

La cuadratura del círculo: una evaluación temprana del proceso de paz en Colombia

Hernando Valencia Villa

Doctor en Derecho por la Universidad de Yale



La solución política negociada del conflicto armado interno en Colombia, como resultado eventual de las conversaciones de paz que se celebran desde el 15 de noviembre de 2012 en La Habana entre el gobierno del presidente Juan Manuel Santos y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), equivaldría a la cuadratura del círculo porque supondría establecer un armisticio justo y duradero entre una república oligárquica y una guerrilla comunista que libran una guerra civil no sólo vergonzosa sino también vergonzante, cuyas principales consecuencias, tras casi cincuenta años de legitimidades en pugna y hostilidades en descomposición, son un empate militar negativo y una crisis humanitaria catastrófica (Palacios, 2012).

El proceso debe enfrentar algunos de los principales problemas del país, como la cuestión agraria, el narcotráfico, la corrupción y el paramilitarismo

Por ello, desde el punto de vista de la sociedad civil, esta nueva tentativa de terminación por negociación de la contienda intestina que ha tiranizado a los colombianos desde mediados de la década de 1960 implica al menos tres desafíos fundamentales: en primer lugar, romper el círculo vicioso de la violencia política y la lucha armada como prácticas dominantes en el proceso de construcción del Estado nacional a partir del comienzo de la guerra de independencia con España en 1810; en segundo lugar, modernizar en clave democrática un régimen elitista, centralista y presidencialista caracterizado tanto por la imposición del consenso político y la simulación del cambio social mediante la manipulación del reformismo constitucional (Valencia Villa, 2010) como por el aprovechamiento de la impunidad judicial mediante la inveterada tradición nacional de amnistías e indultos (Aguilera Peña y Orlando Melo, 2001); y en tercer lugar, enfrentar algunos de los principales problemas del país, como la cuestión agraria, el narcotráfico, la corrupción y el paramilitarismo.

Desde el punto de vista del régimen, en cambio, el reto parece diferente: aliviar la presión de la comunidad internacional de derechos humanos sobre el país y en particular evitar la intervención de la Corte Penal Internacional con la apertura de uno o varios procesos judiciales contra ciudadanos colombianos (mandos militares, policiales y civiles, líderes guerrilleros y jefes paramilitares), que han logrado eludirse hasta hoy merced a la diplomacia negacionista y victimista del Estado en los foros internacionales, y al efecto ideológico de herramientas jurídicas de carácter retórico como la Ley de Justicia y Paz de 2005 o el *Marco Jurídico para la Paz* de 2012.

Pero estos retos no aparecen como tales en la agenda de las conversaciones de La Habana, que está gobernada por un instrumento intitulado “Acuerdo General para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”, firmado por la administración Santos y las FARC el 26 de agosto de 2012 en la capital cubana. Según este texto, que no está previsto en el derecho público colombiano pero que pertenece a lo que la jurista norirlandesa Christine Bell denomina *lex pacificatoria*, es decir, la legalidad surgida de los procesos de paz (Bell, 2008), la agenda de diálogo consta de los siguientes seis temas:

- a) política de desarrollo agrario integral;
- b) participación política;
- c) fin del conflicto;
- d) solución al problema de las drogas ilícitas;
- e) víctimas; y
- f) implementación, verificación y refrendación.

Puesto que el proceso apenas se encuentra en el primer punto y no se conocen en detalle el desarrollo de las conversaciones y las posiciones específicas de las partes, a estas alturas cualquier análisis de la experiencia en curso ha de limitarse a tres aspectos: el contexto histórico, el horizonte normativo y la agenda. Tal es el propósito de estas páginas, escritas desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, con especial énfasis en los derechos de las víctimas del conflicto. En cualquier caso, mientras el diálogo transcurre en la penumbra del régimen cubano en su melancólico ocaso, para concluir previsiblemente en noviembre de 2013 como ha sugerido el gobierno colombiano, conviene reservar la última palabra para el resultado formal del ejercicio pues, según la ambiciosa cláusula final del Acuerdo General, “nada está acordado hasta que todo esté acordado”.

El contexto histórico

Quizá la pregunta más relevante sobre el conflicto armado interno en Colombia se encuentra en el último libro del historiador Marco Palacios: “¿Cómo puede ser posible que transcurra medio siglo de ‘guerra interna’ en un Estado moderno? [...] Una primera respuesta para el caso colombiano se encuentra en el entrecruce [*sic*] de cuatro estructuras de estirpe colonial (latifundio, clientelismo, colonizaciones interiores y contrabando) que contribuyeron a mantener y enredar el conflicto [en] una nación que jamás experimentó en serio la redistribución de poder político de una reforma agraria y cuyas instituciones continúan sometidas a las lógicas de las clientelas armadas y desarmadas” (Palacios, 2012: 55 y 189).

La historia de Colombia demuestra que el régimen latifundista y clientelista a que se refiere la hipótesis de Marco Palacios se ha caracterizado no sólo por su incapacidad para hacer una reforma agraria digna de su nombre y por su propensión a la ilegalidad de todo orden, sino también por su apelación simultánea al discurso constitucional y a la guerra civil. Esta paradójica coexistencia del reformismo jurídico y de la lucha armada como estrategias centrales de la élite bipartidista que controla el Estado desde la década de 1840 procede en línea directa de la solución que la generación de los padres fundadores dio al problema del vacío institucional y normativo creado por la ruptura del vínculo colonial con la metrópoli española.

Bolívar y sus sucesores advirtieron muy pronto, en efecto, que su principal desafío era que no había una nación con base en la cual pudiera construirse un Estado y menos aún constituirse y gobernarse una república. La tarea por hacer era, en consecuencia, doble: primero, construir el Estado antes de la nación, y segundo, extraer la

La continuidad institucional y legal en Colombia tiene como contrapunto el uso y el abuso de la violencia política y la lucha armada como procedimientos de solución de conflictos y reivindicación de intereses por gobernantes y gobernados

nación del Estado. Puesto que no existían naciones en las sociedades altamente heterogéneas y jerarquizadas de comienzos del siglo XIX en la América hispana, era imperativo importar e imponer, desde arriba y desde afuera, las versiones europeas y estadounidenses del Estado-nación y de la democracia constitucional a fin de proporcionar unidad nacional, orden político y estabilidad legal a las colonias recién liberadas. Posteriormente, una vez que los nuevos aparatos institucionales estuviesen establecidos y en funcionamiento, tanto la integración cultural y económica cuanto la vinculación al territorio serían factibles. Y como resultado de todo ello, podría alcanzarse un régimen republicano legítimo. (Valencia Villa, 2010: 95-96).

Pero la construcción del Estado y la extracción de la nación han tardado casi dos siglos en producirse, e incluso podría sostenerse que el conflicto armado en curso constituye un mentís de tales logros. En cualquier caso, en la medida en que la debilidad congénita del Estado nacional ha intentado remediarse mediante “cartas de batalla” y “batallas por la carta” o a través de conflictos armados interpartidistas, Colombia tuvo quince constituciones y diez guerras civiles de ámbito nacional a lo largo del siglo XIX; la constitución de 1886 fue reformada sesenta y siete veces durante sus ciento cinco años de vigencia, mientras que la actual ley fundamental ha sido objeto de veinticinco enmiendas desde su adopción en 1991; y la undécima guerra civil, la llamada “Violencia de las décadas” de 1940 y 1950, dio paso a la guerra de guerrillas de carácter crónico y múltiple que el país sufre desde 1964 (Valencia Villa, 2010: 127-129 y 175-177). Esta onerosa dialéctica entre constitucionalismo y conflicto es el precio que Colombia y los colombianos continúan pagando por el desfase entre las formas y las normas de una república constitucional, por una parte, y las realidades de la economía, la política y la cultura en una sociedad violenta e injusta, por la otra. Más aún, a diferencia de casi todos los demás países de la región latinoamericana cuya historia política está marcada a fuego por el autoritarismo y el caudillismo de signo militar, Colombia alardea de su tradición republicana y civilista, sus elecciones periódicas, y sus hazañas constitucionales y legales. Pero esta continuidad institucional y legal tiene como contrapunto el uso y el abuso de la violencia política y la lucha armada como procedimientos de solución de conflictos y reivindicación de intereses por gobernantes y gobernados, liberales y conservadores, militares y guerrilleros, narcotraficantes y paramilitares, al punto que hay muy buenas razones para preguntarse si en Colombia existe una “cultura de la violencia” o una “política de la guerra civil” (Uribe Alarcón, 2004).

A lo anterior se añade que, como señalara Gabriel García Márquez con ocasión de la aparición de *El general en su laberinto* (1989), su novela sobre los últimos días de Bolívar, en Colombia se perdieron las guerras federales, las guerras por el federalismo, a diferencia de

lo que ocurrió en la misma época, la segunda mitad del siglo XIX, en el resto de países medianos y grandes de América Latina, donde triunfó la descentralización política.

Para la antigua Nueva Granada, la derrota del federalismo se tradujo entonces en la victoria de la llamada Regeneración, un régimen ultra-conservador que duró cincuenta años, desde la década de 1880 hasta la década de 1930, que impuso un rígido esquema centralista, presidencialista y confesional al Estado y a la sociedad civil, y que retrasó al menos en una generación la apertura de los procesos de urbanización, industrialización y secularización propios del siglo XX.

Precisamente para recuperar el tiempo perdido durante el período de hegemonía conservadora, el partido liberal acometió a partir de 1934 una serie de reformas políticas y económicas que incluían una enmienda constitucional y una reforma agraria de orientación socialdemócrata. Pero esta última iniciativa, tal vez la más avanzada de su tipo en la historia de Colombia, se enfrentó muy pronto a la reacción armada de la casta terrateniente abanderada por el partido conservador, que desencadenó el último conflicto entre los partidos tradicionales, “la Violencia” de los años cuarenta y cincuenta” del siglo pasado, y provocó el levantamiento de las guerrillas liberales, antecesoras directas de las FARC como guerrillas comunistas de ideología agrarista. A mediados de los años sesenta, bajo la administración liberal de Carlos Lleras Restrepo, hubo otra tentativa fallida de reforma agraria, mucho más moderada que la de los años treinta, pero ya se había iniciado la guerra de guerrillas con el alzamiento de las FARC en 1964 y del Ejército de Liberación Nacional (ELN), el grupo castrista y guevarista de origen urbano y pequeñoburgués, en 1965. Y los sucesivos gobiernos liberales y conservadores de los años setenta, ochenta y noventa, herederos todos del Frente Nacional, la coalición bipartidista exclusiva y excluyente con la cual se pretendió poner fin a la “Violencia” a mediados de la década de 1950 y a la insurgencia desde mediados de la década de 1960, archivaron la cuestión agraria y se enrocaron en una defensa numantina del antiguo régimen, siempre arropados en las banderas del reformismo constitucional y legal (Valencia Villa, 1993: 99-108).

En este contexto, podría argumentarse que el abandono de la reforma agraria, primero en la década de 1940 y después en la década de 1970, y la imposición del monopolio bipartidista del Frente Nacional, a partir de 1958, constituyen las causas históricas de la guerra de guerrillas que está en la raíz de la tragedia política contemporánea de Colombia, la cual se ha visto agravada por la insurgencia del narcotráfico y del paramilitarismo en los años ochenta y noventa del siglo pasado, hasta configurar uno de los conflictos armados internos más prolongados, más destructivos y más complicados de nuestro tiempo.

El presidente Santos ha moderado la política autoritaria de su antecesor y ha propuesto un ambicioso plan de restitución de tierras y de reparación a las víctimas del conflicto y ha propiciado los actuales diálogos de La Habana

Mas una guerra civil tiene no sólo causas objetivas sino también subjetivas. Y el fundamentalismo ideológico de las FARC y del ELN, que oscila entre la utopía comunista y el nacionalismo tercermundista, se ha enfrentado a la doctrina de la seguridad nacional y su concepción antidemocrática sobre el manejo del desorden público interno por parte del Estado, lo cual explica el ascenso a los extremos de barbarie y ferocidad contra la población civil no combatiente que ha alcanzado el conflicto colombiano. Este “estado de cosas inconstitucional”, para usar la fórmula acuñada por la Corte Constitucional en su sentencia T-025 de 22 de enero de 2004 al censurar la falta de políticas públicas frente al drama del desplazamiento interno de población por el hostigamiento de las partes contendientes del conflicto¹, se ha visto agravado bajo el Uribato, el gobierno mesiánico y militarista de Álvaro Uribe Vélez entre 2002 y 2010, que logró exacerbar aún más la virulencia de la contienda intestina.

En los últimos tres años, la administración del presidente Juan Manuel Santos ha moderado la política autoritaria de su antecesor, ha propuesto un ambicioso plan de restitución de tierras y de reparación a las víctimas del conflicto, y ha propiciado los actuales diálogos de La Habana entre el gobierno y las FARC. Pero la crisis humanitaria continúa, el abandono estatal del sector rural se acentúa con el vertiginoso desarrollo de la minería extractiva y la agroindustria mediante la apertura del campo colombiano al capitalismo financiero internacional, y la derecha política y militar ha conseguido reformar una vez más la constitución en un sentido claramente regresivo con dos cambios estratégicos para la defensa del *status quo*: la adopción del llamado Marco Jurídico para la Paz, que es un simulacro de la justicia transicional para un eventual acuerdo de paz con la oposición armada; y la ampliación del ámbito de competencia de la jurisdicción penal militar hasta extremos de lenidad e impunidad incompatibles con las obligaciones internacionales del Estado colombiano en materia de derechos humanos y derecho humanitario.

El horizonte normativo

En Colombia, la legitimidad democrática de la paz con los grupos alzados en armas depende no sólo del apoyo electoral y de la popularidad que el gobierno tiene, sino también del acatamiento de la normatividad que regula los derechos humanos, los conflictos armados y los procesos de transición a la paz y a la democracia. En su expresión internacional, este último sistema constituye lo que ya se conoce como el “derecho de la humanidad” o de las personas y los

¹ Según la Fiscalía de la Corte Penal Internacional, “Colombia alberga la segunda mayor población de desplazados internos en el mundo” (International Criminal Court, 2012: 66)

pueblos, que está integrado por tres tradiciones jurídicas distintas pero complementarias: el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional de los conflictos armados y el derecho penal internacional (Teitel, 2011:4). La primera tradición protege todos los derechos de todos los individuos en condiciones de relativa normalidad y bajo regímenes de media o alta funcionalidad, y es la normatividad general y ordinaria, que se aplica en la mayoría de los casos con el fin de preservar las libertades fundamentales de las personas y de los pueblos. La segunda, que es una legislación especial y extraordinaria para tiempos de crisis, incluye el *jus ad bellum* o derecho a la guerra, que tiende a confundirse con la doctrina de la guerra justa; el *jus in bello* o derecho de la guerra o en la guerra, que comprende tanto las normas humanitarias, para proteger a las víctimas de todos los conflictos, incluidos los combatientes puestos fuera de combate por cualquier razón, como las leyes y costumbres de la guerra, para regular los medios y los métodos de combate; y el *jus post bellum* o derecho de la postguerra o después de la guerra, que corresponde a lo que se denomina justicia de transición o justicia transicional. Y la tercera establece los *delicta juris gentium* o crímenes de derecho internacional, los cuales pueden clasificarse en tres grupos: los crímenes consuetudinarios, como la esclavitud y la piratería, que pueden ser perseguidos por cualquier Estado miembro de la comunidad internacional mediante jurisdicción universal; los crímenes convencionales, como el narcotráfico y el terrorismo, que han de ser perseguidos por las jurisdicciones domésticas porque no hay aún tribunales internacionales competentes para hacerlo; y los crímenes estatutarios, como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y la agresión, que se encuentran en la actualidad bajo la jurisdicción complementaria de la Corte Penal Internacional de carácter permanente.

En su conjunto, el derecho de la humanidad impone numerosas obligaciones específicas y judicialmente exigibles a los Estados que han negociado, suscrito, ratificado e incorporado a su derecho interno los respectivos instrumentos en los cuales se consagran las libertades y garantías de personas y pueblos, pero quizá las más importantes de tales obligaciones son las que se refieren a la vigencia del Estado de derecho de carácter democrático, al recurso efectivo a la justicia judicial y a los derechos de todas las víctimas de todas las violencias.

Si el Estado colombiano pretende formar parte de la comunidad de “los Estados civilizados”, de conformidad con el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, y de “los Estados amantes de la paz”, según el artículo 4 de la Carta de las Naciones Unidas (Carrillo, 1999:142), tiene que ponerse en regla con el derecho de la humanidad en todo cuanto concierne al manejo del conflicto armado interno, a la eventual transición a la paz y en especial al trato

Los derechos de las víctimas son fundamentales, es decir, prioritarios y justiciables o judicialmente exigibles, y respecto de ellos no caben interpretaciones o reservas de los Estados para restringir o manipular su alcance y su contenido

debido a las víctimas. En este último aspecto, tal como ha quedado codificado en la Resolución 60/147, de 16 de diciembre de 2005, mediante la cual la Asamblea General de la ONU aprobó la nueva jurisprudencia internacional en la materia², las víctimas del conflicto tienen derecho a la construcción de la verdad pública y a la recuperación de la memoria histórica, al castigo de los victimarios y a la reparación integral de los damnificados. Los derechos de las víctimas son fundamentales, es decir, prioritarios y justiciables o judicialmente exigibles, y respecto de ellos no caben interpretaciones o reservas de los Estados para restringir o manipular su alcance y su contenido.

De los tres elementos constitutivos del derecho de las víctimas a la justicia, el segundo y el tercero, el castigo de los victimarios y la reparación de las víctimas, corresponden a prácticas jurídicas consolidadas, que se hallan ampliamente reguladas por las constituciones y por los códigos penales nacionales, al igual que por el derecho de la humanidad. El primer aspecto, en cambio, el derecho a la verdad o a saber, es un concepto nuevo, que aparece como tal en el contexto especial del moderno de derecho de Ginebra hacia 1977 y que ha venido ganando contenido y protagonismo de manera gradual, con la experiencia acumulada y comparada de los procesos transicionales en general y de las Comisiones de la Verdad en particular, por lo cual cabe hacer una precisión clave al respecto. Conviene distinguir, en efecto, entre la verdad y la memoria, entre la verdad pública y la memoria histórica. Mientras la verdad pública es la realidad real o material de los hechos tal como puede ser establecida por la justicia judicial o por una Comisión de la Verdad, la memoria histórica es el testimonio de las víctimas, la recuperación moral de un pasado luctuoso o criminal que debe atesorarse para honrar y reparar a los damnificados, castigar a los verdugos y depurar a sus cómplices, y aleccionar a las generaciones presentes y futuras. Puesto que la memoria es la vez la fuente y el órgano de la ética, en ella se funda nuestra identidad individual y colectiva, y de ella dependen nuestra valoración del pasado, nuestra vivencia del presente y nuestra preparación del futuro. Y en la lucha contra el mal radical, como sabemos desde la *Ilíada*, origen de toda la imaginación moral occidental, la memoria de la barbarie del hombre contra el hombre constituye una estrategia ética insustituible por lo que tiene de catarsis, exorcismo, archivo y espejo crítico (Mate 2009: 341).

Podría admitirse, en gracia de discusión, que el Estado colombiano ha empezado a reconocer a las víctimas del conflicto armado interno e intenta repararlas con temor y temblor. Pero la gestión de los últimos gobiernos en este campo deja mucho que desear, especial-

² Por el carácter unánime de su adopción (la Resolución 60/147 fue aprobada sin votación, es decir, por aclamación) y por la naturaleza general y fundamental de su contenido normativo, puede afirmarse que esta decisión constituye *opinio juris communis* [opinión jurídica de la comunidad internacional] y es, por consiguiente, obligatoria para todos los Estados. Véase Pastor Ridruejo, (1996: 176-181).

mente en cuanto concierne al derecho a la verdad pública y la memoria histórica, y al derecho a la sanción de los perpetradores, que se encuentran muy descaecidos, por no decir desatendidos. En materia de reparación se ha avanzado un poco más durante el actual cuatrienio, pero aún falta mucho para que el Estado dé cabal cumplimiento a la Resolución 60/147 de la ONU, y la comunidad de las víctimas sigue marginada del proceso de toma de decisiones públicas en todo lo que le incumbe de modo directo, como las propias conversaciones de La Habana, en las cuales brilla por su ausencia. Lo peor, sin embargo, es que las dos enmiendas constitucionales aprobadas por el Congreso de Colombia a lo largo del año 2012, *el Marco Jurídico para la Paz* y el nuevo fuero militar, desconocen o manipulan los derechos de las víctimas, están en flagrante contradicción con el derecho de la humanidad y siembran nuevos obstáculos en el camino hacia una paz con justicia en el país.

En el *Informe Preliminar sobre la Situación en Colombia*, que la Fiscalía de la Corte Penal Internacional hizo público en noviembre de 2012, en el mismo momento en que se abrían las conversaciones de paz de La Habana, y que constituye el documento más importante sobre la crisis humanitaria colombiana que haya sido elaborado hasta hoy por el nuevo tribunal criminal global, puede leerse lo siguiente: “El 19 de junio de 2012, el Senado colombiano aprobó el Marco Jurídico para la Paz, una ley [en realidad, un acto legislativo o reforma constitucional] que establece una estrategia de justicia transicional que incluye la priorización y selección de casos contra quienes tienen la mayor responsabilidad por crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra. La ley también autoriza el archivo condicionado de todos los casos no seleccionados y la suspensión de sentencias seleccionadas”. Y añade: “En adelante, el examen preliminar de la Situación en Colombia se concentrará en [...] el seguimiento del Marco Jurídico para la Paz y de otros desarrollos legislativos relevantes, así como de los aspectos jurisdiccionales relativos a la emergencia de nuevos grupos armados ilegales” (International Criminal Court/Office of the Prosecutor, 2012: 7 y 62). El Informe concluye que si bien la Fiscalía saluda la adopción de una política nacional para fijar prioridades en la investigación y el enjuiciamiento de casos contra los más altos responsables de los crímenes más serios, vería con preocupación las medidas que parezcan diseñadas para evitar u obstruir el establecimiento de la responsabilidad penal individual por crímenes de competencia de la Corte de La Haya.

El lenguaje diplomático de la Fiscalía de la Corte no consigue ocultar lo esencial: el régimen de lenidad e impunidad que el texto dispone para los crímenes internacionales graves perpetrados por todas las partes contendientes, incluidos los miembros de la fuerza pública, en el conflicto armado interno de Colombia. La única diferencia real entre el Marco Jurídico para la Paz y una ley de amnistía general con-

*Las amnistías
generales y otras
medidas
nacionales de
impunidad y
lenidad están hoy
prohibidas por la
costumbre
jurídica
internacional*

siste en que aquél aparece como una reforma transitoria de la constitución y tiene un estilo sibilino, tan retorcido que resulta extravagante aún en el contexto de esa prolongada mistificación que es la historia constitucional de Colombia, y ésta se atreve a decir su nombre y asume su naturaleza de amnesia legal.

Según el nuevo artículo transitorio 66 de la constitución, introducido por el *Marco Jurídico para la Paz*, una ley estatutaria o especial “podrá autorizar que, en el marco de un acuerdo de paz, se dé un tratamiento diferenciado para los distintos grupos armados al margen de la ley que hayan sido parte en el conflicto armado interno y también para los agentes del Estado, en relación con su participación en el mismo”. Salta a la vista que la expresión eufemística “tratamiento diferenciado” pretende encubrir la lógica de lenidad e impunidad que inspira la enmienda. Así lo confirma la misma norma cuando dice más adelante que la ley estatutaria “podrá determinar criterios de selección que permitan centrar los esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables [...] establecer los casos, requisitos y condiciones en los que procedería la suspensión de la pena [...] la aplicación de sanciones extrajudiciales, de penas alternativas o de modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena; y autorizar la renuncia condicionada a la persecución judicial penal en todos los casos no seleccionados”. Se advierte aquí la influencia nefasta de la Ley de Justicia y Paz de 2005, que ha producido resultados irrisorios y que ha sido considerada por muchos estudiosos como un remedo de justicia transicional con el deliberado propósito de evitar una intervención de la Corte Penal Internacional en Colombia (Guembe y Olea, 2006: 120-142; Valencia Villa, 2005).

Por su parte, el nuevo artículo transitorio 67 de la constitución colombiana, introducido por el *Marco Jurídico para la Paz*, cierra el círculo de hierro de la impunidad que pende como una espada de Damocles sobre el actual proceso de paz al disponer que otra ley estatutaria “regulará cuáles serán los delitos considerados conexos al delito político para efectos de la posibilidad de participar en política”. Esto quiere decir que también habrá amnistía e indulto para los llamados “delitos políticos”, es decir, los que se perpetran por motivos políticos o altruistas, a diferencia de todos los demás delitos, que serían cometidos por motivos egoístas y no gozarían de ninguna medida de gracia. Dicha distinción, propia del derecho penal liberal del siglo XIX, ha sido invocada y aplicada docenas de veces en la historia política del país como justificación para el otorgamiento de amnistías e indultos a los beligerantes e insurgentes en los diferentes conflictos intestinos, con lo cual se garantizaba la impunidad de los victimarios y la indefensión de las víctimas, y se preparaba el terreno para la siguiente guerra civil. Tal ha sido la línea de menor resistencia que han seguido las élites liberales y conservadoras en sus hostilidades recíprocas hasta mediados del siglo XX, al igual que

en el tratamiento dado a los grupos guerrilleros durante las últimas décadas, incluido el anterior proceso de paz con el M-19 y otros movimientos insurgentes menores a finales de los años ochenta y comienzos de los años noventa, que culminara con la adopción de la constitución de 1991. Pero el contexto normativo global ha cambiado de manera sustancial en los últimos veinte años, tras el fin de la guerra fría, con la creación y puesta en marcha de la nueva Corte Penal Internacional independiente y permanente, y la consolidación del derecho de la humanidad, al punto que las amnistías generales y otras medidas nacionales de impunidad y lenidad están hoy prohibidas por la costumbre jurídica internacional.

La proscripción de las amnistías por el derecho internacional público contemporáneo es el resultado de la convergencia de tres procesos claves: los debates sobre la impunidad de las dictaduras militares del cono sur de América en la antigua Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en Ginebra, que cristalizaron en la Resolución 60/147 de 2005 sobre los derechos de las víctimas de violaciones de los derechos humanos e infracciones del derecho humanitario; el giro copernicano de la comunidad internacional a resultas del clima de distensión prevaleciente entre noviembre de 1989 y septiembre de 2001, que se tradujo, entre otras cosas, en la revitalización de la ONU y en la instauración de los tribunales penales internacionales; y las dos generaciones de procesos de justicia de transición en una treintena de países desde la década de 1970, que han significado tanto la insurgencia de las víctimas como nuevos protagonistas de la historia cuanto la consolidación del discurso de los derechos humanos como nueva razón pública de la comunidad global. Así se advierte con gran claridad en una sucesión de decisiones y dictámenes, informes y estatutos de órganos centrales de la comunidad internacional, como el Consejo de Seguridad, la Secretaría General, el Comité de Derechos Humanos y el Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas, la Comisión y la Corte del sistema interamericano de derechos humanos, el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, el Tribunal Penal Especial para Sierra Leona y el Tribunal Penal Especial para el Líbano (Valencia Villa, 1977)³.

Junto al *Marco Jurídico para la Paz*, que constituye una amnistía general vergonzante en contravención de la normatividad internacional, el nuevo fuero militar empeora aún más, si cabe, el escenario legal de un eventual acuerdo de paz. Durante muchos años, la constitución colombiana regulaba la jurisdicción penal militar como un régimen especial, de suerte que los crímenes imputables a miembros de la fuerza pública y desvinculados del servicio castrense, como los comunes, los de lesa humanidad y los de guerra, eran de competen-

³ H. Valencia Villa, "La ley española de amnistía de 1977 en una perspectiva de justicia transicional", en Santiago Ripoll Carulla y Carlos Villán Durán (eds.), *Justicia de transición: El caso de España*, Instituto Catalán Internacional para la Paz, Barcelona, 2012 (en Internet).

La agenda de La Habana incluye los temas esenciales para alcanzar un armisticio y abrir un proceso de transición a una paz justa en Colombia

cia de la justicia ordinaria de carácter civil, y sólo los delitos específicamente militares, como las faltas disciplinarias y reglamentarias, se atribuían a la justicia penal militar. La justicia ordinaria o civil era la regla general, y la justicia militar, la excepción. La enmienda aprobada a fines de 2012, en una involución histórica de imprevisibles consecuencias negativas para la supervivencia del Estado de derecho en Colombia, invierte por completo la ecuación y dispone que, en principio, todos los crímenes imputables a militares se presumen relacionados con el servicio público y deben ser juzgados por los tribunales militares, mientras que únicamente aquellos mencionados en la norma, que son algunos de los crímenes de lesa humanidad (genocidio, desaparición forzada, ejecución extrajudicial, violencia sexual, tortura y desplazamiento forzado) caen bajo la competencia de la justicia civil. Esto significa que, por sustracción de materia, los demás crímenes de lesa humanidad (exterminio, esclavitud, detención arbitraria, persecución, *apartheid* y otros actos inhumanos, según el Estatuto de Roma, de la Corte Penal Internacional) y todos los crímenes de guerra o violaciones de las leyes y costumbres de la guerra (cincuenta tipos penales según el Estatuto de la Corte) quedan bajo la competencia de los tribunales castrenses. Y puesto que la justicia penal militar es una institución corporativa, sometida a obediencia jerárquica, que carece por definición de la independencia y la imparcialidad propias de la justicia civil democrática, y que en Colombia tiene una larga tradición de impunidad y lenidad, la ampliación del fuero militar constituye un grave retroceso para el Estado de derecho y conspira abiertamente contra una solución justa del conflicto armado interno desde el doble punto de vista del derecho de la humanidad y del constitucionalismo democrático.

La agenda

Aun cuando la lista de cuestiones disputadas y negociables podría ser muy larga, tenida cuenta de las injusticias que plagan el país, hay que convenir que la agenda de La Habana incluye los temas esenciales para alcanzar un armisticio y abrir un proceso de transición a una paz justa en Colombia. En su preámbulo, que no consigue evitar la retórica de los pactos políticos y tratados internacionales, el Acuerdo General entre el gobierno y las FARC invoca “el respeto de los derechos humanos” como fin del Estado y “el desarrollo económico con justicia social” como garantía de paz y progreso. Sobre la agenda, compuesta de cinco puntos sustantivos y uno procesal, pueden hacerse algunas glosas provisionales, así:

Política de desarrollo agrario integral

En el momento de escribir estas páginas (fin de febrero de 2013), el diálogo se contrae a este punto, que es el único que el propio Acuerdo General dispone abocar en primer lugar, lo cual confirma nuestra hipótesis sobre la centralidad de la cuestión agraria en la génesis y el desarrollo del conflicto armado interno. Frente al secretismo de la delegación del gobierno, la delegación de las FARC ha fijado su posición al respecto en un comunicado publicado en La Habana el pasado 6 de febrero. La propuesta guerrillera no resulta tan radical como se esperaba o como se temía, en el sentido de que no implica una reforma agraria revolucionaria, pero contiene algunas reivindicaciones inaceptables para el establecimiento bipartidista tradicional. Al lado de iniciativas derivadas de los enunciados del Acuerdo General, que en principio corresponden a una política socialdemócrata de desarrollo rural aceptable para la administración Santos, el grupo guerrillero propone cinco medidas muy avanzadas: “liberar” veinte millones de hectáreas de tierras ganaderas para dedicarlas a la producción de alimentos, “cerrar” la frontera agrícola, frenar la gran minería extractiva, suspender el proyecto hidroeléctrico de la represa de El Quimbo y legalizar los cultivos ilícitos. Las tres primeras y la última no parecen negociables. Nadie ignora que la ganadería extensiva ocupa hoy las mejores tierras cultivables del país y constituye un grupo de presión muy cercano al ex presidente Uribe Vélez, que se opone de manera virulenta al proceso de paz en curso. El cierre de la frontera agrícola en el único país de América Latina, junto a Brasil, que la mantiene abierta implicaría una reforma agraria de vastas proporciones para dar cabida en los valles fluviales interandinos a los campesinos pobres que malviven de la colonización espontánea en las zonas selváticas de la periferia del territorio nacional, sin olvidar que la guerrilla misma ha sido considerada de antiguo como una forma de “colonización armada”. La gran minería extractiva se ha convertido en el sector más dinámico de la economía colombiana, a pesar de sus elevadísimos costos ambientales y sociales, y de la agresiva inversión extranjera que implica. Y la cuestión de los cultivos ilegales del narcotráfico, que tiene su propio lugar en la agenda, resulta intratable mientras los gobiernos de los Estados Unidos y los demás países consumidores del Norte no cambien su política al respecto.

Participación política

Después de la malhadada experiencia de la Unión Patriótica, el partido político creado por las FARC en los años ochenta del siglo pasado como resultado de un proceso de paz con los gobiernos de la época, y diezmado en una sangrienta campaña de exterminio que se cobró más de cuatro mil víctimas y que muchos califican de auténti-

co genocidio, este tema plantea con dramatismo la cuestión de la justicia política. En tal virtud, el gobierno tendría que garantizar a los insurgentes desmovilizados que pueden hacer política electoral con seguridad y en igualdad de condiciones con los demás partidos y movimientos políticos. Y éstos tendrían que garantizar al gobierno y a la ciudadanía que abandonan por completo y para siempre las armas y las vías de hecho, y promueven sus intereses y reivindicaciones tan sólo mediante el debate público y el proceso electoral. En un hipotético acuerdo, las obligaciones de las partes en esta materia no serían “de medio” sino “de resultado” pues su conducta pública no estaría gobernada por la ética de la convicción sino por la ética de la responsabilidad.

Fin del conflicto

Las políticas antinarcóticos se sustentan en premisas deleznable pues convierten una cuestión de salud pública en una cuestión de moralidad obligatoria y trasladan la responsabilidad por la criminalidad internacional a los productores del Sur

A la luz de las reflexiones precedentes sobre el horizonte normativo que enmarca el proceso de paz de La Habana, el tercer punto de la agenda plantea la ardua cuestión de la justicia judicial como pieza clave de un proceso de transición digno de su nombre. Porque el reto no consiste tan sólo en acordar la desmovilización y la reincorporación a la vida civil de miles de guerrilleros cuyo único delito sea el levantamiento en armas contra el gobierno constitucional, sino también y sobre todo en acometer el esclarecimiento, el castigo y la reparación de los crímenes graves o atroces, de carácter internacional, imputables a ciertos o a muchos dirigentes y militantes de la oposición armada, al igual que a paramilitares, militares, policías y otros agentes estatales. Ello demandaría voluntad política y coraje moral pues sería la primera vez en la historia de Colombia que un armisticio entre gobernantes e insurgentes renunciaría a la impunidad y optaría por la justicia judicial. En la coyuntura actual, esta es a la vez una responsabilidad y una oportunidad. Eludir la una y desaprovechar la otra sería reincidir en la deplorable costumbre de la impunidad que nos acecha como el eterno retorno de lo mismo: “La historia de la familia era un engranaje de repeticiones irreparables, una rueda giratoria que hubiera seguido dando vueltas hasta la eternidad, de no haber sido por el desgaste progresivo e irremediable del eje” (García Márquez, 1995: 480).

Solución al problema de las drogas ilícitas

Buena parte de la legitimidad de las FARC para su eventual desmovilización y reincorporación a la vida civil depende de su desvinculación efectiva del narcotráfico. Mas la solución de fondo del problema requiere un replanteamiento radical en el ámbito global. Las políticas antinarcóticos se sustentan en premisas deleznable pues convierten una cuestión de salud pública en una cuestión de moralidad obliga-

toria y, peor aún, trasladan la responsabilidad por la criminalidad internacional a los productores en el Sur, sin implicar en idéntica forma a los distribuidores y consumidores en el Norte. Y los otros aspectos del entramado delictivo, como el tráfico de armas y de precursores químicos, al igual que el lavado de activos, tampoco se reprimen con la misma fiereza que el cultivo y el procesamiento, ya que están en manos de empresas y empresarios de los países desarrollados. Esta doble moral, que guarda cierta semejanza con lo que fueron en su tiempo la esclavitud y la piratería como actividades criminales transnacionales de importancia estratégica para las economías metropolitanas, impide afrontar el problema del narcotráfico con equidad, responsabilidad y eficacia, lo cual se traduce en violaciones de los derechos humanos y miseria política y moral para Colombia y otros países del Tercer Mundo.

Víctimas

No hay ningún tema más importante que el de las víctimas del conflicto, al punto que el texto en comento dice que su reparación “está en el centro del acuerdo” entre el gobierno y las FARC. Se trata de los ciudadanos damnificados por las hostilidades y sus secuelas, y por ello el respeto de sus derechos, tal como están consagrados hoy en la legalidad internacional, será la vara de medir con la cual se juzgará el éxito del proceso en su conjunto. El jurista argentino Juan Méndez parece aludir a la coyuntura colombiana cuando escribe: “Los términos de un acuerdo de paz no pueden ser dictados únicamente por las partes del conflicto armado. Si bien al final esos actores armados tendrán que convenir en dejar las armas, las víctimas inocentes del conflicto han de tener también una voz en el proceso” (Méndez 2012: 25). Además de voz en el proceso, las víctimas tienen derecho a ser reconocidas como tales por las partes y en especial por las FARC, que hasta ahora han manifestado una notoria falta de responsabilidad política y de sensibilidad moral frente a los colombianos humillados y ofendidos por sus actos.

Implementación, verificación y refrendación

Tras los temas sustantivos, la parte procesal del Acuerdo General se refiere, por una parte, a los pasos a seguir una vez que el acuerdo de paz esté suscrito, y por la otra, a las reglas de funcionamiento del diálogo mismo. Después de la firma del armisticio se contemplan mecanismos de implementación y verificación por regiones, resolución de diferencias, acompañamiento internacional y refrendación. Y para el desarrollo de las conversaciones se disponen reglas sobre el número de personas de cada delegación, consultas a expertos, informes periódicos y recepción de propuestas de la sociedad civil. El

Acuerdo General se cierra con la pretenciosa formulación ya mencionada: “Nada está acordado hasta que todo esté acordado”. Ojalá el resultado final del proceso justifique a posteriori esta voluntariosa declaración. La viabilidad de Colombia como sociedad civilizada y decente depende en buena parte de ello.

Desde la perspectiva ética y jurídica de la justicia, el drama político contemporáneo de Colombia corresponde a la noción canónica de tragedia: un conflicto mortal entre parientes que tienen igualmente razón (Bruckner, 1996: 275). Por eso, por primera vez en la historia de Colombia tenemos la oportunidad de apostar por el esclarecimiento de los crímenes del conflicto para construir la verdad pública y recuperar la memoria histórica; por el castigo civilizado pero riguroso de los victimarios para trasladar la culpa de la colectividad a los individuos responsables; y por la reparación integral de las víctimas para honrar tanto a los muertos como a los vivos y romper el ciclo interminable de la venganza (Ignatieff 1999:178-180).

Referencias bibliográficas

Aguilera Peña, Mario y Jorge Orlando Melo (2011), “Canjes, amnistías e indultos”, *Revista Credencial*, No. 137, Bogotá, mayo.

Bell, C. (2008), *On the law of peace: Peace agreements and the lex pacificatoria*, New York: Oxford University Press.

Carrillo Salcedo, Juan Antonio (1999), *Dignidad frente a barbarie: La Declaración Universal de Derechos Humanos, cincuenta años después*, Madrid: Editorial Trotta.

García Márquez, Gabriel (1995), *Cien años de soledad*, Barcelona: Mondadori.

Guembe, María Jose y Helena Olea (2006), “No justice, no peace: Discussion of a legal framework regarding the demobilization of non-state armed actors in Colombia”, en Roht-Arriaza, Naomi y Javier Mariezcurrena (eds.), *Transitional justice in the twenty-first century: Beyond truth versus justice*, Cambridge: Cambridge University Press.

Ignatieff, Michael (1999), *El honor del guerrero: Guerra étnica y conciencia moderna*, Madrid: Taurus.

International Criminal Court/Office of the Prosecutor (2012), *Situation in Colombia: Interim report*, The Hague, November.

Marco Palacios, Marco, (2012), *Violencia pública en Colombia, 1958-2010*, México: Fondo de Cultura Económica.

Mate, Reyes (2009), *Tratado de la injusticia*, Anthropos Editorial, Barcelona, 2011, p. 154; y Jordi Ibáñez Fanés, *Antígona y el duelo: Una reflexión moral sobre la memoria histórica*, Barcelona: Tusquets Editores.

Méndez, J. (2012), “Foreword”, en Francesca Lessa & Leigh A. Payne (eds.), *Amnesty in the age of human rights accountability: Comparative and international perspectives*, New York: Cambridge University Press.

Pascal Bruckner, Pascal (1996), *La tentación de la inocencia*, Barcelona: Editorial Anagrama.

Pastor Ridruejo, Jose Antonio (1996), *Curso de derecho internacional y organizaciones internacionales*, Madrid: Editorial Tecnos.

Valencia Villa, Hernando (1993), *La justicia de las armas: Una crítica normativa de la guerra metodológica en Colombia*, Bogotá: Tercer Mundo Editores/Universidad Nacional.

Valencia Villa, Hernando (2005), *La ley de Justicia y Paz de Colombia a la luz del derecho internacional de los derechos humanos*, Madrid: Centro de Investigación para la Paz.

Valencia Villa, Hernando (2010), *Cartas de batalla: Una crítica del constitucionalismo colombiano*, Bogotá: Panamericana Editorial.

Valencia Villa, Hernando (2012), "La ley española de amnistía de 1977 en una perspectiva de justicia transicional", en Santiago Ripoll Carulla y Villán Durán, Carlos (eds.), *Justicia de transición: El caso de España*, Barcelona: Instituto Catalán Internacional para la Paz.

Teitel, Ruti G.(2011), *Humanity's law*, Oxford University Press.

Uribe Alarcón, María Victoria (2004), *Antropología de la inhumanidad: Un ensayo interpretativo sobre el terror en Colombia*, Bogotá: Editorial Norma.

