

30/2015

23 de marzo de 2015

Vicente Gonzalvo Navarro\*

UNA REFLEXIÓN EN PERSPECTIVA  
JURÍDICA INTERNACIONAL SOBRE LA  
NEGOCIACIÓN ENTRE LAS FARC-EP Y EL  
GOBIERNO DE COLOMBIA

[Visitar la WEB](#)

[Recibir BOLETÍN ELECTRÓNICO](#)

## UNA REFLEXIÓN EN PERSPECTIVA JURÍDICA INTERNACIONAL SOBRE LA NEGOCIACIÓN ENTRE LAS FARC-EP Y EL GOBIERNO DE COLOMBIA

### Resumen:

Este texto realiza un análisis de los conceptos jurídicos que podrían afectar el actual proceso de negociación entre las FARC-EP y el gobierno de Colombia, y estudia, en perspectiva estratégica, los asuntos relativos a este tema en razón a los principios del derecho internacional y la base doctrinal existente.

En este asunto se mezclan cuestiones jurídicas, como por ejemplo las relativas a la posible consideración de las partes como sujetos de derecho, sociales, como el reconocimiento de las víctimas, estratégicas: las derivadas de un proceso de construcción de la paz a nivel nacional de un conflicto que dura ya más de cincuenta años, y otras.

Así pues el objeto de este documento es hacer una reflexión y analizar en perspectiva jurídica (y estratégica) las circunstancias y las posibles implicaciones de este hipotético acuerdo ofreciendo finalmente unas conclusiones sobre el tema.

### Abstract:

*This paper makes an analysis of the legal concepts that could affect the actual negotiation process between the FARC-EP and the government of Colombia, and studies in strategic perspective, matters relating to this subject due to the principles of international law and the existing doctrinal base.*

*In this case issues and considerations are mixed, such as legal, those concerning the possible consideration of the parties as subjects of law, social, as the recognition of victims, and strategic: those derived from a process of nationwide peacebuilding in a conflict that has lasted for over fifty years, and others.*

*So the purpose of this paper is to reflect and analyze in legal (and strategic) perspective the circumstances and the possible implications of this hypothetical agreement finally offering different conclusions on the subject.*

**\*NOTA:** Las ideas contenidas en los **Documentos de Opinión** son de responsabilidad de sus autores, sin que reflejen, necesariamente, el pensamiento del IEEE o del Ministerio de Defensa.

Palabras clave:

Jurídica, internacional, conflicto, Colombia, estratégico.

*Keywords:*

*Legal, international, conflict, Colombia, strategic.*

*«Con la decisión mutua de poner fin al conflicto como condición esencial para la construcción de la paz estable y duradera; Atendiendo el clamor de la población por la paz, y reconociendo que: La construcción de la paz es asunto de la sociedad en su conjunto que requiere de la participación de todos, sin distinción, incluidas otras organizaciones guerrilleras a las que invitamos a unirse a este propósito; El respeto de los derechos humanos en todos los confines del territorio nacional, es un fin del Estado que debe promoverse; El desarrollo económico con justicia social y en armonía con el medio ambiente, es garantía de paz y progreso; El desarrollo social con equidad y bienestar, incluyendo las grandes mayorías, permite crecer como país; Una Colombia en paz jugará un papel activo y soberano en la paz y el desarrollo regional y mundial; Es importante ampliar la democracia como condición para lograr bases sólidas de la paz».*

*Acuerdo de 2012 entre el Gobierno de Colombia y las FARC<sup>1</sup>.*

## INTRODUCCIÓN

A pesar de las evidentes dificultades del proceso de negociación entre las FARC y el Gobierno de Colombia, y de los fracasos de anteriores iniciativas parecidas, existen elementos objetivos para pensar que las actuales conversaciones que comenzaron en Oslo, y continúan en la Habana, podrían establecer el marco inicial para comenzar el proceso de paz y el desarme de los grupos armados en este país iberoamericano<sup>2</sup>.

En esta situación, tras casi dos años de diálogos entre el Gobierno y la guerrilla de las FARC<sup>3</sup> en La Habana, Cuba, el pasado día 23 de septiembre comenzó el ciclo número 29 de negociaciones entre las partes<sup>4</sup>.

En ese sentido y con respecto al desarrollo de este proceso de negociación cabría hacerse las siguientes preguntas: ¿Existe una base jurídica clara a nivel internacional para que este proceso se lleve a cabo? ¿Cuáles son las posibles implicaciones a nivel internacional del anterior? ¿Sería necesario analizar el proceso desde una perspectiva basada en el derecho

---

<sup>1</sup> Acuerdo general para la terminación del conflicto y alcanzar una paz estable y duradera. <https://www.mesadeconversaciones.com.co/> de 26 de agosto de 2012. Este nuevo ciclo se prolongó hasta el 3 de octubre de 2014, y se enmarca dentro del cuarto de los cinco puntos de los que consta la agenda para negociar la paz, esto es: Política de desarrollo agrario integral, Participación política, Fin del conflicto, Solución al problema de las drogas ilícitas, Víctimas e Implementación, verificación y refrendación.

<sup>2</sup> Conferencia de Daniel García-Peña Jaramillo, Seminario sobre “post conflicto y derechos humanos, ESDEGUE, Colombia, septiembre de 2014.

<sup>3</sup> FARC: Acrónimo en español: Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia. EP: Ejército del Pueblo.

<sup>4</sup> Al mismo tiempo una Comisión Histórica, integrada por seis expertos de cada parte y dos relatores, elabora un documento que indaga en las causas históricas del conflicto armado que se desarrolla en Colombia desde hace medio siglo, y que deberá estar terminado antes de finales de año.

internacional (DI) y su base doctrinal? ¿Cuáles son las posibles acciones sucesivas una vez llegados a este punto?

## SOBRE LA BASE JURÍDICA INTERNACIONAL

En primer lugar, en relación a la primera de las cuestiones, habría que considerar el posible carácter internacional de las negociaciones (atendiendo a la cualificación de las partes, circunstancias y vicisitudes que rodean a este proceso), y en particular a la posible «subjetividad internacional» de un movimiento guerrillero como las FARC-EP.

A pesar que algunos autores (Balladore y Pallieri) han defendido la existencia en DI de una norma atributiva de subjetividad internacional<sup>5</sup>, la doctrina en general se declara en contra de constatar una norma de carácter general en orden jurídico internacional que determine los criterios que deben atribuirse la cualidad de sujeto del mismo<sup>6</sup>. En ese sentido, y a pesar que a priori carecen las FARC inicialmente de toda subjetividad internacional, debido fundamentalmente al hecho de no considerar a esta organización sujeto alguno de derecho, pudiera considerarse incidentalmente atribuirse a la anterior, y al efectuar negociaciones con un Estado, una cierta subjetividad.

Como ha explicado Abi Saab<sup>7</sup> en general en relación a los así llamados beligerantes (una categoría jurídica que podría hacer referencia a las facciones o grupos armados reconocidas por terceros estados en el seno de un Estado y alzados contra el poder constituido con actos de hostilidad), para el caso las FARC-EP, si es el gobierno en el poder el que lleva a cabo el reconocimiento de la beligerancia (qué remedio), para él supone la aplicación integral del *ius in bello* en sus relaciones con los rebeldes, y si son terceros quienes se los otorgan, ello les permitirá ser considerados como neutrales por ambas partes beligerantes.

Evidentemente, el reconocimiento del *ius in bello* debería ser recíproco pues, como hemos mencionado, el grupo rebelde que goza del estatuto de beligerancia es titular de ciertos «derechos y obligaciones» derivadas del orden jurídico internacional, y posee un cierto grado de subjetividad<sup>8</sup>, destinada a desaparecer, bien cuando la sublevación es sofocada,

---

<sup>5</sup> DÍEZ DE VELASCO, Instituciones de derecho internacional público, Cap. X, La subjetividad internacional, pp. 280-305 (Obra de referencia sobre DI).

<sup>6</sup> GUTIÉRREZ ESPADA, C, Curso de derecho internacional público, 1995.

<sup>7</sup> ABI SAAB, "Conflicts armées non internationaux", en les dimensions internationaux du droit humanitaire, Pedone, Institut Henry Dunant, UNEXO 1986, pp. 251-277.

<sup>8</sup> MIAJA DE LA MUELA, A Introducción al derecho internacional público, 7ª Ed, Madrid, 1979.

bien cuando se alcanza algún tipo de acuerdo para alcanzar el fin del conflicto<sup>9</sup>, como es el caso, pero que hasta entonces puede ser «efectiva» *de facto*.

Es conveniente resaltar que el grupo rebelde en el caso que nos ocupa no sería en ningún caso un movimiento de liberación nacional por no ser este un: « [...] conflicto armado en el que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y los regímenes racistas, en el ejercicio de los pueblos al derecho a la libre determinación»; asunto para el que, en su caso, deberíamos hacer otro tipo de consideraciones (que no proceden en este caso).

Sin embargo, como dijimos, desde la óptica de la subjetividad, aunque quizás no *sensu stricto*, sí que estimo correspondería la aplicación del *ius in bello* por parte de «la guerrilla» (donde se da lectura del art. 1, apartado 4, del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, de 8 de junio de 1977<sup>10</sup>).

Ahondando en este asunto, y corroborando nuestra aseveración inicial, tal y como Gutierrez Espada afirmó, de manera general: « [...] algunos de estos sujetos (refiriéndose a ciertos sujetos de DI que en ningún caso son Estados) llegan a alcanzar por sus propias características y, por su aceptación general, una personalidad internacional objetiva, esto es, no limitada al círculo de sujetos cualificados que la reconocieron».

Como conclusión parcial, aunque, tal y como afirmó Díez de Velasco, y como ya hemos asegurado, el otorgamiento de la subjetividad internacional lleva implícitamente aparejada una serie de consecuencias (en la medida de que, quien esté en posesión del Estatuto de sujeto del DI se convierte en “ [...] destinatario de sus normas y queda sujeto a las obligaciones que estas le impongan”<sup>11</sup>, asunto sobre el que ya hemos incidido pero que evidentemente no realizan las FARC, y, por otro lado, carece en cualquier caso de la *organización interna, el imperium y el territorio* que definían Balladore y Pallieri); en el último de los casos, podemos afirmar que cualquier tipo de consideración sobre la consideración internacional de las FARC y sus atribuciones: “ [...] no afecta al papel decisivo

<sup>9</sup> Óp. Cit. MANUEL DÍEZ DE VELASCO, Óp. Cit. Pág. 310.

<sup>10</sup> Hago referencia al carácter de “conflicto internacional” que aparece en el Protocolo I de 1977 sin querer decir que éste es un “conflicto entre países”, no lo es, evidentemente es un conflicto interno con un grupo insurgente ilegal pero de consecuencias tan devastadoras que creo que es admisible esta consideración por razones “prácticas y posiblemente de humanidad”.

<sup>11</sup> Óp. Cit. p. 310.

que les corresponde en el plano formal»<sup>12</sup>, y que en nuestro caso se estima es realmente y fuera de estas negociaciones pro paz completamente nulo.

## IMPLICACIONES A NIVEL INTERNACIONAL DEL ACUERDO

En relación a la segunda de las cuestiones, corresponde analizar dentro del acuerdo para negociar la paz si los posibles delitos cometidos a lo largo del conflicto por las FARC, paramilitares, y grupos armados (y algunos miembros del Ejército) tienen consecuencias jurídicas más allá de las que determine la justicia ordinaria y la legislación interna colombiana, y si existe total discrecionalidad en la «determinación» de este aspecto en un hipotético acuerdo entre las Partes. Para ello, estimo es necesario analizar inicialmente, a nivel internacional, la función de la Corte Penal Internacional y sus posibles funciones y, sucesivamente, la legislación interna colombiana.

La Corte Penal Internacional fue creada por el Estatuto de Roma, adoptado en julio de 1998, y en vigor desde el 1 de julio de 2002<sup>13</sup>. La Corte es la primera jurisdicción internacional con un carácter permanente con competencia para juzgar a los individuos por la comisión de los denominados «crímenes de trascendencia internacional», que constituyen graves violaciones de los valores esenciales de la Comunidad internacional.

La Corte se rige por lo previsto en el Estatuto de Roma<sup>14</sup>, en las Reglas de Procedimiento y Prueba y en los Elementos de los Crímenes, ambos aprobados por la Asamblea de Estados Partes de 2002, y por el Reglamento aprobado por la propia Corte y en vigor desde el 26 de mayo de 2004. Para garantizar la independencia de su actividad se beneficia del llamado Acuerdo sobre Privilegios e Inmunidades de la Corte Penal Internacional, adoptado en 2002 y que entró en vigor en julio de 2004.

---

<sup>12</sup> BIERZANEK R., "Le statut juridique des partisans et des mouvements de résistance armée, évolution historique et aspects actuels" en Mélanges offerts á Juraj Andrassy, La Haye, 1968, pp. 54-77 y CORTINA MAURI., P. La guerra civil sin reconocimiento de beligerancia, Madrid, 1940.

<sup>13</sup> Ratificado en concreto por España el 24 de Octubre de 2000 (BOE nº 126 de 27 de mayo de 2002). En Colombia, dicho plexo normativo se incorporó al ordenamiento por medio de la Ley 742 de 2002, previa modificación del contenido del Artículo 93 de la Carta Política.

<sup>14</sup> Estatuto de Roma de 17 de Julio de 1998. Disponible en red: [http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome\\_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf) . El texto del Estatuto de Roma que se distribuyó como documento A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998, enmendado por los *procès-verbaux* de 10 de noviembre de 1998, 12 de julio de 1999, 30 de noviembre de 1999, 8 de mayo de 2000, 17 de enero de 2001 y 16 de enero de 2002. El Estatuto entró en vigor el 1o de julio de 2002.

Considerando su posible competencia material, la CPI puede enjuiciar<sup>15</sup> los crímenes de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra (tanto en el marco de conflictos armados internacionales como conflictos armados internos), tipificados en los artículos 6, 7, y 8 del Estatuto y desarrolladas en el documento denominado Elementos de los Crímenes, así como el crimen de agresión<sup>16</sup>.

Durante los siete primeros años desde la entrada en vigor del Estatuto las naciones ratificantes pudieron suspender la competencia de la Corte, suspensión que en su momento realizaron por escrito Francia y singularmente Colombia<sup>17</sup>, pero que es evidente ya no se produce.

Desde la perspectiva de la competencia subjetiva, la Corte puede enjuiciar a cualquier individuo mayor de 18 años, sin exclusión alguna, pudiendo enjuiciar los crímenes que hayan sido cometidos en el territorio o por nacionales de cualquier Estado ratificante (pudiendo incluso juzgar aquellos casos que el Consejo de Seguridad remita a la Corte, incluso sin ratificación del Estado interesado) y desde la perspectiva temporal ha de destacarse que la Corte solo conocerá de hechos que se hayan producido desde la entrada en vigor del Estatuto, iniciando su jurisdicción a partir de la denuncia de un Estado, del Consejo de Seguridad (CS) de Naciones Unidas o del propio Fiscal de la CPI.

De todos los casos actualmente instruyéndose en la CPI solo uno de ellos ha dado lugar a una sentencia y es por la que la CPI ha condenado a Thomas Lubanga Dyilo<sup>18</sup> a catorce años de prisión por crímenes de guerra bajo la forma de alistamiento de niños soldado en un conflicto armado (sentencias de 14 de marzo y de 12 de julio de 2012, y de 7 de agosto de

---

<sup>15</sup> El Derecho sustantivo que, para el enjuiciamiento de fondo, resulta aplicable para la Corte es (art. 21 Estatuto de Roma): En primer lugar, el propio Estatuto de Roma. En segundo lugar, los tratados y los principios y normas de derecho internacional aplicables, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados y, en tercer lugar, y en defecto del anterior, los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo (siempre que éstos últimos no sean incompatibles con el propio ER y demás Derecho internacional). Respecto a los crímenes de Guerra tipificados en el art. 8 del Estatuto de Roma, serán aplicables los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949.

<sup>16</sup> Tipificado en la conferencia de Revisión de Kampala en 2010, tras un largo proceso de negociación que comenzó en 1999 y asunto sobre el que la Corte no puede ejercer su jurisdicción por el momento al no cumplirse dos condiciones ya establecidas (y se produzca la determinación del acto de agresión por el CS).

<sup>17</sup> En relación con los crímenes de guerra, Colombia, al igual que Francia, hizo uso de la declaración contenida en el Artículo 124 del Estatuto de Roma, a cuyo efecto en un lapso de siete años —contados a partir de la ratificación del tratado internacional— se excluyen dichos crímenes de la competencia subsidiaria de la Corte Penal Internacional; de suerte que, cumplido ese término —tal y como ocurrió— puede asumir la competencia acerca de los mismos, siempre y cuando su realización se verifique a partir del primero de noviembre de 2009.

<sup>18</sup> ICC-01/04-01/06. The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo Recurso en red: [http://www.icc-cpi.int/en\\_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200104/related%20cases/icc%200104%200106/press%20releases/Pages/es\\_pr776.aspx](http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200104/related%20cases/icc%200104%200106/press%20releases/Pages/es_pr776.aspx)

2012 sobre reparación a las víctimas)<sup>19</sup>. Desde mi punto de vista esto se ha producido por la execrabilidad del delito y por la urgencia de tomar medidas.

En cualquier caso, no parecería necesario que la CPI se pronunciara o instruyera procedimientos en este caso (Colombia), aun existiendo los anteriores en este conflicto, porque el sistema judicial colombiano parece lo suficientemente robusto (aunque quizás sea mejorable, como otros muchos) para realizar todas estas acciones y se espera que actúe realmente en interés de la justicia finalmente<sup>20</sup>. Asunto que por otro lado parece esperable y evidente a la vista de la actitud que siempre han mantenido sobre este asunto en concreto el Procurador General de la Nación Sr. Alejandro Ordóñez<sup>21</sup> y otras altas autoridades (políticas y judiciales) de Colombia.

En todo caso ha de destacarse que la jurisdicción de la Corte es complementaria a la jurisdicción de los Estados ratificantes y que por lo tanto no entraría en funcionamiento más que en el supuesto de que los Estados afectados “ [...] no puedan o no quieran ejercer su jurisdicción nacional para reprimir los mismos hechos o en el supuesto de que la jurisdicción nacional se ejerza de forma inadecuada para lograr el respeto del interés de la justicia»<sup>22</sup>.

Debemos estimar además que, salvo supuestos excepcionales, solo a través del Estado (colombiano) pueden las reglas de DI llegar a afectar al individuo. Este, por tanto, no es sujeto normal de las relaciones regidas por el orden jurídico, aunque excepcionalmente pueda llegar a serlo en la medida de que alguna de dichas reglas le atribuyan derechos y obligaciones de carácter internacional<sup>23</sup> y, sobre todo, lo que es más excepcional aún, la posibilidad de hacer valer esos derechos o de responder por la violación de esas obligaciones directamente en el plano internacional, algo que estimo sería realmente raro.

Volviendo a analizar el tema de la complementariedad, a tal fin el Estatuto establece un sistema procesal que permite al Estado que sea competente impugnar la competencia de la Corte o alegar las correspondientes causas de inadmisibilidad del asunto y garantizar así la supremacía de la jurisdicción nacional (art. 17 a 19). No obstante, la aplicación del principio de complementariedad no puede traducirse en ningún caso en la supremacía absoluta de las jurisdicciones nacionales. El estatuto contiene reglas que aseguran la supremacía de la

<sup>19</sup> Sentencia de ICC-01/04-01/06-2842, con Anexos.

<sup>20</sup> La necesidad del respeto al DI es manifiesta: "Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe" (según especifica el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, y mismo artículo de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados celebrados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, de 1986).

<sup>21</sup> Discurso en la Escuela de Guerra de Colombia, 24 de septiembre de 2014, ESDEGUE, Colombia, 2014.

<sup>22</sup> REMIRO BROTONS, A., J. DÍEZ-HOCHLEITNER, L. PÉREZ-PRAT DURBÁN, R. RIQUELME, CORTADO Y E. ORIHUELA CALATAYUD, Derecho Internacional, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

<sup>23</sup> Óp. Cit. MIAJA (pp. 273-274)

jurisdicción internacional. Se trata finalmente de reglas «rigoristas» que otorgan a la Corte la competencia de pronunciarse sobre esta y que permiten revocar el valor de la cosa juzgada para ocuparse de un asunto en aquellos casos en que se estime que no se actuó conforme al interés de la justicia (art. 20). Esta posibilidad debe ser contemplada, al menos a nivel teórico, durante el desarrollo de las conversaciones de paz.

Tal y como Aristóteles afirmada en su *Ética a Nicómaco* “ [...] el juez procura la igualdad de la que resulta la injusticia»<sup>24</sup>, es decir, evidentemente, en nuestro caso, correspondería inicialmente a Colombia como Estado soberano ejercer su jurisdicción nacional aunque respetando, eso sí, «el interés de la justicia». En caso contrario, el DI podría verse agraviado, y siendo puritana la CPI, podría revocarse el valor de la cosa juzgada, asunto harto difícil, realmente, porque este es un asunto que Colombia resolverá porque así legítimamente le corresponde (siendo por otro lado la colección legislativa interna relacionada con este proceso de paz realmente extensa)<sup>25</sup>.

Explícitamente, por ejemplo (y sobre unos delitos determinados eso sí), los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 (relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados) reenvían este tema al derecho interno al incorporar una cláusula según la cual los Estados partes: “ [...] se comprometen a tomar todas las medidas legislativas necesarias para fijar las sanciones penales adecuadas que hayan de aplicarse a las personas que cometieren o dieran orden de cometer cualquiera de estas infracciones graves» de las disposiciones de estos convenios y al establecer la obligación alternativa de juzgar a dichas personas a través de sus propios tribunales o de entregarlas a otro Estado Parte interesado en el proceso (I Convenio, art. 49, II Convenio, art. 50, III Convenio, art. 129, IV Convenio, art. 146)<sup>26</sup>.

Seguramente, ni las autoridades colombianas ni ningún ciudadano cabal de este país espera que esta posible «inacción» u «omisión» ocurra ya que subsiguientemente, y en primer lugar, habría una constatación internacional de que se ha actuado «injustamente» y, en

<sup>24</sup> ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*. Introducción, Traducción y Notas de José Luis Calvo Martínez, Alianza Editorial, Madrid 2001 y comentarios: BERTI, E., "Aristotle" en V. MELCHIORRE (ed.), *Enciclopedia Filosófica*, I, Fondazione Centro Studi Filosofici di Gallarate, Bompiani 2006.

<sup>25</sup> Véase sobre este asunto: WOLFFHUGEL GUTIERREZ C, *El principio de complementariedad y la Ley de Justicia y Paz: Principales desafíos*. Universidad Sergio de Arboleda, Colombia, 2014, <http://www.usergioarboleda.edu.co/fondo/PpioComplementariedad.pdf>

<sup>26</sup> Véase sobre este tema: Los Convenios de Ginebra y el derecho público internacional. Oficina de Asuntos Exteriores del Reino Unido y de la Commonwealth. Conferencia en conmemoración del 60º aniversario de los Convenios de Ginebra de 1949, Londres, 9 de julio de 2009. 14-07-2010 Artículo, *Revista Internacional de la Cruz Roja*. Discurso de Theodor Meron, magistrado y ex presidente del Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia, profesor de derecho internacional y titular de la cátedra Charles L. Denison de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nueva York, 2010.

segundo, la pérdida de prestigio internacional de Colombia podría ser muy grande (y evidente).

Desde luego, la razón para clamar por la imposición de «una pena que resulte proporcional» no solo emerge de la posible gravedad de los comportamientos, sino que para poder «honrar a las víctimas» es necesario que se expida una condena equivalente al daño cometido<sup>27</sup>. Esto es evidente.

### **¿SERÍA NECESARIO ANALIZAR EL PROCESO DESDE UNA PERSPECTIVA BASADA EN EL DERECHO INTERNACIONAL (DI) Y SU BASE DOCTRINAL?**

En relación a la tercera de las cuestiones, y haciendo extensivo el razonamiento sobre el punto anterior, ese respeto del interés de la justicia tiene relación posiblemente con una noción jurídica no exactamente determinada que se ha acuñado durante el proceso de paz para intentar adecuar el marco legal necesario para garantizar que el proceso de paz finalmente se lleve a cabo: es lo que se ha denominado la «justicia transicional».

La justicia transicional es el conjunto de medidas judiciales y políticas que diversos países han utilizado como reparación por las (supuestas) violaciones masivas de derechos humanos y otros asuntos<sup>28</sup>. Entre ellas figuran las acciones penales, las comisiones de la verdad, los programas de reparación y diversas reformas institucionales<sup>29</sup> entre otras.

Los elementos que componen las políticas de justicia transicional no constituyen una lista al «azar» sino que están interrelacionados práctica y conceptualmente. Los más importantes posiblemente son<sup>30</sup>:

---

<sup>27</sup> Óp. Cit. WOLFFHUGEL GUTIERREZ C, p. 21 y ROBINSON D. (junio 2003), «*Serving the Interests of Justice: Amnesties, Truth Commissions and the International Criminal Court*», *European Journal of International Law*, Vol. 14, Núm. 3, pp. 481-505.

<sup>28</sup> VALENCIA VILLA H., Introducción a la justicia transicional. Conferencia magistral impartida en la Cátedra Latinoamericana “Julio Cortázar” de la Universidad de Guadalajara, México, el 26 de octubre de 2007.

<sup>29</sup> <http://ictj.org/es/que-es-la-justicia-transicional>

<sup>30</sup> Seminario sobre derechos humanos y contraterrorismo, Escuela de Guerra, ESDEGUE, Bogotá, septiembre de 2014.

Vicente Gonzalvo Navarro

- [Las posibles acciones penales](#), sobre todo contra los supuestos criminales considerados de o con mayor responsabilidad<sup>31</sup>.
- [Las reparaciones](#) que se utilizan para reconocer los posibles daños sufridos y tomar medidas para abordarlos. Esas iniciativas suelen tener un componente material (como los pagos monetarios o los servicios sanitarios), así como aspectos simbólicos (como las «disculpas públicas» o los llamados «días del recuerdo»).
- [La reforma de instituciones públicas](#) implicadas —como podrían ser las Fuerzas Armadas, la Policía y los Tribunales—.
- [Las comisiones de la verdad](#) u otras formas de investigación y análisis de «pautas de abuso» sistemáticas, que recomiendan cambios y ayudan a comprender las causas subyacentes de las violaciones de derechos humanos graves.

Desde mi punto de vista, este asunto se relaciona directamente con la necesidad de determinar el marco jurídico necesario para garantizar que el proceso de paz se lleve a cabo sin que exista impunidad (se castiguen los posibles delitos) y se juzgue a los miembros de los grupos terroristas armados y a algunos, en su caso, (posiblemente los menos) miembros de las Fuerzas Armadas de Colombia adecuadamente.

Estos últimos, si no hubieran actuado, como a priori parece el caso, bajo la dirección o control del Estado (art. 8 del proyecto de artículos de la CDI sobre la responsabilidad internacional), o ejerciendo de hecho atribuciones del poder público en defecto de las autoridades oficiales (art. 9), no se considerarían en ningún caso «hechos del Estado», según lo expresado por el TIJ en sentencia de 24 de mayo de 1980 recaída en el asunto relativo al personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán<sup>32</sup> (sic).

La responsabilidad, pues, sería siempre individual y de cada uno de los infractores (salvo prueba en contra).

El jurista latinoamericano Héctor Gross Spiell afirmaba que el tratamiento igual a los desiguales era esencialmente injusto<sup>33</sup>. Así debe ser con todas las personas que tengan que

---

31 ELSTER J., *Closing the books: Transitional justice in historical perspective*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, páginas 1 y 77 [Traducción española de ZAIDENBERG E.: *Rendición de cuentas: La justicia transicional en perspectiva histórica*, Katz Editores, Buenos Aires, 2006, páginas 15 y 97.

32 CIJ. Rec: 1980, párs. 58 y 61.

33 HÉCTOR GROS ESPIELL: «El Derecho al Desarrollo como un Derecho de la Persona Humana», *Revista de Estudios Internacionales*, nº. 1, Madrid, 1980. Véase sobre este tema: JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ: «La Dignidad de la Persona Humana», op. cit., p. 102; AUGUSTO DURÁN MARTÍNEZ: *El Derecho al Honor También Existe*, en HÉCTOR GROS ESPIELL: *Amicorum Liber*, Bruylant, Bruxelles, 1997, tomo I, pp. 294-295. En este excelente trabajo, DURÁN MARTÍNEZ se refiere reiteradamente a la dignidad, en especial en las páginas 289 y 290, e incluye en el concepto de honor «la fama, el derecho a la integridad moral, a la honra, a la reputación y al propio decoro» (nota 16, p. 291).

asumir responsabilidades penales por los delitos que cometieron durante el conflicto evitando la impunidad de los posibles infractores. Subsiguientemente, por otro lado, y dado el volumen de casos, para evitar la alta posibilidad de colapso del sistema de justicia sería necesario determinar una estrategia judicial de investigación criminal a largo plazo para llevar a cabo este proceso con las debidas garantías.

### POSIBLES ACCIONES SUCESIVAS UNA VEZ LLEGADOS A ESTE PUNTO

En general, la Oficina del Fiscal de Colombia ha adoptado la política de concentrar sus esfuerzos en los crímenes más graves y, por regla general, en aquellas personas que tienen la mayor responsabilidad por esos crímenes<sup>34</sup>; se trata de la elección de «un selecto número de victimarios de alto nivel»<sup>35</sup>. En Colombia posiblemente eso no «basta»; afirmaba en relación a este tema el Fiscal de la Corte Penal Internacional: « [...] En Colombia hay un nivel de homicidios muy alto, similar al del Congo, donde, entre el 2002 y el 2004, el número de muertos, 5.000, fue similar. La diferencia fundamental es que en Colombia las instituciones funcionan, su policía investiga, hay jueces y fiscales». Así pues las instituciones en este país posiblemente puedan asumir un esfuerzo mayor en beneficio de la legitimidad del propio acuerdo.

La condición *sine qua non* de todo este proceso, eso sí, sería la entrega inicial de las armas. Sin esta premisa posiblemente no fuera posible la continuación del asunto.

El pasado 22 de septiembre, el presidente Juan Manuel Santos, en reunión con el secretario General de las Naciones Unidas, Ban Ki Moon, le entregó al alto mandatario una serie de alternativas, con las que la ONU ayudaría a Colombia en «un eventual escenario de post-conflicto».

El jefe de Estado confirmó que Moon, junto con su equipo de alto nivel, hicieron una presentación «de exactamente cómo y qué puede hacer Naciones Unidas en el proceso», derivada de la experiencia de la organización en materia de paz y posconflicto: «[...] en el de cooperación económica, en el de la verificación de los acuerdos, en el de la misión de paz, de la cooperación y garantía de la seguridad»<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> RASTAN, R., (2007), The power of the prosecutor in initiating investigations". Recuperado el 25 de noviembre de 2009, A paper prepared for the symposium on the international criminal court february 3 – 4, 2007; Beijing, China:

<http://www.icclr.law.ubc.ca/Publications/Reports/ICC%20Reports/PoweroftheProsecutor.pdf>

<sup>35</sup> STAHN, C. (2008), Complementarity: a tale of two notions, Criminal Law Forum, Tomo 19, Num. 1.

<sup>36</sup> Recurso en red: <http://www.caracol.com.co/noticias/actualidad/onu-ofrecio-alternativas-de-apoyo-para-el-posconflicto-en-colombia/20140922/nota/2426883.aspx>

Al excluir directamente la posibilidad de creación de un TPI para Colombia, ni siquiera analizamos este asunto, no contemplándose razones objetivas por las que pudiera o debiera crearse este tribunal al analizar los precedentes de la ex -Yugoslavia y Ruanda, que se estima son bastante distintos (aun para juzgar conductas individuales que constituyan violaciones graves y flagrantes del DIH).

Finalmente, pues, *de facto*, la posible influencia jurídica doctrinal internacional<sup>37</sup> se estima deriva del respeto a los Acuerdos y Tratados Internacionales que Colombia ha suscrito, en particular el Estatuto de Roma, y de la actuación que mencionamos en respeto al interés de la justicia de manera genérica (y a la realización de posibles hechos internacionalmente ilícitos, asunto que no se considera por “disparatado” y que no sería el caso).

Además habría que considerar el desarrollo del proceso estableciendo como premisa el respeto a los derechos humanos (de la mano de legislación como la Carta Internacional de Derechos Humanos, los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos, y Protocolos Facultativos, y Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales)<sup>38</sup>.

Asimismo, y debido a la existencia de nuevas tendencias sobre derechos humanos y sobre el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, y a consecuencia de esas nuevas aproximaciones, los derechos humanos se convierten hoy en día en elementos necesarios para el mantenimiento, construcción y consolidación de la paz, y, por consiguiente, pasan a integrar el mandato de algunas de las Operaciones de Mantenimiento de la Paz por el CS<sup>39</sup>.

En ese sentido cabe destacar el importante papel asignado a las Divisiones de Derechos Humanos en la Misión de Naciones Unidas en el Salvador, por ejemplo, que ha servido como modelo para otras operaciones establecidas con posterioridad, y a otras misiones similares de NNUU como la Misión Internacional de Verificación en Haití (MICIVIH) y la Misión de Verificación de Naciones Unidas en Guatemala (MINIGUA), y otras, que constituyen ejemplos de la línea de acción a la que hicimos referencia anteriormente<sup>40</sup>.

---

<sup>37</sup> Haciendo referencia a ESPADA M., «Tendencias actuales en la responsabilidad internacional de los Estados y otros sujetos de derecho internacional», Anuario jurídico, UNAM, X, 1983, pp. 463-531.

<sup>38</sup> GROSS SPIELL H. «Las naciones Unidas y los derechos humanos», en ONU año XL, número monográfico 13 de la Revista de la Facultad de derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1987, pp. 75-106.

<sup>39</sup> ESCOBAR H. «un nuevo paso en la protección internacional de la libertad de pensamiento, conciencia y religión: el procedimiento público especial de la Comisión de derechos humanos de NNUU», Anuario de derecho eclesiástico del Estado, Vol. VI (1990), pp. 87-128 y «los derechos humanos en la sociedad internacional del siglo XX», 2 vols, Colección Escuela diplomática, nn. 15 y 16, 2009 y 2010.

<sup>40</sup> Op. Cit. DÍEZ DE VELASCO, p. 680-695.

## CONCLUSIÓN

“ [...] La paz como derecho de talante constitucional es una meta a la que el Estado no puede renunciar; sin embargo, para tal cometido se deben proteger valores como el de la justicia y la verdad».

### *Wolffhugel*

Evidentemente nos encontramos frente a una cuestión terriblemente compleja pero, en perspectiva jurídica (y estratégica), atendiendo a las consideraciones que hemos realizado, podríamos concluir que la solución interna que se acuerde en este proceso de paz debería ser congruente con las cuestiones que hemos abordado relativas a:

1. El posible y unívoco reenvío al derecho interno colombiano de las cuestiones aquí consideradas, estimando el respeto al Estatuto de Roma y a la legalidad internacional.
2. La consideración de la responsabilidad individual que evite la impunidad en el proceso.
3. El establecimiento de una estrategia judicial «ambiciosa» a largo plazo (de investigación criminal) para con este asunto.
4. El establecimiento de una línea de acción concerniente a los derechos humanos en las posibles misiones de verificación o de mantenimiento de la paz que, hipotéticamente, y en su caso, se realicen en Colombia.

El logro final de la paz así lo requeriría.

i

*Vicente Gonzalvo Navarro\**

*COMTE.IM.DEM*

---

\*NOTA: Las ideas contenidas en los *Documentos de Opinión* son de responsabilidad de sus autores, sin que reflejen, necesariamente, el pensamiento del IEEE o del Ministerio de Defensa.