

LOS LÍMITES DE UN ACUERDO DE PAZ
(A PROPÓSITO DE LOS ACUERDOS DE LA HABANA)
The Limits of a Peace Agreement (The Havana Agreements)

EDUARDO BERTONI¹

Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina

Resumen

Luego de muchos años de conflicto armado interno en Colombia, se firmó en el año 2016 en La Habana, Cuba, el “Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera” (Acuerdos de La Habana o el Acuerdo). Los Acuerdos de La Habana surgieron como consecuencia de distintos intentos previos tendientes a disminuir la violencia y generar una paz duradera para ese país. En este trabajo se estudia el punto 5 del Acuerdo que se refiere específicamente al “Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto: “Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición” incluyendo la Jurisdicción Especial para la Paz; y Compromiso sobre Derechos Humanos”. Se sostiene que los negociadores hicieron un importante esfuerzo para que los compromisos asumidos estuvieran en línea con estándares internacionales de respeto a los derechos humanos en el ámbito de los que se conoce como procesos de “justicia transicional”. La pregunta principal que se propone responder en este trabajo es ¿lo lograron? La conclusión sostiene que, salvo que exista algún cambio importante sobre todo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, si algunas víctimas acuden al sistema interamericano de derechos humanos se corre el riesgo que el propio Acuerdo sea impugnado en el futuro por la Corte.

Palabras clave

Derechos humanos, Derecho internacional humanitario, Derecho penal internacional, Justicia transicional, Justicia restaurativa, Acuerdos de La Habana, Amnistías.

Abstract

After many years of internal armed conflict in Colombia, the “Final Agreement for the Termination of the Conflict and the Construction of a Stable and Lasting Peace” (Havana Agreements or the Agreement) was signed in 2016 in Havana, Cuba. The Havana Agreements arose because of different previous attempts aimed at reducing violence and generating lasting peace for that country. In this work, point 5 of the Agreement is studied, which refers specifically to the “Agreement on the Victims of the Conflict: “Comprehensive System of Truth, Justice, Reparation and Non-Repetition” including the Special Jurisdiction for Peace; and Commitment to Human Rights.” It is maintained that the negotiators made an important effort so that the commitments assumed were in line with international standards of respect to human rights around what is known as “transitional justice” processes.

¹ Doctor en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires; Master en Políticas y Prácticas Internacionales, Elliot School of International Affairs, George Washington University. Correo electrónico: ebertoni@alumni.gwu.edu. ORCID: <https://orcid.org/0009-0007-4704-013X>.



The main question that this work aims to answer is, did they achieve it? The conclusion maintains that, unless there is some important change, especially in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, if some victims turn to the inter-American human rights system, there is a risk that the Agreement itself will be challenged in the future by the Court.

Keywords

Human rights, International Humanitarian Law, International Criminal Law, Transitional Justice, Restorative Justice, Havana Agreements, Amnesties.

Después de que el Tribunal para la Paz haya concluido sus funciones, el Reglamento de la Jurisdicción establecerá un mecanismo para la integración de una Sección de este cuya función principal será garantizar la estabilidad y eficacia de las Resoluciones y Sentencias adoptadas por el componente de justicia del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, así como su cumplimiento.

1. Introducción

Luego de muchos años de conflicto armado interno, en el año 2016 se firmó en La Habana, Cuba, el “Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera” (en adelante: Acuerdos de La Habana o el Acuerdo).² En las décadas del 80 y 90 se frustraron varios intentos por lograr la paz con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC). En 1984, el entonces presidente Belisario Betancur inició los primeros acuerdos de paz. En 1998, hubo un nuevo intento de acuerdo de paz impulsado por el expresidente Andrés Pastrana. Esta iniciativa no prosperó, hasta que recién en 2002, el expresidente Uribe Vélez inició la negociación de otro acuerdo de paz. Es decir, los Acuerdos de La Habana surgieron como consecuencia de distintos intentos, todos ellos tendientes a disminuir la violencia y generar una paz duradera para Colombia.

El punto 5 del Acuerdo se refiere específicamente al “Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto: ‘Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición’ incluyendo la Jurisdicción Especial para la Paz; y Compromiso sobre Derechos Humanos”.

La lectura de este punto permitiría concluir que los negociadores hicieron un importante esfuerzo para que los compromisos asumidos estuvieran en línea con estándares³ internacionales de respeto a los derechos humanos en el ámbito de los que se conoce como procesos de “justicia transicional”. En otras palabras, el presente trabajo plantea analizar el nivel de implementación de los estándares internacionales por los negociadores en tales compromisos

La pregunta principal que se propone responder en este trabajo es el nivel de adecuación de los Acuerdos de La Habana con los estándares internacionales.

² Ver, el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera. Agradezco a Florencia Saulino, Fabricio Guariglia, Juan Pappier y Fabián Salvioli, por sus valiosos comentarios durante la elaboración de este trabajo. Asimismo, agradezco a los participantes del encuentro de junio de 2023 del SELA (Seminario Latinoamericano de Teoría Constitucional y Política) llevado adelante en Bogotá, Colombia, donde este trabajo fue presentado. Especial agradecimiento a Sebastián Elías, Marcelo Ferrante, Lucas Grosman y Nahuel Maisley por sus comentarios que me permitieron incorporar algunas nuevas ideas especialmente en las conclusiones.

³ En este trabajo uso, de manera general, la palabra “estándar” para referirme indistintamente a reglas o principios. Posiblemente no sea lo más adecuado pero asumo el riesgo de la crítica por la imprecisión terminológica.

Para dar respuesta, comenzaremos resumiendo los estándares que surgen de decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) que son relevantes para responder a la pregunta planteada. Como veremos, algunas de las sentencias de la Corte que reseñamos permitirían responder positivamente a la pregunta dependiendo el tema. Por ejemplo, las sentencias de los casos *Barrios Altos vs. Perú*, *Gelman vs. Uruguay*, *Almonacid vs. Chile*, y *Gomes Lund vs. Brasil*, entre otros son casos que fulminan las amnistías e indultos en casos de violaciones graves a derechos humanos y el Acuerdo parece seguir esa jurisprudencia.

Otro tema relevante es si el Acuerdo cumple con los estándares que obligan a investigar esas violaciones, y aquí la letra del Acuerdo estaría acorde a los estándares internacionales. Sin embargo, y como veremos, puede haber cuestionamiento a una posible falta de investigación de presuntas violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario debido a cómo ha sido diseñado el sistema. Finalmente, desde la perspectiva de las sanciones que el Acuerdo habilita para los casos que involucran violaciones graves a derechos humanos, el Acuerdo no está en concordancia con lo que viene diciendo la CIDH (por ejemplo, caso *Cepeda vs. Colombia*, o caso “*Masacres de El Mozote vs. El Salvador*”, salvo el voto particular del Juez Diego García Sayán, que dudosamente sea un voto concurrente como se enuncia en la publicación de la Corte).

También incluiremos estándares que surgen del sistema universal de protección de los derechos humanos. Dado que ellos son numerosos e incluso han sido referenciados por la CIDH, nos enfocaremos particularmente en los análisis efectuados por la “Relatoría Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición”. También analizaremos la actuación del Fiscal ante la Corte Penal Internacional que se vincula con este trabajo.

Por supuesto que todas las fuentes mencionadas antes no tienen el mismo valor, en cuanto a su obligatoriedad desde la perspectiva del derecho internacional público. Sin embargo, como por ejemplo las que son “soft law” —el informe de la Relatoría— se han ocupado específicamente del tema, se las ha incluido sin hacer una debida jerarquización.

Una vez enunciados los estándares mencionados, el trabajo pone en duda su concordancia total con el punto 5 del Acuerdo.

Finalmente, y dadas esas dudas, se desarrolla la conclusión principal del trabajo que explica que, salvo que exista algún cambio importante sobre todo en la jurisprudencia de la CIDH, si algunas víctimas acuden al sistema interamericano de derechos humanos se corre el riesgo que el propio Acuerdo sea impugnado en el futuro por la Corte.

2. Los estándares relevantes

2.1. El sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos

Para la CIDH la jurisprudencia hasta el presente es pacífica en cuanto a la incompatibilidad de las normas eximentes de responsabilidad con el deber de investigar graves violaciones de derechos humanos⁴.

⁴ Sobre este punto se puede consultar el *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No 15: Justicia Transicional*.

En ese sentido, en innumerables decisiones⁵, el Tribunal ha considerado que son inadmisibles no solo las disposiciones de amnistía y de prescripción, sino que son igualmente inadmisibles el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que impidan la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos.

En el caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, la Corte tuvo que juzgar tanto la falta de investigación como la falta de sanción de los responsables de la ejecución extrajudicial del señor Almonacid Arellano. Ello tenía como base la aplicación del Decreto Ley No. 2.191, ley de amnistía, adoptada en 1978 en Chile.

En lo que interesa para este trabajo, la Corte IDH (2006) estableció que:

110. La obligación conforme al derecho internacional de enjuiciar y, si se les declara culpables, castigar a los perpetradores de determinados crímenes internacionales, entre los que se cuentan los crímenes de lesa humanidad, se desprende de la obligación de garantía consagrada en el artículo 1.1 de la Convención Americana⁶ (párr. 110).

En el caso “Gomes Lund y otros (‘Guerrilha do Araguaia’) vs. Brasil” la responsabilidad del Estado por la desaparición forzada de las víctimas no estaba controvertida. La Corte evaluó en el caso si el Estado había cumplido con la obligación de llevar una investigación penal con el objeto de juzgar y sancionar a las personas responsables de la desaparición forzada de setenta víctimas y de la ejecución extrajudicial de Maria Lúcia Petit da Silva.

En este caso, la Corte consideró probada la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial debido a la falta de investigación, enjuiciamiento y eventual sanción de los responsables por los hechos del presente caso. Y además la Corte IDH (2010) dispuso que: “106. [...]el Estado debe conducir eficazmente la investigación penal de los hechos del presente caso a fin de esclarecerlos, determinar las correspondientes responsabilidades penales y aplicar efectivamente las sanciones y consecuencias que la ley prevea” (párr. 256).

En el caso *Gelman Vs. Uruguay*, en donde la conocida como “Ley de Caducidad” había sido el argumento para impedir la investigación y sanción de graves violaciones de derechos humanos, la Corte IDH (2011, párr. 238) entendió que aun cuando esa ley había sido aprobada por la ciudadanía vía plebiscito y referéndum en un régimen democrático, ello no le concedía automáticamente legitimidad en el derecho internacional.

Pero la Corte IDH (2011) fue más allá al entender que:

La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana⁷. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada

⁵ Ver, por ejemplo, *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, párr.276; *Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párr.262; *Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr.304; *Caso La Cantuta Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr.152; *Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163, párr.294; *Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C No. 250, párr.283.

⁶ Véase también, *Cf. Caso Velásquez Rodríguez*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 166, y *Caso Godínez Cruz*. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5, párr. 175.

⁷ Véase, *Cf. Asamblea General de la OEA, Resolución AG/RES. 1 (XXVIII-E/01)* de 11 de septiembre de 2001.

por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad” (supra párr. 193), que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial. Adicionalmente, al aplicar la Ley de Caducidad (que por sus efectos constituye una ley de amnistía) impidiendo la investigación de los hechos y la identificación, juzgamiento y eventual sanción de los posibles responsables de violaciones continuadas y permanentes como las desapariciones forzadas, se incumple la obligación de adecuar el derecho interno del Estado, consagrada en el artículo 2 de la Convención Americana (párr. 239).

En otro caso que ya tiene más de 20 años, la jurisprudencia de la Corte siguió siendo la misma.

En el caso “Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador”, en primer lugar, el Tribunal se hizo cargo que: “285. Según el Derecho Internacional Humanitario aplicable a estas situaciones, se justifica en ocasiones la emisión de leyes de amnistía al cese de las hostilidades en los conflictos armados de carácter no internacional para posibilitar el retorno a la paz” (CIDH, 2012, párr. 285).

Pero inmediatamente aclaró que: “286. Sin embargo, esta norma no es absoluta, en tanto también existe en el Derecho Internacional Humanitario una obligación de los Estados de investigar y juzgar crímenes de guerra” (CIDH, 2012, párr. 286).

Dado que como mencionaremos más abajo, en los Acuerdos de La Habana —y también en decisiones de la Justicia Especial para la Paz— se cita únicamente el voto del Juez Diego García Sayán en este caso, algunas de sus consideraciones merecen ser destacadas.

Una cuestión que resulta a nuestro criterio importante de determinar es si tal voto es “concurrente” como se lo menciona en la Sentencia de la Corte o en verdad se aparta en cuestiones fundamentales de lo opinado por sus colegas. Creemos que lo que ocurre es esto último, y por ello, si bien es importante, no deja de ser la opinión de uno de los jueces circunstanciales de la Corte que se aparta de la jurisprudencia del tribunal⁸.

Dice García Sayán (2012) que:

Más allá de lo resuelto en casos anteriores, la cuestión de las amnistías y su relación con el deber de investigar y sancionar graves violaciones a derechos humanos requiere un análisis que proporcione criterios adecuados para un juicio de ponderación en contextos en los que pudieran surgir tensiones entre las demandas de justicia con los requerimientos de una paz negociada en el marco de un conflicto armado no internacional (párr. 4).

⁸ Es interesante destacar que no fue esta la única vez que el Juez García Sayán emite una opinión bajo el título de “voto concurrente” cuando en realidad era una opinión sensiblemente distinta a la establecida por la mayoría de los demás miembros del tribunal. Ello ocurrió en la sentencia de la Corte Int DDH “Kimel vs. Argentina” —de mayo de 2008—. Véase al respecto Eduardo Bertoni, “Journalist Wins Case Before Inter-American Court on Human Rights”, MLRC Media Law Letter, May 2008: “Judge Garcia Sayan, in a concurring opinion, emphasized that it is possible to use criminal law against certain expressions that could damage the honor of public officials. Judge Garcia Sayan’s opinion should not be read as Court’s opinion, but rather as his own, which contradicts that of other judges. The former president of the Court, Judge Garcia Ramirez clearly endorsed the opinion that the Court had started to develop in its previous decisions, which is that the state should not apply criminal law in those cases.”

O sea, el Juez anticipa que va más allá, o que intenta superar la jurisprudencia de la Corte en este caso, que, bueno es resaltarlo con lo que la Corte venía decidiendo. Para ello entiende que el:

Presente caso de amnistía deriva de un contexto distinto a todos los anteriores. Ello tiene repercusiones en el análisis y calificación jurídica de los hechos, y en los conceptos y consideraciones de la Corte sobre esta amnistía dictada luego de un conflicto armado y de un proceso de negociaciones de paz. Es por ello que, en el razonamiento de la Corte, se ha tenido que tomar en cuenta no sólo las normas y principios del derecho internacional de los derechos humanos sino las disposiciones pertinentes del Derecho Internacional Humanitario dado el contexto dentro del cual se produjeron los hechos (Sayán, 2012, párr. 10).

Una nota importante es la similitud de la situación que describe el Juez García Sayán con lo que venía ocurriendo en Colombia en aquellos años, tal como veremos en la reseña histórica que detallamos más abajo. Por ejemplo, en el párrafo 30 de su voto, menciona la viabilidad de “penas alternativas o suspendidas” cuando en el caso que juzgaba la Corte ese tema no estaba sobre la mesa. Pero en junio de ese año en Colombia se había aprobado el “marco jurídico para la paz” que justamente incluía este tipo de penas. El voto del exjuez García Sayán apareció luego citado en agosto de 2013 en la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia⁹.

Pero más importante aún es la referencia que el mismo García Sayán hace a la consideración que debe darse al Derecho Internacional Humanitario. Ello coincide con lo que transcribimos antes, donde la Corte consideró que también existe en el Derecho Internacional Humanitario una obligación de los Estados de investigar y juzgar crímenes de guerra.

Si ello es así, no sería tan “concurrente” la opinión del Juez García Sayán (2012) en cuanto a que entiende que:

En ciertas situaciones de tránsito de un conflicto armado a la paz, puede ocurrir que un Estado no se encuentre en posibilidad de materializar plenamente, en forma simultánea, los distintos derechos y obligaciones contraídas internacionalmente. En esas circunstancias, tomando en consideración que no se le puede conferir a ninguno de esos derechos y obligaciones un carácter absoluto, es legítimo que se ponderen de manera tal que la plena satisfacción de unos no afecte de forma desproporcionada la vigencia de los demás. Así, el grado de justicia al que se pueda llegar no es un componente aislado, del cual se podrían derivar legítimas frustraciones e insatisfacciones, sino parte de un ambicioso proceso de transición hacia la tolerancia recíproca y paz (párr. 4).

Esta idea de posible excepción al deber de investigar y sancionar adecuadamente se refuerza con la idea que expresa en cuanto a que:

es relevante considerar las responsabilidades compartidas que los actores de un conflicto armado tienen en graves crímenes. El reconocimiento de responsabilidades por parte de los máximos líderes puede contribuir a promover un proceso de esclarecimiento tanto de los hechos como de las estructuras que hicieron posible esas violaciones. La reducción de penas,

⁹ Véase, Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-579/13.

la concesión de penas alternativas, la reparación directa del perpetrador a la víctima, el reconocimiento público de responsabilidad, son otras vías que se pueden considerar (Sayán, 2012, párr. 31).

Destacamos que, en ningún caso anterior, ni en el caso de las masacres del Mozote, la CIDH entendió que podían considerarse, por ejemplo, penalidades que no sean acordes con las graves violaciones efectuadas por los perpetradores.

En este sentido, en el caso “Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia”, la Corte entendió que “el análisis de la efectividad de los procesos penales y del acceso a la justicia puede llevar al Tribunal, en casos de graves violaciones a los derechos humanos, a analizar la proporcionalidad entre la respuesta que el Estado atribuye a la conducta ilícita de un agente estatal y el bien jurídico afectado en la violación de derechos humanos. En atención a la regla de proporcionalidad, los Estados deben asegurar, en el ejercicio de su deber de persecución de esas graves violaciones, que las penas impuestas y su ejecución no se constituyan en factores de impunidad, tomando en cuenta varios aspectos como las características del delito y la participación y culpabilidad del acusado¹⁰. En efecto, existe un marco normativo internacional que establece que los delitos que tipifican hechos constitutivos de graves violaciones a los derechos humanos deben contemplar penas adecuadas en relación con la gravedad de los mismos¹¹ (CIDH, 2010, párr. 150).

En este caso, la CIDH analizó las sucesivas rebajas de penas que habían obtenido los autores materiales de los delitos por los que habían sido enjuiciados, y observó en el fallo que:

la forma en que se disminuyó, en repetidas ocasiones, la pena impuesta a los únicos dos perpetradores condenados, así como el hecho de que éstos pudieran salir y, según fue constatado por las autoridades internas, participar en la comisión de otro delito como parte de aparatos de inteligencia militar mientras estaban privados de libertad, indican una insuficiencia del Estado para perseguir y sancionar adecuadamente graves violaciones a los derechos humanos como las cometidas en el presente caso (CIDH, 2010, párr. 154).

Destacamos la idea de sancionar “adecuadamente” que menciona la Corte es concordante con la afirmación de proporcionalidad de las penas que deben imponerse ante graves violaciones de derechos humanos. En este caso la Corte IDH (2010) afirmó que:

¹⁰ Cfr. *Caso Hilaire Vs. Trinidad y Tobago. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 1 de septiembre de 2001. Serie C No. 80, párrs. 103, 106 y 108; *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá*, supra nota 51, párr. 203; *Caso Boyce y otros Vs. Barbados*, supra nota 36, párr. 50; *Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia*, supra nota 16, párr. 196; *Caso Raxcacó Reyes Vs. Guatemala*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2006. Serie C No. 143, párr. 81, y *Caso Vargas Areco Vs. Paraguay*, supra nota 209, párr. 108. En el mismo sentido, Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983. Serie A No. 3, párr. 55.

¹¹ Así, la *Convención contra la Tortura y otros Tratos y Penas Crueles Inhumanos y Degradantes* dispone que “todo Estado Parte castigará esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad” (artículo 4.2). De igual forma, los *Principios Relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias* dispone que “[l]os gobiernos [...] velarán por que todas [las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias] se tipifiquen como delitos en su derecho penal y sean sancionables con penas adecuadas que tengan en cuenta la gravedad de tales delitos” (principio 1). Asimismo, en cuanto a la tortura y a la desaparición forzada los instrumentos internacionales y regionales establecen específicamente que los Estados deben, además de tipificar como delito tales actos en el derecho penal interno, castigarlos o imponerles “sanciones severas que tengan en cuenta su gravedad” (artículo 6 CIPST) o “una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad” (artículo III CIDFP).

La imposición de una pena apropiada en función de la gravedad de los hechos, por la autoridad competente y con el debido fundamento¹², permite verificar que no sea arbitraria y controlar así que no se erija en una forma de impunidad de facto¹³. En este sentido, la Corte ha destacado que las sanciones administrativas o penales tienen un rol importante para crear la clase de competencia y cultura institucional adecuada para enfrentar los factores que explican determinados contextos estructurales de violencia (párr.153).¹⁴

Finalmente, merece destacarse lo sostenido por la CIDH en una decisión de 2022 en el caso “Integrantes y Militantes de la Unión Patriótica vs. Colombia”:

484. Por último, en lo que respecta los alegatos relacionados con el esquema de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), en particular aquellos referidos a la priorización y selección de delitos y de autores, o a la proporcionalidad de las penas previstas en ese esquema, esta Corte constata que esa jurisdicción, la cual analiza los casos en su conjunto buscando identificar características comunes y esclarecer la existencia de estructuras criminales complejas que perpetraron las violaciones a los derechos humanos, recién está en los inicios de las investigaciones sobre los hechos de la Unión Patriótica a través de los casos 005 y 006. En ese sentido, la Corte carece de elementos como para pronunciarse sobre la efectividad de esa jurisdicción o sobre si la misma vulneró o no los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial (párr. 484).

Es decir, que, debido a su propia jurisprudencia, el Tribunal no ha cerrado la puerta para analizar la proporcionalidad de las penas o la selección de los casos que se investigan en función de lo establecido en los Acuerdos de La Habana.

2.2. El sistema universal de protección de los Derechos Humanos

Los estándares sobre los mecanismos aceptables sobre justicia, verdad y reparación, que provienen del sistema universal de protección de los derechos humanos son numerosos. Ellos han sido constantemente tenidos en cuenta y han sido referenciados por la CIDH.

En esta sección tratamos particularmente los análisis efectuados por la “Relatoría Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición”. También analizamos la actuación del Fiscal ante la Corte Penal Internacional que se vincula con este trabajo.

En 2021, el Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Fabián Salvioli, presentó su informe sobre “la rendición de cuentas para enjuiciar y sancionar las violaciones manifiestas de los derechos humanos y las violaciones graves del derecho internacional humanitario en procesos de justicia transicional” (ONU, 2021).

En este informe, se detalla tanto los alcances de la obligación jurídica de enjuiciar y sancionar dichas violaciones, como las limitaciones que se encuentran para el cumplimiento de esta obligación en los países en transición.

¹² Ver, Cfr. *Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia*, supra nota 16, párr. 196.

¹³ El *Conjunto actualizado de principios para la protección y la Promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la impunidad* establece como uno de los elementos de la impunidad la ausencia de “condena a penas apropiadas” a las personas reconocidas culpables de violaciones. Cfr., también, *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá*, supra nota 51, párr. 203, en el cual la Corte sostuvo que: “es necesario evitar medidas ilusorias que sólo aparenten satisfacer las exigencias formales de justicia”.

¹⁴ Revisar, Cf. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*, supra nota 15, párr. 377.

En relación con el deber de investigar y sancionar, el informe es concluyente, especialmente en los procesos de justicia transicional. El Relator afirma que:

18. [...]la justicia penal por sí misma no es suficiente para satisfacer los reclamos de justicia por parte de las víctimas de abusos masivos o sistemáticos de los derechos humanos y es necesario acompañarla con otros elementos tales como memoria, verdad y garantías de no repetición. Sin embargo, los Estados no deben elegir entre verdad y justicia. Los mecanismos de justicia transicional no deben ser vistos como una alternativa a la responsabilidad penal de los perpetradores de graves violaciones de derechos humanos y del derecho internacional humanitario (Consejo de Derechos Humanos, 2021, párr. 18).

Y sin dudas, Salvioli sostiene que: “19. Las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos, se aplican plenamente a los procesos transicionales. No se puede invocar la voluntad política para incumplirlas. El deber de rendición de cuentas tiene fundamento en el derecho internacional” (Consejo de Derechos Humanos, 2021, párr. 19).

En relación con la pena a imponerse en estos casos, el informe concluye que:

24. El derecho internacional de los derechos humanos establece que la pena impuesta por crímenes de lesa humanidad debe ser proporcional a la gravedad de los delitos cometidos. [...] Para ello, se debe tener en cuenta la gravedad de la conducta criminal, el grado de participación criminal del acusado y sus circunstancias personales, así como toda otra circunstancia atenuante o agravante. Dichos estándares no pueden ser reducidos por un Estado parte (Consejo de Derechos Humanos, 2021, párr. 24).

Y vinculado con la proporcionalidad y la posibilidad de disminución de las penas el informe sostiene que:

25. En virtud de ello, ciertas sanciones especiales que se dan en contextos de transición podrían no cumplir con los estándares que rigen el tipo de pena y su cuantía. En tal sentido, existe la preocupación de si los países que imponen sanciones de carácter “restaurativo” (usualmente a cambio de reconocimiento de verdad o responsabilidad) podrían incurrir en responsabilidad internacional en razón de una posible violación a la obligación de sancionar debidamente el delito de genocidio, los crímenes contra la humanidad o los crímenes de guerra. El Relator Especial considera que, si las sanciones no revisten una entidad proporcional a la gravedad de los crímenes cometidos, puede incurrirse en impunidad de hecho (Consejo de Derechos Humanos, 2021, párr. 2).

El Relator impugna como “otro mecanismo usual de impunidad” el que consiste “en la aplicación de penas mucho menores con relación a la gravedad del hecho cometido o la liberación prematura de los condenados.” (Consejo de Derechos Humanos, 2021, párr. 28)

Y afirma que:

los beneficios en la ejecución de la pena (incluida la reducción de la pena, libertades condicionales y libertades anticipadas) para las personas condenadas por delitos de lesa humanidad nunca podrán ser mayores, bajo ninguna circunstancia, a los de personas condenadas por delitos ordinarios y deben seguirse los criterios establecidos en el Estatuto de Roma para la reducción de la pena por los delitos allí estipulados (Consejo de Derechos Humanos, 2021, párr. 97 e).

En el caso de la actuación de la Corte Penal Internacional (CPI), creada por el Estatuto de Roma del cuál Colombia es Estado Parte, resulta relevante tener en cuenta la actuación del Fiscal ante la Corte y, específicamente, el acuerdo suscripto por la Fiscalía y el Estado colombiano.

La Fiscalía llevó adelante el proceso que habilita el Estatuto de Roma referido a lo que se conoce como “examen preliminar”. Como en otros casos, el examen preliminar del fiscal en el caso de Colombia tuvo como objetivo determinar si merecía o no una investigación completa de la CPI. Es evidente que los crímenes involucrados tenían la gravedad suficiente como para que, eventualmente, pudieran ser escrutados por la CPI.

Sin embargo, el principio de complementariedad, que emana del propio Estatuto impide a la CPI ejercer de manera primera su jurisdicción si existen investigaciones genuinas en el país donde se desarrollaron las graves violaciones que caen bajo la competencia de la propia CPI.

En el caso colombiano, existieron una serie de iniciativas para la investigación de esos delitos, por lo cual, la oficina del fiscal de la CPI, durante varios años, había estado monitoreando los procedimientos nacionales para determinar si necesitaba intervenir.

El examen preliminar había sido formalmente iniciado por el primer fiscal ante la CPI, Luis Moreno Ocampo. Fatou Bensouda, cuyo mandato de nueve años terminó en junio de 2022 y heredó el examen de su predecesor y, oportunamente, inició un proceso de consulta para determinar si correspondía cerrar el examen preliminar y diferir a los procedimientos nacionales, o abrir investigaciones de la CPI en ausencia de la justicia nacional.

En 2012, según surge del “Reporte Intermedio de la Situación en Colombia”, la Fiscalía estableció claramente las bases de su actuación en los años siguientes. A partir de ello, todo parecía indicar que a pesar de los progresos quedaban cuestiones sin resolver que hacían importante mantener abierta la investigación preliminar.

Sin embargo, esta no fue la opinión del nuevo Fiscal ante la Corte. El Fiscal Karim Khan avanzó cerrando la investigación preliminar; el cierre estuvo acompañado de un acuerdo de cooperación firmado por el Fiscal y el expresidente Duque. Este acuerdo tenía la manifestada intención de salvaguardar los trabajos realizados bajo la Jurisdicción Especial para la Paz creada, como veremos más abajo, por los Acuerdos de La Habana.

De todos modos, y más allá de cualquier opinión sobre el cierre de la investigación preliminar de la oficina del Fiscal ante la CPI, queda claro que, si se viola el acuerdo entre el Estado y la Fiscalía, podría ocurrir en el futuro que el fiscal de la CPI reconsidere la decisión de cerrar el examen preliminar y buscar abrir una investigación.

El acuerdo entre la Fiscalía y el Estado colombiano tiene siete artículos breves. Las disposiciones clave se encuentran en los artículos 1 y 6.

El artículo 1 requiere que el gobierno colombiano “sin perjuicio de la separación de poderes” permita que la Jurisdicción Especial para la Paz, así como los tribunales ordinarios y un proceso anterior de justicia transicional previsto en la Ley de Justicia y Paz, procedan sin interferencias y proporcionar recursos financieros adecuados a los tribunales y seguridad para todos los participantes en estos procesos. También requiere que el gobierno promueva la cooperación entre el sistema de justicia ordinaria y la Jurisdicción Especial.

Y ya el artículo 6 establece que el fiscal puede reabrir el examen preliminar. Dispone específicamente que:

Conforme al Estatuto de Roma, la Fiscalía podrá reconsiderar su evaluación de la complementariedad a la luz de cualquier cambio significativo de las circunstancias, incluyendo toda

medida que pueda obstaculizar significativamente el progreso y/o la autenticidad de los procedimientos pertinentes y la aplicación efectiva y proporcionada de sanciones penales de naturaleza retributiva y restaurativa; iniciativas que resulten en importantes obstrucciones al mandato y/o al funcionamiento adecuado de las jurisdicciones pertinentes; o cualquier suspensión o revisión del esquema judicial establecido en el Acuerdo de Paz de manera que pueda retrasar u obstaculizar el desarrollo de procedimientos nacionales genuinos (Corte Penal Internacional, 2021, párr. 6).

En definitiva, y en lo que hace a los procesos de búsqueda de la verdad, puede ocurrir que el riesgo de reabrir el examen preliminar sea insuficiente para asegurar una cooperación significativa de quienes violaron derechos humanos en Colombia.

2.3. Resumen: los estándares consolidados a tener en cuenta

Los estándares que surgen de todo lo expresado y que son útiles como prisma de observación del Acuerdo son:

1. Inadmisibles las disposiciones de amnistía.
2. Igualmente inadmisibles el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que impidan la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos.
3. El Estado debe conducir eficazmente la investigación penal.
4. Aun las leyes aprobadas en un régimen democrático y aún ratificada o respaldada por la ciudadanía en consultas populares no les da, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el Derecho Internacional.
5. Los Estados deben asegurar, en el ejercicio de su deber de persecución de esas graves violaciones, que las penas impuestas y su ejecución no se constituyan en factores de impunidad, tomando en cuenta varios aspectos como las características del delito y la participación y culpabilidad del acusado.
6. Existe un marco normativo internacional que establece que los delitos que tipifican hechos constitutivos de graves violaciones a los derechos humanos deben contemplar penas adecuadas en relación con la gravedad de los mismos.
7. El derecho internacional de los derechos humanos establece que la pena impuesta por crímenes de lesa humanidad debe ser proporcional a la gravedad de los delitos cometidos.

3. Los Acuerdos de La Habana¹⁵

3.1. Breves antecedentes y contexto

El siguiente gráfico es un buen resumen del proceso de paz colombiano:

¹⁵ Los acuerdos se pueden consultar en Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, Biblioteca del proceso de paz con las FARC-EP. Bogotá: Presidencia de la República, Oficina del Alto Comisionado para la Paz, 2018.

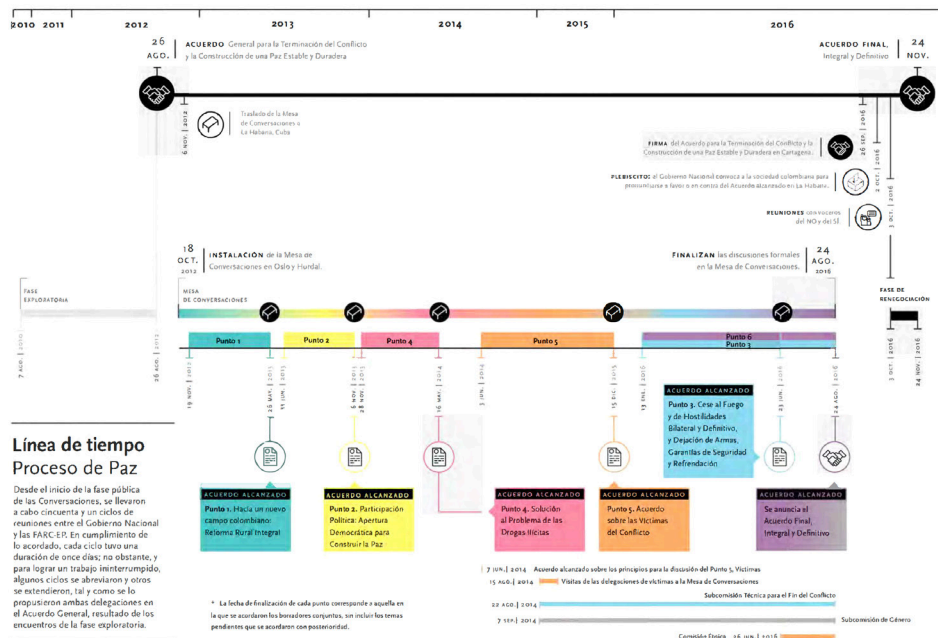


Figura 1. Proceso de paz colombiano

Fuente: Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, Biblioteca del proceso de paz con las FARC-EP.

En este trabajo no profundizamos sobre los antecedentes y el contexto político-social que precedieron al Acuerdo. Sin embargo, una breve explicación resulta necesaria. Para ello nos remitimos al prólogo del libro *Los Debates de La Habana. Una mirada desde adentro* (Bermúdez [coord.], 2018). En esta obra se puede leer que:

A finales de la década de 1990, Colombia era prácticamente un Estado fallido. Las guerrillas, los paramilitares y los grupos narcotraficantes le disputaban al Estado el monopolio del uso de las armas y controlaban grandes extensiones del territorio nacional. [...] En 2002 se inició un proceso de transformación positiva para el país con la puesta en marcha de la denominada “política de seguridad democrática”. [...] La primera fase de esa estrategia —entre 2002 y 2010—, liderada por el Gobierno del presidente Álvaro Uribe Vélez, estuvo marcada por el aumento de la capacidad de prestar seguridad en todo el territorio, gracias al fortalecimiento de la Fuerza Pública con los recursos del Plan Colombia negociado con el Gobierno de Estados Unidos. [...] La segunda fase de esta transformación —entre 2010 y 2018—, liderada por el Gobierno del presidente Juan Manuel Santos, buscó construir sobre lo construido y aprovechar el mejoramiento en las condiciones de seguridad para lograr el fin de las Farc como grupo armado. [...] El cambio en la correlación de fuerzas le permitió a Santos iniciar un proceso de conversaciones que condujo a la firma de un acuerdo de paz con las Farc en el año 2016. [...] De todos modos, resulta conveniente retroceder un poco en el tiempo y remontarnos “a mediados del siglo XX, cuando en Colombia se libraba una época conocida como ‘La Violencia’ un confrontación bipartidista, entre dos corrientes políticas, los liberales y los conservadores, que tuvo como consecuencia la creación de autodefensas campesinas”. En este contexto, en el

año 1964, nació en las montañas del centro de Colombia un enclave fundado por dos hombres, entre los que se destaca a Pedro Antonio Marín, alias ‘Tirofijo’, quien hasta su muerte en 2008 fue la figura más emblemática de la entonces naciente guerrilla de las FARC (p. 13).

En las décadas del 80 y 90 se frustraron varios intentos por lograr la paz con las FARC. En 1982, el entonces presidente Belisario Betancur inició los primeros acuerdos de paz.

En 1998, hubo un nuevo intento de acuerdo de paz impulsado por el expresidente Andrés Pastrana. Esta iniciativa no prosperó, hasta que recién en 2002, como se señala más arriba, el expresidente Uribe Vélez inicia la negociación de otro acuerdo de paz.

Es decir, los Acuerdos de La Habana surgieron como consecuencia de distintos intentos, todos ellos tendientes a disminuir la violencia y generar una paz duradera para Colombia.

3.3. El punto 5 del Acuerdo: antecedentes, texto y aplicación

Antes de describir el punto 5, merece citarse una parte del Preámbulo dado su utilidad como contexto general del Acuerdo para iluminar ese artículo desde la perspectiva de los objetivos del propio Acuerdo. Dice el Preámbulo que:

Recordando que los diálogos de La Habana entre delegados y delegadas del Gobierno Nacional, presidido por el Presidente Juan Manuel Santos y delegados y delegadas de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo, con la decisión mutua de poner fin al conflicto armado nacional, tuvieron origen como resultado del Encuentro Exploratorio sucedido en la capital de la República de Cuba entre el día 23 de febrero y el día 26 de agosto de 2012.

Estimando que como resultado de los diálogos exploratorios referidos se produjo un Acuerdo General para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, firmado en la fecha última citada ante testigos nacionales y ante delegados de la República de Cuba y del Reino de Noruega que sirvieron igualmente como testigos, y que, desde entonces, asienten el proceso como países garantes [...] (Oficina del Alto Comisionado para la Paz, 2016, p.1).

Considerando que como consecuencia de lo atrás enunciado el 24 de agosto del año que cursa las partes suscribieron un Acuerdo Final Para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera; que dicho acuerdo fue objeto de consulta al pueblo en los términos de un plebiscito acogido por las partes en su correspondiente momento, en fecha establecida para tal propósito (el pasado 2 de octubre), y mediando sentencia proferida por la Corte Constitucional que indicó al país los términos y condiciones del camino escogido; Reconociendo que el veredicto de las urnas arrojó la prevalencia del NO sobre el SI, sin que ello significara rechazo al derecho a la paz ni a los derechos fundamentales [...] (Oficina del Alto Comisionado para la Paz, 2016, p.1).

Es decir, el objetivo del Acuerdo es “la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”. Difícilmente se pueda estar en desacuerdo con este objetivo. La pregunta es si se puede hacer un acuerdo aún a costa de lo que dicen los estándares internacionales, si la pretensión es que el acuerdo sea efectivo.

Ya entrando en el punto 5, el documento oficial sobre el Acuerdo explica que:

El acuerdo crea el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, que contribuye a la lucha contra la impunidad combinando mecanismos judiciales que permiten

la investigación y sanción de las graves violaciones a los derechos humanos y las graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, con mecanismos extrajudiciales complementarios que contribuyan al esclarecimiento de la verdad de lo ocurrido, la búsqueda de los seres queridos desaparecidos y la reparación del daño causado a personas, a colectivos y a territorios enteros. El Sistema Integral está compuesto por la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición; la Unidad Especial para la Búsqueda de Personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado; la Jurisdicción Especial para la Paz; las Medidas de reparación integral para la construcción de la paz; y las Garantías de No Repetición (Oficina del Alto Comisionado para la Paz, 2016, p.8).

A continuación describiremos únicamente las partes del punto 5 que solo se refieren al modo de selección de los casos para investigar y las consecuencias de esas investigaciones.

El llamado “Sistema Integral” es una combinación de mecanismos judiciales que permitirían la investigación y sanción de las graves violaciones a los derechos humanos y las graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario. Ello se lleva adelante de acuerdo con los términos dispuestos por la Jurisdicción Especial para la Paz. A ello se le agregan mecanismos extrajudiciales complementarios que tendrían como objeto el esclarecimiento de la verdad de lo ocurrido.

Este “Sistema Integral” está compuesto por la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición, la Unidad especial para la búsqueda de personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado, la Jurisdicción Especial para la Paz y las Medidas de reparación integral para la construcción de la paz.

De acuerdo con lo que surge del texto oficial¹⁶, la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición es un órgano temporal y de carácter extrajudicial, que busca conocer la Verdad de lo ocurrido y contribuir al esclarecimiento de las violaciones e infracciones.¹⁷ La Jurisdicción Especial para la Paz se integra por una serie de salas de justicia, entre las que se incluye una Sala de Amnistía e Indulto, y un Tribunal para la Paz, para administrar justicia e investigar, esclarecer, perseguir y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y las graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario. Y las Medidas de reparación integral para la construcción de la paz, son las que buscan asegurar la reparación integral de las víctimas.

En cuanto a la concesión de amnistías e indultos, el Acuerdo es claro. En primer lugar, el Acuerdo establece que la propia Constitución de Colombia permite otorgar amnistías o indultos por el delito de rebelión y otros delitos políticos y conexos. En tal sentido, agrega:

23.- A la finalización de las hostilidades, de acuerdo con el DIH, el Estado colombiano puede otorgar la amnistía “más amplia posible”. A los rebeldes que pertenezcan a organizaciones que hayan suscrito un acuerdo final de paz, [...] así como a aquellas personas que hayan sido acusadas o condenadas por delitos políticos o conexos mediante providencias proferidas por la justicia, se otorgará la más amplia amnistía posible, respetando lo establecido al respecto en el presente documento [...] (Oficina del Alto Comisionado para la Paz, 2016, p. 147).

Dicho esto, el Acuerdo establece que:

¹⁶ Ver pág. 129.

¹⁷ La comisión presentó su informe final a mediados de 2022 y dejó de funcionar.

No serán objeto de amnistía ni indulto ni de beneficios equivalentes los delitos de lesa humanidad, el genocidio, los graves crímenes de guerra [...], la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores, [...]. Tampoco son amnistiables o indultables [...], los delitos comunes que carecen de relación con la rebelión, conforme a lo determinado en la ley de amnistía¹⁸ (Oficina del Alto Comisionado para la Paz, 2016, p. 151).

En relación con las investigaciones de los delitos cometidos, el Acuerdo se hace cargo que: “En materia de justicia, conforme al DIDH, el Estado colombiano tiene el deber de investigar, esclarecer, perseguir y sancionar las graves violaciones del DIDH y las graves infracciones del DIH” (Oficina del Alto Comisionado para la Paz, 2016, párr. 22).

Para hacerlo, se establece un mecanismo de selección de casos que está a cargo de la “Sala de reconocimiento de verdad y responsabilidad y de determinación de los hechos y conductas”. Esta Sala es la encargada de “decidir si los hechos y conductas atribuidas a las distintas personas son competencia del Sistema por haber sido cometidos en relación directa o indirecta con el conflicto armado interno o con ocasión de este.” (Oficina del Alto Comisionado para la Paz, 2016, párr. 22, 48). En otras palabras, esta Sala tiene dos funciones distintas: verificar la competencia de la JEP sobre los casos (párr. 48a); y llevar a cabo un proceso de selección y priorización para centrarse en los casos graves y representativos (48 s y p).

Esta tarea, tal vez similar a lo que conocemos como “juez de instrucción” es compleja y el Acuerdo establece que la Sala recibirá informes tanto de organismos oficiales¹⁹, como de organizaciones no gubernamentales de víctimas o defensoras de derechos humanos, entre otros, que endilguen responsabilidad por delitos cometidos. Con estos informes la Sala puede considerar que las conductas existieron, y, en tal caso, poner en conocimiento a los involucrados para que decidan comparecer o no comparecer a efectuar el reconocimiento de verdad y de responsabilidad; o bien comparecer para defenderse de las imputaciones (párr. 48.h).

Esta Sala tiene amplias facultades, dado que puede desde recibir declaraciones de admisión de responsabilidad, hasta valorar un reconocimiento de verdad como completo o incompleto; e incluso puede enviar casos a la “Unidad de investigación y acusación” para que esta proceda a la investigación y eventualmente a la acusación ante el Tribunal para la Paz (párr. 51.a).

Finalmente, respecto de las sanciones, ellas son impuestas por el “Tribunal para la Paz” y tienen una variación dependiendo si hubo reconocimiento de verdad y de responsabilidad de los perpetradores o si hubo ausencia de ello.

En el Acuerdo se determina que:

60.- Las sanciones tendrán como finalidad esencial satisfacer los derechos de las víctimas y consolidar la paz. Deberán tener la mayor función restaurativa y reparadora del daño causado, siempre en relación con el grado de reconocimiento de verdad y responsabilidad que se haga [...] mediante declaraciones individuales o colectivas.

¹⁸ Ver párrafos 40 y 41, pág. 150.

¹⁹ Por ejemplo de la Fiscalía General de la Nación, los órganos competentes de la justicia penal militar, la Comisión de acusaciones de la Cámara de Representantes o el órgano que la reemplace, la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la República y cualquier jurisdicción que opere en Colombia, que tengan investigaciones en curso.

Las sanciones propias de la JEP, que se impondrán a quienes reconozcan verdad y responsabilidad ante la Sala de Reconocimiento, respecto a determinadas infracciones muy graves, tendrán un mínimo de duración de cumplimiento de las funciones reparadoras y restauradoras de la sanción de cinco años y un máximo de ocho años. El periodo máximo de cumplimiento de sanciones propias, por la totalidad de las sanciones impuestas, incluidos los concursos de delitos, será de ocho años. Comprenderán restricciones efectivas de libertades y derechos, tales como la libertad de residencia y movimiento, que sean necesarias para su ejecución, y además deberán garantizar la no repetición. [...]

Las sanciones alternativas para infracciones muy graves que se impondrán a quienes reconozcan verdad y responsabilidad ante la Sección de enjuiciamiento, antes de Sentencia, tendrán una función esencialmente retributiva de pena privativa de la libertad de 5 a 8 años. El periodo máximo de cumplimiento de sanciones alternativas, por la totalidad de las sanciones impuestas, incluidos los concursos de delitos, será de 8 años.

Para los anteriores supuestos, las normas de desarrollo determinarán de qué manera se graduarán las sanciones y en cuáles casos corresponden sanciones inferiores a los 5 años a quienes no hayan tenido una participación determinante en las conductas más graves y representativas, aun interviniendo en ellas. En este caso el mínimo de sanción será de dos años y el máximo de 5 años, por la totalidad de las sanciones impuestas, incluidos los concursos de delitos.

Las sanciones ordinarias que se impondrán cuando no exista reconocimiento de verdad y responsabilidad, cumplirán las funciones previstas en las normas penales, sin perjuicio de que se obtengan redenciones en la privación de libertad, siempre y cuando el condenado se comprometa a contribuir con su resocialización a través del trabajo, capacitación o estudio durante el tiempo que permanezca privado de libertad. En todo caso la privación efectiva de libertad no será inferior a 15 años ni superior a 20 en el caso de conductas muy graves. El periodo máximo de cumplimiento de sanciones ordinarias, por la totalidad de las sanciones impuestas, incluidos los concursos de delitos, será de 20 años (Oficina del Alto Comisionado para la Paz, 2016, p. 165-166).

Con toda esta información, pasemos ahora a las conclusiones.

4. Análisis

Este trabajo no tuvo el objetivo de haber realizado un análisis exhaustivo y acabado de los estándares del sistema interamericano de derechos humanos y del sistema universal que debieron ser considerados durante la negociación de los Acuerdos de La Habana. Tampoco hemos tenido la aspiración de indagar las dificultades políticas y el complejo contexto que pudieron encontrarse durante la negociación para que el texto de los Acuerdos sea el que finalmente hemos analizado. Por ello, sería posible reconocer que el resultado era lo mejor que podía aspirarse para lograr la paz en Colombia que demandaba y que aún demanda. Sin embargo, cómo decimos al comienzo, y, a pesar de los esfuerzos y de la buena fe de la negociación, en este trabajo nos permitimos cuestionar si estos Acuerdos contribuirán a cumplir con ese fin.

Resulta evidente que un acuerdo que pretenda ser eficaz debe servir para el conocimiento de la verdad de lo sucedido y para la impartición de justicia adecuada como consecuencia de las violaciones de derechos humanos y del derecho internacional humanitario ocurridas durante el conflicto armado. Verdad y justicia, entre otros, son los estándares mínimos que, como vimos, requiere la Corte Interamericana de Derechos Humanos para validar este tipo de acuerdos.

René Ureña, profesor asociado de la Escuela de Derecho de la Universidad de los Andes, describe en un trabajo publicado en 2017, lo que llama “la sombra de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Dice Ureña, en relación con negociaciones previas a las que finalmente dieron lugar a los Acuerdos de La Habana, que:

While the OTP remained silent, the Alternative Sentencing Bill triggered a strong backlash from human rights organizations in Colombia. These advocates argued that the bill promoted impunity in violation of the victims’ rights, and pointed to the fact that it undermined the standards developed by the Inter-American System of Human Rights. The Inter-American Court of Human Rights’ (IACtHR) jurisprudence, especially in relation to the democratic transition in Latin America, had by this time repeatedly emphasized the obligation of states to ensure victims’ rights to the truth, a judicial process, and full reparations for wrongdoing. Most importantly, the IACtHR had already rejected blanket amnesties in transitional justice enacted in Peru, which gave perpetrators of atrocities short sentences. The leading case that posed an obstacle for the Colombian government was *Barrios Altos*, which held that “auto-amnesties” constituted a violation of the American Convention on Human Rights, and therefore “lacked legal effects.” The combined pressure of human rights advocacy and the looming threat of the *Barrios Altos* decision made it seem like a real possibility that the IACtHR would invalidate the Alternative Sentencing Bill, and because of that, the Colombian government decided to withdraw it from consideration by the Colombian Congress in 2003 (p. 109).

La pregunta es, siguiendo este razonamiento, si tanto cambió desde aquellos primeros borradores respecto de los Acuerdos firmados. La respuesta no parece contar con una visión uniforme. Siguiendo a Ureña:

On October 2, 2016, the people of Colombia narrowly rejected the peace agreement in a national referendum. Interestingly, a major concern animating the “no” campaign was the perception that effective punishment would not be delivered under the peace agreement. In particular, this approach seemed to echo the early, more restrictive case law of the IACtHR and was vigorously promoted by the international NGO Human Rights Watch, for whom actual prison time was required for crimes falling under the jurisdiction of the ICC. In contrast, local NGOs and the OTP—which had previously taken the hardest line on the need for robust punitive measures—were ready to lend cautious support to the deal. And yet, they seem to have exceeded the bounds of leniency that could be tolerated by the Colombian people (albeit by a narrow margin of 0.4 percent). Following the failed referendum, the parties were forced back to the negotiation table, and a revised deal was achieved a couple of weeks later. To avoid a new political defeat, the new deal was not put up to vote, but was approved by the Colombian Congress in November 30, 2016 (p. 121).

Es decir, los Acuerdos no solo no tuvieron apoyo en el referéndum, sino que se mantuvieron, aunque ahora no de manera uniforme, las críticas que tenían los primeros intentos de acuerdo. Fundamentalmente el tema de preocupación era la investigación de los casos y las penas que se impondrían.

Respecto de la investigación, vimos que el Acuerdo genera un mecanismo que, razonable en el texto, puede ser de difícil ejecución práctica si los órganos encargados de investigar no cuentan con la experiencia y los recursos adecuados para hacerlo.

Pero el acuerdo incluye lo que llama criterios de “priorización y de selección” (párr. 48.s, 50.c, 50.g, 51.d) de ciertos casos que no queda claro cómo se aplicarán y que podrían directamente dejar de investigar ciertas conductas. Ello surge de las funciones que tiene la llamada “Sala de definición de situaciones jurídicas” que, según dice el párrafo 50 del acuerdo tiene entre sus funciones

Con el fin de que se administre pronta y cumplida Justicia, determinar los posibles mecanismos procesales de selección y priorización para quienes no reconozcan verdad y responsabilidad. En la adopción de sus determinaciones esta Sala valorará las decisiones adoptadas por la Sala de Reconocimiento respecto de la concentración de sus funciones en los casos más representativos, según lo establecido en los literales l y p del numeral 48 de este documento (Oficina del Alto Comisionado para la Paz, 2016, p.158).

Esos mecanismos no están expresos, y sobre este tipo de cuestiones, ya hace más de 10 años que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos hubo de manifestar preocupación luego de una visita a Colombia:

el concepto de priorización sería en principio consistente con la importancia y necesidad de lograr el establecimiento judicial de la responsabilidad de los líderes más importantes. Sin embargo, la CIDH encuentra preocupante el concepto de selectividad y la posibilidad contemplada de renunciar a la investigación y procesamiento de graves violaciones a los derechos humanos, en cuanto a que serían incompatibles con las obligaciones del Estado. El sistema interamericano de derechos humanos ha dicho reiteradamente que las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos tienen derecho a la protección y las garantías judiciales para lograr la investigación y procesamiento penal de los perpetradores en la jurisdicción ordinaria. La jurisprudencia del sistema interamericano señala además que la obligación de asegurar la protección judicial necesaria para proteger derechos fundamentales no se encuentra sujeta a suspensión, aún en tiempos de guerra (OEA, 2012).

Por supuesto esta preocupación se refería a otro texto, pero subyace en el texto actual de los Acuerdos el mismo problema: no se sabe cuáles serán los criterios de selectividad y priorización que efectivamente se implementarán.

Por otro lado, resulta difícil sostener a la luz de los estándares del derecho internacional vigentes que en casos de admisión de responsabilidades y de aportar elementos para la investigación, el máximo de la pena por delitos que involucran violaciones a derechos humanos se tan sólo de ocho años.

En consecuencia, es muy dudoso acordar con la idea de cumplir con la proporcionalidad de las penas para este tipo de delitos sobre todo si se analiza que en Colombia se aplican penas mucho mayores en caso de lesiones de bienes jurídicos de valoración mucho menor a las que se refieren los Acuerdos de La Habana.

En este sentido, solo basta con repasar el Código Penal vigente de Colombia. Pero aún más: recientemente el Ministerio de Justicia y del Derecho presentó una Iniciativa legislativa “Por medio de la cual se humaniza la política criminal y penitenciaria para contribuir a la superación del estado de cosas inconstitucional y se dictan otras disposiciones”. Esta iniciativa incluye modificaciones al Código Penal “para la humanización de la política criminal”.

No es objeto de este trabajo emitir una opinión sobre esta iniciativa. Solo nos interesa señalar que las penas en Colombia pueden llegar hasta los cuarenta o cincuenta años de prisión.

Por ello los estándares internacionales sobre la proporcionalidad de las penas no se cumplen. Y, consecuentemente, es de esperar que, salvo un cambio en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, puede especularse que en unos años cuando se presenten casos de víctimas que la Corte deba juzgar, la Corte invalide el Acuerdo y condene al Estado colombiano a reabrir investigaciones para imponer penas adecuadas. Ello también podría pasar en el ámbito de la CPI debido al acuerdo suscrito por el Fiscal y el Estado colombiano.

Es cierto que esto es una especulación, pero mientras esa puerta quede abierta, parecería claro que los perpetradores de las violaciones de derechos humanos durante el conflicto armado no tendrán incentivos para presentarse voluntariamente y declarar en el marco de lo que dispone el Acuerdo para obtener los beneficios que el propio Acuerdo les otorga. En otras palabras, si quien busca ser condenado a una pena menor sabe que en el futuro su caso puede ser reabierto, difícilmente contribuya con las investigaciones.

No haría falta agregar mucho más. De aplicarse los estándares vigentes, ni para la Corte Interamericana, ni para el sistema universal, los Acuerdos de La Habana sobreviven.

Pero si esto es tan evidente, ¿por qué no se advirtió en las negociaciones? Y aquí tal vez otra especulación: tal vez sí lo advirtieron, pero como decíamos, desde un punto de vista político era imposible hacerse otra cosa.

Hay un dato que no es menor para dar por cierta esa especulación. Ese dato es la cita del voto del Juez García Sayán en el caso el Mozote.

Ese voto es el único texto de toda la jurisprudencia de la Corte que puede ser leído como favorable para hacer encajar los Acuerdos de la Habana con los estándares internacionales.

Pongámoslo de otro modo: García Sayán en un voto aislado afirma sin dudar que la reducción de penas, si contribuye a la búsqueda de la verdad, se puede considerar. Casi diez años después, Salvioli afirma que, si las sanciones no son proporcionales aún en casos que pudieran contribuir a la búsqueda de la verdad, esas sanciones no cumplen con el derecho internacional. Y la Corte Interamericana, en el caso de la Unión Patriótica, veinte años después del voto aislado de García Sayán, deja claramente abierta la puerta para analizar en el futuro si las decisiones de la JEP cumplen con los criterios de proporcionalidad de la pena.

Es decir, pareciera que los negociadores se esforzaron para hacer coincidir lo que acordaban con los estándares internacionales, y no les quedó otra que echar mano al único argumento, por cierto, aislado, que surgía de la Corte Interamericana.

Por todo lo expresado antes, la consideración de los estándares actuales, al menos en lo que hace a la impartición de justicia, impiden asegurar que los Acuerdos de La Habana podrán ser sostenidos en el futuro en instancias internacionales. Por supuesto que esos estándares pueden cambiar, pueden flexibilizarse, y pueden transformar la visión aislada de García Sayán en la visión mayoritaria. No es objeto de este trabajo pronunciar alguna preferencia.

Tal vez, los negociadores, una vez que obtuvieron el rechazo popular al Acuerdo, podrían haber seguido otro camino, por ejemplo, solicitando una opinión consultiva a la Corte Interamericana para tratar de garantizar que el Acuerdo era válido a la luz de la Convención Americana. No podemos aventurar por qué no lo hicieron, ni tampoco afirmar que la Corte hubiera abierto la consulta.

Lo que sí podemos afirmar es que los estándares vigentes, si se ratifican, no ayudarán a sostener internacionalmente los Acuerdos de La Habana. Si esta especulación se confirma, la situación creada por los Acuerdos puede ser peor: ellos no cumplirán con los objetivos que declamaron quienes los negociaron y quienes los firmaron.

5. Conclusiones

Al finalizar la lectura de este trabajo es posible llegar a una conclusión pesimista sobre el futuro de los Acuerdos de la Habana. Sin embargo, esta conclusión puede ser apresurada dado que por todo lo expuesto entendemos que hay al menos dos miradas sobre el tema que hemos desarrollado.

La primera mirada adopta una “posición normativista” (o estática). Según ella, solo aceptamos de manera fosilizada la jurisprudencia de la Corte Interamericana hasta ahora tal como ha sido descripta; lo mismo sobre la visión del mandato específico sobre justicia transicional del sistema universal de protección de los derechos humanos. De acuerdo con esta posición normativista los Acuerdos de la Habana no pasan el tamiz, ni lo pasarán porque se asume que los estándares vigentes no cambiarán, especialmente en relación con la selección de casos y con la imposición de penas proporcionales a los delitos cometidos. Esta es una posición que puede considerarse pesimista, pero también es un llamado de atención para quienes ahora están implementando o interpretando los Acuerdos, sobre todo las altas Cortes de Colombia y la Justicia Especial para la Paz, quienes deberían corregir las incongruencias de los Acuerdos con esos estándares fosilizados.

La segunda mirada adopta una “posición dinámica”, donde el llamado de atención es para los órganos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos y para el sistema universal, quienes por las particulares situaciones de conflictos como el de Colombia deberían modificar su jurisprudencia y opiniones emitidas hasta el presente. Por ejemplo, la Corte Interamericana podría acercar su jurisprudencia al voto particular del exjuez García Sayán, dado que como hemos explicado por ahora es una posición aislada y no puede considerarse como jurisprudencia de la Corte.

Es posible que el riesgo que la Corte Interamericana impugne los Acuerdos de la Habana en materia de selección de los casos para investigar y de la imposición de las penas, pueda ser un riesgo “sobredimensionado” dado que la Corte debería incorporar en su razonamiento el complejo sistema que se propuso en los Acuerdos de La Habana, pero sobre todo analizarlos a la luz de la otra obligación internacional que tienen los Estados y que se refiere a realizar todos los esfuerzos para conseguir la paz. Podría concluirse que teniendo en cuenta esta cuestión, sumado a que en el tema de la proporcionalidad de las penas también deberá tener en cuenta esa obligación estatal, el riesgo de una condena al Estado Colombiano por cómo están concebidos los Acuerdos de la Habana sería bajo.

También puede ser considerado bajo el riesgo si se tiene en cuenta lo que para algunos es un “guiño” que ya hizo la Corte Interamericana en los casos que se mencionan en este trabajo. Por ejemplo, la distinción expresa que hace la Corte entre el caso “Masacres del Mozote” y el caso “Gelman” permitiría concluir que la Corte tratará distinto casos donde existen conflictos armados respecto de casos donde no los hay. Además, en el caso “Unión Patriótica” el párrafo anterior al que citamos más arriba, la Corte Interamericana expresamente dice que

483. Por otra parte, para esta Corte, en lo que respecta las líneas lógicas de investigación, en varios casos, en particular en épocas más remotas, en su mayoría, estaban enfocadas a la determinación de la responsabilidad individual sin una perspectiva de crimen de sistema. Sin perjuicio de lo anterior, en épocas más recientes, y tal como lo reconoce la Comisión, se ha podido ver una sofisticación de las hipótesis de investigación tanto en el ámbito de la justicia ordinaria como en la jurisdicción especial de Justicia y Paz, así como en la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), las cuales abordan la criminalidad contra integrantes y militantes de la UP de una forma sistémica (CIDH , 2022, párr. 483).

En conclusión, adoptar una u otra posición (la normativista estática o la dinámica) parece más un acto de futurología que de análisis jurídico. Es imposible anticiparnos con certeza sobre cómo decidirán los tribunales de Colombia, por un lado, o sobre cómo decidirá la Corte Interamericana en la supuesta de que le llegue un caso sobre víctimas que no fueron consideradas en la jurisdicción colombiana o sobre víctimas que no estuvieron de acuerdo con las sanciones impuestas a quienes violaron sus derechos humanos.

Referencias bibliográficas

- Ureña, R. (2017). *Prosecutorial Politics: The ICC's Influence in Colombian Peace Processes, 2003–2017*. American Journal of International Law, Volume 111, Issue 1.
- Oficina del Alto Comisionado para la Paz (2016). *Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera*.
- Bermúdez, A (ed. y coor.). (2018). *Los Debates de La Habana. Una mirada desde adentro*. Fondo de Capital Humano para la Transición Colombiana, Instituto para las Transiciones Integrales (IFIT).
- Ver ONU, doc A/HRC/48/60 del 9 de julio de 2021.
- Presidencia de la República de Colombia. (2018). Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, Biblioteca del proceso de paz con las FARC-EP. Bogotá, Oficina del Alto Comisionado para la Paz.
- Ureña, Rene. (2017) “Prosecutorial Politics: The ICC’s Influence in Colombian Peace Processes, 2003–2017”. *American Journal of International Law* 111 (1):104 – 125.

Sentencias

- Corte IDH (2006). Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154
- Corte IDH (2010). Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219
- Corte IDH (2011). Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221
- Corte IDH (2011). En el caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221
- Corte IDH (2010). Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213
- Corte IDH (2022). Caso Integrantes y Militantes de La Unión Patriótica Vs Colombia Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de julio de 2022. Serie C No. 455
- Corte Constitucional de Colombia (2013). Instrumentos Jurídicos de Justicia Transnacional. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C-579/13

Observaciones, opiniones, recomendaciones e informes

- Organización de Estados Americanos (2012). Comisión Interamericana de Derechos humanos. *Observaciones preliminares de la CIDH sobre la visita Loco a Colombia*. 7 de diciembre de 2012

- Consejo de Derechos Humanos (2021). *Rendición de cuentas: enjuiciar y sancionar las violaciones manifiestas de los derechos humanos y las violaciones graves del derecho internacional humanitario en procesos de justicia transicional*. 13 de septiembre a 1 de octubre de 2021
- Corte Penal Internacional (2012). The Office of the Prosecutor. *Reporte Intermedio de la Situación en Colombia*. Noviembre 2012. <https://www.oas.org/es/cidh>