galindo, p. 554.

²⁸ CORPORACIÓN SISMA. «Violencia Sexual, Conflicto Armado y justicia en Colombia» Bogotá, 2007.

²⁹ *Op. Cit.* Triana Mahecha P618-620; Villa Zapata P505, 542; Ramón Isaza P362; Sánchez Caro P255; Mancuso Gómez, p. 276.

³⁰ *Op. Cit.* Triana Mahecha. P600; Villa Zapata P497; Tribunal Superior de Bogotá. Sala de Justicia y Paz. Rad: 2014 00027. M.P: Léster María González Romero. Postulado: Salvatore Mancuso Gómez y otros, pp. 266-271; Sánchez Caro, p. 238.

las confesiones de los desmovilizados—. En estos casos no exigieron corroboración científica ni de ninguna otra clase sobre lo afirmado por las víctimas ni tuvieron en cuenta su vida sexual a la hora de valorar la credibilidad de sus testimonios. Así mismo, reconocieron la doble calidad de víctima y victimario que tienen las mujeres combatientes que fueron forzadas a abortar³¹ y entendieron que la ausencia de consentimiento se da cuando hay uso de la fuerza o amenazas y también cuando la víctima es engañada o puesta en incapacidad de resistir³². Finalmente, los Tribunales utilizaron la figura de la autoría mediata como una forma de asignar responsabilidad por estos crímenes y así no depender exclusivamente de la confesión de los autores ni de que la Fiscalía estableciera con los máximos estándares de prueba quiénes eran los responsables directos de estos delitos. En este punto fue importante, adicionalmente, la caracterización de la violencia sexual como parte de los lineamientos del grupo armado ilegal³³. Esta experiencia de justicia transicional, aunque reducida en cuanto al número de condenas, debe ser tomada en cuenta cuando se vayan a judicializar casos de violencia sexual en el marco de la justicia transicional con las FARC-EP.

³¹ *Op. Cit.* Sánchez Caro, pp. 315-318.

³² *Op. Cit.* Villa Zapata; Mancuso Gómez; *Op. Cit.* Peña Tobón, pp. 39-40.

³³ *Op. Cit.* Triana Mahecha, pp. 620, 725-732. Fierro Flores, p. 160. Cifuentes Galindo, pp. 659, 664-666. Villa Zapata P643-644. Isaza Arango, pp. 390-397. Mancuso Gómez, p. 1825. Sánchez Caro, pp. 1025-1029. Piraban, p. 562.

Capítulo sexto 3

La Jurisdicción Especial para la Paz (JEP): claridades e incertidumbres de un modelo innovador de justicia transicional

Claudia Medina Aguilar

Resumen

El artículo hace una descripción del componente de *justicia* del modelo de justicia transicional recientemente diseñado en Colombia en el marco del Acuerdo de paz entre el Gobierno y las FARC. Aborda los aspectos ya definidos y los principales dilemas por resolver de la *jurisdicción especial para la paz* (JEP). Define la JEP como un mecanismo omnicompreensivo, excluyente, autónomo, condicional, centrado en las víctimas, con enfoque restaurativo y concebido como garantía de obligaciones internacionales. Plantea, sin embargo, que hay muchos aspectos aún por definir, especialmente en relación con la disyuntiva entre una estrategia de judicialización masiva y una hipersselectiva, así como en lo que se refiere a la participación de las víctimas y su rol y prerrogativas en el proceso penal.

Palabras clave

Justicia transicional, Colombia, jurisdicción especial para la paz, crímenes internacionales.

Abstract

The article describes de justice mechanism of the transitional justice model recently designed as part of the Peace Agreement between the FARC guerrilla group and the Government of Colombia. It addresses the clearly defined features and the main pending dilemmas of the special jurisdiction for peace (JEP). It characterises the JEP as an all-encompassing, autonomous, conditioned, victims centered mechanism, with a restorative approach and meant to fulfil international obligations. It focuses on the tensions that are still open questions, especially regarding the dilemma between a massive or a hyper selective prosecution strategy; as well as the effective participation of victims.

Keywords

Transitional justice, Colombia, special jurisdiction for peace, international crimes.

Podría decirse que es la primera vez que las partes en un conflicto armado acuerdan que los crímenes cometidos por todos, incluyendo los de los negociadores mismos de la paz, serán juzgados y sancionados; que esa «rendición de cuentas» tendrá lugar de inmediato y no años después de la transición y cierre del conflicto; y que, en fin, no se seleccionan un par de herramientas convenientes, sino que se acuerda un conjunto integral de mecanismos de justicia transicional complementarios¹. Lo cierto, sin embargo, es que la novedad del modelo colombiano de justicia transicional incluido en el «Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera» firmado entre el Gobierno y las FARC, va más allá: Tiene menos que ver con esos grandes titulares —que más bien recogen tendencias globales²— y más con los detalles y el grado de especificidad con que se han incorporado las tensiones propias de la materia.

Aunque parezca un asunto menor, es ilustrativa la comparación entre las 68 páginas del Acuerdo colombiano dedicadas a los mecanismos de justicia transicional, y las menciones y alusiones de pocos párrafos o incluso frases que suelen incluirse en este tipo de acuerdos³. Bien por el alto grado de

¹ Los defensores políticos y técnicos del Acuerdo coinciden al respecto. El jefe de la delegación del Gobierno colombiano, Humberto de la Calle, sostiene que «es un caso inédito que en medio de un conflicto en tiempo real, los antagonistas logren un acuerdo para castigar los delitos más graves. Y que este incluya a todos los victimarios en un propósito de terminar de una vez por todas el conflicto que nos agobia». (Declaración de Humberto de la Calle el 24 de agosto de 2016 en La Habana, Cuba). El alto comisionado para la Paz, Sergio Jaramillo, siguiendo esta idea, exalta que nunca antes se había creado, a través de un acuerdo fruto de una negociación de paz, un sistema integral de justicia que intente asegurar, «i) que se rindan cuentas respecto de las graves violaciones a los derechos humanos y las graves infracciones al DIH cometidas en el contexto y en razón del conflicto armado, ii) que se satisfagan de la mejor manera los derechos de las víctimas, y iii) que se den garantías de seguridad jurídica a todos los que se acojan a los diferentes mecanismos y medidas del Sistema». (Carta de Sergio Jaramillo a Human Rights Watch el 6 de enero de 2016).

² Desde la década de los 90 del siglo pasado, en los procesos de paz ha ido haciéndose más visible la necesidad de incorporar componentes de rendición de cuentas y asignación de responsabilidades que buscan dar una respuesta frente a las graves violaciones de derechos humanos ocurridas en tiempos de guerra, siendo la combinación entre comisiones de la verdad y procesos judiciales bastante frecuente. Roth-Ariza en el artículo «Transitional Justice and Peace Agreements» hace alusión especial al tema en los puntos 19, 21 y 35 del mismo. La tendencia se confirma en años posteriores con acuerdos recientes como el de Aceh, Indonesia, en 2005, y luego el de Costa de Marfil de 2007 que incluyen mecanismos judiciales y extrajudiciales para abordar estos asuntos. En este sentido también: VINJAMURi, Leslie y BOESENECKER, Aaron, «Accountability and peace agreements: mapping trends from 1980-2006». HD Centre, Geneva, 2007. Disponible en https://www.files.ethz.ch/isn/39727/0907_Accountabilityreport.pdf. Fecha de la consulta 19.07.2017.

³ En muchos otros casos —tan distintos como el de El Salvador o Costa de Marfil o Burundi— las menciones sobre la justicia transicional han sido vagas o de principio, fundamentalmente excluyendo la posibilidad de amnistiar algunos crímenes, requiriendo la creación de mecanismos para que no quedaran impunes, o acordando la creación

desconfianza entre las partes o bien por la certeza de que lo acordado sería implementado prontamente⁴, es tal vez la primera vez que a través de una negociación y como parte de un acuerdo de paz, se logra un altísimo nivel de detalle en el diseño de un sistema de justicia transicional.

Detalle no es sin embargo sinónimo de precisión: las tensiones, desconfianza y conflictos de interés entre actores opuestos permean todo el diseño del modelo. De ahí que a pesar de la extensión del Acuerdo y de las normas de implementación expedidas y en curso⁵, haya aún preguntas abiertas significativas. Más que una deficiencia, sin embargo, las incertidumbres deben verse como una excelente oportunidad para ajustar y afinar el modelo ya en su puesta marcha; como un reconocimiento de que es imposible prever todos los pormenores de un sistema de tal complejidad; y como un espacio para incorporar actores relevantes que no hicieron parte de las negociaciones de La Habana.

El propósito de este texto es hacer un mapa —sucinto por razones de espacio— de las claridades sobresalientes y los principales interrogantes de uno de los componentes del modelo, la jurisdicción especial para la paz, ya popularizada como JEP⁶.

—casi siempre futura— de comisiones de la verdad principalmente. *Op. Cit.* ROTH-ARIZA ejemplifica extrayendo los apartados de 8 acuerdos que son muy puntuales e incluso difíciles de separar del resto. Además de la generalidad del lenguaje en esta materia, la nota común tiene que ver con una clara separación entre el momento del acuerdo de paz en el que se definen principios básicos que puedan ser aceptados por partes radicalmente opuestas, y los procesos subsiguientes, en los que, por ejemplo, se definen mecanismos de asignación de responsabilidades y rendición de cuentas, a partir de voces y presiones que no estuvieron en el centro de la negociación, incluidas las internacionales. Los Tribunales mixtos de Sierra Leona y Camboya son buenos ejemplos. Incluso casos como el de Burundi, en el que se acordó la creación de una comisión de la verdad, comisión internacional de investigación y un Tribunal penal internacional, que sin embargo solo casi 9 años después comenzaron a ponerse en marcha. Ver, sobre los mecanismos de *accountability* que aparecen tras los acuerdos: *Op. Cit.* VINJAMURI y BOESENECKER.

⁴ De hecho, el Acuerdo es finalmente refrendado por el Congreso de la República el 30 de noviembre de 2016 y la puesta en marcha de este componente de justicia transicional inició pocos días después con la radicación del proyecto de Acto Legislativo No. 02/16 Cámara de Representantes, 02/17 Senado el 19 de diciembre de 2016.

⁵ El Acto Legislativo 1 de 2017, el Decreto Ley 277 de 2017 que establece el procedimiento para otorgar amnistía a integrantes de las FARC-EP y el proyecto de Ley estatutaria No. 06/17 Senado, 013/17 que fue radicado el 24 de mayo de 2017 y retirado el 16 de junio de 2017, entre otras normas.

⁶ El modelo colombiano de justicia transicional acordado por el Gobierno y las FARC se denominó «Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición» y está compuesto, según el Acuerdo, por cinco mecanismos: 1) La Comisión para el esclarecimiento de la verdad, la convivencia y la no repetición; 2) la Unidad de búsqueda de personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado; 3) la Jurisdicción Especial para la Paz; 4) las medidas de reparación integral; y 5) las Garantías de no repetición. Adicionalmente, si bien como contracara de la JEP, la amnistía debe entenderse como un sexto componente del sistema.

Las claridades: postulados básicos del modelo colombiano de justicia en el sistema de justicia transicional

A pesar de la complejidad del diseño de la JEP (un Tribunal con cinco secciones, tres salas, una unidad de investigación, con varios caminos de circulación de casos entre todas ellas; seis tipos de sanciones, más de 50 funciones en su mandato, y relaciones complejas con el ordenamiento y los órganos ordinarios, son solo parte) es posible hacer una foto simplificada a partir de seis enunciados básicos que describen los rasgos principales de manera general, si bien algunos de ellos son problematizados en el siguiente apartado por las incertidumbres que surgen en un nivel más profundo.

Primero, se trata de un modelo de justicia específica para el *cierre* de un conflicto armado y para ello se establece como *omnicomprensivo y excluyente*. En principio, la JEP podrá tramitar todos los delitos relacionados con el conflicto armado y tendrá competencia frente a todos los actores (guerrilleros, agentes del Estado incluyendo la Fuerza Pública y civiles que hayan participado). De ahí que tenga competencia preferente frente a las jurisdicciones ordinarias (penal y administrativa fundamentalmente) y sus decisiones se califiquen de «inmutables».

Segundo, incorpora una distinción innovadora entre investigación penal y sanción penal. Así, busca el cumplimiento de obligaciones del Estado frente a crímenes internacionales a través de su persecución, investigación y enjuiciamiento, pero asume que la sanción privativa de la libertad no es parte de dichas obligaciones. De ahí que afirma un enfoque restaurativo como se verá adelante.

Tercero, en el nivel de principios, las *víctimas son centrales* al modelo. En efecto, el primer comunicado conjunto que el Gobierno y las FARC emitieron sobre justicia transicional en junio de 2014 contenía los diez principios que orientarían la negociación sobre justicia transicional. De ellos, los primeros siete se enfocan en las víctimas, sus derechos y su necesaria participación activa, mientras los otros 3 se refieren, aunque de forma indirecta, a la satisfacción de las víctimas. De los cinco componentes explícitos del Sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición (SIVJRNR), la Comisión para el esclarecimiento de la verdad, la convivencia y la no repetición, la Unidad de búsqueda de personas dadas por desaparecidas y las medidas de reparación integral se centran indudablemente en las víctimas. La JEP también cuenta en sus enunciados básicos con abundantes afirmaciones sobre su compromiso con los derechos de las víctimas, consecuente con su inscripción en el paradigma restaurativo como se verá seguidamente⁷.

⁷ Entre otras alusiones a la centralidad de las víctimas, sus objetivos son: «satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia, ofrecer verdad a la sociedad colombiana, proteger los derechos de las víctimas, contribuir al logro de una paz estable y duradera, y adoptar decisiones que otorguen plena seguridad jurídica a quienes participaron de manera directa

Cuarto, se trata de un *dispositivo condicional*, esto es, los beneficios penales que otorga la JEP se supeditan al cumplimiento de una serie de condiciones. Según el Acuerdo: «Para acceder al tratamiento especial previsto en el componente de Justicia del SIVJNR es necesario aportar verdad plena, reparar a las víctimas y garantizar la no repetición»⁸. En consecuencia, el incumplimiento de estas obligaciones implica la reducción o pérdida de los beneficios y la consecuente aplicación de sanciones privativas de la libertad.

Quinto, el sistema de justicia es *autónomo* del ordenamiento jurídico penal colombiano. En efecto, más allá de sus escasas relaciones orgánicas con las jurisdicciones ordinarias, tanto el Tribunal como las demás instancias de la JEP, «al adoptar sus resoluciones o sentencias harán una calificación jurídica propia»⁹, basada en fuentes de derecho penal nacional e internacional que aplicarán bajo criterios y construcciones igualmente propias, es decir, no sujetas a precedentes en el ordenamiento colombiano.

Sexto, se trata de un modelo de *justicia restaurativa* por oposición a retributiva. Según dice, ese enfoque restaurativo «atiende prioritariamente las necesidades y la dignidad de las víctimas», busca resarcirlas, y conlleva un énfasis en sanciones alternativas no carcelarias, que «deberán tener la mayor función restaurativa y reparadora del daño causado»¹⁰. De ahí que se contemplan, fundamentalmente, *sanciones alternativas* a la prisión, de entre 5 y 8 años (para quienes acojan el modelo y cumplan las condiciones establecidas, que se espera sean una mayoría). Las sanciones privativas de la libertad se conciben como excepcionales, para los casos de reconocimiento tardío o no reconocimiento de responsabilidad¹¹.

Las incertidumbres: tensiones y dilemas del modelo de la JEP

Las preguntas aún abiertas no son solo naturales en el proceso de creación y puesta en marcha de una jurisdicción *sui generis* como esta, sino que son incluso deseables. Las bases y detalles de la JEP definidas en el Acuerdo evidencian los conflictos de interés, los temores y las estrategias de partes opuestas: los negociadores. En el escenario legislativo se introducen algunas nuevas voces si bien, en general, también en defensa de actores espe-

o indirecta en el conflicto armado...». Adicionalmente, afirma: «Resarcir a las víctimas está en el centro del Acuerdo General para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera suscrito en La Habana el 26 de agosto de 2012. En toda actuación del componente de justicia del SIVJNR, se tomarán en cuenta como ejes centrales los derechos de las víctimas y la gravedad del sufrimiento infligido...». Puntos 2 y 6 de la cláusula 5.1.2 del Acuerdo final, pp. 143-144.

⁸ Punto 13 de la cláusula 5.1.2 del Acuerdo final, p. 146.

⁹ Punto 19 de la cláusula 5.1.2 del Acuerdo final, p. 147.

¹⁰ Punto 60 de la cláusula 5.1.2 del Acuerdo final, p. 164.

¹¹ Si el reconocimiento es tardío se consagran penas privativas de la libertad de entre 5 y 8 años. Si no hay reconocimiento alguno se prevé un máximo de 20 años de cárcel.

cíficos. De ahí que parezca conveniente que muchas de estas tensiones y las imprecisiones derivadas de ellas, se aborden en el ejercicio y escenario judicial, de tal manera que los futuros magistrados, comprometidos con la imparcialidad y el fin último de la JEP, ahonden en principios normativos para resolver los dilemas sin la presión de representar a un sector, actor o parte. Las incertidumbres que se describen a continuación, son algunas de las más importantes que deberán enfrentar los magistrados a su llegada.

Hiperselectividad o exhaustividad

El modelo de «Justicia y Paz» —el primer ejercicio de justicia transicional propiamente dicho en Colombia— fue juzgado por muchos como exhaustivo o maximalista¹². Su competencia definida para «hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a [esos] grupos» organizados al margen de la ley¹³, dejó muy amplios los términos de conocimiento para la jurisdicción, al punto que los primeros resultados se refirieron a delitos insignificantes como falsedad documental. En una suerte de movimiento pendular, el «marco jurídico para la paz» —o la constitucionalización de la justicia transicional¹⁴— definió criterios altamente restrictivos, tanto subjetivos como objetivos, para los esfuerzos de persecución penal en escenarios de transición. En efecto, limitó dicha competencia a la judicialización de los *máximos responsables* de genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad cometidos de manera sistemática¹⁵.

Mientras «Justicia y Paz» se asemejaba mucho en su enfoque a un proceso penal ordinario nacional¹⁶, el marco jurídico para la paz emulaba la lógica de los Tribunales penales internacionales. El primero responde de forma estricta al principio constitucional de obligatoriedad de la acción penal, en

¹² AMBOS, Kai (coord.), «Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales. Un estudio comparado», Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH, Bogotá, 2011. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25829.pdf>. Fecha de la consulta 19.07.2017.

¹³ Artículo 2 de la Ley 975 de 2005.

¹⁴ Se conoce como «marco jurídico para la paz» a la reforma constitucional introducida a través del Acto Legislativo 1 de 2012, que introduce dos artículos transitorios en la Constitución colombiana, definiendo principios y lineamientos de un eventual proceso de paz, en lo concerniente a la justicia transicional y la participación política.

¹⁵ Como se observa, la competencia objetiva es aún más restringida que la de Tribunales internacionales —por definición con competencias muy acotadas— pues no todos los crímenes de guerra pueden ser conocidos por mecanismos judiciales sino solo los que cumplan con la condición de sistematicidad. Este asunto, de hecho, fue objeto de fuertes críticas por parte de organizaciones de derechos humanos y la oposición política de sectores afines al expresidente Uribe.

¹⁶ En efecto, incorporaba un proceso penal con algunas modificaciones que se relacionaban más que con el procedimiento, con los resultados esperados, puesto que se aspiraba a satisfacer a través suyo, los derechos a la verdad y la reparación de las víctimas, además del de justicia.

tanto que el segundo se enmarca en un enfoque que denomino «hiperselectividad internacionalista». ¿Dónde se ubica el modelo transicional del Acuerdo de Paz en esta disyuntiva? Lo cierto es que el Acuerdo permite interpretaciones restrictivas y otras extensas, sobre las personas y los delitos que se deberán judicializar. Así que un debate importante que deberán resolver los magistrados de la JEP tiene que ver con el alcance de su propia competencia.

A la hora de resolver esta tensión, es fundamental recoger los aprendizajes de más de diez años de desarrollo de marcos transicionales en Colombia y, así, distinguir tres asuntos que se han asimilado o confundido en el debate actual sobre la JEP. Se trata, primero, de la forma en que se agruparán o no los casos (estrategia); segundo, del alcance de la competencia (más o menos selectiva); y tercero, de los casos que tendrán prioridad.

En efecto, en cuanto a los dos primeros, tanto en escenarios legislativos y regulatorios como mediáticos, con gran frecuencia se ha presentado la disyuntiva entre la investigación «caso a caso» y la competencia restringida a pocos delitos y pocos responsables, contraponiendo la imposibilidad de perseguir individualmente el inmenso volumen de delitos cometidos, a la urgencia de acotar el esfuerzo de judicialización a un número menor de casos. La falacia del argumento sin embargo consiste en que la primera parte de la ecuación se refiere a la estrategia de investigación, en particular, a la insuficiencia de la mirada «caso a caso» y la necesidad de agrupar hechos y autores acumulando causas; mientras la segunda parte de la ecuación contiene una excepción al principio de obligatoriedad de la acción penal —reforzado en el caso de graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al DIH— pues se refiere a la reducción del universo a conocer judicialmente, por la vía de restringir la competencia subjetiva y objetiva. Así, el modelo hiperselectivo internacionalista ha pretendido mostrarse como la única opción razonable frente a un ineficiente modelo «caso a caso», esto es, solucionando un asunto de estrategia de investigación con una reducción del alcance de la competencia.

En cuanto a la tercera variable que se confunde a veces con las dos mencionadas, se ilustra bien cuando el Acuerdo incluye expresiones que se refieren a los delitos que investigará la JEP, subrayando «en especial los más graves y representativos». Se trata, evidentemente, de un criterio de priorización que sin embargo es en ocasiones presentados —en general por defensores de la hiperselectividad—, como criterio de selección.

Según se combinen las tres variables, el ejercicio de judicialización podría cubrir todo el universo de delitos relacionados con el conflicto, adoptando una estrategia de «caso a caso» o bien una de agrupamiento de casos bajo criterios predefinidos, y ello podría hacerse priorizando o no algunos delitos y algunos autores; o bien podría solo cubrir un grupo reducido de delitos y de autores, y en tal caso también cabría elegir entre una estrategia «caso a caso» o una de acumulación, y adoptar o no criterios de priorización.

Los magistrados de la JEP deberán pues, siguiendo las «insinuaciones» del Acuerdo en diversos sentidos —a veces contrapuestos—, decantar estos tres aspectos de tal manera que sea posible ajustar las expectativas de la sociedad colombiana —y la comunidad internacional— sobre el alcance del ejercicio de judicialización. Entre otros, deberán determinar si la afirmación de que la JEP «se aplicará a todos los que participaron de manera directa o indirecta en el conflicto armado»¹⁷ es una suerte de primera ventanilla de acceso al sistema a partir de la cual se distribuyen los casos según se trate de conductas amestiables, no amestiables, o «indeterminadas»; preguntarse si hay criterios subjetivos de restricción de la competencia, dado que en el diseño de la JEP se excluye la noción de *máximos responsables*¹⁸; y definir si los criterios objetivos de selección para el Tribunal son definidos negativamente por aquellos delitos no amestiables¹⁹; para continuar definiendo qué estrategia de judicialización empleará, bien de «caso a caso» o de agrupación de casos y bajo qué criterios.

Integralidad como sumatoria o como engranaje

Decíamos en el primer apartado que si de alguna manera se caracteriza este sistema de justicia transicional es bajo el calificativo de integral. Cierta es que la mayoría de experiencias previas, tanto en Colombia como en otros países, han acudido de manera más o menos arbitraria a alguno o algunos mecanismos de JT que en general funcionan de forma independiente y en muchos casos también en momentos diferentes. La virtud de la integralidad que se afirma en el caso del modelo colombiano de JT acordado en La Habana tendría entonces que ver con la coexistencia en el tiempo de mecanismos complementarios que responden a todos los objetivos de la JT. Esa coexistencia puede sin embargo ser de dos tipos: a manera de compartimentos estancos o mecanismos independientes y autosuficientes donde cada uno cumple parcialmente con los propósitos y, al final, sería la sumatoria de resultados la que permitiría hablar de integralidad del sistema de JT; o bien como un engranaje donde la interconexión entre piezas garantiza la integra-

¹⁷ Punto 32 de la cláusula 5.1.2 del Acuerdo final, p. 148.

¹⁸ A pesar de que hay quienes se refieren a que la noción de *máximos responsables* es equivalente a la de *participación determinante* empleada en el Acuerdo de Paz —interpretación que considero errada e inadecuada—, lo cierto es que el nuevo modelo prevé sanciones también para aquellos que no tuvieron una participación determinante.

¹⁹ Punto 40 de la cláusula 5.1.2 del Acuerdo final: «40.- No serán objeto de amnistía ni indulto ni de beneficios equivalentes los delitos de lesa humanidad, el genocidio, los graves crímenes de guerra —esto es, toda infracción del Derecho Internacional Humanitario cometida de forma sistemática—, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores, todo ello conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma», p. 151.

lidad. Un matiz adicional: una cosa sería que dentro del supuesto de un modelo de mecanismos independientes todos ellos contribuyeran parcialmente a todos los objetivos, y otra muy distinta que a cada uno se le asignara un objetivo diferente. La disyuntiva se hace más concreta al imaginar, a manera de ejemplo, una comisión de la verdad con un mandato de mero esclarecimiento y un proceso judicial con uno de justicia, sin que al primero se le exijan formas alternativas de asignación de responsabilidades ni al segundo verdades más allá de las procesales tradicionales.

Y aunque pareciera un asunto de grado, de énfasis (¿cuánto de cada objetivo —verdad, asignación de responsabilidades, resarcimiento, por ejemplo— cumple cada mecanismo?) lo cierto es que el sentido en que se vaya decantando este asunto en la puesta en marcha del sistema, será determinante al menos para dos cuestiones importantes: por un lado, la condicionalidad de los beneficios penales para los responsables de delitos graves relacionados con el conflicto y, por otro, la forma en que se pretenda garantizar los derechos de las víctimas.

En cuanto a lo primero, si bien, como se dice más arriba, la JEP es un dispositivo condicional, lo cierto es que se incluyen límites importantes tanto a los incumplimientos que generarían la pérdida de beneficios como al tipo de beneficios que se pierden²⁰. Adicionalmente, la condicionalidad se debilita si el sistema es «integral» a través de la sumatoria de mecanismos desconectados. Por el contrario, condicionalidad e integralidad se refuerzan mutuamente si, por ejemplo, el cumplimiento —o no— del deber de participar de forma significativa en la Comisión de Esclarecimiento tiene efectos en los beneficios penales que otorga la JEP o la propia amnistía —en los casos en que procede—.

En cuanto a lo segundo, el asunto es bastante crítico: Si, como defienden ciertos sectores, la JEP no debe dar cuenta de las dinámicas y fenómenos macro de criminalización y victimización, que sería más bien el centro del mandato de la Comisión de Esclarecimiento, se estaría justificando que la participación de las víctimas en la JEP fuera exigua, debido al interés menor que tendrían en sus resultados.

En consecuencia, los magistrados de la JEP deberán afinar las relaciones de condicionalidad y su impacto en la integralidad del sistema, así como definir lo que significa, en la práctica, dicha integralidad.

²⁰ En el Acto Legislativo 1 de 2017 que crea la JEP se dice que las normas procesales deberán regular los parámetros de identificación de incumplimientos de condiciones y que solo si son graves se podría perder el beneficio de la pena no privativa de la libertad.

Operatividad del enfoque restaurativo y la centralidad de las víctimas

Se dice arriba que en el nivel de principios la JEP ubica a las víctimas en el centro. En la práctica, sin embargo ese principio no ha sido aún materializado en el procedimiento y mientras algunos insisten en esa necesidad, otros resisten afirmando, en una lógica de integralidad compartimentada, que los derechos de las víctimas se garantizan fundamentalmente en los otros mecanismos del sistema integral de justicia transicional.

Lo cierto es que al menos tres momentos del procedimiento penal son especialmente sensibles para las víctimas y los magistrados deberán decidir sobre la manera de garantizar sus derechos en términos de participación. En primer lugar, está la posibilidad — o no— de instaurar denuncias: aunque el diseño de la JEP en principio no la contempla, si no se desarrolla un mecanismo ágil para recibir casos individuales y «traducirlos» al lenguaje de la JEP podría darse una denegación de justicia susceptible de cuestionamiento vía tutela (amparo). En segundo lugar, deberá definirse si —y con qué alcance—, las víctimas podrán intervenir tanto en las audiencias de reconocimiento como en las de presentación de las resoluciones de conclusión, dado que —junto con la sentencia— son el centro del proceso y simbólicamente los momentos procesales con más carga en términos restaurativos. Por último, habrá que definir el alcance de lo restaurativo en el asunto medular, las sanciones: ¿serán las sanciones proyectos propuestos por los procesados o se exigirá un ejercicio conjunto y participativo de definición de las penas no carcelarias con las víctimas?

Capítulo séptimo

Constitucionalización del sistema integral de verdad, justicia y reparación en Colombia: algunos comentarios sobre la participación política y la responsabilidad del mando¹

Juana Inés Acosta López²
Carlos Enrique Arévalo Narváez³

Resumen

Después de un conflicto armado de más de 52 años con las FARC, el 24 de noviembre de 2016 el Gobierno Nacional y el grupo guerrillero firmaron el Acuerdo Final para la Terminación del conflicto y la Construcción de una Paz estable y duradera. Con el objetivo de garantizar la existencia y coherencia del marco jurídico para la implementación de los diferentes puntos acordados en la fase de negociación, el Gobierno Nacional ha sometido al Congreso importantes reformas legales y constitucionales. En este marco, el 4 de abril de 2017 se promulgó el acto legislativo No. 01, mediante el cual se agrega un título transitorio a la Constitución Política, conformado por 27 artículos. En

¹ Los autores agradecen de manera especial a los estudiantes Cindy Espitia, Juan Pablo Acosta y Ana María Idárraga, por su importante apoyo como asistentes de investigación, para la elaboración del capítulo.

² Abogada de la Pontificia Universidad Javeriana. Magíster en Derechos Humanos y Democratización de la Universidad Externado de Colombia. LL.M en International Legal Studies de la New York University (NYU). Actualmente es directora de Profesores e Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencia Políticas de la Universidad de La Sabana y consultora en derecho internacional y derechos humanos.

³ Abogado de la Universidad de La Sabana. LL.M en International Legal Studies de la New York University (NYU). Ex magistrado auxiliar de la Corte Constitucional. Actualmente es el director del Departamento de Derecho Internacional de la Facultad de Derechos y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana.

el presente escrito se profundizará en: i) la participación política de excombatientes a la luz del derecho internacional y los derechos de las víctimas; y ii) las vicisitudes de la responsabilidad de mando; dos asuntos centrales que han sido objeto de análisis y discusión tanto por la opinión pública en Colombia como por la academia.

Palabras claves

Justicia transicional, Acuerdo de Paz, Participación política de excombatientes, Responsabilidad del Mando, Colombia.

Abstract

After an armed conflict of over 52 years with the FARC, on November 24, 2016, the Government of Colombia and the guerrilla group signed the Final Agreement for the Ending of Conflict and the Construction of a Stable and Durable Peace. With the objective of guaranteeing the existence and coherence of the legal framework for the implementation of the different points agreed in the negotiation phase, the National Government has submitted to Congress important legal and constitutional reforms. In this context, on April 4, 2017 Legislative Act No. 01 was issued, which added a transitional title to the Political Constitution, made up of 27 articles. This paper will focus on (i) the political participation of ex-combatants in the light of international law and the rights of victims; and (ii) the vicissitudes of command responsibility; two central issues that have been analyzed and discussed by both public opinion and academia in Colombia.

Keywords

Transitional justice, Peace agreement, Political participation of ex-combatants, Command responsibility, Colombia.

Tras 50 años de guerra con las FARC, el 24 de noviembre de 2016 el Gobierno Nacional y el grupo guerrillero firmaron el Acuerdo Final para la Terminación del conflicto y la Construcción de una Paz estable y duradera, en el cual se consignaron los principales consensos entre las partes, con respecto a: i) la reforma rural integral; ii) la participación política; iii) el fin del conflicto; iv) la solución al problema de las drogas ilícitas; v) el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y Garantías de no repetición; y vi) la implementación y verificación de los compromisos⁴.

Una vez ratificado el Acuerdo en el Congreso de la República⁵, el Gobierno Nacional ha sometido para su aprobación, a través del mecanismo expedito llamado *fast track*⁶, importantes reformas legales y constitucionales, orientadas a garantizar la existencia y coherencia del marco jurídico para la implementación de los diferentes puntos acordados en la fase de negociación.

En este marco, el 4 de abril de 2017 se profirió el acto legislativo No. 01, mediante el cual se agrega un título transitorio a la Constitución Política, conformado por 27 artículos, en los cuales se regula: i) el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y Garantías de no repetición; ii) la partici-

⁴ Ver Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, versión del 24 de noviembre de 2017, apartado 5.1 Disponible en: <https://www.mesadeconversaciones.com.co/comunicados/acuerdo-final-para-la-terminacion%C3%B3n-del-conflicto-y-la-construccion%C3%B3n-de-una-paz-estable-y-1> (fecha de consulta: 13 de junio de 2017).

⁵ Durante su paso por el Congreso de la República, el trámite no estuvo exento de polémicas. El proceso de refrendación inició el 29 de noviembre de 2016 en el Senado y finalizó el 30 noviembre en la Cámara de Representantes. En ambas Cámaras el Partido Político «Centro Democrático» participó activamente en el debate, pero al final no votó para demostrar su posición en contra de la refrendación indirecta. En la primera Cámara fueron 75 votos a favor de la refrendación, que se suman a los 130 de la segunda. Este procedimiento estaba contemplado en el texto del nuevo Acuerdo de fecha del 24 de noviembre de 2016, en su página 219. Para más información consultar algunos medios electrónicos como (fecha de consulta: 22 de junio de 2017): <http://www.elpais.com.co/proceso-de-paz/congreso-refrendo-el-nuevo-acuerdo-de-paz-con-las-farc.html>; <https://www.elheraldo.co/colombia/senado-vota-si-la-refrendacion-del-nuevo-acuerdo-de-paz-con-las-farc-306959>

⁶ Para más información consultar el Acto Legislativo 01 del día 7 de julio de 2016, «por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera». Este acto jurídico de reforma constitucional consagra un procedimiento legislativo especial para la paz con el propósito de agilizar y garantizar la implementación del Acuerdo final. Es un instrumento de carácter excepcional y transitorio, y que en principio funcionará por un período de seis meses contados a partir de la refrendación del Acuerdo de paz (30 de noviembre de 2016), y que podrá ser prorrogado por un periodo adicional de hasta seis meses mediante comunicación del Gobierno Nacional ante el Congreso de la República. Esta notificación la solicitó el ministro del Interior, Guillermo Rivera, el pasado 26 de mayo de 2017, extendiendo la vigencia del procedimiento especial hasta el día 30 de noviembre de 2017. Disponible en: <http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/ACTO%20LEGISLATIVO%2001%20DEL%207%20DE%20JULIO%20DE%202016.pdf>. (fecha de consulta: 22 de junio de 2017).

pación política de excombatientes; iii) la responsabilidad del mando de los miembros de la Fuerza Pública; y iv) la prevalencia del Acuerdo Final, entre otros asuntos⁷.

Dada la multiplicidad de los temas que se abordan en el acto legislativo, en el presente escrito se profundizará en: i) la participación política de excombatientes a la luz del derecho internacional y los derechos de las víctimas; y ii) las vicisitudes de la responsabilidad del mando; dos asuntos centrales que han sido objeto de análisis y discusión tanto por la opinión pública en Colombia como por la academia⁸.

Antes de abordar los aspectos señalados, resulta importante aclarar que la Corte Constitucional de Colombia se encuentra en este momento analizando —por competencia previa y automática— la constitucionalidad del Acto Legislativo objeto de este análisis. La sentencia que profiera la Corte podrá ser un elemento importante de análisis para el debate.

La adecuación del ordenamiento jurídico para la garantía de la participación en política de quienes hicieron parte del conflicto armado

El capítulo VI del Acto Legislativo 01 del 4 de abril de 2017, desarrollado a través de sus artículos 1.20⁹ y 4¹⁰, recoge puntos centrales que fueron consignados en el Acuerdo Final¹¹ y que buscan ampliar el espectro normativo,

⁷ Acto Legislativo 01 del 4 de abril de 2017. Disponible en <http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/ACTO%20LEGISLATIVO%20Nº%2001%20DE%204%20DE%20ABRIL%20DE%202017.pdf>. Fecha de consulta: 22 de junio de 2017.

⁸ LAPLANTE, Lisa J. Transitional justice and peace building: Diagnosing and addressing the socioeconomic roots of violence through a human rights framework. *The International Journal of Transitional Justice*, 2008, vol. 2, n.º 3, pp. 331-355; OLSEN, Tricia D.; PAYNE, Leigh A.; REITER, Andrew G. The justice balance: When transitional justice improves human rights and democracy. *Human Rights Quarterly*, 2010, vol. 32, n.º 4, pp. 980-1007; WIERZYNSKI, Aneta. Consolidating democracy through transitional justice: Rwanda's Gacaca courts. *NYUL Rev.*, 2004, vol. 79, p. 1934; ÖJENDAL, Joakim; LILJA, Mona (ed.). *Beyond democracy in Cambodia: Political reconstruction in a post-conflict society*. Nias Press, 2009.

⁹ Artículo transitorio 20º. «Participación en política. La imposición de cualquier sanción en la JEP no inhabilitará para la participación política ni limitará el ejercicio de ningún derecho, activo o pasivo, de participación política. Parágrafo. Respecto a aquellas personas que pertenezcan a organizaciones rebeldes que hayan firmado un acuerdo de paz con el Gobierno, a efectos de reincorporación, quedarán en efecto suspensivo las condenas derivadas de delitos competencia del Tribunal para la Paz impuestas por la justicia ordinaria o disciplinaria, hasta que estas condenas hayan sido tratadas por la Jurisdicción Especial para la Paz para lo de su competencia».

¹⁰ Artículo 4. Deróguese el Artículo Transitorio 67, introducido por el Acto Legislativo 01 de 2012.

¹¹ Ver Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, versión del 24 de noviembre de 2017, apartado 5.1.2. Disponible en: <https://www.mesadeconversaciones.com.co/comunicados/acuerdo-final-para-la-terminaci%C3%B3n->

para que personas que participaron en el conflicto armado, no importa el tipo de conducta delictiva que hayan cometido, puedan participar en política.

En el primer inciso del citado artículo, se deja claro que ninguna sanción impuesta por la JEP puede limitar el ejercicio de la participación en política ni de los derechos asociados con esta. En el párrafo, se suspenden los delitos de competencia del Tribunal para la Paz por los que hayan sido condenados los miembros de organizaciones rebeldes, hasta tanto no se pronuncie la JEP sobre lo que es de su competencia. Y finalmente, el artículo 4 deroga, en su totalidad, el artículo transitorio 67 de la Constitución¹² —que fue conocido como «Marco Jurídico para la Paz II»— y que impedía que quienes hubiesen sido condenados por delitos de lesa humanidad o genocidio pudieran participar en política.

Debido, entonces, a la flexibilización del marco constitucional para garantizar la participación política de actores del conflicto armado, que se reintegrarán a la vida civil en el proceso de transición hacia la paz, i) se profundizará en los cambios que presenta el acto legislativo y los efectos de la revocación del artículo 67 transitorio de la Constitución Política; ii) se analizará la conformidad de la disposición con el derecho internacional de los derechos humanos, la Constitución Política de Colombia y los derechos de las víctimas; y iii) se abordará la importancia del principio de condicionalidad en la apertura democrática a los excombatientes.

Los cambios introducidos por el Acto Legislativo y los efectos de la derogación del artículo 67 transitorio de la Constitución Política

Un mes antes de la instalación oficial de la fase de negociación entre el Gobierno Nacional y las FARC, se expidió el Acto Legislativo 01 del 31 de julio de 2012, que agregó los artículos 66 y 67 transitorios a la Constitución Política de Colombia. El primero concibió la posibilidad de que a través de un desarrollo normativo: i) se dé tratamiento diferenciado a los actores del conflicto armado y se establezcan mecanismos de justicia transicional judicial y extrajudicial; ii) se cree una Comisión de la Verdad; y iii) se fijen los criterios de priorización de casos y de selección de los máximos responsables.

del-conflicto-y-la-construcci%C3%B3n-de-una-paz-estable-y-1 (fecha de consulta: 13 de junio de 2017). «36.- La imposición de cualquier sanción en el SIVJNR no inhabilitará para la participación política ni limitará el ejercicio de ningún derecho, activo o pasivo, de participación política, para lo cual las partes acordarán las reformas constitucionales pertinentes».

¹² Artículo transitorio 67. «Una ley estatutaria regulará cuáles serán los delitos considerados conexos al delito político para efectos de la posibilidad de participar en política. No podrán ser considerados conexos al delito político los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad y genocidio cometidos de manera sistemática, y en consecuencia no podrán participar en política ni ser elegidos quienes hayan sido condenados y seleccionados por estos delitos».

El Artículo 67, que será objeto de estudio en el presente texto, por su parte, si bien buscaba abrir las puertas a la participación política de excombatientes, establecía dos límites centrales. Por un lado, señalaba que, mediante ley estatutaria, se fijarían los delitos conexos al delito político para efectos de permitir la participación en política y, por el otro lado, impedía la participación de quienes hubieran sido condenados o seleccionados para ser procesados por delitos de lesa humanidad y genocidio¹³.

Ahora bien, como ya se señaló, el Acto Legislativo 01 del 4 de abril de 2017 no solo derogó el artículo 67 transitorio sino que expresamente eliminó toda barrera para que, incluso personas que hayan sido condenadas por cometer crímenes internacionales puedan participar en política.

Esto supone, a la vez, que se elimina el vínculo, que aún quería mantener el artículo 67 transitorio y la primera versión del proyecto de acto legislativo¹⁴, entre el delito político y la participación política, lo cual resultaba restrictivo frente a aquellos actores dentro del conflicto armado que no son considerados delincuentes políticos, como pueden ser los miembros retirados de la fuerza pública o quienes hacían parte de los grupos paramilitares, y a quienes en este momento se les proscriben la participación en política.

En nuestra opinión, si el fin último del proceso de justicia transicional que ha iniciado el país es alcanzar la paz y la reconciliación de la sociedad colombiana, resultaba necesario permitir que todos aquellos que quieran cambiar la guerra con armas por el debate con ideas lo pueda hacer, siempre y cuando se haya puesto al día en sus obligaciones con el pueblo colombiano y especialmente con las víctimas del conflicto, como se abordará a continuación.

El artículo transitorio 20 a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, la Constitución Política de Colombia y los derechos de las víctimas

Importantes discusiones han surgido frente a la conformidad de la participación política de excombatientes con los estándares derivados del derecho internacional y la Constitución Política de Colombia.

Tras la aprobación del proyecto de acto legislativo que contemplaba el artículo 67 transitorio, a modo de ejemplo, se demandó su inconstitucionalidad al considerar que la disposición sustituía el «marco democrático», en tanto la responsabilidad de cometer infracciones al DIH, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio, bajo el concepto del demandante, era suficiente para que se constituyera un impedimento, sin excepción,

¹³ Acto Legislativo 01 del 31 de julio de 2012.

¹⁴ La primera versión del proyecto de Acto Legislativo 01 del 4 de abril de 2017, en el segundo párrafo del artículo 17, derogaba únicamente la disposición que impedía a los responsables de cometer crímenes internacionales participar en política.

para la participación en política. De lo contrario, se desconocería no solo la Constitución sino también las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado¹⁵.

Al respecto, en el presente subcapítulo se abordará: i) la inexistencia, en el derecho internacional, de estándares vinculantes que puedan mitigar la autonomía de Colombia para determinar las condiciones en que los excombatientes, una vez reinsertados, puedan participar en política; ii) los presupuestos necesarios que, por el contrario, sí se desprenden del derecho internacional de los derechos humanos, para la limitación de los derechos políticos; y iii) la jurisprudencia constitucional que ha reconocido un margen de configuración del Estado para regular esta materia.

En primer lugar, como ya ha sido señalado de forma previa —y en otras ocasiones¹⁶— el derecho internacional no proscribía la posibilidad de que quienes hayan cometido graves violaciones a los derechos humanos o crímenes internacionales en el marco de un conflicto armado, una vez se desmovilicen y reincorporen a la sociedad civil, puedan participar en política.

De hecho, la práctica de Estados que también han afrontado un proceso de transición¹⁷ da cuenta de, i) la importancia de concebir e implementar reformas estructurales al sistema electoral, que permitan una apertura democrática —de 34 Estados analizados, 26 contemplaron en el acuerdo de paz la modificación al modelo¹⁸—; ii) el rol central que cumple, en la construcción de una paz estable y duradera, la habilitación de excombatientes para participar en política¹⁹; y iii) la inexistencia de impedimentos para garantizar la participación de actores del conflicto incorporados a la vida civil, sin importar los crímenes cometidos en el marco de los conflictos.

Frente al último punto, llama especialmente la atención que de diez acuerdos que contemplaron la modificación del sistema electoral para garantizar la participación política de excombatientes, en ninguno se consideró, ni en la fase de negociación ni en la de implementación, alguna limitación a la

¹⁵ Ver. Corte Constitucional. Sentencia C-577/14.

¹⁶ ACOSTA LÓPEZ, Juana Inés y LONDOÑO LÁZARO, María Carmelina, «Juicio de sustitución: la participación política de excombatientes como desarrollo del marco democrático participativo» Justicia de Transición y Constitución II: Análisis de la Sentencia C-577 de 2014 de la Corte Constitucional. En: Colombia ISBN: 978-958-35-1071 ed.: Editorial Temis S A, v., pp. 85-119, 2015.

¹⁷ El análisis de Derecho comparado se ha llevado a cabo, tomando como fundamento, la información sistematizada en la Peace Matrix Accord, desarrollada por la Universidad de Notredame.

¹⁸ Angola, Bangladesh, Bosnia, Burundí, Camboya, Congo, Djibouti, El Salvador, Guatemala, Indonesia, Ivory Coast, Libia, Liberia, Macedonia, Mozambique, Nepal, Papúa Nueva Guinea, Ruanda, Sierra Leona. Sudáfrica, Sudán, Tajikistán, Timor Leste y Reino Unido.

¹⁹ En diez acuerdos de paz, se concibió la posibilidad de que los excombatientes pudieran formar un partido político, votar y ser elegidos.

calidad de los miembros del grupo armado o a la naturaleza de los delitos cometidos²⁰.

Así pues, no solo no existen estándares en el derecho internacional de los derechos humanos sobre los límites al margen de configuración del Estado en la regulación de la participación de excombatientes, en contextos de justicia transicional —asunto ratificado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-577/14²¹—, sino que la experiencia de diversos Estados da cuenta de la amplia discrecionalidad que tienen los países para promover, con la apertura democrática, la búsqueda de la paz.

Ahora bien, ante la ausencia de estándares aplicables de forma concreta, a procesos de transición, resulta pertinente acudir al desarrollo, tanto jurisprudencial como doctrinal, que ha surgido y se ha derivado del contenido de los derechos políticos que, lejos de propender por limitar la participación política, presenta una tendencia a garantizar su ejercicio, sin injerencias o limitaciones injustificadas, ilegales, innecesarias o desproporcionadas²².

En tal sentido, el artículo 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) consagra que:

«(...) La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior [incluido el derecho a ser elegido], exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal».

²⁰ Angola: Protocolo de Lusaka y Memorando de Entendimiento de Luena; Congo Brazzaville: Acuerdo para el fin de las hostilidades en el Congo; El Salvador: Acuerdo de Chapultepec; Guatemala: Acuerdo para una paz firme y duradera; Indonesia: MoU between the Government of the Republic of Indonesia and the Free Aceh Movement; Mozambique: Acuerdo general de Paz para Mozambique; Ruanda: Acuerdo de Arusha; Sierra Leona: Acuerdo de Paz de Abidjan y Acuerdo de Paz de Lomé.

²¹ Corte Constitucional. Sentencia C-577/14. «Por el contrario, frente al delito político en el ámbito de la participación política, los desarrollos jurisprudenciales han sido mínimos y no existen estándares internacionales que limiten su aplicación, lo que implica que el Estado goza de pleno margen de discrecionalidad en especial, cuando se trata de un contexto de justicia transicional que busca poner fin a un conflicto armado de décadas»

²² ACOSTA LÓPEZ, Juana Inés y LONDOÑO LÁZARO, María Carmelina, «Juicio de sustitución: la participación política de excombatientes como desarrollo del marco democrático participativo» Justicia de Transición y Constitución II: Análisis de la Sentencia C-577 de 2014 de la Corte Constitucional. En: Colombia ISBN: 978-958-35-1071 ed.: Editorial Temis S A, v., pp. 85-119, 2015. En nuestra opinión, si bien la mención de las normas del bloque de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional resultó importante para reforzar la conclusión de que la participación política es un contenido transversal en la Constitución, un análisis más robusto le hubiera permitido a la Corte llegar a una conclusión más contundente y esencial para el juicio de sustitución: el derecho internacional de los derechos humanos no solo promueve la participación política, sino que además exige que las restricciones a este derecho sean justificadas por los Estados con mayor rigor. Esta conclusión estuvo ausente en las intervenciones ante la Corte y en la sentencia».

Por su parte, el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece que:

«Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: (...) b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país».

La Corte IDH y el TEDH²³ han señalado que: i) «la participación política mediante el ejercicio del derecho a ser elegido supone que los ciudadanos puedan postularse como candidatos en condiciones de igualdad y que puedan ocupar los cargos públicos sujetos a elección si logran obtener la cantidad de votos necesarios para ello»²⁴; ii) toda limitación a este derecho debe ser rigurosamente justificada y debe acreditar su legalidad, obedecer a un fin legítimo, ser necesaria en una sociedad democrática, proporcional respecto del interés que justifica y adecuada al objetivo legítimo y, por último²⁵; iii) debe corresponder únicamente a las causales enunciadas en el artículo 23.2 de la CADH —razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal—²⁶.

El Comité de Derechos Humanos, en su Observación General 25 establece que «[c]ualesquiera condiciones que se impongan al ejercicio de los derechos amparados por el artículo 25 deberán basarse en criterios objetivos y razonables (...)»²⁷ y que «[l]os Estados Partes *deben indicar y explicar las disposiciones legislativas* en virtud de las cuales se puede privar a un grupo o

²³ ECHR, Case Mathieu-Mohin and Clerfayt v Belgium, judgment of 2 March 1987, Series A, No. 113. párr. 54; ECHR, Case Zdanoka v Latvia, judgment of 16 March 2006 [GC], no. 58278/00, § 103, 113. ECHR 2003-II, Case of Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey [GC], n.ºs 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98, § 87;

²⁴ Corte IDH. Caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184.

²⁵ Corte IDH. Caso López Mendoza Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233, Párrafo 107; Corte IDH. Caso Argüelles y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 288, Párrafo 222; Corte IDH. Caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184; Corte IDH. Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.

²⁶ Corte IDH. Caso Argüelles y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 288, Párrafo 222; Corte IDH. Caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184.

²⁷ Comité de Derechos Humanos: Observación General n.º 25, 4.

categoría de personas de la posibilidad de desempeñar cargos electivos»²⁸. (Cursiva añadida)²⁹.

En consecuencia, si bien los Estados pueden reglamentar los derechos políticos, cualquier restricción debe estar justificada en las causales establecidas en la norma —artículo 23.2 de la CADH— y debe responder a los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad. Esto significa que antes que prohibir la participación política de ciertas personas o grupos de ciudadanos, el derecho internacional de los derechos humanos exige justificar las restricciones a esta participación.

La Corte Constitucional colombiana, en la única sentencia en la que ha tenido la oportunidad de abordar de forma profunda la participación en política de excombatientes³⁰, si bien no resaltó la naturaleza protectora del derecho internacional de los derechos humanos a la participación política de los ciudadanos, sin distinción, y los requisitos que deben surtirse para limitar este derecho —aspecto que hubiera sido central para el juicio de sustitución³¹—, sí reconoció tres asuntos centrales: i) la participación política como un principio transversal de la Constitución; ii) la apertura democrática en contextos de justicia transicional como una materialización de dicho principio; y iii) la existencia de un margen de apreciación *amplio* del Estado colombiano «que le permite adaptar su regulación a las específicas necesidades que pueden surgir en los procesos que en pos de un objetivo como la paz, requieran la adopción de marcos de justicia transicional, en los que siempre jugará un papel protagónico la reconciliación»³².

Sobre este último aspecto resulta fundamental resaltar, como lo hemos reiterado en otras ocasiones³³, que si bien el concepto de margen de apreciación es aplicable a toda la estrategia de justicia transicional, existen materias en

²⁸ Comité de Derechos Humanos: Observación General n.º 25, 15. Ver al respecto también JUANA INÉS ACOSTA LÓPEZ, MARÍA CARMELINA LONDOÑO LÁZARO. «Juicio de sustitución: la participación política de excombatientes como desarrollo del marco democrático participativo» Justicia de Transición y Constitución II: Análisis de la Sentencia C-577 de 2014 de la Corte Constitucional. En: Colombia ISBN: 978-958-35-1071 ed.: Editorial Temis S A, v., pp. 85-119, 2015.

²⁹ ACOSTA LÓPEZ, Juana Inés y LONDOÑO LÁZARO, María Carmelina, «Juicio de sustitución: la participación política de excombatientes como desarrollo del marco democrático participativo» Justicia de Transición y Constitución II: Análisis de la Sentencia C-577 de 2014 de la Corte Constitucional. En: Colombia ISBN: 978-958-35-1071 ed.: Editorial Temis S A, v., pp. 85-119, 2015.

³⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-577/14.

³¹ ACOSTA LÓPEZ, Juana Inés y LONDOÑO LÁZARO, María Carmelina, «Juicio de sustitución: la participación política de excombatientes como desarrollo del marco democrático participativo», Justicia de Transición y Constitución II: Análisis de la Sentencia C-577 de 2014 de la Corte Constitucional. En: Colombia ISBN: 978-958-35-1071 ed.: Editorial Temis S A, v., pp. 85-119, 2015.

³² Corte Constitucional. Sentencia C-577/14.

³³ *Ibíd.*

las que el margen es más amplio y otras en las que es más estrecho. En este sentido, existe mayor margen de apreciación en la regulación de la participación política en el marco de la justicia transicional, y menor margen de apreciación, por ejemplo, en relación con la garantía de los derechos de las víctimas. Cuando aspectos relacionados con la participación política se conectan directamente con los derechos de las víctimas, el análisis respecto del margen de apreciación deberá ser muy cuidadoso para no vulnerar las obligaciones internacionales y nacionales del Estado.

En este caso, el Tribunal señaló que «la posibilidad de participación en política, per se, no afecta los derechos que constituyen la garantía sustantiva que un Estado debe reconocer a las víctimas»³⁴.

Así pues, bajo el desarrollo anterior, el artículo 20.1 del Acto Legislativo 01 del 4 de abril de 2017, al ampliar el espectro de la participación política de excombatientes, permitiendo que también participen quienes hayan cometido otros crímenes internacionales, como los de lesa humanidad y genocidio, constituye una materialización, i) del margen de apreciación amplio con el que cuenta el Estado sobre la materia; ii) la tendencia del derecho internacional a los derechos humanos de garantizar los derechos políticos, sin establecer límites o restricciones que no obedezcan estrictamente a los criterios establecidos en el artículo 23.2 de la Convención Americana; y iii) la búsqueda por garantizar la reintegración y la reconciliación en el país, mediante la promoción de la difusión de las ideas, a través de la palabra y el debate, y no a través de las armas.

A la vez, lejos de vulnerar los derechos de las víctimas del conflicto en Colombia, contribuirá a su satisfacción, pues permitirá que aquellos miembros de los grupos guerrilleros que aspiren participar en política y hayan cometido delitos de lesa humanidad, no se autocensuren al momento de aceptar su responsabilidad contribuyendo así al esclarecimiento de la verdad. Eso sí, como explicaremos a continuación, siempre y cuando hayan cumplido su sanción y contribuido a salvaguardar los derechos de las víctimas, que han sido perjudicadas por sus actuaciones como combatientes.

Saldar su cuenta con la sociedad es un requisito indispensable para quienes quieran participar en política

Al analizar si el artículo 67 transitorio incorporado por el llamado Marco Jurídico para la Paz a la Carta Política, sustituía o no el texto constitucional, la Corte Constitucional estableció como prerrequisito para que un desmovilizado pueda participar en política, el que se ponga al día con la sociedad, pues de no hacerlo se corre el riesgo de menoscabar los derechos de las

³⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-577/14.

víctimas, incluso llegando a generar escenarios de revictimización cuando quienes han tenido que sufrir graves violaciones a sus derechos ahora tengan que soportar ver a los perpetradores, sin que se haya alcanzado el más mínimo nivel de justicia, como sus representantes o incluso dirigentes locales o regionales.

Por esa razón, fue enfática la Corte en afirmar en su Sentencia C-577 de 2014 que: «(...) la posibilidad de participación en política prevista por el artículo acusado [artículo 67 transitorio] se entiende acorde con el ordenamiento constitucional, en tanto quien entre a formar parte de la comunidad política *haya saldado su deuda con la sociedad*». (Itálicas fuera del texto original).

Incluso el Alto Tribunal colombiano fue más allá, al establecer una serie de condiciones que se deben cumplir por parte de aquellos combatientes que pretendan participar en política después de hacer parte de un grupo insurgente, con el fin de permitir una efectiva reincorporación a la comunidad política de quienes fueron una vez actores del conflicto armado:

«Para alcanzar dicho objetivo y, en armonía con el artículo transitorio 66 de la Constitución, es indispensable que quienes aspiren a participar en política, hayan cumplido con todas las obligaciones consideradas axiales a la efectiva reincorporación de los miembros de grupos armados que hacían parte del conflicto, a saber: (i) no tener condenas penales pendientes; (ii) la dejación de las armas; (iii) el reconocimiento de responsabilidad; (iv) la contribución al esclarecimiento de la verdad y a la reparación de las víctimas; (v) la liberación de los secuestrados y (vi) la desvinculación de los menores de edad reclutados que se encontraran en poder del grupo armado que se desmoviliza».

El no cumplir con las mencionadas seis (6) condiciones antes de participar en política generará dos consecuencias, según la Corte: (1) por un lado, se violaría el derecho de las víctimas a la justicia y el correlativo deber del Estado de impartirla, especialmente frente a graves violaciones de derechos humanos, y (2) por otro lado, se incumpliría con el fin esencial de la justicia transicional: la reconciliación de la sociedad con miras a establecer una paz positiva.

Así, de acuerdo al máximo juez constitucional, permitir la participación en política de quienes fueron actores del conflicto sin que hayan cumplido las sanciones que les fueron impuestas, sin contribuir a la reparación de las víctimas, ni al esclarecimiento de la verdad, resulta en un menoscabo de los derechos de estas últimas y el incumplimiento por parte del Estado de sus deberes en materia de derechos humanos.

Estas condiciones, de conformidad con el relator de las Naciones Unidas para la promoción de la verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición, aportarán, sin lugar a dudas, al restablecimiento de la confianza de

las víctimas hacia las instituciones y a la satisfacción de sus expectativas de justicia³⁵.

En el análisis del derecho comparado, resulta interesante la experiencia de El Salvador y Angola, ya que durante la implementación de los acuerdos, se estableció como requisito para la habilitación del partido político y la subsecuente participación en las elecciones, la entrega definitiva de las armas y el cumplimiento de los demás compromisos del Acuerdo.

En El Salvador, el Tribunal Supremo Electoral estableció como requisito la completa desmovilización para la legalización del partido político «Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional»³⁶ y en Angola, a pesar de que ya había sido habilitado el partido de la Unión Nacional para la Independencia Total de Angola, la Asamblea Nacional, en octubre de 1998, revocó el estatus especial que tenía Jonas Savimbi, líder del partido político, por el incumplimiento de la UNITA a los diferentes compromisos suscritos en la fase de negociación³⁷, relacionados, especialmente, con las garantías de no repetición de las víctimas.

Si bien estas dos experiencias dan cuenta de la importancia de establecer condicionamientos para que la apertura democrática en contextos de justicia transicional no afecte los derechos de las víctimas, también ponen de presente de la necesidad de que, desde el principio, estos requisitos sean conocidos, con claridad, por el grupo armado que se encuentra en proceso de desmovilización y planea reintegrarse a la vida civil, pues, de lo contrario, una medida como la pérdida del derecho a participar en las elecciones, puede ser considerada como un incumplimiento del Estado a los Acuerdos y como un obstáculo a la consecución de la paz³⁸.

A pesar de que en el marco del debate del proyecto de acto legislativo que contenía el artículo 20 transitorio, objeto de análisis en el presente capítulo, recomendamos al Congreso que propusiera la inclusión de las condiciones constitucionales que se deben cumplir antes de participar en política esta-

³⁵ ONU. Informe del relator especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff. 9 de agosto de 2012. A/HRC/21/46. «Para que “fructifiquen” las medidas de respuesta a las secuelas de violaciones irreparables es imprescindible no solo que se perciba su conveniencia sino que se reconozcan como esfuerzos por hacer justicia, a pesar de sus limitaciones. Se trata de una especie de condición previa más allá de la cual se plantean las cuestiones más prácticas de la satisfacción».

³⁶ ONUSAL. December 1992 - 1992. End of the armed conflict. Disponible en: <http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/past/onusalbackgr2.html>. Última consulta: 24 de junio de 2017.

³⁷ MONUA. «Report of the Secretary-General on the United Nations Observer Mission in Angola (MONUA)», U.N. Security Council (S/1998/1110), November 23, 1998.

³⁸ Joshi, Madhav, Jason Michael Quinn & Patrick M. Regan. 2015. «Annualized Implementation Data on Intrastate Comprehensive Peace Accords, 1989-2012». *Journal of Peace Research* 52(4): 551- 562.

blecidas en la Sentencia C-577 de 2014, como parte del capítulo del Acto Legislativo que regula el tema³⁹, observamos que esta inclusión no se llevó a cabo y que la disposición que reformó la Constitución no consideró los requisitos establecidos por el Alto Tribunal.

Con independencia de lo anterior, y hasta tanto no exista una interpretación contraria o más profunda por parte del Tribunal Constitucional, la disposición deberá de ser analizada de forma sistemática, considerando entonces estos condicionamientos como presupuestos de la participación política del artículo 20 transitorio de la Constitución. Esto, con independencia de que el artículo 67 haya sido derogado, pues las consideraciones de la Corte Constitucional, que en nuestro parecer hacen parte de la *ratio decidendi*, deben ser conservadas por el Tribunal Constitucional, a pesar de que haya desaparecido la norma constitucional fundamento de la decisión judicial.

La responsabilidad del mando en el contexto de la paz en Colombia - ¿el nuevo invento de un viejo concepto?

El Acuerdo Final alcanzado entre el Gobierno colombiano y la guerrilla de las FARC, para poner fin a más de 50 años de conflicto armado, ha desatado varias discusiones jurídicas en su intento por mantener un equilibrio entre los cuatro pilares de un proceso de justicia transicional, que a su vez tienen la doble connotación de ser derechos de las víctimas: verdad, justicia, reparación y no repetición.

Uno de los temas que más ha generado cuestionamientos a nivel nacional e internacional, convirtiéndose en el foco de controversias y desacuerdos, es el de la adopción en el Acuerdo Final suscrito el 26 de noviembre de 2016, de un concepto de responsabilidad del mando, que —algunos afirman⁴⁰— difiere en puntos esenciales con lo consignado en el Derecho Internacional

³⁹ Intervención ante el Congreso de la República.

⁴⁰ Ver. GUARÍN, Rafael, «El artículo 28», Revista Semana, 24 de enero de 2017, disponible en <http://www.semana.com/opinion/articulo/falsos-positivos--juzgar-a-los-altos-mandos-militares/513169> VIVANCO, José Miguel (Human Right Watch), «Carta sobre la "responsabilidad del mando" en la legislación de implementación del acuerdo de paz», 25 de enero de 2017, disponible en <https://www.hrw.org/es/news/2017/01/25/carta-sobre-responsabilidad-de-mando-en-la-legislacion-de-implementacion-del-acuerdo> BERNAL PULIDO, Carlos, «La responsabilidad del mando», *Ámbito Jurídico*, 24 de febrero de 2017, disponible en <https://www.ambitojuridico.com/bancoconocimiento/constitucional-y-derechos-humanos/la-responsabilidad-del-mando> UPRIMNY, Rodrigo, «Responsabilidad del mando y JEP: un debate complejo y polarizado», *La Silla Vacía*, 27 de febrero de 2017, disponible en <http://lasillavacia.com/blogs/responsabilidad-del-mando-y-jep-un-debate-complejo-y-polarizado-59906>

Humanitario y en el Derecho Penal Internacional, concretamente, en el artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

En el punto 5 del Acuerdo, que versa sobre las víctimas del conflicto y establece el Sistema de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, concretamente en lo que corresponde a la creación de la Jurisdicción Especial para la Paz en el marco del componente *Justicia*, las partes pactaron lo siguiente sobre la responsabilidad del mando aplicada a miembros de la Fuerza Pública:

«En concordancia con lo anterior, respecto a los agentes del Estado, se establece un tratamiento especial, simultáneo, equilibrado y equitativo basado en el Derecho Internacional Humanitario. Dicho tratamiento diferenciado valorará lo establecido en las reglas operacionales de la fuerza pública en relación con el DIH. En ningún caso la responsabilidad del mando podrá fundarse exclusivamente en el rango, la jerarquía o el ámbito de jurisdicción. La responsabilidad de los miembros de la fuerza pública por los actos de sus subordinados deberá fundarse en el control efectivo de la respectiva conducta, en el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante y después de la realización de la respectiva conducta, así como en los medios a su alcance para prevenir, y de haber ocurrido, promover las investigaciones procedentes»⁴¹. (Subrayado fuera del texto original).

Lo dispuesto en el Acuerdo, plantea tres condiciones para el surgimiento de la responsabilidad de un superior por los actos violatorios de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario cometidos por sus subordinados: (i) debe existir un control efectivo sobre la conducta realizada por el subordinado; (ii) la conducta omisiva del superior debe ser juzgada a la luz del conocimiento que él tuviese del hecho ilícito, con base en la información a su disposición antes, durante y después de la realización de la respectiva conducta; y finalmente, (iii) se deben considerar los medios que el superior tenía a su alcance para prevenir, y de haber ocurrido, promover las investigaciones procedentes.

Ese mismo concepto de responsabilidad del mando, con los tres elementos reseñados, se replica para el caso de los mandos de las FARC, con algunas pequeñas modificaciones, no esenciales sino operacionales, derivado de su condición de actor no estatal en el conflicto⁴². Así, por

⁴¹ Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, versión del 24 de noviembre de 2017, apartado 5.1.2, p. 152, párr. 44, disponible en <https://www.mesadeconversaciones.com.co/comunicados/acuerdo-final-para-la-terminacion-del-conflicto-y-la-construccion-de-una-paz-estable-y-1> (fecha de consulta: 13 de junio de 2017).

⁴² *Ibíd.*, apartado 5.1.2, p. 164, párr. 59: «Respecto a la responsabilidad de los integrantes de las FARC-EP se tendrá en cuenta como referente jurídico el Derecho Internacional Humanitario, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional

ejemplo, al referirse al tercer elemento, el Acuerdo Final establece que el análisis de responsabilidad deberá tener en cuenta: «(...) los medios a su alcance para prevenirla, y de haber ocurrido adoptar las decisiones correspondientes»⁴³. Esa modificación, haciendo uso de un lenguaje menos preciso que la obligación de promover las investigaciones procedentes establecidas para miembros de la Fuerza Pública, es el resultado de la imposibilidad que tienen los superiores del grupo guerrillero de acudir ante las autoridades para poner en su conocimiento los hechos cometidos por sus cuadros militares.

Aunque no es un punto en el que buscamos profundizar en este capítulo, consideramos relevante reseñar que la posibilidad, derivada del DIH⁴⁴, de que los actores no estatales parte de un conflicto armado (como lo son las FARC) establezcan Tribunales para imponer sanciones y juzgar las conductas de sus miembros con el fin de mantener la disciplina o incluso de otros, ha sido una cuestión controvertida a nivel internacional⁴⁵. No

Penal. El componente de justicia del SIVJNRN tendrá en cuenta la relevancia de las decisiones tomadas por la anterior organización que sean pertinentes para analizar las responsabilidades. La responsabilidad de los mandos de las FARC-EP por los actos de sus subordinados deberá fundarse en el control efectivo de la respectiva conducta, en el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante y después de la realización de la respectiva conducta, así como en los medios a su alcance para prevenirla, y de haber ocurrido adoptar las decisiones correspondientes. La responsabilidad del mando no podrá fundarse exclusivamente en el rango o la jerarquía».

⁴³ *Ibíd.*

⁴⁴ El artículo 3 común a los Cuatro Convenios de Ginebra establece la prohibición de proferir frente a las personas que no participan directamente en las hostilidades: «las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados». En el mismo sentido, el artículo 6.2 del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, establece con respecto al «(...) enjuiciamiento y a la sanción de infracciones penales cometidas en relación con el conflicto armado», que: «[n]o se impondrá condena ni se ejecutará pena alguna respecto de una persona declarada culpable de una infracción, sino en virtud de sentencia de un tribunal que ofrezca las garantías esenciales de independencia e imparcialidad». Estas obligaciones aplican tanto para los Estados, como para los actores no estatales del conflicto.

⁴⁵ Sobre la discusión de si los actores no estatales que participan en un conflicto armado no internacional pueden o no conformar Tribunales de Justicia y respetar en ellos del debido proceso, decidió una Corte del Distrito Sueca que, a la luz del derecho internacional humanitario, ellos tienen esa capacidad e incluso pueden imponer sanciones penales bajo unas circunstancias concretas. Corte del Distrito de Estocolmo, Caso No. B 3787-16, sentencia del 16 de febrero de 2017, disponible en <http://www.ejiltalk.org/wp-content/uploads/2017/03/Stockholms-TR-B-3787-16-Dom-2017-02-16.pdf> Una traducción parcial y no oficial al inglés se puede encontrar en: Eleonora Heim (supervised by Marco Sassòli and Yvette Issar), Sweden/Syria, Can Armed Groups Issue Judgements? Disponible en <https://casebook.icrc.org/case-study/swedensyria-can-armed-groups-issue-judgments> Adicionalmente ver. SIVAKUMARAN, Sandesh, «Courts of Armed Opposition Groups. Fair Trials or Summary Justice?», *Journal*

obstante, el grupo armado debe contar con los mecanismos de control que permitan demostrar el actuar diligente del superior militar frente a las conductas criminales de los hombres bajo su mando, que conoció con posterioridad a que acontecieran. De no existir dichos mecanismos, el superior del grupo siempre sería responsable, o, por el contrario, nunca podría serlo por imposibilidad de cumplimiento, vaciando el contenido de la obligación.

Buscando implementar el Acuerdo Final, el nuevo concepto de responsabilidad del mando fue incorporado a la Constitución colombiana a través del artículo transitorio 24 del Acto Legislativo 01 de 2017, pero con aplicación exclusiva a los miembros de la Fuerza Pública. Se reiteran los tres elementos de control efectivo, conocimiento y medios a su alcance planteados en el texto del Acuerdo, pero adicionalmente se incluyen cuatro condiciones que deben concurrir para que exista control efectivo del superior sobre los actos de sus subordinados. El artículo transitorio en cuestión se encuentra en este momento en vigor, esperando decisión de la Corte Constitucional sobre su validez.

El tema de responsabilidad del mando también fue incluido en el Proyecto de Ley Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz, radicada el 1º de agosto de 2017 por el Gobierno Nacional ante el Congreso de la República. En dicho Proyecto de Ley, cuyo trámite legislativo está en curso, se regula la responsabilidad del mando de la Fuerza Pública haciendo un llamado a lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2017, pero, se regula de manera distinta dicho principio de atribución de responsabilidad en el caso de los mandos de las FARC.

Existen entonces tres estándares penales de responsabilidad del mando, o del superior aplicables en el contexto colombiano; uno aplicable a la Fuerza Pública incorporada a la Constitución a través de una reforma, otro a los mandos de las FARC desarrollado en un Proyecto de Ley Estatutaria, y el consignado en el Estatuto de Roma:

of International Criminal Justice No. 7 (2009), disponible en <https://academic.oup.com/jicj/article/7/3/489/864372/Courts-of-Armed-Opposition-Groups-Fair-Trials-or-CLAPHAM>, Andrew, «Detention by Armed Groups under International Law», 93 *International Law Studies* (2017) 1-44, disponible en <http://stockton.usnwc.edu/ils/vol93/iss1/1/SOMER>, Jonathan, *Opening the Floodgates, Controlling the Flow: Swedish Court Rules on the Legal Capacity of Armed Groups to Establish Courts*. EJIL Talk! Disponible en <https://www.ejiltalk.org/opening-the-floodgates-controlling-the-flow-swedish-court-rules-on-the-legal-capacity-of-armed-groups-to-establish-courts/HEFFES>, Ezequiel, *Can armed groups legally establish their own courts?* ICRC Blog Law & Policy. Available online at: <https://medium.com/law-and-policy/can-armed-groups-legally-establish-their-own-courts-c0842c4b9740>

Estatuto de Roma	Acto Legislativo 01 de 2017	Proyecto de Ley Estatutaria No. 08 de 2017 ⁴⁶
<p>Artículo 28. Responsabilidad de los jefes y otros superiores. Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte:</p> <p>a) El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando:</p> <p>i) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y</p> <p>ii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.</p> <p>b) En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando:</p> <p>i) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos;</p> <p>ii) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y</p> <p>iii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.</p>	<p>Artículo transitorio 24. Responsabilidad del mando. Para la determinación de la responsabilidad del mando, la Jurisdicción Especial para la Paz aplicará, en el caso de los miembros de la Fuerza Pública, el Código Penal colombiano, el Derecho Internacional Humanitario como ley especial, y las reglas operacionales de la Fuerza Pública en relación con el DIH siempre que ellas no sean contrarias a la normatividad legal. La determinación de la responsabilidad del mando no podrá fundarse exclusivamente en el rango, la jerarquía o el ámbito de jurisdicción. La responsabilidad de los miembros de la Fuerza Pública por los actos de sus subordinados deberá fundarse en el control efectivo de la respectiva conducta, en el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante, o después de la realización de la respectiva conducta, así como en los medios a su alcance para prevenir que se cometa o se siga cometiendo la conducta punible, siempre y cuando las condiciones fácticas lo permitan, y de haber ocurrido, promover las investigaciones procedentes. Se entenderá que existe mando y control efectivo del superior militar o policial sobre los actos de sus subordinados, cuando se demuestren las siguientes condiciones concurrentes:</p> <p>a. Que la conducta o las conductas punibles hayan sido cometidas dentro del área de responsabilidad asignada a la unidad bajo su mando según el nivel correspondiente y que tengan relación con actividades bajo su responsabilidad;</p> <p>b. Que el superior tenga la capacidad legal y material de emitir órdenes, de modificarlas o de hacerlas cumplir;</p> <p>c. Que el superior tenga la capacidad efectiva de desarrollar y ejecutar operaciones dentro del área donde se cometieron los hechos punibles, conforme al nivel de mando correspondiente; y</p> <p>d. Que el superior tenga la capacidad material y directa de tomar las medidas adecuadas para evitar o reprimir la conducta o las conductas punibles de sus subordinados, siempre y cuando haya de su parte conocimiento actual o actualizable de su comisión.</p>	<p>Artículo 61. Responsabilidad de los mandos de las FARC-EP. La responsabilidad de los mandos de las FARC-EP por los actos de sus subordinados deberá fundarse en el control efectivo de la respectiva conducta, en el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante y después de la realización de la respectiva conducta, así como en los medios a su alcance para prevenirla, y de haber ocurrido adoptar las decisiones correspondientes. La responsabilidad del mando no podrá fundarse exclusivamente en el rango o la jerarquía. Se entiende por control efectivo de la respectiva conducta, la posibilidad real que el superior tenía de haber ejercido un control apropiado sobre sus subalternos, en relación con la ejecución de la conducta delictiva, tal y como se establece en el derecho internacional.</p>

⁴⁶ Congreso de la República, Gaceta del Congreso N.º 626, 1.º de agosto de 2017, p. 13.

El contenido normativo de los tres regímenes aplicables en el contexto de justicia transicional colombiano, permite identificar discrepancias entre ellos. Frente a las inconsistencias entre el estándar de responsabilidad del mando aplicable a los miembros de la Fuerza Pública y a quienes pertenecieron a las FARC, las consecuencias derivadas de ella se mitigarían a la luz del principio de trato equitativo, según el cual el tratamiento de justicia para unos y otros, puede ser diferenciado pero debe ser equilibrado y equitativo⁴⁷. Es decir, que si la aplicación de un determinado estándar de responsabilidad del mando resultare ser más favorable para los militares colombianos que para los guerrilleros de las FARC o viceversa, los jueces de la JEP podrán corregir en el caso concreto esa disparidad con base en el mencionado principio.

Finalmente, en cuanto la discrepancia entre los elementos de la responsabilidad del mando desarrollados en el contexto normativo colombiano, en contraste con lo establecido por el Estatuto de Roma, y valga la pena incluir en este punto, con el contenido derivado del derecho internacional, materializado en el Derecho Internacional Humanitario, en los Estatutos de otros Tribunales Penales internacionales, y en su jurisprudencia, es el objetivo de este escrito plantearse si Colombia tiene un margen de apreciación que le permitiría distanciarse del estándar internacional y si en ese sentido puede plantear un contenido distinto en su ordenamiento jurídico, o si por el contrario, Colombia debe adecuar la regulación que haga de la responsabilidad del mando a lo establecido en el derecho internacional penal y humanitario. Por último, cabrá preguntarnos: cuáles serán las consecuencias de mantener un principio de atribución de responsabilidad del superior distinto, a lo establecido por la Corte Penal Internacional, pero también al DIH.

Para dar respuesta a las cuestiones planteadas, abordaremos: (i) en primer lugar, cuál es el alcance que la responsabilidad del mando tiene en el derecho internacional; (ii) si existe una discrepancia entre el elemento de la responsabilidad de control efectivo desarrollado en Colombia y el existente a nivel internacional; y (iii) si el estándar de conocimiento establecido en Colombia es distinto, más o menos exigente que el establecido en el derecho internacional; (iv) Como corolario, plantearemos cuales pueden ser las consecuencias de mantener en el marco normativo del proceso de justicia transicional con las FARC, un estándar distinto al del derecho penal internacional y el DIH aplicable a Colombia.

⁴⁷ Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, versión del 24 de noviembre de 2017, apartado 5.1.2, p. 150, párr. 34. Congreso de la República, Proyecto de Ley Estatutaria Número 08 de 2017, Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz, artículo 63. Tratamiento equitativo, Gaceta del Congreso No. 626, 1º de agosto de 2017, p. 13.

*El concepto de responsabilidad del mando en el derecho internacional*⁴⁸

La responsabilidad de los comandantes contiene dos conceptos distintos. Por un lado, hace referencia la responsabilidad directa del superior militar, derivada de haber ordenado a sus subordinados la realización de actos ilícitos, escenario en el cual el superior podrá ser encontrado responsable por acción, y el subordinado podrá atenuar la sanción o incluso no ser encontrado responsable, dependiendo de las circunstancias concretas. Por otro lado, la denominada responsabilidad del mando o del superior, desarrollada por el derecho internacional humanitario y el derecho penal internacional, es considerada como un principio de atribución de la responsabilidad individual, a la luz del cual, quienes estando en la posición de hacerlo no previenen o castigan los crímenes cometidos por sus subordinados, se hacen responsables a título de omisión, no de acción⁴⁹, es decir, se juzga lo que el superior dejó de hacer, el incumplimiento de sus deberes, su falta de diligencia, no lo que hizo, pues eso corresponderá a otros criterios de atribución.

A nivel internacional, la responsabilidad del mando tiene sus orígenes en el principio —propio del derecho militar— de que toda fuerza militar debe ser comandada por personas que sean responsables de sus subordinados⁵⁰, como es recogido en el numeral 1º del artículo 1 del Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre anexo a la Convención de La Haya del 29 de julio de 1899 (Haya II)⁵¹, reiterado en el mismo anexo a la Convención de La Haya del 18 de octubre de 1907 (Haya IV)⁵². Ese princi-

⁴⁸ Algunas de las reflexiones y consideraciones incluidas en este capítulo, fueron publicadas por uno de autores en la Revista Semana: IBÁÑEZ, Augusto, MEDELLÍN, Pedro y ARÉVALO, Carlos, «¿Qué ajustar de los Acuerdo de Paz?: la responsabilidad de mando, Revista Semana, 14 de octubre de 2016, disponible en <http://www.semana.com/nacion/articulo/ajustes-a-los-acuerdos-de-paz-responsabilidad-de-mando/499084>

⁴⁹ Ver BANTEKAS, Ilias, «The Contemporary Law of Superior >responsibility», The American Journal of International Law, Volume 93, 1999, pp. 575-576. WILLIAMSON, Jamie A., «Some considerations on command responsibility and criminal liability», International Review of the Red Cross, Volume 90, Number 870, June 2008, pp. 303-304. METTRAUX, Guenaël, «The Doctrine of Superior/ Command Responsibility», The Peace and Justice Initiative, disponible en <http://www.peaceandjusticeinitiative.org/implementation-resources/command-responsibility> Fecha de la consulta 10.09.2017.

⁵⁰ Ver KORTFÁLT, Linnea. Article 28 Statute of Rome – General Remarks: Responsibility of commanders and other superiors. En: KLAMBERG, Mark (Ed.). The Commentary on the Law of the International Criminal Court – CLICC. Disponible en <https://www.casematrixnetwork.org/es/cm-n-knowledge-hub/icc-commentary-clicc/>

⁵¹ En el mencionado artículo se establece que: «Las leyes, los derechos y los deberes de la guerra no se refieren solamente al ejército sino también a las milicias y a los Cuerpos de voluntarios que reúnan las condiciones siguientes: || 1. Tener a la cabeza una persona responsable por sus subalternos».

⁵² Comité Internacional de la Cruz Roja, Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre (H.IV.R), 18 de octubre de 1907, <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1907-regulations-laws-customs-war-on-land-5tdm39.htm>

pio militar, también encuentra desarrollo en el Convenio de Ginebra para el Mejoramiento de la Condición de los Heridos y Enfermos de los Ejércitos en el Campo de Batalla del 27 de julio de 1929, que en su artículo 26 dispone que: «Los comandantes en jefe de los Ejércitos beligerantes dispondrán los detalles para la realización de los artículos precedentes, así como para los casos de conformidad con las instrucciones de sus respectivos Gobiernos y de conformidad con los principios generales de la presente Convención»⁵³. (Traducción libre del texto en inglés).

La responsabilidad del mando ha sido reconocida por el Comité Internacional de la Cruz Roja como una norma perteneciente a la costumbre internacional del derecho de los conflictos armados (DIH), según la cual: «Los jefes y otros mandos superiores son penalmente responsables de los crímenes de guerra cometidos por sus subordinados si sabían, o deberían haber sabido, que estos iban a cometer o estaban cometiendo tales crímenes y no tomaron todas las medidas razonables y necesarias a su alcance para evitar que se cometieran o, si ya se habían cometido, para castigar a los responsables»⁵⁴. Norma consuetudinaria, aplicable tanto a conflictos armados internacionales como no internacionales —como es el caso colombiano—, que encuentra sustento en lo establecido en los artículos 86.2⁵⁵ y 87.3⁵⁶ del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales.

En materia penal internacional, la aplicación de la responsabilidad del mando ha sido recogida en los Estatutos de los principales Tribunales internacionales *ad hoc* como es el caso del Tribunal Internacional para la antigua

⁵³ International Committee of the Red Cross, Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armies in the Field. Geneva, 27 July 1929, article 26, disponible en <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Article.xsp?action=openDocument&documentId=1182E96558CCAE1C12563CD00518C25>

⁵⁴ HENCKAERTS, Jean-Marie y DOSWALD-BECK, «El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario», Comité Internacional de la Cruz Roja. Volumen 1. Buenos Aires. 2007. Norma 153, pp. 632 y ss.

⁵⁵ Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (1977). Artículo 86.2: «El hecho de que la infracción de los Convenios o del presente Protocolo haya sido cometida por un subordinado no exime de responsabilidad penal o disciplinaria, según el caso, a sus superiores, si éstos sabían o poseían información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción y si no tomaron todas las medidas factibles que estuvieran a su alcance para impedir o reprimir esa infracción».

⁵⁶ *Ibid.* Artículo 87.3: «Las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto obligarán a todo jefe que tenga conocimiento de que sus subordinados u otras personas bajo su autoridad van a cometer o han cometido una infracción de los Convenios o del presente Protocolo a que se tome las medidas necesarias para impedir tales violaciones de los Convenios o del presente Protocolo y, en caso necesario, promueva una acción disciplinaria o penal contra los autores de las violaciones».

Yugoslavia⁵⁷, el de Ruanda⁵⁸, el de Sierra Leona⁵⁹, el de Timor Oriental⁶⁰, el de Camboya⁶¹, y por supuesto, la ya antes reseñada Corte Penal Internacional, cuya naturaleza no es *ad hoc* sino permanente.

Después de observar las normas consuetudinarias y convencionales del DIH, y la forma como los Tribunales Penales internacionales regulan en sus estatutos la responsabilidad del mando, se puede llegar a una primera serie de conclusiones: 1. Que se trata de un concepto propio del derecho internacio-

⁵⁷ Estatuto del Tribunal Internacional para juzgar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia a partir de 1991. Artículo 7, numeral 3º: «El hecho de que cualquiera de los actos contemplados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto haya sido cometido por un subordinado, no libera su superior de su responsabilidad penal si sabía o tenía razones para saber que el subordinado se aprestaba a cometer ese acto o ya lo hizo, y que el superior no tomó las medidas necesarias y razonables para impedir que dicho acto no fuera cometido, o para castigar a los autores».

⁵⁸ Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda. Artículo 6, numeral 3º: «El hecho de que cualquiera de los actos mencionados en los artículos 2 a 4 del presente Estatuto haya sido cometido por un subordinado no eximirá de responsabilidad penal a su superior si éste sabía o tenía razones para saber que el subordinado iba a cometer tales actos o los había cometido y no adoptó las medidas necesarias y razonables para impedir que se cometieran o para castigar a quienes los perpetraron».

⁵⁹ Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona. Artículo 6, numeral 3º: «El hecho de que cualquiera de los actos mencionados en los artículos 2 a 4 del presente Estatuto haya sido cometido por un subordinado no eximirá de responsabilidad penal a su superior si éste sabía o tenía razones para saber que el subordinado iba a cometer tales actos o los había cometido y no adoptó las medidas necesarias y razonables para impedir que se cometieran o para castigar a quienes los perpetraron». (Traducción libre). Disponible en <http://www.rscsl.org/Documents/scsl-statute.pdf>

⁶⁰ Paneles Especiales para Crímenes Graves en Dili (Timor Oriental). Administración Transicional en Timor Oriental (UNTAET), Regulación No. 2000/15, del 6 de junio de 2015, «Sobre el Establecimiento de Paneles con Jurisdicción Exclusiva sobre Graves Infracciones Penales». Sección 16: «Además de otras causales de responsabilidad penal en virtud de la presente regulación sobre graves infracciones penales a que se hace referencia en las secciones 4 a 7 de esta regulación, el hecho de que cualquiera de los actos mencionados en las citadas secciones 4 a 7 haya sido cometido por un subordinado no eximirá de responsabilidad penal a su superior si éste sabía o tenía razones para saber que el subordinado iba a cometer tales actos o los había cometido y no adoptó las medidas necesarias y razonables para impedir que se cometieran o para castigar a quienes los perpetraron». (Traducción Libre). Disponible en <http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/past/etimor/untaetR/Reg0015E.pdf>

⁶¹ Ley sobre el establecimiento de Salas Extraordinarias de las Cortes de Camboya para la investigación y sanción de crímenes cometidos durante el periodo de la Kampuchea Democrática. Artículo 29, inciso 3º: «El hecho de que cualquiera de los actos mencionados en los artículos 3 nuevo, 4, 5, 6, 7 y 8 de esta ley haya sido cometido por un subordinado no eximirá de responsabilidad penal a su superior si éste tenía mando y control efectivo o autoridad y control sobre el subordinado, y el superior sabía o tenía razones para saber que el subordinado iba a cometer tales actos o los había cometido y no adoptó las medidas necesarias y razonables para impedir que se cometieran o para castigar a quienes los perpetraron». (Traducción Libre). Disponible en https://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/legal-documents/KR_Law_as_amended_27_Oct_2004_Eng.pdf

nal, que incluso es aplicable a todos los Estados que participen en un conflicto armado, que no demostraron oponerse a él en su etapa de formación, por vía de la costumbre. 2. Aunque no existe una identidad literal en el texto de todas las disposiciones, si se pueden identificar una serie de elementos comunes, tanto en el DIH, como en el DPI. En primer lugar, que el superior será responsable de los actos criminales cometidos por su subordinado, si: (i) sabía (un conocimiento real) o poseía información que le permitiera concluir / tenía razones para saber (conocimiento inferido); (ii) el superior debía actuar diligentemente y adoptar medidas necesarias y razonables para impedir que los ilícitos se cometieran, o, para castigar a quienes los perpetraron. En segundo lugar, se presume una relación de subordinación (*de iure* o *de facto*) no centrando la discusión de la atribución en ello, pero, pareciera que en la mayoría de los casos, salvo en el Tribunal de Camboya, también se presume el control efectivo del superior frente a su subordinado, elemento que si es explícitamente determinado en el Estatuto de Roma.

Si bien el principio de responsabilidad del mando ha sido definido en reiteradas disposiciones, con cierto grado de uniformidad, la determinación específica de su contenido, alcance y aplicación, ha sido desarrollada en la jurisprudencia internacional derivada de los juicios posteriores a la Segunda Guerra Mundial⁶², del Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia⁶³, del Tribunal Penal Internacional para Ruanda⁶⁴, y más recientemente, en decisiones de la Corte Penal Internacional⁶⁵.

Aunque existen antecedentes previos a los mencionados en este capítulo, el desarrollo moderno del concepto de responsabilidad del mando tiene su origen en el juicio del General del Ejército Imperial japonés Tomoyuki Yamashita adelantado por la Comisión militar de los Estados Unidos en Manila del 8 de octubre al 7 de diciembre de 1945 y revisado por la Corte Suprema

⁶² Estados Unidos, Tribunal Militar de Núremberg, Von Leeb (The High Command Trial) case (ibíd., párr. 657) y List (Hostages Trial) case (ibíd., párr. 658); Estados Unidos, Corte Suprema, Yamashita case (ibíd., párr. 659); Reino Unido, Tribunal Militar de Wuppertal, Rauer case (ibíd., párr. 656); Tribunal Militar Internacional de Tokyo, Case of the Major War Criminals (ibíd., párrs. 693 a 700) y Toyoda case (ibíd., párr. 701). Referenciados en HENCKAERTS *et al.* Supra Note 14, p. 632, Nota 42.

⁶³ TPIY, Martić case, examen del auto de procesamiento (ibíd., párr. 705), Karadžić and Mladić case, examen del auto de procesamiento (ibíd., párr. 706), Delalić case, fallo (ibíd., párr. 707), Aleksovski case, fallo (ibíd., párr. 708), Blaskić case, fallo (ibíd., párr. 709), Kunarac case, fallo (ibíd., párr. 711), Kordić and Cerkez case, fallo (ibíd., párr. 712), Krstić case, fallo (ibíd., párr. 713) y Kvocka case, fallo (ibíd., párr. 714). Referenciados en HENCKAERTS *et al.* Supra Note 14, p. 632, Nota 44.

⁶⁴ Tribunal Internacional Penal para Ruanda, Fiscal v. Jean Paul Akayesu, Caso No. ICTR-96-4. Sentencia del 2 de septiembre de 1998.

⁶⁵ Corte Penal Internacional, Sala de Primera Instancia III, Situación de la República Centroafricana en el caso de la Fiscal v. Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-3343, Sentencia del 26 de marzo de 2016. Párrs. 170-213.

de los Estados Unidos, en sentencia proferida el 4 de febrero de 1946⁶⁶. La acusación contra Yamashita se basó en que el peticionario había fallado en su deber como comandante del ejército de controlar las operaciones de sus tropas, permitiéndoles cometer atrocidades contra la población civil y los prisioneros de guerra. Fue declarado culpable y condenado a muerte, dando origen «al principio decisivo de que un comandante puede ser encontrado penalmente responsable a la luz del derecho internacional por los crímenes cometidos por sus hombres»⁶⁷. En su análisis sobre la responsabilidad de los comandantes, consideró la Comisión Militar:

«Claramente, la asignación de comandar tropas militares viene acompañada de una amplia autoridad y una gran responsabilidad. Esto ha sido cierto en todos los ejércitos a lo largo de la historia. Es absurdo, sin embargo, considerar a un comandante un homicida o un violador porque uno de sus soldados comete un homicidio o una violación. Sin embargo, donde homicidios y violaciones, y actos de venganza son delitos generalizados, y no hay un intento efectivo de un comandante por descubrir y controlar dichos actos criminales, tal comandante puede ser considerado responsable, incluso penalmente, por los actos ilegales de sus tropas, dependiendo de su naturaleza y las circunstancias que los rodean»⁶⁸. (Traducción libre).

Llegando a la conclusión en el caso del general Yamashita, que durante el periodo en el que miembros de las Fuerzas Armadas japonesas cometieron una serie de atrocidades, él falló en proveer el control efectivo de sus tropas como era requerido por las circunstancias⁶⁹.

En el mismo sentido, en desarrollo de lo dispuesto en sus Estatutos, en el *Caso de Jean Paul Akayesu* mediante Sentencia del 2 de septiembre de 1998, el Tribunal Internacional Penal para Ruanda, estableció que la responsabilidad de los superiores por los actos de sus subordinados era aplicable a los conflictos internos. En el marco de dicha decisión, la sala de juzgamiento del Tribunal analizó la particularidad de la responsabilidad del mando, concluyendo que ella difiere de otros tipos de responsabilidad

⁶⁶ United States Supreme Court, *In re Yamashita*, 327 U.S. 1 (1946), disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/327/1/case.html>

⁶⁷ METTRAUX, Guénaél, «The Law of Command Responsibility», Oxford University Press, New York, 2009. p. 8.

⁶⁸ United Nations War Crimes Commission, «Law Reports of Trials of War Criminals», Volume IV, London, 1948, Case No. 21, Trial of General Tomoyuki Yamashita. p. 35, disponible en: https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/Law-Reports_Vol-4.pdf

⁶⁹ *Ibíd.*: «General Yamashita: The Commission concludes: (1) That a series of atrocities and other high crimes have been committed by members of the Japanese armed forces under your command against people of the United States, their allies and dependencies throughout the Philippine Islands; that they were not sporadic in nature but in many cases were methodically supervised by Japanese officers and non-commissioned officers; (2) That during the period in question you failed to provide effective control of your troops as was required by the circumstances».

en que «(...) no se requiere que el superior haya actuado con conocimiento de que se hacía a sí mismo penalmente responsable, sino que bastaba con que tuviese razones suficientes para saber que sus subordinados estaban a punto de cometer o ya habían cometido un crimen y fallara en adoptar las medidas necesarias o razonables para prevenir dicho acto o para castigar a sus perpetradores»⁷⁰.

Por otro lado, en el *Caso Hadzihasanovic y otros*, la Cámara de Apelaciones del Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia, determinó que la responsabilidad del mando no podía extenderse a los crímenes cometidos por subordinados antes de que el acusado asumiese el mando sobre él. Si bien la conclusión del Tribunal es que en el caso estudiado no aplicaba la responsabilidad del superior, para llegar a esa respuesta tuvo que analizar el contenido de la costumbre internacional en la materia, reconociendo su aplicación a los conflictos armados no internacionales⁷¹.

De lo anteriormente expuesto, se puede concluir que la responsabilidad por el mando, es un concepto propio del derecho internacional que tiene unos estándares construidos en materia penal. Por esa razón, incluir nuevos elementos normativos a ese concepto, que contradigan lo dispuesto en ese derecho, que, como se evidenció, ha venido siendo aplicado en situaciones análogas a las afrontadas en el marco del conflicto armado en Colombia, generaría consecuencias negativas para el proceso de paz colombiano. En ese orden de ideas, es preciso entrar a analizar las posibles contradicciones que se pueden presentar entre la regulación colombiana de la responsabilidad del mando en el marco de los Acuerdos para poner fin al conflicto, y el contenido de ese principio de atribución de responsabilidad desarrollado en el derecho internacional. Concretamente nos enfocaremos en el análisis de dos elementos de la responsabilidad del mando: el control efectivo, y el conocimiento que deben tener los superiores de que la conducta se iba a cometer o se había cometido.

⁷⁰ Tribunal Internacional Penal para Ruanda. Fiscal v. Jean Paul Akayesu. Caso No. ICTR-96-4. Sentencia del 2 de septiembre de 1998, párr. 479. Traducción no oficial del texto originalmente en inglés: «Therefore, as can be seen, the forms of participation referred to in Article 6 (1), cannot render their perpetrator criminally liable where he did not act knowingly, and even where he should have had such knowledge. This greatly differs from Article 6 (3) analyzed here below, which does not necessarily require that the superior acted knowingly to render him criminally liable; it suffices that he had reason to know that his subordinates were about to commit or had committed a crime and failed to take the necessary or reasonable measures to prevent such acts or punish the perpetrators thereof. In a way, this is liability by omission or abstention». Adicionalmente sobre el tema de responsabilidad por el mando, ver párrafos 486 a 490.

⁷¹ Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia. Fiscal v. Enver Hadzihasanovic, Mehmed Alagic y Amir Kubura. Caso No. IT-01-47-AR72. Decisión del Auto Interlocutorio de competencia de la Cámara de Apelaciones. 16 de julio de 2003, párrs. 37 a 56.

El criterio adoptado en Colombia de control efectivo sobre la respectiva conducta criminal

En uno de los cambios incluido en el Acuerdo Final al concepto de responsabilidad del mando, implementado a través del artículo 24 transitorio incorporado a la Constitución por el Acto Legislativo 01 de 2017, el Gobierno Nacional y las FARC pretenden que el *control efectivo* que ejerce el superior, no sea general sobre los actos de sus subordinados, sino sobre la conducta delictiva específica que derivó en una violación a los derechos humanos o al DIH.

El concepto de control efectivo propio de la responsabilidad del mando en materia penal internacional, obedece a la relación superior–subordinado. Así lo recoge expresamente el Estatuto de Roma en su artículo 28: «(...) cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo (...) en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas», dejando claro y sin lugar a controversia hermenéutica, que se trata de un control sobre las fuerzas y no sobre la conducta específica desplegada por estas, que deriva en un crimen internacional.

Corroborando lo anterior, la Cámara de Apelaciones del Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia en el Caso Mucic y otros, conocido como *Caso Čelebići*, analizó la propuesta presentada por la Fiscalía, que, en el aspecto relevante para el presente estudio afirmó: «(...) la responsabilidad del mando implica una relación superior – subordinado en la que el superior efectivamente controle al subordinado, en el sentido que el superior posee la capacidad material para prevenir o castigar los delitos»⁷².

El Tribunal por su parte consideró que: «(...) la Cámara de juzgamiento aplicó el test correcto —si Delic [uno de los acusados] ejerció el control efectivo al tener la capacidad material para prevenir o castigar los crímenes cometidos por sus subordinados— (...)»⁷³. En conclusión, la Corte fue clara al considerar que el control efectivo: (i) es del superior al subordinado, no a la conducta cometida; y (ii) es efectivo si el superior tiene la capacidad para prevenir o castigar la conducta criminal de su subordinado.

⁷² Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia. Fiscal v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic (Aka «Pavo»), Hazim Delic y Esad Landžo (Aka «Zenga»). Caso Celebici. Caso No. IT-96-21-A. Sentencia de la Cámara de Apelaciones, 20 de febrero de 2001, párr. 295. Traducción no oficial del texto originalmente en inglés: «(...) command responsibility entails a superior-subordinate relationship in which the superior effectively controls the subordinate, in the sense that the superior possesses the material ability to prevent or punish the offences (...)».

⁷³ *Ibíd.*, párr. 305. Traducción no oficial del texto originalmente en inglés: «(...) the Appeals Chamber considers that the Trial Chamber essentially applied the correct test —whether Delic exercised effective control in having the material ability to prevent or punish crimes committed by subordinates— (...)».

En el caso *Galic*, ese mismo Tribunal consideró que: «(...) el control debe ser efectivo para que exista una relación relevante de superior a subordinado. El control se establece si el comandante tenía “el poder o la autoridad de jure o de facto para prevenir el crimen de un subordinado o para castigar a los autores del crimen después de que este fue cometido”⁷⁴, pero no requiere un control sobre la conducta delictiva específica».

En el mismo sentido, la Corte Penal Internacional en el marco del *Caso Bemba*, reiteró en una decisión del 2009, que el control efectivo es una manifestación de la relación superior – subordinado entre el sospechoso y las fuerzas o los subordinados en una relación jerárquica *de iure* o *de facto*⁷⁵. En la reciente decisión del 21 de marzo de 2016 sobre el mismo caso, la Sala de Primera Instancia III, reitera ese punto⁷⁶, pero, adicionalmente aclara que: «A los efectos del apartado a) del artículo 28, a raíz de la aplicación jurisprudencia, la Sala considera que el “control efectivo” requiere que el comandante tenga la capacidad material de prevenir o reprimir la comisión de los crímenes o someter el asunto a las autoridades competentes»⁷⁷. Esto demuestra, que la relación debe ser del comandante con su subordinado, tan concreta como para permitirle prevenir o castigar la conducta delictiva cometida por él, pero en ningún momento, que le permita controlar, no al autor, sino la conducta como tal, pues de hacerlo, como pretende la normatividad colombiana, el comandante pasaría a ser responsable por acción y no por omisión.

Adicionalmente, el artículo transitorio 24, incorpora cuatro condiciones que deben ser cumplidas de manera concurrente para que exista mando y control efectivo del superior, sobre los «actos de sus subordinados» afirma la norma. Las mencionadas condiciones son:

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

⁷⁴ Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia. Fiscal v. Stanislav Galic, Sala de Juzgamiento, Caso IT-98-29-T, Sentencia del 5 de diciembre de 2003, párr. 173.

⁷⁵ Corte Penal Internacional. Sala de Prejuzgamiento. Decisión respecto al Artículo 61(7) (a) y (b) del Estatuto de Roma con relación a los cargos presentados por la Fiscalía contra Jean-Pierre Bemba Gombo. Caso No. ICC-01/05-01/08, 15 de junio de 2009, párrs. 411 y ss.

⁷⁶ Corte Penal Internacional, Sala de Primera Instancia III, Situación de la República Centroafricana en el caso de la fiscal v. Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-3343, Sentencia del 26 de marzo de 2016, párr. 184.

⁷⁷ *Ibid.*, párr. 183.

ta o las conductas punibles de sus subordinados, siempre y cuando haya de su parte conocimiento actual o actualizable de su comisión».

Si bien en el caso *Bemba* se tuvo en cuenta la presencia de una serie de factores que pueden indicar la existencia de un control efectivo, dentro de los cuales pueden estar recogidos los planteados en el artículo transitorio 24, haciendo un llamado a los casos *Blaškić* y *Strugar* de la Sala de Apelaciones del Tribunal para la antigua Yugoslavia, la Corte Penal Internacional confirma que factores como esos pueden ser tenidos en cuenta como evidencias pero no como derecho sustantivo, totalmente lo contrario a lo que se está haciendo en el caso colombiano⁷⁸.

En conclusión, el elemento de control efectivo en la responsabilidad del mando, corresponde en el derecho internacional a una relación del subordinado con el superior, y no a la relación de este con el crimen cometido, como pretende la variación del estándar incorporada en el ordenamiento colombiano. Prueba de que el control efectivo no se limita a la conducta ilícita, es que existe una obligación del superior de actuar más allá de ella, concretamente, a la luz del deber que tiene de promover las investigaciones procedentes una vez la conducta ya ha sido cometida. Finalmente, con la adopción de los cuatro criterios concurrentes para la existencia de un control efectivo, la legislación colombiana está elevando las condiciones para el surgimiento de la responsabilidad del mando, haciendo que sea más difícil su aplicación al caso concreto de un comandante, generando el riesgo de que un máximo responsable, miembro de las Fuerzas Militares o de las FARC que no actuó acorde con los estándares de diligencia establecidos en el derecho internacional humanitario frente a las conductas de sus subordinados, se quede en la impunidad.

El conocimiento basado en la información a disposición del superior antes, durante y después de la realización de la conducta

Uno de los puntos más discutidos en el marco de la incorporación de un nuevo estándar de responsabilidad del mando en Colombia, es el relacionado con el conocimiento que debe tener el superior sobre la comisión de los crímenes por parte de sus subordinados, también conocido como elemento subjetivo o *mens rea*. En gran medida, las controversias se han generado, porque, como se analizó en la sección sobre la naturaleza de la responsabilidad del mando en el derecho internacional, las disposiciones del DIH y del derecho penal internacional que regulan el tema, no tienen un mismo contenido normativo.

Sobre esas diferencias, el Comité Internacional de la Cruz Roja al establecer la responsabilidad del mando como una costumbre internacional, consideró

⁷⁸ *Ibíd.*, párr. 188.

que: «La práctica confirma que la responsabilidad no se limita a situaciones en las que el jefe o superior jerárquico tiene un conocimiento real de los crímenes cometidos o que iban a cometer sus subordinados, sino que basta un conocimiento inferido. Esta noción se expresa en varias fuentes con formulaciones ligeramente diferentes: el jefe o superior «*tenía razones para saber*», «*[los superiores] sabían o poseían información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento*», «*en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber*», «*es responsable de no haber estado al corriente*» y era “*culpable de negligencia penal por no haber sabido*”. Estas formulaciones cubren, básicamente, el concepto de conocimiento inferido»⁷⁹.

De acuerdo con el estándar desarrollado en el derecho internacional, los superiores pueden ser encontrados responsables con base en un conocimiento real (sabía) o en un conocimiento inferido (debía saber). Esto ha sido reiterado en los Casos *Čelebići*⁸⁰ y *Galic*⁸¹ del Tribunal para la antigua Yugoslavia. Asimismo, ese modelo bifaz de conocimiento del comandante, fue consignado en el artículo 28 del Estatuto de Roma con la fórmula: «*Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos*».

Contrario a lo planteado anteriormente, el modelo de responsabilidad del mando colombiano, se fundamenta «*en el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante, o después de la realización de la respectiva conducta*», según lo dispuesto en el artículo transitorio 24 del Acto Legislativo 01 de 2017, estableciendo un estándar de conocimiento exclusivamente real y dejando de lado la posibilidad de que el conocimiento del superior responsable sea inferido.

Nuevamente, como en el caso del control efectivo, las modificaciones incorporadas en el ordenamiento colombiano al elemento subjetivo de la responsabilidad del mando, contradicen lo dispuesto en el derecho internacional, particularmente en el Estatuto de Roma del cual Colombia es uno de sus Estados parte, elevando los criterios para su aplicación y generando que este nuevo principio de atribución, a la colombiana, pueda servir de puerta de escape para que un máximo responsable de los peores vejámenes se quede en la impunidad.

⁷⁹ HENCKAERTS, Jean-Marie y DOSWALD-BECK, «El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario», Comité Internacional de la Cruz Roja. Volumen 1. Buenos Aires. 2007. Norma 153, p. 635.

⁸⁰ Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia. Fiscal v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic (Aka «Pavo»), Hazim Delic y Esad Landžo (Aka «Zenga»). Caso Celebici. Caso No. IT-96-21-T. Sentencia de la Sala de Primera Instancia, 16 de noviembre de 1998, párrs. 768-770.

⁸¹ Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia. Fiscal v. Stanislav Galic, Sala de Juzgamiento, Caso IT-98-29-T, Sentencia del 5 de diciembre de 2003, párrs. 174 y 175.

Como corolario: la responsabilidad del mando en Colombia es un cáliz envenenado

Una de las cuestiones sobre las cuales todavía no hay una respuesta clara en el ordenamiento jurídico colombiano, es si el concepto de responsabilidad del mando desarrollado en el derecho internacional es vinculante o no para Colombia, debe ser aplicado directamente, por ejemplo, siguiendo el tenor de lo dispuesto en la Corte Penal Internacional, o si por el contrario, los países cuentan con un margen de apreciación que permitiría modificar algunos de los elementos esenciales de dicho principio de atribución de la responsabilidad individual, como se ha demostrado que se ha hecho en el país suramericano.

Específicamente sobre la responsabilidad del mando, no como norma consuetudinaria, sino como principio de atribución de responsabilidad recogido en el artículo 28 del Estatuto de Roma, la Corte Constitucional colombiana se ha pronunciado en las Sentencias SU-1184 de 2001, C-181 de 2002, C-578 de 2002 y C-801 de 2009. El máximo Tribunal Constitucional ha entendido que la responsabilidad del superior militar bajo los parámetros del artículo 28 (a) del Estatuto de Roma, se ajustan a la Carta Política y resultan aplicables en el orden interno. Solo con eso ya se plantea un problema normativo y es que tendría al interior del ordenamiento jurídico distintas regulaciones para la misma realidad, generando así el surgimiento de una antinomia, fácilmente corregible si el estándar colombiano replicara al internacional.

Hasta ahora en sus pronunciamientos, la Corte Constitucional no ha declarado con claridad que lo dispuesto en el artículo 28 (a) en concreto o la responsabilidad del mando, de manera más amplia, haga parte del bloque de constitucionalidad, es decir, prevalezcan en el ordenamiento jurídico, como sí lo hacen las normas incorporadas a la Carta a través de una reforma, como es el caso del artículo transitorio 24. En ese orden de ideas, estaríamos ante una contradicción constitucional que nunca se ha presentado en Colombia y es el surgimiento de una inconstitucionalidad sobreviniente de una norma contenida en un tratado internacional previamente avalado por la Corte Constitucional (aval que hace tránsito a cosa juzgada constitucional), en este caso el Estatuto de Roma, que sería contrario en su artículo 28 al Acto Legislativo 01 de 2017.

En vista de lo anterior, consideramos que la responsabilidad del mando aplicada a superiores militares, según lo establecido en el derecho internacional, no solo es aplicable directamente en Colombia, sino que hace parte del bloque de constitucionalidad. Lo anterior basado en que dicho concepto hace parte del derecho internacional humanitario consuetudinario, y como tal, es aplicable directamente en nuestro ordenamiento jurídico tal y como lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corte Constitucional en las Sentencias C-574 de 1992, C-225 de 1995 y C-991 de 2000 entre otras, en las que incluso llegaron a darle el valor de normas de *ius cogens* a todo el DIH, lo que

para los autores de este escrito es un error que ya se ha venido corrigiendo la Corte en decisiones posteriores⁸².

En su libro *Jurisprudencia Penal Internacional aplicable en Colombia*, Alejandro Ramelli afirma refiriéndose a la responsabilidad del superior que: «la jurisprudencia constitucional ha sostenido que las normas consuetudinarias son parte del bloque de constitucionalidad si regulan derechos que no admiten ser limitados bajo estado de excepción, lo cual no acontece en el presente caso, por cuanto se trata de una norma consuetudinaria atinente a una forma de responsabilidad penal»⁸³. Los autores discrepan de la posición del profesor Ramelli, toda vez que la responsabilidad del mando sí desarrolla un derecho fundamental, y es el derecho a la justicia de las víctimas del conflicto armado, que se materializa en la obligación de los Estados de prevenir, investigar, sancionar y reparar, las graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario.

En el mismo sentido, el profesor Carlos Bernal Pulido, hoy magistrado de la Corte Constitucional, ha considerado que la responsabilidad del mando, regulada en el artículo 28 del Estatuto de la CPI, no es parte del bloque de constitucionalidad, ni constituye un pilar esencial de la Constitución que no pueda ser reformado a través de un Acto Legislativo⁸⁴. Con base en el mismo fundamento descrito en el párrafo anterior, también discrepamos de la posición del profesor Bernal, pues la misma Corte Constitucional en la Sentencia C-579 de 2013, estableció «que existe un pilar fundamental de la Constitución que consiste en el compromiso del Estado social y democrático de derecho de respetar, proteger y garantizar los derechos de la sociedad y de las víctimas. En virtud de este mandato, existe la obligación de: (i) prevenir su vulneración; (ii) tutelarlos de manera efectiva; (iii) garantizar la reparación y la verdad; y (iv) investigar, juzgar y en su caso sancionar las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario». (Sub-

⁸² Ver Corte Constitucional de Colombia, Sentencias C-291 de 2007 y C-910 de 2013.

⁸³ RAMELLI, Alejandro, «Jurisprudencia Penal Internacional aplicable en Colombia», Ediciones Uniandes, Bogotá, 2011, p. 582.

⁸⁴ BERNAL PULIDO, Carlos, «La responsabilidad del mando», *Ámbito Jurídico*, 24 de febrero de 2017, disponible en <https://www.ambitojuridico.com/bancoconocimiento/constitucional-y-derechos-humanos/la-responsabilidad-del-mando>: «(...) podría pensarse que no incorporar el artículo 28 del Estatuto remplace un elemento esencial de la Constitución ligado al bloque de constitucionalidad: la obligación estatal de proteger los derechos humanos. Cabe dudar de que esto sea así. El Acto Legislativo 2 del 2001 y la Corte Constitucional (en la Sentencia C-578/02) reconocieron que podrían existir discrepancias entre el derecho interno y el Estatuto de Roma y que estas discrepancias están constitucionalmente permitidas. Así mismo, la Corte Constitucional, en sentencias como las C-290 del 2012, ha estimado que no todo el texto del Estatuto de Roma forma parte del bloque de constitucionalidad. En cuanto al artículo 28, la Corte lo mencionó en la Sentencia C-181 del 2002, pero no lo aplicó como parte del bloque de constitucionalidad. Incluso, si formara parte del mismo, se incurriría en un formalismo excesivo si se pretendiera derivar una inconstitucionalidad solo por su no incorporación al proyecto».

rayado fuera del texto original). De acuerdo con esa obligación del Estado, modificar un estándar normativo para generar con ello que algunos de los máximos responsables no sean judicializados por sus actos, constituye una sustitución de la Carta Política.

Finalmente, consideramos que incluir nuevos y distintos elementos normativos al concepto de responsabilidad del mando, que contradigan lo dispuesto en el derecho internacional, que, como se evidenció, ha venido siendo aplicado en situaciones análogas a las afrontadas en el marco del conflicto armado colombiano, generaría tres consecuencias negativas para el proceso de paz: (i) una falta de legitimidad de las nuevas disposiciones que se quedarían sin más sustento que la voluntad de las partes en conflicto materializada en el Acuerdo Final y en las normas derivadas de él para su implementación; (ii) el surgimiento de una contradicción a normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad y de la Constitución reformada; y (iii) la posible activación de la competencia de la Corte Penal Internacional sobre aquellos dejados de seleccionar como máximos responsables de crímenes internacionales como consecuencia de la aplicación del nuevo concepto de responsabilidad por el mando.

El nuevo modelo de responsabilidad del mando establecido en Colombia, es un cáliz envenenado que generará que quienes no sean responsabilizados por sus omisiones en su país, con los beneficios propios de un sistema de justicia transicional, terminen siéndolo a instancias internacionales, atentando así contra la estabilidad y seguridad jurídica de las decisiones judiciales que buscan cerrar el conflicto, no permitiendo la reconciliación y reconstrucción del tejido social colombiano.

Composición del grupo de trabajo

Presidente

Alejandro Aponte Cardona

*Director del departamento de Derecho Penal y Justicia
Transicional*

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad de La Sabana, Colombia

Vocales

Shlomo Ben Ami

Vicepresidente

Centro Internacional Toledo para la Paz - CIT

Emilio Cassinello

Director general

Centro Internacional de Toledo para la Paz - CITpax

María Isabel Niño Contreras

Investigadora asociada de CITpax Colombia

Claudia Medina Aguilar

Directora, CITpax-Colombia

Diana Dajer

Candidata a doctora en estudios socio-jurídicos

Universidad de Oxford

Elena Maculan

*Investigadora posdoctoral Ramón y Cajal,
Instituto Universitario Gutiérrez Mellado (UNED)*

María del Rosario Acosta López

*Profesora asociada
Departamento de Filosofía, DePaul University*

Juana Inés Acosta López¹

*Directora de Profesores e Investigación de la Facultad
de Derecho y Ciencia Políticas de la Universidad de La
Sabana*

Carlos Enrique Arévalo Narváez²

*Director del Departamento de Derecho Internacional de
la Facultad de Derechos y Ciencias Políticas de la Uni-
versidad de La Sabana*

Vocal coordinador

Emilio Sánchez de Rojas Díaz

*Coronel de Artillería DEM, Analista principal del IEEE,
Doctor en Derecho por la Universidad Alfonso X el Sa-
bio de Madrid*

¹ Abogada de la Pontificia Universidad Javeriana. Magíster en Derechos Humanos y Democratización de la Universidad Externado de Colombia. LL.M en International Legal Studies de la New York University (NYU). Actualmente es directora de Profesores e Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencia Políticas de la Universidad de La Sabana y consultora en derecho internacional y derechos humanos.

² Abogado de la Universidad de La Sabana. LL.M en International Legal Studies de la New York University (NYU). Exmagistrado auxiliar de la Corte Constitucional. Actualmente es el director del Departamento de Derecho Internacional de la Facultad de Derechos y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana.

Cuadernos de Estrategia

- 01 La industria alimentaria civil como administradora de las FAS y su capacidad de defensa estratégica
- 02 La ingeniería militar de España ante el reto de la investigación y el desarrollo en la defensa nacional
- 03 La industria española de interés para la defensa ante la entrada en vigor del Acta Única
- 04 Túnez: su realidad y su influencia en el entorno internacional
- 05 La Unión Europea Occidental (UEO) (1955-1988)
- 06 Estrategia regional en el Mediterráneo Occidental
- 07 Los transportes en la raya de Portugal
- 08 Estado actual y evaluación económica del triángulo España-Portugal-Marruecos
- 09 Perestroika y nacionalismos periféricos en la Unión Soviética
- 10 El escenario espacial en la batalla del año 2000 (I)
- 11 La gestión de los programas de tecnologías avanzadas
- 12 El escenario espacial en la batalla del año 2000 (II)
- 13 Cobertura de la demanda tecnológica derivada de las necesidades de la defensa nacional

Relación de Cuadernos de Estrategia

- 14 Ideas y tendencias en la economía internacional y española
- 15 Identidad y solidaridad nacional
- 16 Implicaciones económicas del Acta Única 1992
- 17 Investigación de fenómenos belígenos: método analítico factorial
- 18 Las telecomunicaciones en Europa, en la década de los años 90
- 19 La profesión militar desde la perspectiva social y ética
- 20 El equilibrio de fuerzas en el espacio sur europeo y mediterráneo
- 21 Efectos económicos de la unificación alemana y sus implicaciones estratégicas
- 22 La política española de armamento ante la nueva situación internacional
- 23 Estrategia finisecular española: México y Centroamérica
- 24 La Ley Reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional (cuatro cuestiones concretas)
- 25 Consecuencias de la reducción de los arsenales militares negociados en Viena, 1989. Amenaza no compartida
- 26 Estrategia en el área iberoamericana del Atlántico Sur
- 27 El Espacio Económico Europeo. Fin de la Guerra Fría
- 28 Sistemas ofensivos y defensivos del espacio (I)
- 29 Sugerencias a la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones (LOT)
- 30 La configuración de Europa en el umbral del siglo XXI
- 31 Estudio de «inteligencia operacional»
- 32 Cambios y evolución de los hábitos alimenticios de la población española
- 33 Repercusiones en la estrategia naval española de aceptarse las propuestas del Este en la CSBM, dentro del proceso de la CSCE
- 34 La energía y el medio ambiente
- 35 Influencia de las economías de los países mediterráneos del norte de África en sus respectivas políticas defensa
- 36 La evolución de la seguridad europea en la década de los 90
- 37 Análisis crítico de una bibliografía básica de sociología militar en España. 1980-1990
- 38 Recensiones de diversos libros de autores españoles, editados entre 1980-1990, relacionados con temas de las Fuerzas Armadas
- 39 Las fronteras del mundo hispánico
- 40 Los transportes y la barrera pirenaica

- 41 Estructura tecnológica e industrial de defensa, ante la evolución estratégica del fin del siglo XX
- 42 Las expectativas de la I+D de defensa en el nuevo marco estratégico
- 43 Costes de un ejército profesional de reclutamiento voluntario. Estudio sobre el Ejército profesional del Reino Unido y (III)
- 44 Sistemas ofensivos y defensivos del espacio (II)
- 45 Desequilibrios militares en el Mediterráneo Occidental
- 46 Seguimiento comparativo del presupuesto de gastos en la década 1982-1991 y su relación con el de Defensa
- 47 Factores de riesgo en el área mediterránea
- 48 Las Fuerzas Armadas en los procesos iberoamericanos de cambio democrático (1980-1990)
- 49 Factores de la estructura de seguridad europea
- 50 Algunos aspectos del régimen jurídico-económico de las FAS
- 51 Los transportes combinados
- 52 Presente y futuro de la conciencia nacional
- 53 Las corrientes fundamentalistas en el Magreb y su influencia en la política de defensa
- 54 Evolución y cambio del este europeo
- 55 Iberoamérica desde su propio sur. (La extensión del Acuerdo de Libre Comercio a Sudamérica)
- 56 La función de las Fuerzas Armadas ante el panorama internacional de conflictos
- 57 Simulación en las Fuerzas Armadas españolas, presente y futuro
- 58 La sociedad y la defensa civil
- 59 Aportación de España en las cumbres iberoamericanas: Guadalajara 1991-Madrid 1992
- 60 Presente y futuro de la política de armamentos y la I+D en España
- 61 El Consejo de Seguridad y la crisis de los países del Este
- 62 La economía de la defensa ante las vicisitudes actuales de las economías autonómicas
- 63 Los grandes maestros de la estrategia nuclear y espacial
- 64 Gasto militar y crecimiento económico. Aproximación al caso español
- 65 El futuro de la Comunidad Iberoamericana después del V Centenario
- 66 Los estudios estratégicos en España
- 67 Tecnologías de doble uso en la industria de la defensa

Relación de Cuadernos de Estrategia

- 68 Aportación sociológica de la sociedad española a la defensa nacional
- 69 Análisis factorial de las causas que originan conflictos bélicos
- 70 Las conversaciones internacionales Norte-Sur sobre los problemas del Mediterráneo Occidental
- 71 Integración de la red ferroviaria de la península ibérica en el resto de la red europea
- 72 El equilibrio aeronaval en el área mediterránea. Zonas de irradiación de poder
- 73 Evolución del conflicto de Bosnia (1992-1993)
- 74 El entorno internacional de la Comunidad Iberoamericana
- 75 Gasto militar e industrialización
- 76 Obtención de los medios de defensa ante el entorno cambiante
- 77 La Política Exterior y de Seguridad Común (PESC) de la Unión Europea (UE)
- 78 La red de carreteras en la península ibérica, conexión con el resto de Europa mediante un sistema integrado de transportes
- 79 El derecho de intervención en los conflictos
- 80 Dependencias y vulnerabilidades de la economía española: su relación con la defensa nacional
- 81 La cooperación europea en las empresas de interés de la defensa
- 82 Los cascos azules en el conflicto de la ex-Yugoslavia
- 83 El sistema nacional de transportes en el escenario europeo al inicio del siglo XXI
- 84 El embargo y el bloqueo como formas de actuación de la comunidad internacional en los conflictos
- 85 La Política Exterior y de Seguridad Común (PESC) para Europa en el marco del Tratado de no Proliferación de Armas Nucleares (TNP)
- 86 Estrategia y futuro: la paz y seguridad en la Comunidad Iberoamericana
- 87 Sistema de información para la gestión de los transportes
- 88 El mar en la defensa económica de España
- 89 Fuerzas Armadas y sociedad civil. Conflicto de valores
- 90 Participación española en las fuerzas multinacionales
- 91 Ceuta y Melilla en las relaciones de España y Marruecos
- 92 Balance de las primeras cumbres iberoamericanas
- 93 La cooperación hispano-franco-italiana en el marco de la PESC

- 94 Consideraciones sobre los estatutos de las Fuerzas Armadas en actividades internacionales
- 95 La unión económica y monetaria: sus implicaciones
- 96 Panorama estratégico 1997/98
- 97 Las nuevas Españas del 98
- 98 Profesionalización de las Fuerzas Armadas: los problemas sociales
- 99 Las ideas estratégicas para el inicio del tercer milenio
- 100 Panorama estratégico 1998/99
- 100-B 1998/99 Strategic Panorama
- 101 La seguridad europea y Rusia
- 102 La recuperación de la memoria histórica: el nuevo modelo de democracia en Iberoamérica y España al cabo del siglo XX
- 103 La economía de los países del norte de África: potencialidades y debilidades en el momento actual
- 104 La profesionalización de las Fuerzas Armadas
- 105 Claves del pensamiento para la construcción de Europa
- 106 Magreb: percepción española de la estabilidad en el Mediterráneo, perspectiva hacia el 2010
- 106-B Maghreb: perception espagnole de la stabilité en Méditerranée, prospective en vue de L'année 2010
- 107 Panorama estratégico 1999/2000
- 107-B 1999/2000 Strategic Panorama
- 108 Hacia un nuevo orden de seguridad en Europa
- 109 Iberoamérica, análisis prospectivo de las políticas de defensa en curso
- 110 El concepto estratégico de la OTAN: un punto de vista español
- 111 Ideas sobre prevención de conflictos
- 112 Panorama Estratégico 2000/2001
- 112-B Strategic Panorama 2000/2001
- 113 Diálogo mediterráneo. Percepción española
- 113-B Le dialogue Méditerranéen. Une perception espagnole
- 114 Aportaciones a la relación sociedad - Fuerzas Armadas en Iberoamérica
- 115 La paz, un orden de seguridad, de libertad y de justicia
- 116 El marco jurídico de las misiones de las Fuerzas Armadas en tiempo de paz
- 117 Panorama Estratégico 2001/2002

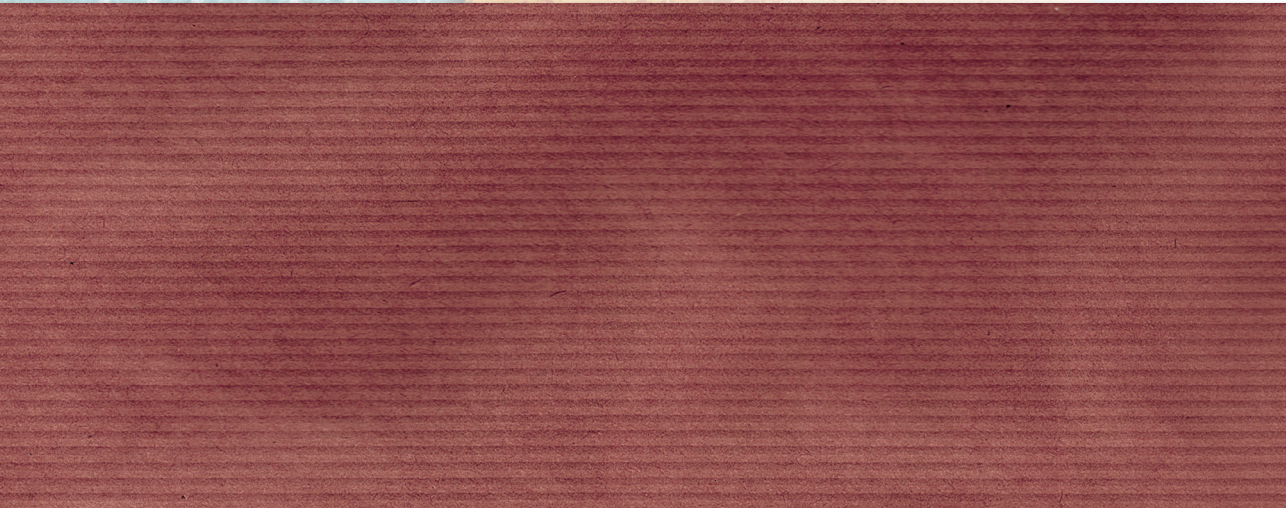
Relación de Cuadernos de Estrategia

- 117-B 2001/2002 Strategic Panorama
- 118 Análisis, estrategia y prospectiva de la Comunidad Iberoamericana
- 119 Seguridad y defensa en los medios de comunicación social
- 120 Nuevos riesgos para la sociedad del futuro
- 121 La industria europea de defensa: presente y futuro
- 122 La energía en el espacio euromediterráneo
- 122-B L'énergie sur la scène euroméditerranéenne
- 123 Presente y futuro de las relaciones cívico-militares en Hispanoamérica
- 124 Nihilismo y terrorismo
- 125 El Mediterráneo en el nuevo entorno estratégico
- 125-B The Mediterranean in the New Strategic Environment
- 126 Valores, principios y seguridad en la comunidad iberoamericana de naciones
- 127 Estudios sobre inteligencia: fundamentos para la seguridad internacional
- 128 Comentarios de estrategia y política militar
- 129 La seguridad y la defensa de la Unión Europea: retos y oportunidades
- 130 El papel de la inteligencia ante los retos de la seguridad y defensa internacional
- 131 Crisis locales y seguridad internacional: El caso haitiano
- 132 Turquía a las puertas de Europa
- 133 Lucha contra el terrorismo y derecho internacional
- 134 Seguridad y defensa en Europa. Implicaciones estratégicas
- 135 La seguridad de la Unión Europea: nuevos factores de crisis
- 136 Iberoamérica: nuevas coordenadas, nuevas oportunidades, grandes desafíos
- 137 Irán, potencia emergente en Oriente Medio. Implicaciones en la estabilidad del Mediterráneo
- 138 La reforma del sector de seguridad: el nexo entre la seguridad, el desarrollo y el buen gobierno
- 139 Security Sector Reform: the Connection between Security, Development and Good Governance
- 140 Impacto de los riesgos emergentes en la seguridad marítima
- 141 La inteligencia, factor clave frente al terrorismo internacional
- 142 Del desencuentro entre culturas a la Alianza de Civilizaciones. Nuevas aportaciones para la seguridad en el Mediterráneo

- 143 El auge de Asia: implicaciones estratégicas
- 144 La cooperación multilateral en el Mediterráneo: un enfoque integral de la seguridad
- 145 La Política Europea de Seguridad y Defensa (PESD) tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa
- 145-B The European Security and Defense Policy (ESDP) after the entry into Force of the Lisbon Treaty
- 146 Respuesta europea y africana a los problemas de seguridad en África
- 146-B European and African Response to Security Problems in Africa
- 147 Los actores no estatales y la seguridad internacional: su papel en la resolución de conflictos y crisis
- 148 Conflictos, opinión pública y medios de comunicación. Análisis de una compleja interacción
- 149 Ciberseguridad. Retos y amenazas a la seguridad nacional en el ciberespacio
- 150 Seguridad, modelo energético y cambio climático
- 151 Las potencias emergentes hoy: hacia un nuevo orden mundial
- 152 Actores armados no estables: retos a la seguridad
- 153 Proliferación de ADM y de tecnología avanzada
- 154 La defensa del futuro: innovación, tecnología e industria
- 154-B The Defence of the Future: Innovation, Technology and Industry
- 155 La Cultura de Seguridad y Defensa. Un proyecto en marcha
- 156 El gran Cáucaso
- 157 El papel de la mujer y el género en los conflictos
- 157-B The role of woman and gender in conflicts
- 158 Los desafíos de la seguridad en Iberoamérica
- 159 Los potenciadores del riesgo
- 160 La respuesta del derecho internacional a los problemas actuales de la seguridad global
- 161 Seguridad alimentaria y seguridad global
- 161-B Food security and global security
- 162 La inteligencia económica en un mundo globalizado
- 162-B Economic intelligence in global world
- 163 Islamismo en (r)evolución: movilización social y cambio político
- 164 Afganistán después de la ISAF
- 165 España ante las emergencias y catástrofes. Las Fuerzas Armadas en colaboración con las autoridades civiles

Relación de Cuadernos de Estrategia

- 166 Energía y Geoestrategia 2014
- 166-B Energy and Geostrategy 2014
- 167 Perspectivas de evolución futura de la política de seguridad y defensa de la UE. Escenarios de crisis
- 167-B Prospects for the future evolution of the EU's security and defence policy. Crisis scenarios
- 168 Evolución del mundo árabe: tendencias
- 169 Desarme y control de armamento en el siglo XXI: limitaciones al comercio y a las transferencias de tecnología
- 170 El sector espacial en España. Evolución y perspectivas
- 171 Cooperación con Iberoamérica en materia de defensa
- 172 Cuadernos de Estrategia 172 Cultura de Seguridad y Defensa: fundamentos y perspectivas de mejora
- 173 La internacional yihadista
- 174 Economía y geopolítica en un mundo globalizado
- 175 Industria Española de Defensa. Riqueza, tecnología y seguridad
- 176 Shael 2015, origen de desafíos y oportunidades
- 177 UE-EE.UU.: Una relación indispensable para la paz y la estabilidad mundiales
- 178 Rusia bajo el liderazgo de Putin. La nueva estrategia rusa a la búsqueda de su liderazgo regional y el reforzamiento como actor global.
- 179 Análisis comparativo de las capacidades militares españolas con las de los países de su entorno
- 180 Estrategias para derrotar al Dáesh y la reestabilización regional
- 181 América Latina: nuevos retos en seguridad y defensa
- 182 La colaboración tecnológica entre la universidad y las Fuerzas Armadas
- 183 Política y violencia: comprensión teórica y desarrollo en la acción colectiva
- 184 Una estrategia global de la Unión Europea para tiempos difíciles
- 185 Ciberseguridad: la cooperación público-privada
- 186 El agua: ¿fuente de conflicto o cooperación?
- 187 Geoeconomías del siglo XXI
- 188 Seguridad global y derechos fundamentales



Instituto Universitario
General Gutiérrez Mellado