

El corazón del conflicto: Las versiones encontradas sobre justicia en los acuerdos de paz

por CAMILO BORRERO GARCÍA | Universidad Nacional de Colombia | borrerocamilo@hotmail.com

El 24 de noviembre de 2016, en una sencilla ceremonia celebrada en el Teatro Colón de Bogotá y sin la presencia habitual de los medios de comunicación, el Presidente de la República y el Jefe del Estado Mayor Conjunto de las FARC-EP firmaron el que se anuncia como nuevo y definitivo Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera en Colombia.

Los contrastes con la firma del primer Acuerdo, el 26 de septiembre, fueron evidentes. En Cartagena, el evento no sólo contó con más de 2.500 invitados (con 13 presidentes latinoamericanos, el secretario general de la ONU, Ban Ki-moon, y 27 cancilleres, así como el Secretario de Estado estadounidense John Kerry), medios de comunicación de todo el mundo y transmisiones en pantallas gigantes a muchas regiones del país. Quizás lo que más destacó de ese enjambre de guayaberas y vestidos blancos, con aviones de guerra lanzando estelas de colores, fue el entusiasmo de los participantes. Un optimismo desbordante del que careció el acto de Bogotá.

Por supuesto, entre los dos eventos no sólo transcurrieron cerca de dos meses, sino el terremoto político que implicó el resultado del plebiscito referendatorio de los acuerdos el 2 de octubre. Con una votación de tan sólo el 37.5 por ciento del censo electoral, el 50,21 de quienes participaron mostró su preferencia por el NO. Un resultado que, además de mostrar la profunda división de la ciudadanía en torno a este tema, evidenció las tendencias regionales que de tiempo atrás se han pronunciado sobre la iniciativa del presidente Santos de hacer de la paz su principal bandera política: mientras en las dos costas, Bogotá, Boyacá, el territorio insular y la amazonía (departamentos de Amazonas, Vaupés,

Guaviare, Guainía y Vichada) triunfó el SÍ, en el centro regional del país ganó la oposición: Eje Cafetero, Antioquia, Santanderes, Tolima, Huila y el piedemonte llanero.

Si bien los argumentos de quienes le hicieron campaña al NO fueron diversos y llenos de matices, este artículo intentará desarrollar la tesis de que, en el fondo de la mayoría de ellos, lo que se rechazó fue el modelo de justicia que se aplicaría a los miembros de las FARC. Salvo la movilización de grupos de inspiración religiosa contra la que dio en llamarse “ideología de género”, que analizaremos someramente más adelante, el conjunto grueso de observaciones se concentró entonces en cuestionar la ausencia de penas más severas hacia sus cabecillas, y que llevaran aparejadas prohibiciones para el ejercicio de derechos políticos. Adicionalmente, se criticó desde diversas orillas ideológicas la forma de blindar jurídicamente estos acuerdos, adoptando la fórmula de acuerdo especial de derecho internacional humanitario e integrante del bloque de constitucionalidad en sentido estricto. Veamos estos aspectos con mayor detalle.

La justicia transicional a la Constitución

Desde mucho antes de abordar el tema de víctimas, el Gobierno tenía claro que su enfoque estaría marcado por los desarrollos de la justicia transicional. En Colombia, se habla de mecanismos de esta justicia desde hace cerca de veinte años, cuando se expidió la ley 418 de 1997, durante la Administración del presidente Ernesto Samper. Con ella, se posibilitaba la concesión de indultos particulares, cesación de procedimiento, resolución de preclusión de la instrucción o resolución inhibitoria para miembros de grupos armados

de carácter político que no hubieren cometido actos atroces, de ferocidad o barbarie, terrorismo, secuestro, genocidios, homicidios cometidos fuera de combate, o colocando a la víctima en estado de indefensión (arts. 50 a 60).

Posteriormente, con la expedición de la llamada Ley de Justicia y Paz (ley 975 de 2005) se instauró el principio de alternativa penal en el tratamiento de miembros de grupos armados al margen de la ley (en ese evento, incluyendo los llamados paramilitares) en el proceso de su reincorporación a la vida civil. Aquí se trata de un mecanismo mediante el cual, a quienes cometieron crímenes graves se les impone la pena contemplada en el ordenamiento penal, pero se suspende su ejecución, reemplazándola por una pena alternativa (de 5 a 8 años de prisión) que se concede por la contribución del beneficiario a la consecución de la paz nacional, la colaboración con la justicia, la reparación a las víctimas y su adecuada resocialización.

El tercer antecedente importante en esta materia fue la expedición de la Ley de Víctimas (1448 de 2011), que desarrolla, entre otras, la que ha dado en denominarse justicia transicional civil o de tierras. En este evento, las disposiciones apuntan hacia otro foco: el restablecimiento de derechos de las víctimas. En razón de ello, se dispone un procedimiento especial para la restitución de tierras, marcado por el principio de buena fe con el que se reciben las declaraciones de éstas, lo que conlleva a su vez al establecimiento de diversas presunciones que los benefician, como la de asumir ausencia de consentimiento en los contratos sobre inmuebles en que hicieran parte personas condenadas por paramilitarismo o narcotráfico.

Combinando estos antecedentes, durante el año 2012 el Ejecutivo propuso en el

Congreso una reforma transitoria a la Constitución. De esta forma, el Acto Legislativo 1 de 2012 introduce en la Carta el artículo transitorio 66, mediante el cual se incluyen de forma transitoria los mecanismos de la justicia transicional con el fin de facilitar la terminación del conflicto armado y lograr una paz estable y duradera.

En la forma como pensaba el Gobierno el tema para la época, el Congreso de la República sería el órgano privilegiado para desarrollarla. Así, mediante leyes estatutarias, que en Colombia tienen un trámite un poco más riguroso, se esperaba la definición de un tratamiento penal diferenciado a los diferentes grupos armados al margen de la ley y el establecimiento de una comisión de la verdad con carácter extrajudicial.

De esta iniciativa, el tema que generó mayor controversia fue el de selectividad, mediante el cual hipotéticamente era posible concentrar la acción penal en los máximos responsables de los delitos de lesa humanidad, lo que a juicio de diversos críticos de la medida propiciaba la impunidad y sustituía el deber de investigación en cabeza del Estado. También generaba controversia la posibilidad de aplicar sanciones extrajudiciales, penas alternativas o modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena, así como la autorización a la renuncia condicionada a la persecución judicial penal de todos los casos no seleccionados. Ambos temas fueron resueltos por la Corte Constitucional (Sentencias C579 de 2013, y C180 y C577 de 2014), fijando los límites para que estas dos facultades no fueran en contra de los estándares internacionales en materia de DIH y los derechos de las víctimas.

La justicia restaurativa como alternativa

Desde el inicio de la discusión de esta reforma constitucional transitoria la delegación de las FARC-EP hizo público su rechazo a la justicia transicional. Tres argumentos centrales podrían resumir sus objeciones.

En primer lugar, el diseño mismo de la Mesa de Conversaciones. Planteado como un escenario de discusión de propuestas de reforma necesarias para propiciar una mayor democratización del país en los temas de agenda (reforma agraria, lucha contra el narcotráfico, participación política y derechos de las víctimas, fundamentalmente), la transición se asumía como un objetivo futuro, sujeto al cumplimiento por parte del Gobierno de los acuerdos pactados.

Por otra parte, el diseño de la justicia transicional apuntaba en materia penal únicamente hacia los grupos armados al margen de la ley, y no al conjunto de responsables generales del conflicto armado y su degradación. En este orden de ideas, para la delegación de esta guerrilla lo que se requería era un sistema de investigación de todos los delitos, incluidos por supuesto los de los agentes del mismo Estado, en una perspectiva de justicia restaurativa que realmente favoreciera a las víctimas.

Finalmente, se consideraba que tanto el Congreso como la Jurisdicción Ordinaria no sólo representaban la cara visible de las instituciones que era necesario transformar, sino en buena medida la razón misma de su opción revolucionaria. El primero, por cuanto era el escenario capturado por las élites de la oligarquía para mantener su dominación. Y el segundo, al garantizar la total impunidad de los perpetradores de ese mismo sistema, incluidos los empresarios, terratenientes y militares, entre otros.

Cuando la Mesa de Conversaciones de La Habana abordó el tema de víctimas, hacia mediados del año 2014, estas contradicciones afloraron. Si bien las delegaciones se pusieron de acuerdo en un marco general para el tratamiento de las víctimas (que las posicionaba como ciudadanos con derechos y anunciaba como principio el no intercambio de impunidades), y diseñaron una Comisión de la Verdad como entidad extrajudicial con funciones de esclarecimiento de la complejidad del conflicto, contribución a la asunción de responsabilidades y promoción de la convivencia, no hubo humo blanco en los temas de justicia.

Tanto así, que los facilitadores internacionales del proceso propiciaron la creación de un grupo de expertos juristas para explorar alternativas que en la Mesa parecían muy distantes.¹ Posteriormente, la discusión del tema se delegó en una comisión de asesores jurídicos de las partes. Por el Gobierno la conformaron dos exmagistrados de la Corte Constitucional (Manuel José Cepeda y Juan Carlos Henao) y un abogado y profesor norteamericano con amplia experiencia en temas de extradición (Douglas Casell). En la delegación de las FARC estaban el abogado español Enrique Santiago, el defensor de derechos humanos Diego Martínez y el político conservador Álvaro Leyva. Su trabajo conjunto se extendió inicialmente por los meses de agosto y septiembre del 2015, y fruto de ello el Presidente Santos y el jefe guerrillero Timochenko anunciaron al país el 23 de septiembre de ese año el acuerdo básico sobre jurisdicción especial para la paz.²

En esencia, se trataba de la creación de una jurisdicción autónoma, orientada por los principios y normativas del derecho internacional de los derechos humanos y el DIH, con presencia mixta de magistrados

colombianos y extranjeros cuya competencia básica estuviera en el campo de los derechos humanos y no en materia penal ordinaria, destinado al juzgamiento de los crímenes graves cometidos directa o indirectamente con ocasión del conflicto armado por cualquier actor público o privado,³ y con dos procesos orientadores: uno abreviado, para quienes reconozcan responsabilidad y aporten a la verdad, en cuyo caso se habla de sanciones de carácter restaurativo y reparador hacia las víctimas, mediante restricción efectiva de la libertad pero sin cárcel ni conculcación de los derechos políticos, en un período que va de los cinco a ocho años. A quienes no reconozcan ni verdad y responsabilidad se les plantea un juicio contradictorio, con las sanciones del Código Penal como trasfondo y penas que pueden ir hasta los 20 años de prisión, en caso de resultar culpables. Y, en el medio, un proceso intermedio reservado a quienes reconozcan tardíamente responsabilidad y aporten a la verdad, con penas de prisión de cinco a ocho años y medidas de resocialización y capacitación adicionales.

Como suele decirse, donde hay dos abogados habrá al menos tres interpretaciones posibles. Hecho el anuncio de este sistema de justicia el cúmulo de versiones posibles obligó a las partes a precisar el acuerdo. En especial, los ajustes se orientaron a excluir la posibilidad de que el expresidente Álvaro Uribe fuera encausado en este Tribunal, a insistir en el tratamiento diferenciado pero equidistante entre miembros de los grupos subversivos y agentes del Estado, incluidos los militares, y a precisar los términos de lo que se entendía por sanciones restaurativas.

Los correctivos no llenaron las expectativas de los opositores al proceso. Y, posteriormente, se sumaron dos elementos complementarios a la polémica.

El primero, por cuenta del anunciado como blindaje jurídico del Acuerdo. Teniendo como experiencia el bajo cumplimiento histórico por parte del Estado frente a los compromisos suscritos no sólo con los grupos guerrilleros reinsertados sino con el movimiento social en general, y teniendo en cuenta la creciente polarización política, la delegación de las FARC-EP estaba empeñada en una fórmula compromisaria que fuera más allá de la buena voluntad del Gobierno actual. De ahí surgió la idea de considerar lo pactado como un Acuerdo Especial a la luz del Derecho Internacional Humanitario, aunado a actos explícitos del Presidente frente a la comunidad internacional que indicaran que existía un compromiso formal de honrar lo acordado.

El problema de esta fórmula es que, por la misma vía, se llegó entonces a considerar el Acuerdo Final como integrante del Bloque de Constitucionalidad en sentido estricto, en la medida en que hacen parte de éste los tratados de derechos humanos y del DIH. Lo que, en interpretación de lo que ha construido nuestra Corte Constitucional, implicaba que dichos textos entraban literalmente a la Constitución, y tendrían que ser armonizados con los artículos ya existentes. Y, para despejar posibles dudas, así se consignó en el Acto Legislativo 1 de 2016, que previó el procedimiento legislativo para incorporar lo acordado.

El punto no era menor, por cuanto varios de los compromisos de los tres primeros ejes de la agenda, especialmente el agrario, implican la inclusión de demandas de los movimientos sociales de vieja data, que por este camino de contera resultaban en obligaciones constitucionales de largo aliento. Pero que, al mismo tiempo, entraban a competir tanto con la agenda política de la agroindustria como con los derechos especiales en función de la pertenencia étnica, cuyos territorios

ancestrales podrían verse afectados sin haberse establecido previamente canales de consulta. No en balde, por ejemplo, terminó suscribiéndose a última hora un capítulo étnico en los acuerdos, avalado por representantes de estos pueblos, en donde se anuncia el respeto por el carácter principal y no subsidiario de la consulta previa en los casos que se requiera y se introduce adicionalmente el ambiguo concepto de objeción cultural, cuyo desarrollo está por concretarse.

De similar manera, y dado el trabajo cuidadoso que la Comisión de Género había realizado para garantizar un enfoque diferencial en todo el Acuerdo, la mención en más de cien oportunidades de la palabra “género”, no pocas veces asociada a inclusión de poblaciones discriminadas como la LGBTI, prendió las alarmas de los movimientos religiosos. Dado que ellos están en pie de lucha contra la inclusión constitucional de un concepto de familia ampliado, fruto del cual derechos como los del matrimonio o la adopción deban ser aplicados a estas comunidades por vía de igualdad, un Acuerdo con estas características de ser parte del Bloque de Constitucionalidad significaba un duro golpe contra sus pretensiones.

La justicia prospectiva

Dadas las anteriores circunstancias, las diferentes campañas por la no refrendación del Acuerdo Final suscrito entre las dos delegaciones se estructuraron a partir de los cuatro componentes básicos que concitaban el rechazo: el sistema de justicia integral para la paz, la integración de los acuerdos al bloque de constitucionalidad, el riesgo para la propiedad privada y la inversión en el campo y la llamada ideología de género. Ante un abanico tan amplio, en ese campo se ubicaron por

lo tanto sectores de la Iglesia católica y las Iglesias protestantes, el Centro Democrático liderado por el expresidente Uribe, algunos directivos del Partido Conservador, parte de las organizaciones de víctimas de las FARC, las asociaciones de militares retirados y hasta sectores de partidos que hacen parte de la misma coalición gubernamental como Cambio Radical (al cual pertenece el Vicepresidente) y el Partido Liberal.

En medio de una campaña plagada de acusaciones mutuas y dificultad para percibir los diferentes matices del Acuerdo, el mensaje que más caló en la ciudadanía quizás fuera el de que los jefes guerrilleros no solamente no pasarían un solo día en la cárcel sino que además podrían optar inmediatamente a cargos de elección popular para hacer parte del Congreso o la Presidencia de la República. Con el agravante de que supuestamente su programa político, expresado en el texto del Acuerdo, sustituiría nuestra Constitución.

Previas las mesas de escucha a las observaciones de los líderes del No, el Gobierno logró que en la Mesa de Conversaciones se avanzara en fórmulas de cambio en todos los terrenos, salvo en el de justicia. Rápidamente acogió las precisiones necesarias para salvaguardar los derechos a la propiedad privada y asegurar la confianza inversionista. Adicionalmente, hizo lo posible para mantener el enfoque diferencial matizando las alusiones al género, aun cuando por supuesto los más reacios a la inclusión igualitaria nunca quedarán contentos.⁴

En materia del sistema de justicia se incluyó una formulación que quiere ser más precisa en términos de lo que se entiende por restricción efectiva de la libertad, se establecieron algunos canales

de comunicación entre la Jurisdicción Ordinaria y la Jurisdicción Especial para la Paz (especialmente al crear fórmulas compartidas para el estudio de tutelas, con la Corte Constitucional, y colisión de competencias, con magistrados del Consejo Superior de la Judicatura que tienen más un perfil administrativo y no se vislumbra cómo puedan asumir esta tarea), se precisó su tiempo y modalidades de funcionamiento y se determinó que la presencia de magistrados extranjeros sólo tendrá carácter asesor.

Aun cuando importantes, estos ajustes distan bastante de las expectativas del núcleo de opositores que representaron al NO, pues no se tocan las dos banderas básicas: cárcel y restricción de derechos políticos. Entonces, las dos delegaciones negociadoras parecen apostarle a un mensaje de futuro hacia la sociedad colombiana. Sin cambiar el enfoque de justicia transicional o restaurativa, conforme a la interpretación que haga cada una de las partes, ahora podría tomar más sentido la afirmación contenida en el punto 3 de esta jurisdicción especial, que desde el comienzo ha sostenido que “la Justicia es prospectiva en cuanto considera que una época influye ineluctablemente sobre las posteriores. Se trata de una justicia prospectiva respetuosa de los valores del presente y a la vez preocupada por acabar con conflictos que no deben ser perpetuados, en aras de la defensa de los derechos de las futuras generaciones”.

Una vía pragmática que, en últimas, acepta que no se ha logrado la legitimidad deseada para el proceso, pero que el futuro los absolverá. Por ello, finalmente, el presidente Santos se jugó la refrendación en un terreno en que tenía aseguradas las mayorías —el Congreso—, sin desgastarse en un pulso político del cual ya no tenía nada que ganar.

Quizás el cambio sustancial entre el anterior y el nuevo texto venga más por cuenta del Bloque de Constitucionalidad, en donde las delegaciones ya no consideran que todo deba integrarse en sentido literal y estricto a la Constitución. La idea resultante, ahora, es que se tramite una nueva reforma constitucional que establezca que los contenidos del Acuerdo que correspondan a normas de DIH o a derechos fundamentales sean parámetro de interpretación para el desarrollo del mismo. Esto, que parece una sutileza jurídica, supone una distancia práctica abismal: no es lo mismo que se diga que cualquiera de los puntos del Acuerdo hace parte de nuestra Constitución a que algunos de ellos sirvan para interpretar situaciones conflictivas, siempre y cuando desarrollen derechos fundamentales o estándares del DIH.

Notas

¹ Conocido como el Grupo de Nueva York, a pesar de que sesionó en diversos países por espacio de casi 20 meses, y “compuesto por Morten Bergsmo, asesor de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional (CPI), profesor de la Universidad de Pekín y especialista en derecho internacional; Carlos Martín Beristain, médico español y doctor en psicología, quien desde hace 25 años trabaja con víctimas de la violencia y organizaciones de los derechos humanos en América Latina y África; Priscilla Hayner, consultora independiente y cofundadora del Centro Internacional de Justicia Transicional (ICTJ); Luis Guillermo Pérez Casas, abogado de la Universidad Nacional, secretario general de la Federación Internacional de Derechos Humanos y miembro del colectivo de abogados José Alvear Restrepo; Carlos Alberto Ruiz, abogado colombiano, autor del libro *La rebelión de los límites*; Enrique Santiago, abogado español y exsecretario de

Política sin armas y armas sin política: Un legado de los Acuerdos de Paz de El Salvador

por JOAQUÍN M. CHÁVEZ | Universidad de Illinois en Chicago | chavezj1@uic.edu

la Comisión Española de Ayuda al Refugiado, y Rodrigo Uprimny, jurista colombiano, director del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia)". <http://www.elspectador.com/noticias/politica/los-arquitectos-del-acuerdo-articulo-588936>.

² Ver comunicado 60. Ni en ese texto original, ni en los posteriores ajustes aparece el término de justicia transicional. Conforme lo explica la delegación del Gobierno, ello es así por cuanto está implícito en todo lo consignado. Conforme a la delegación de las FARC, por cuanto no imperó este tipo de justicia sino la de carácter restaurativo.

³ Delitos de lesa humanidad, genocidio, crímenes de guerra, toma de rehenes o privación libertad, tortura, desplazamiento forzado, desaparición forzada, ejecuciones extrajudiciales y violencia sexual.

⁴ La revista *Semana* hace una detallada comparación de los ajustes en esta materia en "Enfoque de género, al final que quedó en el nuevo Acuerdo". <http://www.semana.com/nacion/articulo/la-formula-del-nuevo-acuerdo-para-el-enfoque-de-genero/507070>. ■

Los Acuerdos de Paz que pusieron fin a la guerra civil en El Salvador (1980–1992) constituyeron un nuevo modelo de resolución política de conflictos en América Latina y el Sur Global. Las negociaciones de paz entre el Gobierno del Presidente Alfredo Cristiani y el insurgente Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN) involucraron por primera vez la participación del Secretario General de la Organización de Naciones Unidas Javier Pérez de Cuellar como mediador y garante de una negociación entre partes enfrentadas en un conflicto armado interno. Dichas negociaciones de paz terminaron de forma definitiva un devastador conflicto armado que generó cerca de 75,000 víctimas civiles, decenas de miles de bajas militares, más de un millón de desplazados y refugiados y cerca de cien mil lisiados a consecuencia de acciones bélicas, en un país con cinco millones de habitantes.¹ El conflicto destruyó gran parte de la economía y de la infraestructura del país, ocupó titulares de medios de prensa internacionales por más de una década y se convirtió en uno de los últimos escenarios bélicos marcados por la Guerra Fría.

El proceso de paz de El Salvador ha sido caracterizado como una reforma política pactada entre el Gobierno de El Salvador y el FMLN que puso fin a la guerra civil, resolvió definitivamente la fragmentación de la soberanía del estado generada durante el conflicto y estableció las bases para las transformaciones institucionales democráticas experimentadas por ese país durante las pasadas dos décadas.² De forma explícita y por acuerdo de ambas partes las negociaciones de paz excluyeron discusiones ideológicas sobre modelos de sociedad y la política económica del Gobierno de El Salvador.³

El proceso de paz de El Salvador constituyó una experiencia innovadora en la historia de las insurgencias Latinoamericanas del siglo veinte. A diferencia del Movimiento 26 de Julio de Cuba y del Frente Sandinista de Liberación Nacional de Nicaragua, los cuales tomaron el poder mediante una combinación de lucha armada y lucha política, el FMLN alcanzó una paridad estratégica con la Fuerza Armada de El Salvador —un masivo aparato militar contrainsurgente, armado, financiado y asesorado por los Estados Unidos— como resultado de potentes y sucesivas ofensivas militares insurgentes entre 1989 y 1991. Dicho factor, junto al amplio consenso internacional a favor de la solución política negociada del conflicto que surgió hacia finales de la Guerra Fría, posibilitaron la negociación de paz mediada por la ONU que resultó en la firma de los Acuerdos de Paz el 16 de enero de 1992.⁴

Desde la perspectiva del FMLN, el objetivo primordial de las negociaciones de paz y la demanda esencial para finalizar el conflicto, fue sin duda el desmontaje del autoritarismo militar que había dominado la política y la sociedad salvadoreña desde 1932 o antes, como condición indispensable para viabilizar la reforma democrática del estado y la transformación del FMLN en un partido político legal.⁵ Dicha demanda era compartida por sectores sociales e instituciones que formaron un amplio movimiento por la paz en El Salvador desde mediados de los ochenta.⁶

En esta lógica, el pacto político fundamental entre el Gobierno de El Salvador y el FMLN en las negociaciones de paz consistió en la disposición del Presidente Cristiani para impulsar una profunda reforma del sector de seguridad del estado a cambio de la desmovilización del ejército guerrillero