

UNA REFLEXIÓN TÉCNICA SOBRE LA ACTUAL NEGOCIACIÓN ENTRE LAS FARC-EP Y EL GOBIERNO DE COLOMBIA.¹

*Vicente Gonzalvo Navarro*²

SUMARIO. Introducción. 1. Cuestiones previas: la personalidad jurídica internacional de las FARC-EP. 2. La posible competencia de la Corte Penal Internacional. 3. Justicia transicional. 4. El papel de Naciones Unidas. 5. Reflexiones finales.

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. La temática tratada conlleva cuestiones tanto de tipo propiamente jurídico (las relativas a la posible consideración de las partes como sujetos de derecho), como de carácter social (el reconocimiento del papel de las víctimas y de sus derechos) y, finalmente, estratégico, que se derivan del proceso de construcción de la paz, después de un conflicto que dura ya más de cincuenta años. Así pues el objeto de estas páginas consiste en proponer una evaluación de conjunto de todos estos elementos y de las posibles implicaciones de este hipotético acuerdo, realizando unas reflexiones conclusivas al respecto.

¹ Recibido con fecha 12 de marzo de 2015. Admitido con fecha 13 de agosto de 2015.

² Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid.

ABSTRACT

This paper makes an assessment of the legal concepts that could affect current 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 existing doctrinal base. Issue involves purely legal elements (such as consideration of the parties as subjects of law) as well as social (recognition of victims and their rights) and strategic topics, those originated by a process of nationwide peace building in a conflict that has lasted for over fifty years. In so far the purpose of following will consist in a global assessment of all above mentioned and the possible implications of such a hypothetical agreement, offering some conclusive considerations to that respect.

Palabras clave: derecho internacional, conflicto armado, Colombia, estratégico, Naciones Unidas.

Keywords: international law, armed conflict, Colombia, strategic, United Nations.

“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*³.

INTRODUCCIÓN.

El conflicto armado colombiano actual, empieza en la década de los años 60 del siglo XX con la aparición de las así denominadas “guerrillas” (principalmente las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, FARC, y el Ejército de Liberación Nacional, ELN), organizaciones ilegales armadas que, habiendo atravesado numerosas vicisitudes, han acabado siendo finalmente financiadas por el narcotráfico y el crimen organizado. Esta “oposición armada” se enfrenta desde su creación al Ejército regular y las fuerzas de seguridad del Estado de Colombia en un conflicto en el que la gran perjudicada ha sido casi siempre la población civil de Colombia (y sus Fuerzas de seguridad y Fuerzas Armadas). Los denominados “paramilitares” a los que se les atribuye una gran proximidad a los “latifundistas”, son otra parte participante en el conflicto, y son considerados en gran medida los responsables principales del enorme aumento del número de las violaciones graves de los derechos humanos (acaecidas a partir del año 1999). En la actualidad las FARC-EP y el Gobierno de Colombia llevan a cabo un proceso de negociación auspiciado por Noruega y el gobierno cubano, entre otros actores internacionales.

A pesar de las evidentes dificultades de este, y de los fracasos de anteriores iniciativas, existen elementos objetivos para pensar que las actuales conversaciones de paz que comenzaron en Oslo, y continúan en la Habana, podrían establecer el marco inicial para

³ 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 prolongará hasta el próximo 3 de octubre, 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.

comenzar el proceso de paz y el desarme de los grupos armados en este país iberoamericano⁴. Así pues, tras casi dos años de diálogos entre el Gobierno y la guerrilla de las FARC, en La Habana el 23 de septiembre de 2014 comenzó el ciclo número 29 de negociaciones entre las partes⁵.

El objeto de este documento es hacer una reflexión y analizar en perspectiva jurídica las circunstancias y las posibles implicaciones de este hipotético acuerdo.

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

A la contestación de estas tres preguntas están dedicados los párrafos siguientes.

1. CUESTIONES PREVIAS: LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LAS FARC-EP.

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 Pallieri) han defendido la existencia en DI de una norma atributiva de subjetividad internacional⁶, la doctrina mayoritaria se declara en contra de constatar una norma de carácter general en orden jurídico internacional que determine los criterios para la atribución de la cualidad de sujeto del

⁴ Conferencia de Daniel García-Peña Jaramillo, Seminario sobre “*Post conflictu y derechos humanos*”, ESDEGUE, Colombia, septiembre de 2014.

⁵ 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.

⁶ DIEZ DE VELASCO, *Instituciones de derecho internacional público*, Ed. Tecnos, Cap. X, La subjetividad internacional, pp. 280-305 (Obra de referencia sobre DI) citando a *Diritto Internazionale Pubblico* por G. BALLADORE PALLIERI (Rev. Edward Dumbauld), *The American Journal of International Law* Vol. 31, No. 3 (Jul., 1937), pp. 546-548.

mismo⁷(a pesar que las FARC inicialmente carecían de toda subjetividad internacional, debido fundamentalmente al hecho de no considerar a esta organización sujeto alguno de derecho); sin embargo pudiera considerarse incidentalmente atribuirse a la anterior, al efectuar negociaciones con un Estado, cierta subjetividad.

Como ha explicado Abi Saab⁸ 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 que lleva a cabo el reconocimiento de la beligerancia, para él supone la aplicación integral del *ius in bello* en sus relaciones con los rebeldes, y si son terceros quien se los otorgan, ello les permitirá ser considerado como neutrales por ambas partes beligerantes. Evidentemente, el reconocimiento del *ius in bello* debería recíproco, 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 subjetividad⁹, destinada a desaparecer, bien cuando la sublevación es sofocada, o se alcanza algún tipo de acuerdo para alcanzar el fin del conflicto¹⁰, como es el caso, pero que hasta entonces es “efectiva”.

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”, para el que deberíamos de hacer otro tipo de consideraciones.

Sin embargo, como dijimos, desde la óptica de la subjetividad, quizás no *stricto sensu* sí que estimo correspondería la aplicación del *ius in bello* donde se da la lectura del art. 1, apartado 4, del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la

⁷ GUTIÉRREZ ESPADA, C., *Curso de derecho internacional público*, Ed. Trotta, 1995.

⁸ ABI SAAB, “*Conflits armées non internationaux*”, en *les dimensions internationales du droit humanitaire*, Ed. Pedone, Institut Henry Dunant, UNEXO 1986, pp. 251-277.

⁹ MIAJA DE LA MUELA, A., *Introducción al derecho internacional público*, Ed. Atlas, 7ª Ed, Madrid, 1979.

¹⁰ *Óp. Cit.* MANUEL DIEZ DE VELASCO, *Óp. Cit.* Pág. 310.

protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, de 8 de junio de 1977¹¹.

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”.¹² Según Diez de Velasco, y como hemos mantenido, el otorgamiento de la subjetividad internacional lleva aparejada una serie de consecuencias, en la medida, 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”¹³. Se trata de un asunto sobre el que ya hemos incidido pero que evidentemente no realizan las FARC y por otro lado, éstas carecen en cualquier caso de la *organización interna, el imperium y el territorio* que definía Balladore Pallieri, e incluso en el último de los casos, y cualquier tipo de consideración sobre la dimensión subjetiva internacional de las FARC y sus atribuciones: “[...] no afecta al papel decisorio que les corresponde en el plano formal”¹⁴, y que en nuestro caso se estima es realmente y fuera de estas negociaciones completamente nulo.

2. LA POSIBLE COMPETENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.

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

¹¹ 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 pero de consecuencias tan devastadoras que jurídicamente creo que es admisible esta consideración por razones “prácticas y posiblemente de humanidad”.

¹² GUTIERREZ ESPADA, C., *Derecho Internacional Público*, Ed. Trotta, Madrid, 1995.

¹³ *Óp. Cit.* p. 310.

¹⁴ BIERZANEK, R., “*Le statut juridique des partisans et des mouvements de résistance armée, évolution historique et aspects actuels*” en *Melanges offerts á Juraj Andrassy*, Ed. Martinus Nijhoff, La Haye, 1968, pp. 54-77 y CORTINA MAURI., P. *La guerra civil sin reconocimiento de beligerancia*, Diana Artesgraf., Madrid, 1940.

legislación interna colombiana y 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.

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 2002¹⁵. 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 Roma¹⁶, 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.

Considerando su posible competencia material la CPI puede enjuiciar¹⁷ 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 agresión¹⁸.

¹⁵ Ratificado en concreto por España el 24 de Octubre de 2000 (BOE nº 126 de 27 de mayo de 2002).

¹⁶ 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 Naciones Unidas, 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 entró en vigor el 1 de julio de 2002.

¹⁷ 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 del derecho internacional de los conflictos armados; 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 Estatuto de Roma y demás Derecho internacional aplicable). Respecto a los crímenes de Guerra tipificados en el art. 8 del Estatuto de Roma, serán de aplicación los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949.

¹⁸ 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).

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, 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 (e incluso juzgar aquellos casos que el Consejo de Seguridad remita a la Corte, aún sin ratificación del Estado interesado); desde la perspectiva temporal ha de destacarse que la Corte sólo 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 de Naciones Unidas o del propio Fiscal de la CPI.

De todos los casos que actualmente instruyéndose en la CPI sólo uno de ellos ha dado lugar a una sentencia y es por la que la CPI ha condenado a Thomas Lubanga Dyilo¹⁹ 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 2012 sobre reparación a las víctimas)²⁰.

Desde mi punto de vista esto se ha producido por la gravedad del delito y por la urgencia de tomar medidas. En cualquier caso no parecería necesario que la CPI se pronunciara o instruyera procedimientos en el caso de Colombia, aún existiendo los anteriores en este conflicto, porque el sistema judicial colombiano parece lo suficientemente robusto (aunque quizás sea mejorable, como otros muchos) para realizar toda actuación correspondiente, y se espera que actúe realmente en interés de la justicia. Asunto que por otro lado parece esperable y evidente a la vista de la actitud que

¹⁹ICC-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

²⁰ Sentencia de ICC-01/04-01/06-2842, con Anexos.

ha mantenido sobre este asunto el Procurador General de la Nación Sr. Alejandro Ordoñez²¹ y otras 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 y que por lo tanto no entrará en funcionamiento más que en el supuesto que aquellos “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”²².

La colección legislativa interna relacionada con este proceso de paz es extensa²³ pero la postura del DI es clara: "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).

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 exclusividad de las jurisdicciones nacionales, ya que el estatuto contiene reglas que determinan la supremacía de la jurisdicción internacional en determinados supuestos. Se trata de reglas rigoristas que otorgan a la Corte la competencia de pronunciarse y que le 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 a nivel teórico aún durante el desarrollo de las conversaciones de paz.

²¹ Discurso en la Escuela de Guerra de Colombia, 24 de septiembre de 2014, ESDEGUE, Colombia, 2014.

²² REMIRO BROTONS, A., J. Díez-Hocleitner, L. Pérez-Prat Durbán, R. Riquelme, Cortado y E. Orihuela Calatayud, *Derecho Internacional*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

²³ COMPILACIÓN NORMATIVA SOBRE JUSTICIA Y PAZ Y PROCESO DE DESMOVILIZACIÓN, REINCORPORACIÓN Y RECONCILIACIÓN NACIONAL ©Ministerio del Interior y de Justicia Organización Internacional para las Migraciones OIM Primera Edición, julio de 2007 y actualizaciones.

Tal y como Aristóteles afirmada en su *Ética a Nicómaco* “[...] el juez procura la igualdad de la que resulta la injusticia”²⁴, 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. Se trata de una eventualidad hartamente difícil, realmente, siendo Colombia en condiciones de resolver legítimamente sus asuntos internos dado el nivel de desarrollo de su sistema judicial y la profesionalidad de magistrados y equipos investigativos.

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)²⁵.

Posiblemente ni las autoridades colombianas ni ningún ciudadano de este país espera que esta posible inacción ocurra, ya que subsiguientemente, y en primer lugar habría una constatación internacional de que se ha actuado “injustamente”, y en segundo la pérdida de prestigio internacional de Colombia podría ser muy grande y evidente.

3. JUSTICIA TRANSICIONAL.

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 con una

²⁴ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*. Introducción, Traducción y Notas de José Luis Calvo Martínez, Alianza Editorial, Madrid 2001 y comentarios: BERTI, E., “*Aristotele*” en V. Melchiorre (ed.), *Enciclopedia Filosófica*, I, Fondazione Centro Studi Filosofici di Gallarate, Bompiani 2006.

²⁵ 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.

noción jurídica no determinada que se ha acuñado durante el proceso de paz para intentar adecuar el marco jurídico necesario y para garantizar que el proceso de paz 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 violaciones masivas de derechos humanos²⁶. Entre ellas figuran las acciones penales, las comisiones de la verdad, los programas de reparación y diversas reformas institucionales²⁷.

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 son²⁸:

- las acciones penales, sobre todo contra los criminales considerados de mayor responsabilidad²⁹;
- las reparaciones que los Gobiernos utilizan para reconocer los 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 días del recuerdo);
- la reforma de instituciones públicas implicadas en los abusos - como son las fuerzas armadas, la policía y los tribunales - con el fin de dismantelar, con los procedimientos adecuados, la maquinaria estructural de los abusos y evitar tanto la repetición de violaciones de derechos humanos graves como la impunidad;
- 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.

²⁶VALENCIA 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.

²⁷<http://ictj.org/es/que-es-la-justicia-transicional>

²⁸ Seminario sobre derechos humanos y contraterrorismo, Escuela de Guerra, ESDEGUE, Bogotá, septiembre de 2014.

²⁹ ELSTER, J., *Closingthebooks: Transitionaljustice in historicalperspective*, Cambridge UniversityPress, 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.

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 por un lado exista impunidad (se castiguen los delitos) y se juzgue a los miembros de los grupos terroristas armados y a algunos (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 ejerzan de hecho atribuciones del poder público en defecto de las autoridades oficiales (art. 9) no se considerarán 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 Teherán³⁰. La responsabilidad pues sería individual, y de cada uno de los infractores.

El jurista latinoamericano Héctor Gros Espiell afirmaba que el tratamiento igual a los desiguales era esencialmente injusto³¹. Así debe de ser con todas las personas que tengan que asumir responsabilidades penales por los delitos que cometieron durante el conflicto evitando la impunidad de los posibles infractores. A pesar de la alta posibilidad de colapso del sistema de justicia, es necesario determinar una estrategia judicial a largo plazo para llevar a cabo este proceso con las debidas garantías.

La condición *sine qua non* de todo este proceso eso sí sería la entrega inicial de las armas³². Sin esta premisa posiblemente no fuera posible la continuación del proceso.

4. EL PAPEL DE LAS NACIONES UNIDAS.

³⁰CIJ. Rec: 1980, párs. 58 y 61.

³¹GROS ESPIELL, H., «*El Derecho al Desarrollo como un Derecho de la Persona Humana*», Revista de Estudios Internacionales, n.º. 1, Madrid, 1980. Véase sobre este tema: JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ: «La Dignidad de la Persona Humana», *óp. cit.*, p. 102; AUGUSTO DURÁN MARTÍNEZ: El Derecho al Honor También Existe, en HÉCTOR GROS ESPIELL: Amicorum Liber, Ed. 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).

³² LOPEZ ESPINOSA, L.M., (2015), El Proceso de Paz: Las polaridades invertidas, Alianza de medios por la paz, Consultado en red: <http://www.rebellion.org/noticia.php?id=201879> .

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 mandatario una serie de alternativas, con las que la ONU ayudaría a Colombia en un eventual escenario de post-conflicto. Otras organizaciones internacionales (regionales), como la Organización de Estados Americanos, podrían también jugar un papel en todo este proceso, aunque quizás dada la gravedad de los crímenes cometidos (“lesa humanidad”), la consideración del carácter (interno) del conflicto, y otros asuntos, realmente es difícil su participación activa.

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*”, derivado de la experiencia de la organización en materia de paz y post-conflicto: “[...] *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*”³³.

Al excluir directamente la posibilidad de creación de una 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 (aún para juzgar conductas individuales que constituyan violaciones graves y flagrantes del DIH).

Finalmente, pues, *de facto* la posible influencia jurídica doctrinal internacional³⁴ 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.

Salvo supuestos excepcionales sólo a través del Estado pueden las reglas de DI llegar a afectar al individuo, éste por tanto, no es sujeto normal de las relaciones regidas por el orden jurídico, aunque excepcionalmente pueda llegar a serlo en la medida que

³³ Recurso en red: <http://www.caracol.com.co/noticias/actualidad/onu-ofrecio-alternativas-de-apoyo-para-el-posconflicto-en-colombia/20140922/nota/2426883.aspx>

³⁴ 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.

alguna de dichas reglas le atribuyan derechos y obligaciones de carácter internacional³⁵, 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.

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)³⁶. En efecto, debido a la existencia de nuevas tendencias sobre derechos humanos y sobre el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, y debido a esas nuevas aproximaciones, los derechos humanos se convierten en elementos necesario para el mantenimiento, construcción y consolidación de la paz³⁷, y por consiguiente pasar a integrar el mandato de algunas de las Operaciones de Mantenimiento de la Paz por el CS³⁸.

En ese sentido cabe destacar el importante papel asignado a las Divisiones de Derechos Humanos en la Misión de Naciones Unidas en el Salvador³⁹, 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 anteriormente⁴⁰.

³⁵ Óp. Cit. MIAJA (pp. 273-274)

³⁶ 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.

³⁷ IBEROAMERICA Central de noticias, ICN,(17 de Julio de 2015),*Santos afirma que avances en conversaciones de paz permitirán tener elecciones seguras*, Consultado en red: <http://www.icndiario.com/2015/07/17/colombia-asegura-que-avances-en-conversaciones-de-paz-permitiran-tener-elecciones-seguras/>

³⁸ 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.

³⁹ BENITEX MANAUT, R., (1992) “La ONU y el proceso de paz en El Salvador: 1990-1992”, en *Revista Mexicana de Política Exterior*, No. 34, Instituto Matías Romero de Estudios Diplomáticos, SRE, México.

⁴⁰ Óp. Cit. DÍEZ DE VELASCO, p. 680-695.

Contando con el posible apoyo de diversas organizaciones políticas e incluso religiosas, como la Iglesia Católica⁴¹ (que cuenta a nivel factico con una evidente capacidad de influencia y negociación)⁴², estimo la ONU en este sentido debería adoptar una posición más activa en la posible resolución del conflicto, a mi modo de ver; aunque sobre este tema hay algunos autores que afirman que el rol de la Naciones Unidas se ha incrementado con el fin de la Guerra Fría, eso sí a costa de servir sólo a los intereses de los países que conforman el Consejo de Seguridad: EEUU, Inglaterra, Francia, Unión Soviética y China. Esta hipótesis se sostiene a raíz del papel cumplido por la ONU en diversos conflictos actuales, singularmente como en el de la llamada “guerradel Golfo”, donde se menciona que formalmente la organización otorgó un mandato a los Estados Unidos y la coalición aliada para actuar militarmente, siendo en realidad a la inversa: posiblemente EEUU recurrió a la Organización para lograr “sus intereses particulares”, utilizándola “para legitimar su acción militar”⁴³, una situación que también quizás se ha producido en conflictos actuales como el de Libia⁴⁴, en 2011, y que cuatro años más tarde (2015)⁴⁵ se plantea de nuevo.

⁴¹Véase noticias en diversas agencias de noticias, *Las FARC piden una reunión con el Papa durante su visita a Colombia*, agosto de 2015, Recurso en red: <http://www.martinoticias.com/content/las-farc-piden-reunion-con-el-papa-durante-visita-cuba/102392.html>

⁴² Véase GONZÁLEZ, F., *La Iglesia como actor de la gobernanza en Colombia, Reseña de dos textos claves sobre el rol de la Iglesia desde el Siglo XX*, 2008. Recurso en red: <http://www.institut-gouvernance.org/es/document/fiche-document-148.html>

⁴³Ver FALK, R.; “Questioning the UN Mandate in the Gulf”, *IFDA Dossier*, Nº 81, Switzerland, April/June 1991.

⁴⁴El Consejo de Seguridad de la ONU en 2011 aprobó las resoluciones 1970 (26 de febrero) y 1973 (17 de marzo). La primera declaraba que los ataques extendidos y sistemáticos contra la población civil libia podían «equivaler a crímenes contra la humanidad», y abrió así la puerta a una intervención humanitaria al amparo de la responsabilidad de proteger. De momento imponía también la prohibición de viajar y la congelación de activos a Gadafi y a las personas de su entorno inmediato. La segunda resolución autorizaba ya a «tomar todas las medidas necesarias para proteger a la población civil», es decir, el uso de la fuerza, aunque excluyendo expresamente la presencia de «una fuerza de ocupación extranjera de cualquier tipo en cualquier parte del territorio libio». Así se daba luz verde, sobre el papel, a una intervención aérea limitada (imposición de una zona de exclusión aérea), complementada con embargos de armas y otros tipos, y destinada únicamente, supuestamente, a proteger a la población civil. La acción militar de la coalición internacional constituida ad hoc (Estados Unidos, Canadá, Reino Unido, Francia, Bélgica, Dinamarca, Noruega, Italia, España y Qatar) se inició el 19 de marzo bajo liderazgo estadounidense, aunque los bombardeos aéreos serían ejecutados esencialmente por Francia y Reino Unido; la OTAN tomaría a continuación el control de la operación a finales de mes. Diversos autores afirman que la acción militar fue un fiasco que prácticamente ha convertido a Libia en un “Estado Fallido”.

⁴⁵ En ese sentido Naciones Unidas ya emitió la Resolución 2174 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, aprobada el 27 de agosto de 2014, que amplía las actuales sanciones internacionales impuestas a Libia para incluir la responsabilidad penal de aquellas personas que cometan o apoyen actos que supongan una «amenaza para la paz, la estabilidad o la seguridad de Libia, u obstruyan o socaven la realización exitosa de su transición política»; pidiendo además que examine la posibilidad de emprender nuevas acciones, incluida la adopción de medidas restrictivas.

Una situación que no es totalmente igual a que se plantea en este caso (Colombia), sin embargo.

5. REFLEXIONES FINALES.

Evidentemente nos encontramos frente a una cuestión terriblemente compleja pero en perspectiva jurídica y 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:

1. al 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. a la consideración de la responsabilidad individual que evite la impunidad en el proceso;
3. al establecimiento de una estrategia judicial a largo plazo (de investigación criminal) para con este asunto;
4. al establecimiento de una línea de acción concerniente a los derechos humanos en las misiones de verificación o de mantenimiento de la paz de Naciones Unidas que hipotéticamente se realicen.

El logro final de la paz así lo requeriría.